

Droit commercial

Notes de cours

Professeur : Xavier Dieux

2007 - 2008

!! il existe encore des notes sur la faillite et le concordat, à connaître pour l'examen

Réalisé par Hélène Volkova

avec la participation de Cécile Abramowicz et de Valérie Noël

Première partie
Le droit des sociétés

Chapitre 1

Concepts fondamentaux du droit des sociétés

§1. Classifications des sociétés

1. Sociétés de personnes / de capitaux / mixtes

- **Sociétés de personnes** : la personnalité de chaque associé y continue à jouer un rôle déterminant après la fondation de la société, comme dans un contrat *intuitu personae*.

Il s'agit des sociétés suivantes :

- SNC
- SCS
- société de droit commun (= ex-société civile)
- société momentanée
- société interne (= ex-société en participation)

[ces trois dernières sont dépourvues de personnalité juridique]

- **Sociétés de capitaux** : la société est un rassemblement de capitaux dans lequel, en principe, la personnalité des associés n'a pas de rôle.

Il s'agit des sociétés suivantes :

- SA
- SCA

C'est ainsi que dans les SA, les droits des associés sont incorporés dans des valeurs mobilières, les actions, qui sont en principe cessibles. En revanche, dans les sociétés de personnes, les parts des associés ne sont pas incorporées dans des titres négociables et sont en principe incessibles, sauf accord de tous les associés.

- **Sociétés mixtes** : les parts sociales n'y sont pas incorporées dans des titres négociables, mais sont cessibles aux conditions que la loi détermine.

Il s'agit des sociétés suivantes :

- SPRL
- Société coopérative

2. Sociétés avec / sans personnalité juridique

Les sociétés de droit commun, momentanées et internes ne sont **pas dotées de la personnalité juridique**.

- **Société de droit commun** : c'est l'ex-société civile.
- **Société momentanée** : société constituée en vue de la réalisation d'une ou plusieurs opérations précises (ex. pour l'obtention et la réalisation d'un chantier).
- **Société interne** : elle présente un caractère occulte mais est licite. On a une opération qui rappelle le prête-nom (qui consiste à conclure en son nom mais pour le compte d'un mandant) ou la commission, mais avec une dimension sociale. La société interne comporte en effet 2 catégories d'associés :
 - associé(s) participant(s) : ne peu(ven)t s'immiscer dans la gestion de la société ;
 - associé(s) gérant(s) : seul(s) peu(ven)t engager le patrimoine de la société vis-à-vis des tiers - il(s) gère(nt) la société en son

(leur) propre nom, mais pour le compte de l'ensemble des associés (comme un (des) prête-nom).

Les autres sociétés ont la personnalité juridique.

N.B. Il existe des formes sociales plus récentes : la société européenne (SE) et le groupement d'intérêt économique (GIE).

3. Le critère de la responsabilité des associés : responsabilité limitée / responsabilité illimitée

- **Responsabilité limitée** : les associés n'engagent que leur apport.
- **Responsabilité illimitée** : les associés sont indéfiniment responsables sur leur patrimoine personnel des dettes constituées dans le cadre de des activités de la société.

Intérêt : c'est une question de crédit des cocontractants de la société et des banquiers.

D'ailleurs, en pratique, dans les petites sociétés à responsabilité limitée, celle-ci est un leurre car le banquier exige des garanties importantes de la part des associés.

- Sociétés à responsabilité limitée :
 - SA
 - SCA¹
 - SPRL
 - SCRL (les fondateurs d'une société coopérative peuvent opter pour une forme à responsabilité limitée ou illimitée)

¹ En réalité, dans les SCA, il y a deux catégories d'associés :

- les associés commandités (gérants, sortes de prête-nom), qui seuls peuvent gérer la société et sont responsables de manière illimitée ;
- les associés commanditaires (participants), qui n'engagent que leur apports.

- SCS²
- Sociétés à responsabilité illimitée :
 - SNC : les associés y sont indéfiniment et solidairement responsables de toutes les dettes contractées dans le cadre de la réalisation de l'objet social ;
 - SCRI
 - Les sociétés dépourvues de personnalité juridique *mais* limitation : dans la société interne, les associés participants n'engagent que leurs apports.

4. Sociétés privées / sociétés qui font publiquement appel à l'épargne, elles-mêmes divisées en sociétés qui font publiquement appel à l'épargne au sens large et en sociétés cotées

- **Sociétés privées** : ces sociétés se financent auprès des particuliers.
- **Sociétés qui font publiquement appel à l'épargne** : ces sociétés se financent en émettant des instruments financiers à placer auprès du public.

Elles sont de deux sortes :

- les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne au sens large ;
- les sociétés cotées, dont les titres sont mis à négociation sur des marchés réglementés.

² Comme les SCA, les SCS comprennent une dualité d'associés :

- les associés commandités : gèrent la société et sont responsables sur leur patrimoine personnel ;
- les associés commanditaires.

§2. La notion de société - évolutions législatives

- ❖ A l'origine, la société est un contrat spécial organisé par le Code civil. Il est défini par l'article 1832 C. civ., selon lequel *“une société peut être constituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent de mettre en commun quelque chose en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter”*. [Cet article est aujourd'hui abrogé.]

3 éléments essentiels découlent de cette définition :

1. le contrat de société suppose deux ou plusieurs personnes (ce qui n'est pas le cas aujourd'hui) ;
 2. *“mettent quelque chose en commun”* : la société suppose un apport des fondateurs ;
 3. la cause du contrat, au sens de mobile déterminant des parties, est de *“partager le bénéfice qui pourra en résulter”*.
- ❖ 1873 : loi sur les sociétés commerciales, modifiée à plusieurs reprises ; coordination en 1935 (A.R. du 30 novembre 1935) dont résultent les lois coordonnées sur les sociétés commerciales de 1935 (L.C.S.C.).

~~À partir de 1935~~ Deux corps de règles coexistent :

- le Code civil ;
- les L.C.S.C., qui ne contiennent pas de définition générale de la société différente de celle de l'article 1832 du Code civil mais précisent, en leur article 1^{er}, que les sociétés commerciales sont celles qui ont pour objet des actes de commerce.

Selon l'article 212 des L.C.S.C. de 1935, *“Les sociétés dont l'objet est de nature civile peuvent, sans perdre ce caractère, emprunter les formes d'une société commerciale”* (cette disposition a été introduite en 1926).

Intérêt : il est plus commode d'exploiter une activité économique sous le couvert d'une société ayant la personnalité juridique que sur la base d'un contrat de société où il faut tout prévoir (sachant qu'en droit belge, les sociétés civiles n'ont pas la personnalité juridique).

❖ Il y a eu plusieurs réformes :

- ▶ En 1987 (loi du 14 juillet 1987), une modification *a priori* étrange a été apportée à l'article 1832 du Code civil, auquel on a ajouté "ou dans les cas prévus par la loi, par un acte de volonté d'une personne qui affecte des biens à l'exercice d'une activité déterminée" [ainsi, un premier élément essentiel de la société tombe].

Intérêt : la société est un instrument de division patrimoniale qui permet aux commerçants de contourner les effets des articles 7 et 8 de la loi hypothécaire, en vertu desquels le patrimoine est le gage commun des créanciers. Cette règle rend les créanciers "commerciaux" méfiants, puisqu'ils risqueraient d'entrer en concours avec les créanciers personnels du commerçant. La création d'une société permet de séparer les recours de ces deux types de créanciers.

Jusqu'en 1987, il fallait être deux ou plusieurs pour constituer une société. Un arrêt de la Cour de cassation de 1911 avait même estimé que cette règle relevait de l'ordre public international belge. Pour contourner cette règle, des commerçants élaboraient des constructions artificielles, qui n'étaient en soi pas illicites (ex. le commerçant fait 99 % des apports et un "homme de paille" apporte le pourcent restant).

En 1987, le législateur avait deux options (entre lesquelles il avait longtemps hésité) :

- créer une nouvelle variété de personnes morales, l'entreprise personnelle à responsabilité limitée ;
- ou : utiliser les cadres existants en les adaptant, au prix d'une déformation de la notion de société. C'est cette solution qui a été retenue.

D'autre part, les L.C.S.C. ont été modifiées dans leurs articles relatifs aux SPRL, où ont notamment été introduites des dispositions permettant de créer des sociétés unipersonnelles (les SPRLU).

- ▶ Une loi du 13 avril 1995 modifie à nouveau l'article 1832 du Code civil et les L.C.S.C. en prévoyant que, dans certains cas, il est possible de former des sociétés sans but de lucre.

➔ Le nouvel article 1832 du Code civil se lit comme suit : "Une société est constituée soit par un contrat au terme duquel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun soit, dans les cas prévus par la loi, par un acte juridique d'affectation de biens émanant de la volonté d'une seule personne. [Jusqu'ici, la substance est la même.] Elle a pour but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect [=

1ère modification : élargissement de la notion de but de lucre (voir plus loin), *à moins que, dans les cas prévus par la loi, l'acte de société n'en dispose autrement* [= 2^{ème} modification, plus importante : un deuxième élément fondamental de la société saute].”

➔ La même loi transpose la même idée dans les L.C.S.C., dont l'article 1^{er} est remplacé par la disposition suivante :

“[On commence par identifier les sociétés à forme commerciale] *Les sociétés à forme commerciale se règlent par les conventions des parties, par les lois particulières au commerce et par le droit civil.*

[Puis : distinction entre objet commercial et objet civil] *Elles ont pour objet social l'exercice d'une activité commerciale ou d'une activité civile.*

Dans le premier cas, elles sont des sociétés commerciales et possèdent la qualité de commerçant.

Il en va ainsi même si les dispositions statutaires prévoient que la société ne recherche pas de bénéfice pour les associés.

Dans le second cas, elles sont des sociétés civiles à forme commerciale. Elles se conforment aux dispositions du présent titre mais ne possèdent pas la qualité de commerçant.

[Dans tous les cas, même lorsque la société est commerciale, les statuts peuvent prévoir qu'elle n'est pas prévue dans un but de lucre, qu'elle ne recherche pas de bénéfices par les associés].”

➔ Le législateur a donc commis une **inadvertance** :

- selon les L.C.S.C., les *statuts* peuvent prévoir que la société ne recherche pas de bénéfice pour les associés,
- alors qu'en vertu l'article 1832 du Code civil, une *loi* doit prévoir la possibilité de constituer une telle société.

❖ **Code des sociétés** : loi du 7 mai 1999, entrée en vigueur le 6 février 2001, complétée par un A.R. d'exécution du 30 janvier 2001 ; s'applique aux sociétés commerciales et civiles ; abroge les articles 1832 et s. du Code civil ; intègre les réformes antérieures.

Désormais, le droit des sociétés civiles et commerciales se trouve dans le Code des sociétés.

Aujourd'hui, la définition de la société découle de l'article 1^{er} du Code des sociétés :

« Une société est constituée par un contrat aux termes duquel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun, pour exercer une ou plusieurs activités déterminées et dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect.

Dans les cas prévus par le présent code, elle peut être constituée par un acte juridique émanant de la volonté d'une seule personne qui affecte des biens à l'exercice d'une ou plusieurs activités déterminées.

Dans les cas prévus par le présent code, l'acte de société peut disposer que la société n'est pas constituée dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect. [Correction par rapport aux L.C.S.C. : il faut, dans tous les cas, que le code permette de constituer une société dans un autre but que le bénéfice patrimonial] »

Il faut combiner cette disposition avec avec l'article 3, qui se lit comme suit :

“§ 1er. Les sociétés sont régies par les conventions des parties, par le droit civil et, si elles ont une nature commerciale, par les lois particulières au commerce.

§ 2. La nature civile ou commerciale d'une société est déterminée par son objet.

§ 3. Il en va ainsi même si les dispositions statutaires prévoient que la société n'a pas été constituée dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect.

§ 4. Les sociétés civiles à forme commerciale sont les sociétés dont l'objet est civil, et qui, sans perdre leur nature civile, ont adopté la forme d'une société commerciale pour bénéficier de la personnalité juridique. Elles n'ont pas la qualité de commerçant [résultat de la réforme de 1926]”.

❖ Tableau récapitulatif

A l'origine	Société = contrat spécial organisé par le Code civil Définition : art. 1832 C. civ. : “ <u>une société peut être constituée par [1] deux ou plusieurs personnes [2 : apports] qui conviennent de mettre en commun quelque chose [3] en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter</u> ” (3 éléments essentiels).
1873	Loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales
1926	Sociétés civiles à forme commerciale : les sociétés dont l' <u>objet est de nature civile</u> peuvent, sans perdre ce caractère, emprunter les <u>formes d'une société commerciale</u> (futur art. 212 des L.C.S.C. de 1935)

1935	<p>Lois coordonnées sur les sociétés commerciales (coordination par A.R.)</p> <p>Sociétés commerciales = celles qui ont pour <u>objet</u> des <u>actes de commerce</u></p>
1987	<p>Possibilité de créer des SPRLU(nipersonnelles) :</p> <ul style="list-style-type: none"> • ajout à l’art. 1832 C. civ. : “<i>ou dans les cas prévus par la loi, par un acte de volonté d’une personne qui affecte des biens à l’exercice d’une activité déterminée</i> [disparition d’un premier élément essentiel]” ; • introduction, dans les L.C.S.C., de dispositions permettant la création de SPRLU.
1995	<p>(1) Elargissement de la notion de but de lucre (bénéfice patrimonial direct ou indirect) par le biais d’une modification de l’art. 1832 C. civ. ;</p> <p>(2) Possibilité de créer des sociétés sans but de lucre (sociétés dont le <u>but</u> n’est <u>pas de procurer à leurs membres un bénéfice patrimonial direct ou indirect</u>) par le biais d’une modification de l’art. 1832 C. civ. et des L.C.S.C. mais inadvertance :</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>1832 C. civ.</u> : les statuts ne peuvent disposer que la société n’est pas constituée dans un but de lucre que <u>dans les cas prévus par la loi</u> ; • <u>les L.C.S.C. ne prévoient pas cette exigence</u> : les sociétés à forme commerciale qui ont pour objet l’exercice d’une activité commerciale sont des sociétés commerciales (et possèdent la qualité de commerçant) même si les statuts prévoient que la société n’est pas constituée dans un but de lucre.

1999	<p>Loi du 7 mai 1999 contenant le Code des sociétés, entrée en vigueur le 6 février 2001</p> <ul style="list-style-type: none"> • abroge les art. 1832 et s. C. civ. ; • abroge les L.C.S.C. ; • contient désormais le droit des sociétés civiles et commerciales ; • intègre les réformes antérieures, parfois en les modifiant légèrement (v. art. 1 et 3 C. soc.) : <ul style="list-style-type: none"> - la société est constituée dans le but de procurer à ses membres un <u>bénéfice patrimonial direct ou indirect</u> ; - <u>dans les cas prévus par le code</u> (× par la loi, comme le disposait l'art. 1832 C. civ. dès 1987), possibilité de créer des <u>sociétés unipersonnelles</u> (mais en réalité, il existe des entreprises publiques unipersonnelles organisées par des lois particulières) ; - <u>dans les cas prévus par le code</u> (× par la loi, comme le disposait l'art. 1832 C. civ. dès 1995, et × aucune exigence sur ce plan dans les L.C.S.C.), possibilité de créer des <u>sociétés sans but de lucre</u> ; - la <u>nature civile ou commerciale</u> d'une société est <u>déterminée par son objet</u> (= clarification par rapport à la situation antérieure), <u>même si</u> la société n'est pas constituée en vue de procurer à ses membres un bénéfice patrimonial direct ou indirect (<u>société sans but de lucre</u>) ; - possibilité de créer des <u>sociétés civiles à forme commerciale</u>.
------	---

§3. La *summa divisio* entre les sociétés et les associations : le but de lucre

1. Considérations générales

❖ Cette *summa divisio* traditionnelle est traduite par le principe de la **spécialité légale** :

- les groupements qui poursuivent un **but de lucre**, en particulier pour leurs membres, sont des **sociétés** (civiles ou commerciales) ;
- les groupements qui ne poursuivent **pas de but de lucre** sont les **associations**, elles-mêmes divisées en 2 catégories :

(1) les associations nommées, dont la personnalité juridique est reconnue par une loi particulière. Parmi celles-ci, il faut citer les ASBL, réglementées par une loi du 27 juin 1921 modifiée par une loi du 2 mai 2002 ;

(2) les associations innommées, qui ne font pas l'objet d'une législation particulière.

Ex. sociétés de chasse, partis politiques.

On considère qu'elles sont soumises au droit commun des contrats et des obligations, ainsi qu'aux règles du droit des sociétés dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec le but non lucratif de ces associations.

❖ Cette *summa divisio* ne va pas de soi, et ce d'autant moins que dans d'autres pays elle n'existe pas.

Ex. la maatschap du droit néerlandais, qui peut servir de cadre à une société sans but lucratif, par opposition à la vennootschap.

➔ Cette constatation a déterminé la **réforme de 1995** (possibilité de créer des sociétés sans but lucratif).

D'ailleurs, la lecture des travaux préparatoires de la loi du 13 avril 1995 révèle qu'au départ on voulait aller bien au-delà de la réforme qui a finalement eu lieu, puisqu'on voulait même faire disparaître cette *summa divisio*. Toutefois, cette proposition a suscité des oppositions, ce qui a conduit à adopter une mini-

réforme : on peut constituer une société sans but lucratif dans les cas où la loi (maintenant le code) l'autorise.

Aujourd'hui, il existe un seul cas de sociétés sans but lucratif : la société à finalité sociale (art. 661 et s. C. soc.), qui est une société qui prend l'une des formes de sociétés commerciales, mais dont les statuts "*stipulent que les associés ne recherchent qu'un bénéfice patrimonial limité ou aucun bénéfice patrimonial*" (art. 661, 1° C. soc.).

N.B. Il existe d'autres hypothèses de sociétés sans but lucratif en droit administratif.

- ➔ **Certains continuent à promouvoir la disparition de la *summa divisio*.** Il subsisterait alors des associations, mais leur différence avec les sociétés ne serait plus que formelle. Ceux qui voudraient exercer une activité non lucrative pourraient donc, à leur choix, constituer soit une association, soit une société.

N.B. La différence entre associations et sociétés s'estompe déjà :

- la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (LPCC) a été jugée applicable aux associations ;
- les ASBL sont, comme les sociétés, soumises à des obligations comptables ~~lourdes~~.

En réalité, la différence majeure entre associations et sociétés se situe dans le domaine fiscal (régime favorable pour les ASBL).

2. Le but de lucre et les sanctions du principe de spécialité légale

Comme il a été dit ci-dessus, la *summa divisio* entre associations et sociétés se traduit par le principe de la spécialité légale. Cette constatation nous amène à nous poser **deux questions** :

- a. Comment définir le but de lucre, dont la présence ou l'absence permet de distinguer les sociétés des associations ?
- b. Quelle est la sanction de la violation du principe de spécialité légale ?


La réponse à ces deux questions est controversée.

a. Comment définir le but de lucre ?

Il s'agit d'une notion polysémique utilisée à différentes fins par le droit privé (par le droit commercial en particulier).

i. Le but de lucre en tant que critère du droit commercial au sens large

Le but de lucre permet d'identifier le champ d'application du droit commercial, en tant que condition de la commercialité.

 Cass., 19 janvier 1973

« Si aux termes de l'article 2 du Code de commerce, certains actes sont réputés par la loi actes de commerce, c'est parce que le législateur présume que ceux-ci sont accomplis dans un esprit de lucre [c'est-à-dire dans le but de se procurer un avantage patrimonial];

Que ceci n'est toutefois qu'une présomption juris tantum susceptible de preuve contraire ».

Pour rappel, a la qualité de commerçant celui qui exerce des actes commerciaux à titre professionnel et habituel.

Une question se pose, en rapport avec cette jurisprudence, concernant les groupements, en particulier ceux dotés de la personnalité morale. En quoi consiste le but de lucre pour ces groupements ? Suffit-il qu'un bénéfice patrimonial soit recherché par le groupement, ou faut-il en outre que les profits soient destinés à être distribués entre les associés ?

ii. La loi sur les ASBL

La loi sur les ASBL définit son champ d'application par référence au but de lucre, dans des termes qui ont prêté à discussion.

Avant sa modification par la loi du 2 mai 2002, l'article 1 de la loi de 1921 sur les ASBL énonçait que “ ... *l'association sans but lucratif est*

- *celle qui ne se livre pas à des opérations industrielles ou commerciales,*
- *ou qui ne cherche pas à procurer à ses membres un gain matériel”.*

On a considéré qu'il s'agissait d'un **“ou” inclusif**, c'est-à-dire qu'il devait se lire comme un **“et”**.

Cette interprétation a été consacrée par la loi du 2 mai 2002, qui a remplacé le **“ou”** par un **“et”**.

Mais comment appliquer cette disposition ? Les opérations considérées comme commerciales de manière objective (c'est-à-dire énoncées comme telles par le Code de commerce), mais exercées sans but de lucre, sont-elles interdites aux ASBL ? Aujourd'hui, la réponse est négative. En effet, le Code de commerce ne répute certaines opérations commerciales que parce qu'elles sont présumées exercées dans un but de lucre. Si, en revanche, elles ne sont pas exercées dans un but de lucre, elles ne sont pas interdites aux ASBL. Et inversement, il est interdit pour une ASBL d'exercer des activités non commerciales dans un but de lucre.

iii. Le bénéfice patrimonial (art. 1 C. soc.)

Le bénéfice patrimonial est **tout avantage susceptible d'une évaluation monétaire, en ce compris l'économie d'une charge ou d'une dépense**, que l'activité du groupement est destinée à procurer même indirectement à ses membres.

En d'autres termes, il existe un bénéfice patrimonial au sens de l'article 1^{er} du Code des sociétés même si l'avantage patrimonial ne résulte pas d'une distribution de profits réalisés par le groupement, par exemple sous la forme d'une distribution de dividendes. Dans ce cas, on parle d'avantage patrimonial indirect.

Exemples de sociétés qui procurent à leurs membres un avantage patrimonial indirect :

- la société coopérative : elle vise parfois à faire bénéficier ses membres d'économies d'échelle. Un tel groupement recherche des bénéfices patrimoniaux indirects pour ses membres et ne pourrait donc se constituer sous la forme d'une association.
- le groupement d'intérêt économique : c'est une société qui a pour but de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres (art. 839 C. soc.). En vertu de l'art. 840, le GIE ne peut rechercher de bénéfices pour son propre compte. Ici, le but de lucre est lié à l'avantage indirect que retirent les membres en tant que le GIE facilite ou développe leur activité. Cet avantage indirect constitue un profit au sens du Code des sociétés. Un tel groupement ne peut donc être constitué sous forme d'une association (interprétation **“par ricochet”**).

iv. Conclusion

En conclusion, le but d'une société est de procurer à ses membres un avantage patrimonial direct ou indirect, sous forme d'un dividende ou sous toute autre forme.

Il en est en tout cas ainsi depuis la réforme de 1995, qui a donné du but de lucre une définition plus large que celle qui prévalait auparavant, celui-ci ne résultant plus nécessairement d'une distribution de bénéfices (cf. l'expression "*bénéfice patrimonial direct ou indirect*" dans la définition de la société par l'art. 1832 C. soc. puis par le Code des sociétés).

Un tel groupement ne peut se constituer sous la forme d'une association, et inversement, s'il ne possède pas cette caractéristique, il ne peut se constituer sous forme de société.

b. Quelles sont les sanctions de la violation du principe de la spécialité légale ?

2 grandes variétés de situations peuvent se présenter :

- i. Un groupement est valablement constitué sous la forme qui convient (ses statuts indiquent un objet conforme à sa nature), mais son **activité réelle** s'écarte de son objet statutaire, - par exemple, une ASBL exploite une activité commerciale ou industrielle, ou une société s'adonne à des activités non lucratives.
- ii. Méconnaissance **par les statuts** du principe de la spécialité légale : au moment de la constitution du groupement, les fondateurs de celui-ci se trompent de forme de groupement ou lui donnent intentionnellement une forme incompatible avec son objet statutaire.

Exemple : les fondateurs créent une SA dans le but d'exercer une activité désintéressée.

i. **Activité réelle** contraire au principe de la spécialité légale

(1) Première variété de sanctions : **dissolution judiciaire** du groupement

Dans certains cas, la loi prévoit la dissolution judiciaire du groupement.

Exemples :

- article 18 de loi du 27 juin 1921 sur les ASBL et les fondations (qui vise l'association qui « affecte son patrimoine ou les revenus de celui-ci à un but autre que ceux en vue desquels elle a été constituée »);
- loi du 23 juin 1894 sur les sociétés mutualistes (ce sont des associations nommées). L'article 24 prévoit que «à la demande d'un sociétaire ou du ministère public, le même tribunal prononce la dissolution de l'association qui poursuit un but pour lequel elle n'a pas été reconnue.» ;
- loi du 31 mars 1898 sur les unions professionnelles (article 14).

(2) Deuxième sanction possible : nullité de l'opération accomplie au mépris de l'objet du groupement, ou plus précisément son **inopposabilité au groupement et aux tiers**



Cass.fr., 3 avril 1912

Il était question d'acte de commerce accompli par un syndicat. C'est le premier arrêt qui consacre cette sanction.



Cass., 31 mai 1957

C'est le premier arrêt de la Cour de cassation belge faisant application de cette idée mais dans un cas de violation du principe de spécialité statutaire [principe en vertu duquel une société ou association ne peut pas accomplir d'actes qui excèdent son objet statutaire]. Cette jurisprudence a depuis lors été confirmée de manière constante.

Les faits étaient les suivants. Une SA belge avait été constituée avec un objet statutaire limité à l'exportation de marchandises avec un but de lucre. La société avait accompli une opération de courtage se rapportant à l'importation de marchandises en Belgique. La société qui avait bénéficié du courtage refusait de payer la commission. La SA agit donc en paiement de cette commission.

Le juge du fond déboute la SA de son action en paiement de la commission car l'opération est étrangère à son objet social. La Cour de cassation rejette le pourvoi : les organes étaient sans pouvoir pour engager le groupement et corrélativement, pour que celui-ci puisse tirer des droits de l'opération en question.

Le même raisonnement peut être appliqué **par analogie** pour ce qui concerne la spécialité légale.

Ex. : les sociétés et les libéralités.

Une société doit poursuivre un but de lucre. Si elle fait des libéralités, elle ne poursuit en principe pas de but de lucre.

Ex. Cour d'appel de Bruxelles 1982 : les dirigeants réclament l'exécution de la libéralité, ils sont déboutés.

Mais parfois, c'est plus nuancé, et replacé dans son contexte, l'acte effectué apparemment à titre gratuit révèle l'existence d'un but lucratif.

Ex. les donations rémunératoires (destinées à stimuler le zèle du personnel).

Parfois aussi, les libéralités à des dirigeants, à des travailleurs, etc. constituent l'exécution d'une obligation naturelle.

N.B. Aujourd'hui, la sanction de l'inopposabilité au groupement de l'acte accompli en violation du principe de la *spécialité statutaire* ne pourra pas toujours s'appliquer. En effet, la loi du 6 mars 1973 a introduit des dispositions dans les L.C.S.C. (les actuels articles 526 et 258 du Code des sociétés) qui modifient les règles en matière de spécialité statutaire pour les SA et les SPRL³. Dans ces sociétés, la violation du principe de spécialité statutaire ne peut être opposée aux tiers, sauf si la société prouve que celui-ci connaissait la violation ou ne pouvait légitimement l'ignorer, sans que la publication des statuts suffise à constituer cette preuve⁴.

On remarquera que le principe de spécialité légale n'est pas visé par ces dispositions. La violation du principe de spécialité légale reste donc sanctionnée par l'inopposabilité de l'acte au groupement et aux tiers.

³ Cette solution a ensuite été étendue aux SCRL (art. 407 C. soc.).

⁴ En réalité, dans ces formes sociales, les tiers ne peuvent pas non plus se prévaloir d'une méconnaissance de l'objet statutaire par l'organe avec lequel ils ont traité, même si cela n'est pas expressément prévu par les articles 526, 258 et 407 C. soc. (cass., 12/11/1987) (voir plus loin).

(3) **Responsabilité personnelle et solidaire des membres de l'association qui a été dissoute parce qu'elle exploitait une activité commerciale, pour les dettes contractées par celle-ci**

- avant 1995 : par le biais de la constatation de l'existence d'une **SNC irrégulière** ;
- actuellement : en combinant les **articles 2, § 4, alinéa 2 et 204 du Code des sociétés**.

La dissolution est une sanction qui ne fait pas nécessairement l'affaire des tiers. En effet, les créanciers ne seront pas nécessairement désintéressés lors de la procédure de liquidation qui suit la dissolution du groupement. La **jurisprudence antérieure à la loi du 13 avril 1995** a donc complété cette sanction en considérant, dans certains cas, qu'il s'était formé entre les membres du groupement dissous une **SNC irrégulière** responsable des dettes contractées dans le cadre l'activité du groupement.

[La SNC est une société de personnes, dotée de la personnalité morale, à responsabilité illimitée.]

Avant la loi du 13 avril 1995, la personnalité morale était en effet acquise à celles des formes sociales auxquelles la loi la reconnaissait dès la constitution de la société. Ce n'est plus le cas depuis l'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 1995, qui subordonne l'acquisition de la personnalité morale au dépôt des statuts du groupement au tribunal de commerce.

C'est ainsi qu'avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 1995, la Cour de cassation avait pu développer une jurisprudence selon laquelle "ceux qui exploitent en commun un commerce de manière durable et ostensible sont censés avoir formé une SNC irrégulière". La SNC était irrégulière parce que le formalisme n'avait pas été respecté. Il s'ensuivait que les membres étaient solidairement tenus des dettes contractées dans le cadre de l'exploitation du groupement, mais que le groupement ne pouvait, quant à lui, se prévaloir de droits, puisqu'il était irrégulier.

La jurisprudence a utilisé cette idée dans le cas d'ASBL qui exploitaient des activités commerciales.

Ex. Comm. Bruxelles 7 novembre 2000 : outre la dissolution de l'ASBL, le juge peut constater l'existence d'une SNC irrégulière. [En l'espèce, les faits étaient antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 1995.]

Aujourd'hui, il n'est plus possible, dans une telle situation, de constater l'existence d'une SNC irrégulière, puisque depuis l'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 1995, l'acquisition de la personnalité morale est subordonnée au dépôt des statuts au greffe du tribunal de commerce. Mais il existe une autre possibilité : en combinant les articles 2, § 4, alinéa 2 et 204 du Code des sociétés, on aboutit à un résultat semblable, mais sans constater l'existence d'une SNC irrégulière.

- Article 2, § 4, alinéa 2 du Code des sociétés : *“En l'absence du dépôt visé à l'alinéa 1^{er}, une société à objet commercial qui n'est ni une société en formation, ni une société momentanée, ni une société interne, est soumise aux règles concernant la société de droit commun et, en cas de dénomination sociale, à l'article 204.”*
- Article 204 du Code des sociétés : *“Les associés en nom collectif sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la dénomination sociale.”*

Le juge qui prononce la dissolution d'une association qui viole le principe de la spécialité légale peut donc, le cas échéant, constater l'existence d'un groupement commercial et déclarer ses membres personnellement et solidairement responsables de ses dettes, par application de l'article 204 du Code des sociétés. Quelques décisions l'ont déjà fait. La seule différence avec le régime antérieur à 1995, c'est qu'il n'y a plus de reconnaissance de la personnalité juridique à ce groupement.

(4) **Responsabilité personnelle des membres de l'association qui exploite une activité commerciale, pour les dettes contractées par celle-ci, par application du principe *Fraus omnia corrumpit***

Une ASBL qui exploite une activité commerciale peut-elle être déclarée en faillite, alors que cette institution est réservée aux commerçants ?

Selon certaines décisions, oui. Notamment : jugement du tribunal de [commerce](#) de Bruxelles du 13 octobre 1976 prononçant la faillite de l'ASBL Union Saint-Gilloise (club de foot).

Pourtant, la loi ne le permet pas. Mais en revanche, le juge peut constater que les membres de l'ASBL ont eux-mêmes exercé une activité commerciale, et les déclarer personnellement en faillite.

Autrement dit, les membres de l'ASBL ne peuvent, en cas de fraude, se prévaloir du couvert de l'ASBL. Ils sont donc tenus des dettes de celle-ci et peuvent, le cas échéant, être déclarés en faillite.

N.B. : avant 1995, le juge pouvait constater l'existence d'une SNC irrégulière.

- ii. Violation du principe de la spécialité légale par les **statuts** du groupement

(1) **Nullité du groupement**

- * En ce qui concerne les **associations**, la **loi du 2 mai 2002** a inséré dans la loi du 27 juin 1921 un article 3 bis qui se lit comme suit :

“La nullité d'une association ne peut être prononcée que dans les cas suivants :

1° si les statuts ne contiennent pas les mentions visées à l'article 2, alinéa 1er, 2° et 4°;

2° si un des buts en vue duquel elle est constituée, contrevient à la loi ou à l'ordre public.”

La sanction est donc la **nullité** de l'association.

Cependant, cette nullité produit ses effets **pour l'avenir** et est donc analogue à une dissolution.

En cas d'annulation de l'association, la problématique des créanciers qui ne peuvent être désintéressés se pose dans les mêmes termes qu'en cas de dissolution d'un groupement dont les activités méconnaissent le principe de spécialité légale (v. ci-dessus). La solution est *Fraus omnia corrumpit*, qui permet de rendre les associés responsables des dettes du groupement. Ceux-ci pourront se défendre en invoquant leur erreur (“nous nous sommes trompés”). Il conviendra alors de déterminer si leur erreur était légitime ou non.

- * En ce qui concerne les **sociétés**, la loi limite les causes de nullité pour certaines formes sociales :

- les **SPRL** (article 227 C. soc.)
- les **SA** (article 454 C. soc.)

= ancien article 13ter L.C.S.C. depuis la loi de 1973.

On a étendu cette solution aux

- **SCRL** (article 403 C. soc.)
- **SCA** (article 657 C. soc.)

Les articles 227, 454 et 403 C. soc. reproduisent l'ex-article 13ter L.C.S.C., chacun pour la forme sociale concernée. Ils prévoient les cas dans lesquels ces sociétés peuvent être annulées :

- article 227 du Code des sociétés pour les SPRL :
“La nullité d'une société privée à responsabilité limitée ne peut être prononcée que dans les cas suivants :
1° *si l'acte constitutif n'est pas établi en la forme requise;*
2° *si cet acte ne contient aucune indication au sujet de la dénomination sociale de la société, de l'objet social, des apports ou du montant du capital souscrit;*
3° *si l'objet social est illicite ou contraire à l'ordre public;*
4° *s'il n'y a aucun fondateur valablement engagé.”*
- article 403 du Code des sociétés pour les SCRL :
“La nullité d'une société coopérative à responsabilité limitée ne peut être prononcée que dans les cas suivants :
1° *si l'acte constitutif n'est pas établi en la forme requise;*
2° *si cet acte ne contient aucune indication au sujet de la forme de la société, de sa dénomination sociale, de son siège, de son objet social, des apports, du montant de la part fixe de son capital et de l'identité des associés;*
3° *si l'objet social est illicite ou contraire à l'ordre public;*
4° *si le nombre d'associés valablement engagés (...) est inférieur à trois.”*
- article 454 du Code des sociétés pour les SA :
“La nullité d'une société anonyme ne peut être prononcée que dans les cas suivants :
1° *si la constitution n'a pas eu lieu dans la forme requise;*
2° *si cet acte ne contient aucune indication au sujet de la dénomination sociale, de l'objet social, des apports ou du montant du capital souscrit;*
3° *si l'objet social est illicite ou contraire à l'ordre public;*
4° *si le nombre d'actionnaires valablement engagés, ayant comparu à l'acte en personne ou par porteurs de mandats, est inférieur à deux.”*
- article 657 du Code des sociétés pour les SCA :
“Les dispositions relatives aux sociétés anonymes sont applicables aux sociétés en commandite par actions, sauf les modification indiquées dans le présent livre ou celles qui résultent du livre XII.”

La nullité de ces sociétés n'est donc possible que dans 4 cas :

- 1° si l'acte constitutif n'est pas établi en la forme requise ;
- 2° si cet acte ne contient aucune indication au sujet de la dénomination sociale, de l'objet social, des apports, etc. ;
- 3° si l'objet social est illicite ou contraire à l'ordre public ;
- 4° s'il y a moins de 2 pour les SA, 3 pour les SCRL, 1 pour les SPRL associé(s) valablement engagé(s).

A priori, on n'aperçoit aucun cas permettant l'annulation de notre société.

- ✓ Cela reste en tout cas possible dans les autres types de sociétés.
- ✓ Solution ? Idée : utiliser le 3° : l'objet social d'une telle société n'est-il pas **contraire à l'ordre public** ?

En vertu de l'article 172 C. soc., la nullité d'une société ne produit ses effets que **pour l'avenir**.

Comme en cas d'annulation d'une association, il se peut que des créanciers du groupement ne puissent être désintéressés lors de la procédure de liquidation. La même solution peut s'appliquer : *Fraus omnia corrumpit*, si les circonstances s'y prêtent, ce qui permet de rendre les associés responsables des dettes.

- (2) **Responsabilité personnelle des membres du groupement pour les dettes contractées par celui-ci par application du principe *Fraus omnia corrumpit*, si les circonstances de l'espèce s'y prêtent**

Voir ci-dessus.

- (3) **La théorie de la conversion des actes nuls (avant 1995)**

Mais dans la plupart des cas, les associés n'ont pas d'intention frauduleuse. Ils se sont tout simplement trompés sur la forme que devait prendre leur groupement. Nulle question donc d'appliquer *Fraus omnia corrumpit*. Dans ce cas, le juge **pouvait** appliquer la **théorie de la conversion des actes nuls** (théorie importée du droit néerlandais).



Tribunal de première instance de Termonde, 12 mai 1966

Une SA (Het Casino) est constituée, son but principal étant la diffusion du goût pour la musique et le jardinage. Elle ne distribue pas de dividendes aux actionnaires. En fait, ses conditions de fonctionnement et son objet correspondent à ceux d'une ASBL. Le tribunal prononce la nullité de la SA (on est avant 73) et la convertit en ASBL.

Cela serait-il possible **aujourd'hui** ? Il n'existe pas encore de décisions ni de doctrine à ce sujet. Selon Mr Dieux, la **réponse est négative**. En effet, auparavant, une société ou une association existaient si leurs éléments constitutifs existaient. Mais dans le système actuel, une société n'existe, en tant que personne morale, qu'à partir du dépôt de ses statuts. Une **régularisation** reste possible (puisque la nullité n'a pas d'effet rétroactif), mais celle-ci se produit par l'effet d'un acte volontaire, le dépôt des statuts au greffe du tribunal de commerce.

3. Les activités lucratives accessoires des ASBL

Les associations ne peuvent pas, en principe, exploiter une activité lucrative. Elles ne peuvent procurer à leurs membres un profit patrimonial direct ou indirect. Toutefois, la jurisprudence considère depuis longtemps que l'on ne peut interdire toute activité lucrative aux ASBL. Celles-ci peuvent, dans certains cas, exercer des activités lucratives, pourvu qu'elles ne dénaturent pas l'association. Mais dans quelle limites ?

- **Traditionnellement : 3 limites** qui restreignent étroitement les possibilités des associations :
 - 1) il faut que les activités lucratives soient en volume moins importantes que l'activité principale non lucrative de l'association ;
 - 2) il faut que les profits réalisés dans le cadre de l'exercice de l'activité lucrative soient affectés au but non lucratif de l'association ;
 - 3) il faut une relation de nécessaire entre les activités lucratives et les activités non lucratives de l'association, c'est-à-dire que les activités lucratives en question soient un moyen nécessaire, sinon indispensable, à l'exercice de son but désintéressé.

Ex. une ASBL pour la promotion de la foi peut vendre des effigies religieuses mais elle ne pourrait pas vendre de la bière de trappiste.

- Il existe un **autre courant** dans la doctrine, qui commence à poindre dans la jurisprudence, selon lequel **il suffit que les profits réalisés au moyen des activités lucratives accessoires soient affectés au financement des activités principales non lucratives.**

On trouve, dans les travaux préparatoires de la loi du 2 mai 2002, des propos qui tendent à accréditer cette thèse plus souple. C'est ainsi que le Ministre de la justice avait déclaré que les activités commerciales ou industrielles étaient autorisées aux ASBL pourvu que les bénéfices réalisés au moyen de ces activités fussent affectés au but non lucratif de l'association.

- La question reste ouverte aujourd'hui.

§4. Distinction entre sociétés civiles et commerciales

1. Le critère de la distinction : l'objet statutaire

Le critère de cette distinction est, depuis l'entrée en vigueur du Code des sociétés, l'objet statutaire : en vertu de l'article 3, § 2 du Code des sociétés, une société est civile ou commerciale selon la nature commerciale ou civile de son objet. Ainsi, si l'objet d'une société est d'accomplir des actes de commerce au sens des articles 2 et 3 du Code de commerce, il s'agit d'une société commerciale. Sinon, c'est une société civile.

[Avant le Code des sociétés, les idées n'étaient pas si claires.]

2. Le paradoxe des SFS commerçantes

Même si le but d'une société n'est pas de procurer des bénéfices patrimoniaux directs ou indirects à ses membres [SFS], elle a un caractère commercial si son objet consiste à accomplir des actes de commerce, ce qui est un petit paradoxe si l'on a à l'esprit l'arrêt de la Cour de cassation de 1973 selon lequel les actes

énumérés aux articles 2 et 3 du Code de commerce ne sont de nature à conférer à celui qui les accomplit à titre professionnel et de manière habituelle la qualité de commerçant que s'ils sont inspirés par un but de lucre, s'ils ont un caractère intéressé. Cela continue à valoir pour les personnes physiques, tant que cette jurisprudence n'a pas été revue, mais ce n'est plus vrai pour les sociétés, puisque certaines sociétés sont commerçantes alors qu'elles n'ont pas pour but de procurer des bénéfices patrimoniaux directs ou indirects à leurs membres [SFS qui ont pour objet la réalisation d'actes visés aux articles 2 et 3 du Code de commerce]. Il y a sur ce plan une différence incohérente entre les personnes physiques et les personnes morales.

3. Les conséquences de la commercialité

Une société commerciale est un commerçant au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce, ce qui entraîne diverses conséquences, eu égard au champ d'application *ratione personae* du droit commercial :

- elle est justiciable des juridictions de commerce ;
- elle est susceptible d'être déclarée en faillite, et la procédure du concordat judiciaire lui est applicable ;
- le régime de la preuve libre s'applique à son égard ;
- elle peut constituer un gage sur fonds de commerce.

4. Première perturbation de cette distinction : objet social complexe

Toutefois, les choses ne sont pas toujours aussi simples : parfois, l'objet consiste *partim* à exploiter des activités énumérées aux articles 2 et 3 du Code de commerce, et *partim* à exploiter des activités non reprises par ces dispositions. On parle dans ce cas d'objet social complexe.

Plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

- ★ Première hypothèse : une des activités est en volume significativement plus importante que l'autre. Dans ce cas, la société est qualifiée en fonction de l'activité dominante.
- ★ Deuxième hypothèse : une des activités permet de réaliser l'autre. Dans ce cas, l'activité qui bénéficie de l'autre "absorbe" celle-ci et donne sa qualification au groupement.
- ★ Mais souvent, dans la pratique, ce n'est pas si simple,
 - et on applique de manière distributive les règles commerciales et civiles, selon la nature de l'acte concerné ;
 - mais en cas d'insolvabilité, la société peut être déclarée en faillite et le dessaisissement portera sur l'ensemble du patrimoine de la société.

5. Deuxième perturbation de cette distinction : les sociétés civiles à forme commerciale et les sociétés commerciales à forme civile

La distinction entre sociétés civiles et commerciales est perturbée d'une autre manière encore : il existe des sociétés civiles à formes commerciale et des sociétés commerciales à forme civile.

a. Les sociétés civiles à forme commerciale

Tout a commencé avec une loi de 1926 qui a inséré un article 212 dans les L.C.S.C..

Aujourd'hui, l'article 3, § 4 du Code des sociétés dispose que "*Les sociétés civiles à forme commerciale sont les sociétés dont l'objet est civil, et qui, sans perdre leur nature civile, ont adopté la forme d'une société commerciale pour bénéficier de la personnalité juridique. Elles n'ont pas la qualité de commerçant.*"

Une question se pose : quelle portée attribuer aux termes “*pour bénéficier de la personnalité juridique*” ? Cela signifie-t-il que les seules formes commerciales qu’une société civile peuvent adopter sont celles auxquelles le Code attribue la personnalité morale (une société civile ne pourrait donc se constituer sous la forme d’une société interne ou d’une société momentanée) ? C’est une analyse possible, mais elle repose sur une lecture très littérale de cette disposition et a des conséquences platoniques. En effet, il faut voir ce que sont les sociétés interne et momentanée :

- société interne : “*La société interne est une société sans personnalité juridique par laquelle une ou plusieurs personnes s'intéressent dans les opérations qu'une ou plusieurs autres gèrent en leur propre nom.*” (art. 48 C. soc.)
- société momentanée : “*La société momentanée est une société sans personnalité juridique qui a pour objet de traiter, sans raison sociale, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées.*”(art. 47 C. soc.)

Ces définitions sont-elles exclusives de l’adoption par une société civile de ces formes ?

- Société interne : on ne voit pas pourquoi une société civile ne pourrait pas être une société interne, pourquoi elle ne pourrait pas être organisée sur ce modèle et fonctionner sur le même mode.
- Société momentanée : c’est un peu plus délicat. En effet, elle a pour objet la réalisation d’une ou plusieurs opérations *de commerce* déterminées. Mais on ne voit pas pourquoi une société civile ne pourrait pas être formée pour l’accomplissement d’une ou plusieurs opérations *civiles* déterminées.

b. Les sociétés commerciales à forme civile

Certaines sociétés commerciales ont une forme civile

- soit **volontairement**,
 - soit **par l’effet de la loi**.
- ✓ **Société de droit commun** (ex-société civile) : une société constituée en vue d’exploiter une activité commerciale peut prendre cette forme. Cela revient à dire qu’elle est constituée sous une forme civile.

- ✓ **Article 2, § 4, alinéa 2 du Code des sociétés** : “*En l'absence du dépôt visé à l'alinéa 1er, une société à objet commercial qui n'est ni une société en formation, ni une société momentanée, ni une société interne, est soumise aux règles concernant la société de droit commun et, en cas de (dénomination) sociale, à l'article 204.*”

§5. Les entreprises publiques à caractère économique

Ces entreprises économiques ne se prêtent pas aisément aux catégories décrites ci-dessus.

Il faut tout d'abord se demander *ce que sont* les entreprises publique à caractère économique. On s'aperçoit alors qu'en définitive, il n'existe pas *une* catégorie d'entreprises publiques à caractère économique, mais plusieurs variétés qui parfois n'ont aucun lien entre elles.

1. Proposition de classification des entreprises publiques à caractère économique

On peut classer les entreprises publiques à caractère économique en 2 grandes catégories :

a. Les sociétés à capitaux publics

En réalité, ce sont de véritables sociétés commerciales au sens de l'article 3 du Code des sociétés, qui ne sont “publiques” que du fait que les autorités publiques détiennent une partie de leur capital.

Ex. : loi du 2 avril 1962 : l'ex-Société nationale d'Investissement (actuelle Société fédérale d'Investissement) pouvait investir dans des sociétés privées en y prenant des participations. Maintenant il existe aussi des sociétés régionales d'investissement, équivalents régionaux de l'ex-société nationale d'investissement.

Ces sociétés restent des **sociétés commerciales** puisqu'elles ont un objet commercial, même si les pouvoirs publics ont une participation de contrôle.

La loi prévoit parfois des dérogations au Code des sociétés, mais ce sont des aménagements mineurs.

Ex. en vertu de l'article 3octies de la loi du 2 avril 1962 relative à la Société fédérale d'Investissement et aux Sociétés régionales d'Investissement, "*l'article 76 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales [article 560 du Code des sociétés relatif aux modifications des droits attachés aux titres] n'est pas applicable au droit de vote attaché aux actions représentatives du capital détenues par la Société fédérale de Participations et d'Investissement et par les filiales spécialisées, en vertu de l'article 2, §2 ou §3.*"

Ces sociétés sont donc soumises au droit des sociétés, sauf quelques dérogations mineures prévues par la loi, et au droit commercial (faillite, concordat, ...).

N.B. loi du 26 août 2006 : la Société fédérale d'Investissement fusionne avec la Société fédérale de Participations (ex-CGER), ce qui donne la Société fédérale de Participations et d'Investissement.

b. Les services publics à caractère économique

Pour ces entreprises, la situation est beaucoup plus complexe.

Ex. entreprises qui ont pour objet l'organisation du réseau de transports publics, du réseau de téléphonie, de la production et distribution d'électricité. Ce sont des **activités à caractère économique, mais qui relèvent du droit administratif**. Comment traiter ces entreprises ? Faut-il les considérer comme des sociétés commerciales ? Ou les traiter comme des personnes publiques ? En fait, ce n'est ni l'un ni l'autre.

Lorsque l'on fait l'inventaire de ces entreprises, on aboutit à des **catégories** (par ordre croissant de ressemblance aux sociétés commerciales).

- Les entreprises publiques non personnifiées : ce sont de simples départements de l'Etat ou d'un démembrement de l'Etat. Ces démembrements ne confèrent pas à l'Etat la qualité de commerçant.

Exemple : sous la loi du 26 décembre 1956, la Poste était un département administratif de l'Etat belge, sans personnalité juridique distincte.

- Les régies dotées d'une personnalité morale propre

Exemple : la Régie des Postes (loi du 6 juillet 1971), la RTT (ex-Belgacom).

- Les établissements publics : ce sont des entités que l'Etat constitue et auxquelles il accorde, dans une loi organique, la personnalité morale.

Exemples :

- l'Office national du ducroire, qui donne garantie à des tiers (souvent des importateurs étrangers) pour qu'ils traitent avec des exportateurs belges ;
- la CGER (avant sa transformation en Société fédérale de Participations).

- Les sociétés ou associations que les pouvoirs publics constituent entre eux ou avec des personnes privées pour l'exercice de missions d'intérêt public

Exemples :

- les intercommunales (pures ou mixtes) : sont-elles sociétés commerciales ?
- la société de production d'électricité (SPE) : est-elle une société commerciale car elle distribue de l'électricité ?

2. A quel régime sont soumis les services publics à caractère économique ?

Puisque ces entreprises exploitent un service public à caractère économique, faut-il leur appliquer un régime de droit commercial ?

On pourrait penser que ce qui est déterminant, c'est la question de savoir si elles ont ou non une personnalité morale. Mais en réalité, ce qui est déterminant, c'est l'importance de leur autonomie de gestion et financière, qui détermine le degré de contrôle auquel elles sont soumises : c'est le **critère de l'autonomie**.

Celui-ci a donné la réforme de 1991 : **loi du 21 mars 1991** portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

- Cette loi permet aux services publics à caractère économique de conquérir une plus grande autonomie de gestion au moyen d'un instrument original : un **contrat de gestion** conclu avec l'État. Un service public à caractère économique (étant entendu qu'on ne parle pas ici des sociétés à capitaux publics) peut devenir une **entreprise publique autonome** s'il conclue avec l'État un contrat de gestion, qui détermine ses missions et lui confère une autonomie.
- Les entreprises publiques autonomes sont dotées de la **personnalité morale** (elles ont donc des organes).
- Elles peuvent aussi se transformer en SA "**de droit public**" en vertu de la loi du 21 mars 1991. Voici donc une nouvelle catégorie de sociétés, à côté des sociétés commerciales et civiles. Quel régime leur appliquer ?

Ex. Belgacom est une SA de droit public qui a des actions cotées sur Euronext. On est en présence d'une hybridité et d'une incertitude totale.

Quel est donc le régime applicable aux services publics à caractère économique ?

A cet égard, on pourrait distinguer 3 grands points de vue :

- ★ *Ratione formae*, les services publics à caractère économique vont être soumis au Code des sociétés dès lors qu'ils auront emprunté la forme d'une société commerciale, sauf dérogations par des lois particulières.

Ex. art. 39 et s. de la loi du 21 mars 1991.

[Parfois, c'est reconnu expressément par la loi organique du service public.

Ex. article 37 de la loi du 21 mars 1991.]

- ★ *Ratione materiae* : par quel droit sont régies les activités, les opérations accomplies par le service public à caractère économique ?

Celles-ci correspondent souvent aux énumérations des articles 2 et 3 du Code de commerce.

➔ Faut-il dès lors leur appliquer le droit commercial ?

➔ Ou la finalité de service public poursuivie par le groupement exclut-elle l'application du droit commercial ?

Ici, on a une **grande variété de situations**.

- ✓ De nombreuses lois organiques de ces entreprises comportent des dispositions qui réputent leurs actes commerciaux.

Ex. l'article 8 de la loi du 21 mars 1991.

Dans ce cas, on applique à ces actes le régime des actes commerciaux.

- ✓ Certaines dispositions légales prescrivent à des services publics à caractère économique d'appliquer les méthodes industrielles et commerciales, c'est-à-dire de veiller à avoir un excédent de recettes sur les dépenses (bénéfice au sens large).

Ex. la loi de 1930 créant le RTT.

Les opérations de ces entreprises sont commerciales et on y applique le droit commercial. On va même plus loin : on considère que ces entreprises doivent tenir une comptabilité en partie double (en vertu de la loi du 17 juillet 1975).

- ✓ Le fait qu'un service public soit exploité n'est donc pas exclusif de l'application du droit commercial. Mais parfois, il doit céder devant des impératifs de droit public.

Ex.

- certains actes des services publics à caractère économique sont soumis à la loi sur les marchés publics (qui s'oppose au principe de liberté contractuelle);
- dans certains cas, les services publics à caractère économique ont un pouvoir d'expropriation (ex. le RTT) ;

Plus généralement, on applique aux services publics à caractère économique, qu'ils aient ou non la forme d'une société, le principe de la **continuité du service public** (insaisissabilité des biens affectés à l'activité d'intérêt général, ...).

Le régime applicable aux actes de ces entreprises ressemble donc à un patchwork : tantôt on applique le droit commercial, tantôt, le droit administratif.

- ★ *Ratione personae* : un service public à caractère économique dont la loi répute les actes commerciaux est-il un commerçant ? Ex. les EPA. Le tournis commence !

- ↳ Certains disent : oui, tirons les conséquences de ce que dit la loi.
- ↳ Mais la loi "répute" ces actes commerciaux (il ne s'agirait que d'une assimilation) et l'entreprise est en charge d'un service public, disent d'autres. Ces entreprises ne seraient donc pas des commerçants et ne seraient pas soumis à la LPCC, à la loi sur les faillites, ...
- ↳ Parfois, la loi exclut expressément l'application de la loi sur les faillites.

Ex. la loi du 21 mars 1991.

Alors la question est réglée, même si on peut se demander si cette solution est légitime.

↳ Si la loi ne prévoit rien, la tendance traditionnelle est de considérer qu'il n'est pas possible de prononcer la faillite car

- (i) les actes de ces entreprises ne sont que réputés commerciaux ;
- (ii) ces entreprises poursuivent une mission de service public, une mission d'intérêt général.

↳ Mr Dieux plaide **en faveur de l'application du régime de la faillite aux services publics à caractère économique** :

- (1) Pour justifier l'exclusion de la faillite, on met en avant les notions de service public, d'intérêt général.

Mais qu'est-ce que l'intérêt général ? Ce n'est rien d'autre que ce qu'une majorité d'individus ont décidé que c'était. Des fonctionnaires ou des élus se rassemblent et décident ce qui est d'intérêt général en fonction de leur conception du monde.

Or, la fonction du droit de la faillite est de protéger les intérêts de la collectivité des créanciers. Classiquement, d'ailleurs, le droit de la faillite est considéré comme relevant de l'ordre public. Quelle différence y a-t-il entre l'ordre public et l'intérêt général ? Il n'y en a pas.

L'argument déduit de l'intérêt général est donc un mauvais argument.

- (2) Cette soustraction au droit de la faillite conduit à permettre aux services publics à caractère économique de poursuivre leurs activités même s'ils sont insolvable et d'accumuler des dettes au nom de l'intérêt général, alors que les entreprises privées qui sont dans cette situation doivent cesser leurs activités. Pourquoi faire cette différence ? Elle n'est légitimée par rien et crée une distorsion inacceptable de la concurrence.
- (3) Le Code des sociétés et le critère de la commercialité. Selon le Code des sociétés, le but d'une société est de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect. Le bénéfice ne consiste

donc pas nécessairement en une distribution de dividendes aux associés. Une société de droit public répond-elle à cette définition ?

- Oui, puisqu'elle est tenue de s'organiser de manière telle que les recettes soient supérieures aux dépenses. Elle recherche donc un bénéfice pour elle-même, et *ses membres en profitent indirectement*, vu que cet excédent permet de financer les services publics autrement que par le budget de l'Etat. Les services publics à caractère économique procurent donc à l'Etat (membre de la personne morale) un bénéfice patrimonial indirect.
- En plus, le fait qu'une société poursuive une mission de service public n'est pas exclusif d'une distribution de dividendes.

Ex. Belgacom est une société cotée qui distribue des dividendes mais qui échappe au droit de la faillite : est-ce légitime ???

§6. Les éléments fondamentaux des sociétés

1. Le but de lucre (voir plus haut)

2. Les notions d'apport [et de capital], de partage des bénéfices et des pertes [qui en est la contrepartie] et d'*affectio societatis*

a. Les apports

- ❖ En vertu de l'article 1^{er} C. soc., “une société est constituée par un contrat aux termes duquel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun, pour exercer une ou plusieurs activités déterminées et dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect. (...)”. La caractéristique première de la société est le fait de mettre quelque chose en commun en vue de faire quelque chose.

- ❖ Faire un **apport** signifie s'engager à mettre quelque chose à la disposition de la société (ou, si elle n'a pas la personnalité morale, à la disposition de la collectivité des associés) en vue de permettre l'exercice des activités pour lesquelles le groupement est formé.

- ❖ Conformément au droit commun des obligations, l'engagement d'apport s'exécute en principe immédiatement, ce qui signifie que l'on doit en principe libérer immédiatement l'apport.
 - Mais les associés peuvent aussi convenir d'une libération différée ou échelonnée dans le temps, en fonction des besoins du groupement.
 - Toutefois, dans certains types de sociétés, l'apport doit être immédiatement libéré, du moins partiellement.

Ex. dans les SA, les apports doivent être libérés immédiatement à concurrence du montant minimal légal du capital (61.500 EUR) et les apports en numéraire doivent être libérés immédiatement à concurrence d'un quart.

- ❖ L'apport entretient certaines ressemblances avec d'autres opérations juridiques :
 - l'apport n'est pas une vente même s'il opère un transfert de propriété d'un bien corporel ou incorporel ;

- l'apport n'est pas un prêt ni un louage de chose même s'il consiste en la possibilité de jouir d'une chose ;
- l'apport n'est pas un louage de services même s'il consiste en des prestations.

Ce qui le distingue de toutes ces institutions, c'est que l'apport est soumis aux **aléas sociaux**. Cela signifie deux choses :

1. L'actionnaire n'aura droit, en rémunération de son apport, qu'à un dividende établi en fonction des bénéfices de la société. La rémunération des apports dépend donc de l'existence d'un bénéfice suffisant, ce qui n'est pas le cas dans la vente (paiement du prix) ou dans le prêt à intérêt, par exemple.
2. La restitution des apports dépend de l'existence d'un reliquat restituable après le désintéressement des créanciers (ce qui n'est pas le cas dans un prêt, par exemple, où l'emprunteur a, en droit, l'obligation de restituer la chose prêtée (même si dans les faits le prêteur ne sera pas toujours remboursé)). [La société peut être dissoute pour une raison ou une autre. Ce n'est que s'il reste un reliquat après la liquidation que les apports seront restitués.]

L'apport est donc soumis aux aléas sociaux, à la fois en ce qui concerne sa **rémunération**, et en ce qui concerne sa **restitution**.

❖ On peut distinguer les apports suivant leur **objet** :

- **Apports en numéraire = apports en espèces** : ils ont pour objet une monnaie qui a cours légal suivant la loi à laquelle la société est soumise (la *lex societatis*).
Ex. apport en euros à une société soumise à la loi belge.
- **Apports en nature** : ils portent sur d'autres biens (corporels ou incorporels).
Ex. créances, brevets, marques.
- **Apports en industrie** : un associé s'engage à accomplir une (des) prestation(s) pour la société, moyennant une participation dans les bénéfices éventuels de la société.

❖ On peut encore distinguer les apports suivant la **nature du droit transféré** en relation avec le bien qui fait l'objet de l'apport numéraire ou en nature, si on est en présence d'une société dotée de la personnalité juridique :

- l'apport peut être fait **en propriété** (particularité : le transfert du bien est temporaire)
- ou seulement **en jouissance**,
 - ✓ soit sous la forme d'un usufruit,
 - ✓ soit sous la forme d'une droit personnel de jouissance analogue à celui que l'on rencontre en matière de baux ou de prêts à usage.

Dans ce cas, il y a une particularité qui est que la **soumission aux aléas sociaux ne concerne que la rémunération de l'apport**, tandis que la restitution des biens apportés est soustraite aux aléas sociaux, ce qui place, sur ce plan, l'associé qui fait l'apport dans une situation analogue à celle d'un bailleur ou d'un prêteur à usage.

N.B. Il en est de même pour les apports en industrie, mais en sens inverse en quelque sorte : la rémunération de l'apport est soumise aux aléas sociaux, mais l'apport (une prestation consommée) n'est pas matière à restitution.

- ❖ **L'article 19 al. 2 C. soc.** reconnaît ces types d'apports : *“Chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie”*. Ce faisant, il spécifie la *“mise en commun de quelque chose”* dont il est question à l'article 1^{er}.

Le principe est donc, en vertu de la combinaison des articles 1^{er} et 19, al. 2 du Code des sociétés, qu'on n'est en présence d'une société que si des apports d'une de ces 3 variétés sont faits par chacun des associés. Mais il existe une **exception** à ce principe : elle concerne les **GIE**. L'article 842 C. soc. prévoit en effet que *“Le contrat de constitution d'un groupement peut prévoir l'obligation pour les membres ou pour certains d'entre eux de faire des apports en numéraire ou des apports en biens ou en services, ci-après apports en nature”*. Pour la première fois, on a une société dans le Code des sociétés où les associés ne sont pas obligés de faire des apports. Le GIE peut, par exemple, contracter des prêts pour pouvoir fonctionner.

b. La notion de capital social

- ★ Il y a une **relation intrinsèque** entre la notion d'**apport** et la notion de **capital social**, en particulier dans les sociétés dotées de la personnalité juridique, où

les apports, du moins en propriété, contribuent directement à la formation du capital social, - mais ils ne sont pas les seuls à y contribuer : y contribuent aussi les apports en jouissance, et même les apports en industrie, dans la mesure où ils se traduisent par une créance de la société à l'égard de l'associé qui a fait l'apport. [D'ailleurs, jusqu'à la complète libération de l'apport en propriété, la société a une créance à l'égard de l'associé.]

C'est la **notion de capital au sens le plus large** (**notion intrinsèque du capital social**), qui recouvre l'ensemble des actifs corporels et incorporels dont la société est originellement titulaire.

★ Il existe aussi une **notion fonctionnelle de capital social**, qui est utilisée en droit des sociétés pour déterminer les conditions suivant lesquelles les bénéficiaires et actifs de la société peuvent être répartis en cours de vie sociale entre les associés, par exemple sous la forme d'une distribution de dividendes.

- ▶ Dans cette acception, la notion de capital social reçoit des définitions particulières variables suivant la forme sociale considérée.
- ▶ Dans les sociétés à responsabilité limitée, ~~plus particulièrement dans les sociétés de capitaux~~, les règles relatives au capital social (dans son acception fonctionnelle) sont conçues de la manière la plus sévère.

Ex. : pour les SA :

- L'article 443 C. soc., en vertu duquel seuls certains apports peuvent être pris en considération pour la détermination de ce capital : *“les apports autres qu'en numéraire ne peuvent être rémunérés par des actions que s'ils consistent en éléments d'actifs susceptibles d'évaluation économique, à l'exclusion des actifs constitués par des engagements concernant l'exécution de travaux ou de prestations de services. Ces apports sont appelés apports en nature”*. Cela signifie que dans les SA, les apports en industrie, même s'ils font l'objet d'une créance, ne peuvent être valorisés et pris en considération pour l'évaluation du capital. Celui-ci est composé
 - ✓ des apports en numéraire
 - ✓ ainsi que des apports en nature susceptibles d'une évaluation économique [celle-ci se fait selon une procédure spéciale pour qu'on ne puisse pas tromper les tiers sur le montant de leur gage commun].

- Disposition fondamentale : l'article 617 C. soc. énonçant le principe de l'intangibilité du capital social dans les SA, en vertu duquel l'on ne peut pas procéder à une répartition d'actifs entre associés, notamment sous forme d'une distribution de dividendes, si elle aurait pour effet de faire descendre l'actif net comptable de la société en-dessous du capital social. Cela signifie que l'actif net (actif brut sous déduction des provisions et dettes) ne peut être inférieur au capital libéré ou appelé⁵ augmenté des réserves indisponibles⁶. Les deux termes de la comparaison sont donc
 - l'actif net comptable = actif brut sous déduction des provisions et dettes ;
 - le capital libéré ou appelé augmenté des réserves indisponibles.

c. L'affectio societatis ou l'intérêt commun qui a justifié la constitution de la société

i. La notion d'*affectio societatis*

- ◆ **Traditionnellement**, on considère que l'*affectio societatis* est un **élément distinctif du contrat de société**, à côté des apports et de la vocation des associés à participer aux bénéfices et pertes de la société.

Egalement désignée *ius fraternitatis*, l'*affectio societatis* désigne un **esprit de collaboration et de fraternité qui doit exister entre les associés**.

- ➔ Il en résulte que chaque associé a le droit de participer à l'administration (au sens le plus large) de la société, dans la mesure permise par la loi et les statuts.

⁵ Partie du capital souscrit dont la société (conseil d'administration) a demandé la libération à ses associés ou actionnaires.

⁶ Les réserves disponibles sont celles qui peuvent être librement distribuées par une décision de l'AG, à la différence des réserves indisponibles, qui ne peuvent l'être. Une réserve indisponible est notamment constituée en cas de rachat d'actions propres par la société.

➔ Cette participation prendra des formes différentes selon que l'on est dans une SA, une SNC, ...

- Dans une SNC, tous les associés ont vocation à participer aux décisions gouvernant la société.
- Il en est tout autrement dans les SA, pour lesquelles la loi crée des organes dont elle définit les compétences, etc., et où les actionnaires n'ont pas de pouvoirs individuels d'immixtion dans l'administration de la société, mais où ils ont le droit de participer aux AG : c'est ainsi que s'y manifeste l'*affectio societatis*.

Il y a de l'*affectio societatis* dans toutes les sociétés, mais elle se traduit dans des régimes différents suivant la forme sociale considérée.

◆ La **jurisprudence** utilise cette notion pour s'assurer qu'un contrat de société dont la **qualification** est contestée est bien un contrat de société, ou pour vérifier si un contrat qui n'est pas qualifié contrat de société n'en est pas en réalité un.

Ex.

- des concubins qui exploitent un commerce ne sont associés que s'il y a une *affectio societatis* entre eux ;
- les héritiers d'un commerçant qui poursuivent le commerce de leur auteur pour les besoins de la liquidation de la succession ne sont pas des associés : pas d'*affectio societatis* ;
- si des travailleurs en grève se livrent à des expériences d'auto-gestion (çà qu'ils se substituent aux organes de l'employeur), il ne se forme pas une société entre eux si cette expérience reste accessoire à la grève (mais non si elle se poursuit au-delà).

ii. La controverse actuelle sur la notion d'*affectio societatis* :
affectio societatis versus intérêt commun

◆ Pourtant, la notion est aujourd'hui au centre d'une **controverse** : des auteurs, et pas des moindres, prétendent que cette notion a été promue par inadvertance par la doctrine classique et qu'en réalité, elle n'est qu'un résumé commode de l'ensemble des autres éléments caractéristiques des sociétés (apports et participation aux bénéfices et pertes). Il faudrait, selon ces auteurs, éliminer l'allusion à l'*affectio societatis* comme condition distincte de l'existence d'une société.

- ◆ La **jurisprudence** est **partagée** : certaines décisions considèrent encore que l'*affectio societatis* est une condition distincte de l'existence d'une société, tandis que d'autres décisions sont influencées par ce courant dissident.
- ◆ Ceux qui contestent ainsi la doctrine traditionnelle estiment qu'il faut s'en tenir à la notion d'**intérêt commun**, visée par le Code des sociétés et par l'ancien Code civil. Il s'agit de l'article 19, al 1 C. soc. : "*toute société doit avoir un objet licite, et être contractée pour l'intérêt commun des parties*". Au moins, la notion d'intérêt commun se trouve dans la loi, à la différence de l'*affectio societatis*, qui n'aurait pas d'écho dans les textes.
- ◆ Selon Mr Dieux, c'est vrai que l'*affectio societatis* ne figure pas *expressis verbis* dans le Code des sociétés (ni dans les anciens Code civil et L.C.S.C.). Mais est-ce une notion inutile ? Cela n'est pas tout à fait exact car c'est une notion plus expressive que l'intérêt commun et qui **justifie certaines solutions consacrées par la loi et la jurisprudence**.

Ex. :

- La dissolution d'une société pour de justes motifs : selon l'article 45 C. soc. (ancien article 1871 C. civ.), "*la dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges.*"
 - ✓ La dissolution peut être demandée, et le cas échéant obtenue, si l'un des associés manque à ses engagements : c'est l'application en matière de sociétés de l'article 1184 du Code civil.
 - ✓ Ce qui nous intéresse plus, ce sont les "*autres cas semblables*". A cet égard, la jurisprudence consacre l'idée que la dissolution de la société peut être obtenue en cas de mésintelligence grave entre les associés. Mais sur la base de quel critère l'apprécier ?
 - ➔ Est-ce lorsque l'intérêt des associés cesse d'être commun ?
 - ➔ Ou en cas de désaccord sur les moyens de réaliser l'intérêt commun ? C'est cette deuxième thèse qui prévaut dans la jurisprudence. La notion d'*affectio societatis* permet d'expliquer cela plus que celle d'intérêt commun.

- La notion d'*affectio societatis* permet de grader l'implication des associés dans l'administration et la gestion de la société (on a ainsi des catégories différentes d'associés).

C'est ainsi que la notion d'*affectio societatis* permet d'expliquer la règle du squeeze out contenue à l'article 513 C. soc. : "une personne physique ou morale, ou plusieurs personnes physiques ou morales qui agissent de concert et qui détiennent, conjointement avec la société, 95% des titres conférant le droit de vote d'une société anonyme ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, peuvent acquérir, à la suite d'une offre publique de reprise, la totalité des titres avec droit de vote ou donnant accès au droit de vote. [...]".

Cela signifie que si je suis actionnaire à 95 %, en termes de droits de vote, d'une SA, je peux exclure les 5 % restants en faisant une offre obligatoire (!) à l'égard de ceux à qui elle est adressée. C'est une expropriation pour cause d'utilité privée...

Certains ont contesté la validité de cette disposition devant la Cour d'arbitrage, mais celle-ci a estimé qu'elle était valable car tous les associés n'ont pas la même *affectio societatis*.

Explication : dans les sociétés cotées, il y a 2 catégories d'associés :

- ✓ les associés en charge de l'administration et du contrôle de la société, qui ont beaucoup d'*affectio societatis* ;
- ✓ ceux pour qui la participation à la société n'est qu'un investissement (investisseurs institutionnels et vous et moi).

Ces derniers ont peu ou pas d'*affectio societatis*, selon Mr Dieux. C'est de cette considération que procède la règle de l'article 513 C. soc., qui permet d'évincer les 5 % restants car ils ne sont pas animés d'*affectio societatis* et peuvent perturber le fonctionnement de la société.

On peut mentionner un arrêt de la Cour constitutionnelle de la RFA du 7 août 1962, qui estime que pour un petit actionnaire minoritaire dans une société cotée, l'action équivaut à un pur placement de capital, ce qui correspond à ce qui vient d'être dit.

La notion d'*affectio societatis* est donc une notion actuelle qui permet de justifier certaines règles du droit des sociétés.

iii. La sanction de l'absence d'*affectio societatis*

En ce qui concerne la **sanction** de l'absence d'*affectio societatis*, on observe une autre **évolution** qui conduit à une **atténuation de l'exigence d'*affectio societatis*** :

- au départ : **nullité** de la société qui en était dépourvue ;

- mais sur ce plan, il y a eu une évolution essentielle sous l'impulsion du droit européen, plus particulièrement d'une directive de 1968, transposée par la **loi du 6 mars 1973**, qui a introduit un **article 13ter dans les L.C.S.C.**, qui limitait les causes pour lesquelles les SA et SPRL pouvaient être annulées. Cette solution a par la suite été étendue aux SCRL et fait maintenant l'objet des articles 227 (SPRL), 403 (SCRL) et 454 (SA) du Code des sociétés, qui reproduisent l'ex-article 13ter L.C.S.C. chacun pour la forme sociale concernée (v. plus haut). Dans ces formes sociales, l'absence d'*affectio societatis* n'est plus une cause de nullité, sauf dans une hypothèse, indirectement. Pour rappel, les SA et SCRL (mais non les SPRL, qui peuvent ne comporter qu'un associé (SPRLU)) sont nulles notamment si le nombre d'associés valablement engagés est inférieur à deux. Par ce biais, on a une nullité qui sanctionne l'absence d'*affectio societatis* dans l'hypothèse où tous les associés sauf un sont des hommes de paille (dans ce cas, en effet, il n'y a pas d'*affectio societatis* entre les prête-nom et le mandant occulte).

Mais dans les autres formes sociales, l'absence d'*affectio societatis* demeure une cause de nullité de la société.

d. Le partage des bénéfices et des pertes (voir plus loin)

3. Le contrat de société (voir plus loin)

§7. La notion d'intérêt social

1. Notion

Il s'agit d'une autre notion qui a considérablement été développée par la loi, la doctrine et la jurisprudence, qui peut faire penser à l'*affectio societatis* et à l'intérêt commun, mais qui ne s'y identifie pas.

Dans le droit moderne des sociétés, l'intérêt social est la **finalité à laquelle sont soumises les décisions relevant de l'administration et du fonctionnement de la société**. Les organes de la société ne sont compétents qu'en vue de la réalisation de cette finalité.

2. L'intérêt social dans le Code des sociétés

Plusieurs dispositions du Code des sociétés font allusion à l'intérêt social :

- ★ Articles 444 et 602 du Code des sociétés relatifs aux **apports en nature dans les SA** : les fondateurs ou le Conseil d'administration (en cas d'augmentation de capital par apports en nature pendant la vie sociale) doivent justifier de l'intérêt de la société à cet apport en nature.
- ★ Articles 596 et 605 C. soc. relatifs à la **suppression ou limitation du droit de souscription préférentielle dans les SA** : en cas d'augmentation de capital, ce droit de souscription préférentielle peut être supprimé ou limité par le Conseil d'administration (en cas d'augmentation autorisée du capital) ou par l'Assemblée générale si cette mesure est justifiée par l'intérêt social.

Explications sur le droit préférentiel de souscription

Les besoins financiers d'une SA peuvent augmenter au fil du temps. Dans ce cas, elle peut choisir soit de contracter des emprunts, soit d'utiliser ses propres

fonds. Dans ce dernier cas, il faudra effectuer une augmentation de capital⁷. Cette augmentation de capital sera la contrepartie d'apports nouveaux faits par ceux à qui cette augmentation est réservée = tout le monde OU certains tiers OU les associés OU certains associés, suivant les cas.

- Si l'augmentation de capital est effectuée au moyen d'apports en nature, il ne peut y avoir de rupture d'égalité entre les associés du fait que seul le propriétaire de la chose désirée a vocation à l'apporter.
- Par contre, si l'augmentation de capital est faite au moyen d'apports en numéraire, on s'est dit qu'il y aurait rupture d'égalité si elle était réservée à certains.

- En effet, il faut tenir compte de l'effet dilutif de l'augmentation de capital.

On peut expliquer cet effet dilutif à l'aide d'un exemple simple : soit une société comptant 2 actionnaires, dont le capital initial est de 100.000 EUR, détenu pour moitié par un des actionnaires et pour moitié par l'autre. On décide de doubler ces fonds propres et on réserve cette augmentation à un des deux actionnaires. Le résultat en est que désormais cet associé détient 75 % du capital, alors que l'autre ne détient que 25 % du capital. L'équilibre qui existait entre les associés a donc été bouleversé.

L'augmentation de capital a eu un effet dilutif en termes (1) de bénéfices patrimoniaux et (2) de droits de vote.

- C'est pour ce motif que la Commission bancaire a recommandé que si une augmentation de capital par apports en numéraire était projetée dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, il fût proposé à tous les actionnaires d'y participer.
- Le législateur a pris le relais en adoptant la loi du 5 décembre 1984 opérant la transposition de la Deuxième Directive européenne (de 1976), qui prévoit un droit préférentiel de souscription en faveur des associés, même dans les sociétés ne faisant pas publiquement appel à l'épargne. Mais pour garantir une certaine souplesse, le législateur de 1984 a permis certaines exceptions à ce principe : l'AG ou le CA (dans la procédure du capital autorisé) peuvent supprimer ou restreindre le droit préférentiel de souscription dans l'intérêt social.

⁷ Cette opération relève en principe de la compétence de l'AG, mais depuis 1984, les statuts peuvent doter le CA du pouvoir de modifier le capital dans une certaine mesure.

Ex. l'augmentation de capital pourrait être réservée à un tiers exploitant dans un domaine complémentaire de celui de la société, afin de réaliser une synergie avec cet exploitant.

★ Article 510 du Code des sociétés (ex-article 41 L.C.S.C.) relatif aux **restrictions à la libre négociabilité des actions dans les SA**, notamment aux **clauses d'inaliénabilité**.

Pour rappel, dans les sociétés de capitaux ou par actions, le capital est tout, les associés ne sont rien. Les parts des associés y sont incorporées dans des titres négociables, qui sont en principe cessibles. On parle de libre négociabilité des actions, que ces sociétés soient privées ou cotées. N.B. : différence : dans les sociétés cotées, les parts sont liquides (en plus d'être négociables).

Ce principe est considéré comme participant de la *nature* de la société par actions, mais non de son *essence*.

➔ On ne peut donc supprimer la libre négociabilité des actions, mais on peut la restreindre, au moyen de conventions entre certains actionnaires ou tous les actionnaires, ou par le biais des statuts.

Ex.

- les statuts ou des conventions particulières peuvent interdire aux actionnaires de céder leurs actions pendant un certain temps (clauses d'inaliénabilité) ;
- les statuts peuvent prévoir que la cession de titres est soumise à l'agrément préalable du Conseil d'administration (on ne veut pas accueillir n'importe qui dans la société) (clauses d'agrément) ;
- les statuts ou des conventions entre actionnaires peuvent contenir des pactes de préférence ou de préemption, en vertu desquels les actionnaires sont tenus d'offrir leurs actions par préférence aux autres actionnaires avant de les proposer à des tiers.

Ces clauses sont valables, mais en légalisant le système, le législateur a prévu des **limites**, notamment pour les clauses d'inaliénabilité (qui sont une variété de clauses établissant une restriction à la libre négociabilité des actions)⁸, qui consistent à s'interdire de vendre ses actions pendant un certain temps.

↳ Les **clauses d'inaliénabilité** doivent

- ✓ être limitées dans le temps
- ✓ et être justifiées par l'intérêt social à tout moment.

⁸ Ex. les clauses de standstill, par lesquelles un associé s'engage à maintenir sa participation à un certain niveau pendant un certain temps.

- ★ Article 551 du Code des sociétés (ex-article 74ter L.C.S.C.) relatif aux **pactes de votation**.

Les pactes de votation sont des pactes par lesquels des associés ou actionnaires conviennent de se rencontrer avant les assemblées générales afin de décider d'une position commune en faveur de laquelle ils devront exercer leurs droits de vote.

La validité des pactes de votation a pendant longtemps été contestée. On disait que ces pratiques étaient contraires au caractère délibérant de l'Assemblée générale.

Toutefois, en, 1989, la Cour de cassation renverse la tendance et considère que les pactes de votation sont valables, à condition qu'ils ne soient pas inspirés par un mobile frauduleux.

Peu après, la loi du 18 juillet 1991 insère un article 74ter dans les L.C.S.C. (devenu l'article 551 du Code des sociétés), qui prévoit la possibilité de conclure des pactes de votation à condition qu'ils soient

- ✓ limités dans le temps
- ✓ et justifiés par l'intérêt social à tout moment.

3. Comment définir l'intérêt social ?

a. Considérations générales

Le problème est que cette notion n'est définie nulle part.

- S'agit-il de l'intérêt commun des associés ?
- Non, l'économie du système des références à la notion d'intérêt social ne permet pas de la réduire à l'intérêt commun, parce que le Code des sociétés et les L.C.S.C. emploient cette notion pour justifier certaines restrictions de droits reconnus à des associés (ex. le droit préférentiel de souscription) ou pour limiter des libertés reconnues par la loi aux associés (ex. les pactes de votation). **Il est impossible de ramener l'intérêt social à l'intérêt des associés.**

- C'est effectivement cette dernière tendance qui ressort si l'on examine la **jurisprudence**. Des décisions font allusion à cette notion quand il s'agit d'apprécier si l'organe d'administration de la société a pu prendre des décisions non pour procurer un bénéfice patrimonial aux associés, mais dans le but sauvegarder l'existence l'entreprise, de garantir sa prospérité, l'entreprise ne se réduisant pas aux associés, mais comportant également des travailleurs, des clients, des fournisseurs, etc., donc les intérêts doivent être pris en compte.

Ex. prés. trib. comm. Mons, 10/07/1979 ; trib. comm. Bruxelles, 01/03/1988

- ➔ La jurisprudence adopte donc une **conception large, dite plurielle de l'intérêt social**, qui est aussi celle qui l'emporte en **droit comparé**.

b. Conception capitaliste et conception plurielle de l'intérêt social

Il existe **2 conceptions** de l'intérêt social, que l'on dit souvent antagonistes, mais qui sont en réalité **complémentaires** :

★ La **conception capitaliste** (au sens technique du terme) de l'intérêt social

Pour cette école, l'intérêt social est l'intérêt de la société, qui est, du moins économiquement, la propriété des associés. L'intérêt social se confond avec l'intérêt patrimonial groupé des associés. Les organes de la société, en particulier son organe d'administration, doivent donc être animés, quand ils prennent des décisions, par la volonté de rendre le meilleur service possible à l'intérêt patrimonial du groupement des associés ou des actionnaires. Leur but doit être la rentabilisation maximale des apports faits par les associés.

★ La **conception plurielle ou entrepreneuriale** de l'intérêt social

Pour cette école, l'intérêt social ne se limite pas à l'intérêt des associés. En effet, le Code des sociétés en parle pour limiter ou restreindre des droits ou libertés reconnus aux associés ou actionnaires. L'intérêt social est l'intérêt de l'entreprise, qui est un conglomérat d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachés à une personnalité juridique autonome et poursuivant durablement un but économique déterminé. Les organes de la société, en particulier son organe

d'administration, doivent veiller à la prospérité de l'entreprise dans une perspective de continuité. Ils doivent veiller non seulement aux intérêts des associés, mais également à ceux

- ✓ des salariés ;
- ✓ des créanciers ;
- ✓ des clients ;
- ✓ des fournisseurs ;
- ✓ de la région ;
- ✓ voire de la nation.

- **Par exemple, les deux conceptions de l'intérêt social vont s'opposer en cas d'offre publique d'acquisition (OPA).**

Une offre publique d'acquisition (OPA) sur une société cotée ou, plus généralement, sur une société faisant publiquement appel à l'épargne, est une opération par laquelle une personne (l'offrant) offre à l'ensemble des propriétaires de titres émis par cette société (la société cible), et en particulier des actions de celle-ci, de leur acquérir l'ensemble des titres qu'ils détiennent, à un prix attrayant, donc généralement supérieur au cours de bourse, ou moyennant une contrepartie pareillement offerts à tous les destinataires de l'offre. Le but de l'offrant est d'acquérir le contrôle de la société.

La question qui se pose est celle de savoir si le Conseil d'administration pourrait s'opposer à une OPA dans un but de continuité de l'entreprise.

- Pour les associés, OPA signifie bénéfice patrimonial.
- Mais il se peut que le Conseil d'administration juge l'OPA menaçante pour la continuité de l'entreprise, par exemple si l'offrant envisage des licenciements dans la société cible. Il pourrait alors songer à défendre l'entreprise. Ex. OPA de Mr de Benedetti sur la Société Générale de Belgique. La méthode employée pour faire échec à l'OPA est une augmentation de capital souscrite par « white knight ».

Si l'on adopte la conception capitaliste de l'intérêt social, le Conseil d'administration ne pourrait pas réagir. Si, en revanche, l'on adopte la conception plurielle de l'intérêt social, le Conseil d'administration pourrait prendre des mesures de défense. Mais le législateur est intervenu pour régler la situation et a restreint les pouvoirs du Conseil d'administration

- **En ce qui concerne la jurisprudence**, de nombreuses décisions, spécialement en référé, adoptent la conception plurielle de l'intérêt social.

- **Droit comparé**

En droit anglo-américain en particulier, et spécialement aux Etats-Unis, la jurisprudence admet que l'on tienne compte non seulement des intérêts des shareholders, mais aussi ceux d'autres stakeholders (preneurs d'intérêts), alors même que ce pays a une culture plus actionnariale que l'Europe. L'idée d'un intérêt social composite n'est donc pas propre à la Belgique.

- **L'intérêt social et la corporate governance**

L'intérêt social (et la notion de « stakeholdership ») est aussi au centre de la réflexion de la corporate governance.

La corporate governance est un mouvement d'origine anglo-américaine qui, depuis une quinzaine d'années, veut réformer l'administration des sociétés, et plus particulièrement des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, et plus spécialement des sociétés cotées.

Au sens large, la corporate governance a toujours existé (çàd en tant que corps de règles intéressant la manière dont la société doit être gérée) ; c'est même la partie principale du droit des sociétés. Mais depuis environ vingt ans, une nouvelle conception s'est développée en matière de corporate governance, qui ne vise plus à organiser la structure de l'administration de la société, comme le fait le droit des sociétés. Ce dont il s'agit, c'est d'aller plus dans le détail :

- déterminer des structures d'administration ;
- déterminer des devoirs des administrateurs pour assurer le **fonctionnement efficace et loyal de la société**. Ceux-ci doivent prendre en considération l'ensemble des facteurs liés à la continuité et à la prospérité de l'entreprise. Le « duty of loyalty » s'ajoute au traditionnel « duty of care » (devoir de diligence) des administrateurs.

Ces réflexions conduisent, par exemple, à des recommandations qui tendent à l'instauration d'une distinction, au sein des SA, cotées en particulier, entre

- des administrateurs exécutifs
- et des administrateurs non exécutifs.

[Dans le système de la loi, le Conseil d'administration d'une SA est composé d'administrateurs qui ont le même statut, mais il n'en est pas ainsi dans la réalité des choses. En effet, dans les faits, dans les Conseils d'administration des sociétés, cotées en particuliers, on trouve deux catégories d'administrateurs :

- les administrateurs dits exécutifs, qui sont impliqués dans le management de la société à temps plein ;
- et les administrateurs nommés en raison de leur hauteur de vue, ou de leur expérience, ou de leur carnet d'adresses. Ce sont des administrateurs non exécutifs. Ils ne réfléchissent que quatre ou cinq fois par an à la politique générale de la société.

On s'est donc dit qu'il fallait prévoir des devoirs différents pour ces deux types d'administrateurs.]

Dans le cadre de cette réflexion de la corporate governance, il a fallu aussi réfléchir à l'intérêt social en tant que point de référence pour les notions de loyauté et d'efficacité des administrateurs.

Au départ, lorsque la corporate governance se développait en droit anglo-saxon, elle avait une conception de l'intérêt social plutôt axée sur les actionnaires, mais suite à une évolution, elle a adopté une **conception plurielle** de l'intérêt social. Celle-ci transparaît à travers une multitude de codes. Il s'agit de **codes de bonne conduite**, non obligatoires, élaborés par les milieux intéressés (OCDE, associations professionnelles).

Ex. Code Cadbury en Angleterre.

En Belgique, on a, pour les sociétés cotées, le **Code Lippens** du 9 décembre 2004, qui a été élaboré sur la base de travaux réalisés à l'instigation de la FEB, de la Commission bancaire et des assurances et d'Euronext Bruxelles. Ce code recommande des principes et règles qui visent à une plus grande efficacité et loyauté dans l'administration de la société.

➔ La notion d'**intérêt social** apparaît dans plusieurs dispositions de ce code :

- ✓ Principe 2 : *“La société se dote d'un Conseil d'administration qui prend des décisions dans l'intérêt social”.*
- ✓ Le préambule indique qu'il faut tenir compte des intérêts des *“autres parties prenantes”* :

“Une bonne gouvernance d'entreprise doit permettre de fixer les objectifs de la société, les moyens de les atteindre et la façon d'évaluer les performances. En ce sens, la gouvernance d'entreprise constitue un incitant de nature à contribuer à la capacité du conseil d'administration et du management à poursuivre des objectifs conformes aux intérêts de la société, de ses actionnaires ainsi que des autres parties prenantes (stakeholders).”

“Des pratiques de gouvernance d’entreprise basées sur la transparence et la responsabilité renforceront la confiance des investisseurs dans les sociétés et profiteront aux autres parties prenantes.”

N.B. Les Codes de bonne conduite, pas de force obligatoire ?

Que sont ces codes de bonne conduite ? Il y va d’un droit d’une autre nature. C’est ainsi qu’à côté des sources formelles du droit, on a d’autres sources de droit. On parle de régulation (par opposition à la réglementation). La régulation consiste en des recommandations qui émanent des milieux intéressés ou d’autorités et que leurs destinataires sont invités à respecter.

Ces recommandations ont toutefois, en pratique, ont une **force aussi importante que le droit pur**, pour deux raisons :

(1) La sanction du marché

Tout d’abord, parce que si on ne respecte pas les règles de bonne conduite, on subit la sanction du marché, c’est-à-dire de ceux à qui on doit s’adresser pour être en mesure d’exercer ses activités et donc faire des profits. C’est ainsi qu’on sera montré du doigt par les analystes financiers, par les investisseurs, etc., et que les marchés financiers se détourneront de nous. Cette sanction est plus grave que la condamnation au paiement d’une amende ou d’une indemnité !

(2) L’intégration du soft law par le hard law

Ensuite, les recommandations sont-elles ignorées du droit positif classique ?

On oppose le soft law (recommandations) au hard law (droit positif classique). Or, le soft law n’est pas si mou que ça, et il y a plus : on assiste à des phénomènes qui font qu’à un certain moment, le hard law intègre le soft law, et ce, par des moyens divers.

(a) Légalisation du principe propre au soft law en droit des sociétés “comply or explain” (se soumettre aux codes de bonne conduite ou expliquer pourquoi on s’en est écarté). La loi peut imposer de comply or explain : les sociétés seraient obligées de soit respecter un code qu’elles choisiraient ou qui serait désigné par la loi, soit s’expliquer pourquoi elles s’en sont écartées.

Ex.

- En Allemagne, l’article 161 de la loi sur les sociétés par actions (Aktiengesetz) impose une déclaration annuelle concernant le respect du Deutsche Corporate Governance Kodex.
- Aux Pays-Bas, le Burgerlijk Wetboek énonce la même règle à propos du Tabaksblat.

(b) Les parties intéressées à une opération non réglementée par le droit peuvent convenir dans un contrat de respecter des recommandations. Celles-ci acquerront alors une force obligatoire en vertu du principe de la convention-loi (article 1134 C. civ.).

Exemple: OPA hostile sur Assubel par AG (1987).

Les statuts d’Assubel prévoient que l’agrément du Conseil d’administration est requis pour que de nouveaux actionnaires puissent être accueillis. Le Conseil d’administration d’Assubel décide d’utiliser cette clause et

annonce que, quand bien même l'OPA d'AG réussirait, il prendra la décision de refuser l'agrément de ce nouvel actionnaire hostile.

C'est une mesure de défense efficace, mais qui ne peut plus être utilisée depuis 1989.

La Commission bancaire [qui donne des recommandations dans l'intérêt de l'épargne, du public] trouve cela incorrect. En 1987, elle n'est pas compétente pour interdire ce procédé, mais elle a une grande autorité morale, puisque son autorisation est requise pour certaines opérations... Elle convoque donc Assubel et AG, et les parties conviennent de la conclusion d'un protocole d'accord aux termes duquel le Conseil d'administration et l'actionnariat de contrôle d'Assubel s'engagent, en cas de refus d'agrément, à trouver des acquéreurs qui achèteront aux mêmes conditions les actions qui ont déjà été offertes.

- (c) Principes généraux de la responsabilité civile : la juge peut estimer que ne pas respecter les codes de bonne conduite constitue une faute au sens des articles 1382 et 1383 C. civ.

Ex. jugement du tribunal de commerce de Bruxelles de 1988 : des recommandations en matière de cessions privées de participations de contrôle n'avaient pas été respectées, ce qui avait porté préjudice aux actionnaires minoritaires. Le tribunal a considéré qu'il fallait réparer le dommage.

Explications.

En cas de cession privée de participation de contrôle d'une SA cotée, le(s) cédant(s) obtien(nen)t, en échange de ses (leurs) actions, un prix supérieur au cours de la bourse, parce que le pouvoir de contrôler la société qui est attaché à ses (leurs) actions a un prix (on parle de prime de contrôle).

Mais la Commission bancaire trouve que la prime de contrôle devrait être offerte à tous les actionnaires. Dans une recommandation, elle considère qu'il faut offrir aux autres actionnaires la possibilité de céder leur actions à un prix au moins équivalent (lancer une OPA).

[Ce principe sera par la suite légalisé.]

Le Tribunal de commerce de Bruxelles considère que le fait de ne pas respecter cette règle constitue une faute et condamne l'acquéreur de la participation de contrôle à payer aux autres actionnaires une indemnité égale à la prime de contrôle.

- (d) Proche du (c) : les coutumes et usages sont une source essentielle en droit commercial et économique. Certains tribunaux estiment que ne pas respecter le soft law, qui est l'expression du bon usage, c'est violer un usage, cette violation pouvant être sanctionnée sur la base des articles 1382 et 1383 C. civ.

Ex. arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 1^{er} mars 1988, dans l'affaire De Benedetti : violation d'une règle de droit.

C'est toutefois la sanction du marché qui reste le point le plus fort du soft law.

- **Conclusion : l'intérêt social englobe aussi l'intérêt des autres preneurs d'intérêts**

On ne peut plus nier aujourd'hui la reconnaissance, en droit et dans les codes de bonne conduite, d'une notion d'intérêt social qui dépasse l'intérêt patrimonial des associés et englobe aussi l'intérêt des autres preneurs d'intérêts.

§8. Le partage des bénéfices et des pertes

1. Bénéfices au sens large et bénéfices au sens strict

L'esprit de lucre qui doit en principe caractériser toute société [exception : article 1^{er}, § 3 C. soc.] reçoit, à l'article 1^{er} du C. soc., une définition large, puisque le but de la société doit être de procurer aux associés un bénéfice patrimonial *direct* ou *indirect*.

Mais la notion de lucre est aussi utilisée dans un but plus spécifique par le Code des sociétés, en ses articles 30 à 32, qui impliquent que la société ait vocation à distribuer tout ou partie de ses bénéfices à ses associés. Dans les SA et les sociétés dont le régime a été calqué sur celui des SA, on parlera de dividendes.

Il existe donc deux notions de bénéfices :

- les **bénéfices au sens large** : ce sont des bénéfices autres que des dividendes ;
 - ex. ristournes dans les sociétés coopératives, bénéfices indirects dans les groupements d'intérêt économique ;
- les **bénéfices au sens étroit**, tels que visés par les articles 30 à 32 du Code des sociétés.

2. Définition du bénéfice au sens étroit

Art. 30 C. soc. : *“Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société.*

A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté.”

Art. 31 C. soc. : *“Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité.*

Nulle réclamation n'est admise à ce sujet, s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a reçu de sa part un commencement d'exécution.”

Art. 32. C. soc. : *“La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle.*

Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés.”

↳ On voit que le Code des sociétés **ne définit pas les bénéfices de manière spécifique**, tellement cela paraissait évident aux auteurs du Code civil.

Mr Dieux propose un archétype du bénéfice et des définitions plus spécifiques.

◆ **Archétype du bénéfice** : il y a bénéfice si des valeurs nouvelles produites par les opérations sociales sont entrées dans la société, outre les apports, et si ces valeurs nouvelles restent disponibles après apurement des dettes contractées en raison des opérations sociales. ~~[C'est une définition ontologique du bénéfice.]~~ [Donc ce qu'il y a en plus des apports après désintéressement des créanciers, déduction faite de ce qui est dû à ces derniers, à terme par exemple.]

- Il y a des controverses dans la littérature fiscale sur la question de savoir si les plus-values font partie des bénéfices. Des plus-values peuvent s'attacher à un apport.

Ex. la valeur d'un immeuble apporté a augmenté.

En droit fiscal, cela dépend des cas, parfois la plus-value est prise en compte dans le bénéfice, parfois pas ; en droit des sociétés, oui, la plus-value fait partie du bénéfice.

La définition de Mr Dieux n'exclut pas les plus-values des bénéfices.

- Dans les termes de la comparaison, il ne faut prendre en considération ni les apports en industrie, ni les apports en jouissance. Ce n'est pas parce qu'ils n'auraient pas de valeur économique - ils en ont une, puisqu'ils représentent autant de créances de la société. Mais c'est parce qu'on prend en considération la société au sens le plus large. Or, dans cette épure de base de la société, le bénéfice se partage lorsque le contrat de société prend fin, après la dissolution de la société ; à ce moment-là, ces apports ont déjà été consommés, la créance de la société est égale à zéro.
- ◆ **Acceptions fonctionnelles du bénéfice** : en droit positif, le bénéfice reçoit aussi des acceptions plus fonctionnelles précises, dans des dispositions particulières, au titre du principe de **l'intangibilité du capital social**. Un bénéfice au sens large n'est pas nécessairement un bénéfice distribuable.
 - ★ **Article 617 C. soc.** énonçant le principe de **l'intangibilité du capital social** dans les SA : nous savons déjà qu'en vertu de l'article 617 C. soc., l'on ne peut pas, dans une SA, procéder à une répartition d'actifs entre associés, notamment sous forme d'une distribution de dividendes, si elle aurait pour effet de faire descendre l'actif net comptable de la société en-dessous du capital social. Cette règle stricte, dont il résulte une notion plus étroite du bénéfice que dans d'autres types de sociétés, s'explique par le fait que la SA est une société à responsabilité limitée. Les créanciers n'y ont de recours que sur le patrimoine de la société et ont donc intérêt à ce que sa consistance soit préservée. Il faut assurer aux créanciers un actif net suffisant. En revanche, dans les sociétés à responsabilité illimitée, cette règle n'est pas nécessaire puisque les créanciers ont un recours sur le patrimoine personnel des associés.
 - ★ **La notion de bénéfice en droit comptable** : on applique le principe de l'intangibilité du capital social par rapport aux comptes de la société, qui doivent être établis dans le respect du droit comptable (A.R. du 30 janvier 2001). Plusieurs opérations doivent être réalisées pour déterminer s'il y a des bénéfices.

Les comptes sociaux comportent

- ✓ un bilan ;
- ✓ un compte de résultat ;

✓ des annexes.

- (1) Dans le compte de résultat sont inscrits les résultats des opérations de l'exercice écoulé. Il doit être établi selon un schéma précis qui comporte différentes rubriques. La rubrique 13 énonce soit le bénéfice soit la perte de l'exercice écoulé à affecter [on a plus ou moins que l'année précédente].
- (2) Mais ce n'est pas tout : il faut encore intégrer ce bénéfice ou perte dans le bilan, et ce n'est que s'il existe un bénéfice dans le bilan que l'on peut procéder à une distribution de dividendes. Sinon, on viole le principe de l'intangibilité du capital social.

★ **La notion de bénéfice en droit fiscal** : on applique le principe de l'unité du bilan comptable et du bilan fiscal.

3. La répartition des bénéfices (art. 30 à 32 C. soc.)

Selon quelle clé de répartition partager les bénéfices ? Existe-il des règles à ce sujet ? Oui.

- a. Le principe : autonomie de la volonté et système supplétif (article 30 et 31 C. soc.)
- Les parties sont libres de déterminer les critères de répartition des bénéfices et des pertes (article 30 C. soc.).
 - ✓ Les statuts peuvent établir une grille de répartition des bénéfices et pertes.
 - ✓ Les statuts peuvent aussi prévoir que cette répartition se fera
 - par un associé
 - ou par un tiers
- (article 31 C. soc.).

Il s'agit là d'un cas de partijbeslissing, c'est-à-dire d'un cas où un contrat prévoit qu'une partie de la détermination de son objet sera confiée à une partie ou un tiers.

Si la détermination du mode de répartition des bénéfices et des pertes est confiée à une partie ou un tiers, sa décision ne pourra être remise en cause que si elle est contraire à l'équité.

- Si les parties n'ont rien prévu, la part de chaque associé est en proportion avec sa mise dans la société (article 30, alinéa 1 C. soc.). Toutefois, l'art. 30, al. 2 prévoit un traitement particulier pour les associés qui n'ont apporté que leur industrie, dont la "*part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté*".

b. Les limites : la prohibition de la clause léonine (article 32 C. soc.)

- ❖ L'article 32 du Code des sociétés, ex-article 1855 du Code civil, dispose que

"La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle.

Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés."

- ❖ L'idée qui se trouve à la base de cette règle est l'idée d'affectio societatis. Un associé ne peut se ménager la part du lion.

- ❖ Mais quand est-on en présence d'une clause léonine prohibée ?

↳ **Conditions d'une clause léonine prohibée :**

- (1) Il faut véritablement que la clause attribue tous les bénéfices à l'un des associés, ou qu'elle exonère celui-ci de toutes les pertes.

Il ne suffit pas qu'une disposition du contrat ou des statuts prévoie une **répartition inégalitaire** ou **sans rapport avec l'apport** respectif de chaque associé.

Il est possible de prévoir une clause qui attribuerait un **dividende prioritaire** à certains associés ou actionnaires. Ces clauses sont fréquentes dans les SA, et parfois, d'ailleurs, la loi elle-même octroie un droit prioritaire aux dividendes à certains associés ou actionnaires.

Ex.

- L'article 480 C. soc. confère un **droit à un dividende privilégié aux titulaires d'actions sans droit de vote** dans les SA.
- Article 615 C. soc. relatif à l'opération d'**amortissement du capital social** dans les SA.

Il se peut qu'en cours de vie sociale, le Conseil d'administration s'aperçoive que la société a un capital trop élevé par rapport à ses besoins financiers. Plusieurs possibilités s'offrent alors à la SA :

- ✓ elle peut procéder à une réduction du capital ;
- ✓ elle peut effectuer un rachat d'actions propres ;
- ✓ ou elle peut faire un amortissement du capital, si ses statuts l'y autorisent.

L'amortissement du capital consiste à rembourser à certains actionnaires une partie de leur apport au moyen de réserves disponibles ou de bénéfices distribuables.

Cette opération est très favorable aux associés. C'est pourquoi, la loi a prévu certaines contraintes dans le but de garantir l'égalité des actionnaires.

➔ C'est ainsi que les actions qui seront remboursées doivent être tirées au sort.

➔ Suite à l'opération d'amortissement du capital, on retrouve deux catégories d'actionnaires :

- les actionnaires remboursés, dont les actions sont remplacées par des actions de jouissance, qui leur confèrent tous les droits attachés aux actions ordinaires sauf le droit au remboursement de l'apport. Ces actionnaires ont donc
 - ✓ le droit de vote,
 - ✓ le droit aux dividendes
 - ✓ et le droit à la distribution d'un éventuel boni après la liquidation ;
- les titulaires d'actions ordinaires, qui n'ont pas profité de l'opération d'amortissement du capital. S'ils autorisent l'amortissement du capital, les statuts doivent contenir une clause qui confère un droit à un dividende prioritaire à ces actionnaires.

(2) Deuxième exigence d'un pacte léonin prohibé : il doit s'agir d'une **convention entre associés**. En revanche, il n'est pas interdit aux associés d'assurer leurs apports auprès d'un tiers. Dans ce cas, l'associé s'exonère du risque de subir les pertes de la société, mais pas vis-à-vis des autres associés.

❖ **Traditionnellement**, on considère que la prohibition du pacte léonin relève de l'**ordre public** et est dès lors sanctionnée de **nullité absolue**.

Il faut se demander si la nullité doit retentir sur l'ensemble du contrat de société. Pour résoudre cette question, on examine, en vertu du droit commun des obligations, si la clause léonine était un mobile déterminant de la conclusion du contrat de société. Dans l'affirmative, la nullité retentit sur l'ensemble du contrat ; sinon, seule la clause léonine est nulle et le contrat de société subsiste.

Cette conception a été **contestée** et a connu des **évolutions**.

- La **doctrine moderne** met en avant le fait que la prohibition du pacte léonin vise à la protection d'intérêts privés (ceux des associés lésés) : il s'agit d'éviter qu'un fondateur utilise sa position de force pour se tailler la part du lion. La tendance moderne est donc de considérer que la prohibition du pacte léonin est **impérative**⁹.
- Cette atténuation de l'intensité de la prohibition du pacte léonin se traduit aussi par une évolution dans certaines formes sociales : dans les **SA**, les **SPRL**, les **SCA** et les **SCRL**, la clause léonine est simplement **réputée non écrite** (en vertu des articles 228, 404, 455 et 657 C. soc.). Dans ces formes sociales, le contrat de société ne peut donc plus être annulé parce que la clause léonine aurait été un mobile déterminant de la conclusion de ce contrat de société. On revient, dans ce cas, à la répartition par défaut énoncée par l'article 30 C. soc.

❖ L'article 32 du Code des sociétés s'applique-t-il aux **opérations de portage** ?

C'est une question controversée depuis une vingtaine d'années.

Les opérations de portage sont très répandues dans le domaine financier.

Une opération de portage est une opération aux termes de laquelle une personne accepte d'acquérir temporairement la propriété de titres, en particulier d'actions,

⁹ La notion de norme impérative n'est apparue que dans les années 1940, il est donc normal que l'on ait d'abord considéré que la prohibition du pacte léonin relevait de l'ordre public.

- en les achetant
- ou en souscrivant au capital de la société à l'occasion d'une augmentation de capital,

mais en s'assurant, au moyen de dispositions contractuelles, qu'elle pourra, à l'échéance convenue, rétrocéder les titres et en récupérer le prix d'acquisition ou de souscription éventuellement majoré d'une commission ou d'intérêts, indépendamment des résultats (bénéfices ou pertes) de la société.

La personne qui acquiert les actions est donc sûre de récupérer sa mise, quels que soient les résultats de la société, grâce à son **put** (= option de vente).

Ce put est-il conforme à l'article 32 du Code des sociétés ?

- Tout d'abord, si le promettant (celui qui s'engage à acquérir les titres si l'autre partie lève son option) n'est pas déjà associé, il n'y a pas de pacte léonin, qui suppose une convention entre associés.
- Mais qu'en est-il si l'opération de portage est convenue **entre associés** ?

↳ A ce sujet, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles de 1986 a allumé le feu.

 Cour d'appel de Bruxelles, 03/12/1986

Cet arrêt considère que **l'opération de portage, si elle se déroule entre associés, constitue un pacte léonin**, sanctionné de **nullité absolue** (en effet, pour la Cour, l'article 32 est d'ordre public).

➔ Le bénéficiaire du put pourra donc se voir opposer par le **promettant une exception de nullité**. Or, c'est souvent le promettant lui-même qui demande que le portage soit effectué, et le porteur n'accepte d'acquérir les titres que parce que l'associé promettant s'engage à les reprendre ! C'était particulièrement frappant dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles.

Les faits étaient les suivants. Une société procède à une augmentation substantielle de son capital pour assurer son redressement. Elle offre, conformément aux L.C.S.C., la possibilité à ses actionnaires de souscrire par préférence (= droit préférentiel de souscription). Faute de moyens suffisants, un actionnaire X ne peut pas suivre. C'est pourquoi, il demande à un autre actionnaire, Y, de souscrire à sa place en échange d'une option de vente sur les actions souscrites (= portage). A l'échéance du terme convenu, l'option est levée, mais X refuse de s'exécuter en invoquant la nullité de l'opération. La Cour d'appel de Bruxelles déboute Y de son action contre X. [Certes, X était de

mauvaise foi, mais *Nemo auditur...* n'empêche pas de soulever une nullité d'ordre public.]

↳ Cet arrêt a suscité beaucoup d'émotion dans le milieu des banques et a engendré de **nombreuses réflexions**.

- Certains auteurs, surtout **Mr Coipel**, raisonnent en termes de droit civil. Mr Coipel, en se basant sur les travaux préparatoires de l'ex-article 1855 du Code civil, avance que l'interdiction du pacte léonin est une préfiguration de la théorie de la lésion qualifiée. L'ex-article 1855 du Code civil reposerait sur une **présomption de lésion qualifiée**. En d'autres termes, l'associé qui s'est affranchi des pertes de la société est présumé avoir abusé du besoin, des faiblesses, des passions ou de l'inexpérience des autres associés. Mais il peut, le cas échéant, renverser cette présomption de lésion qualifiée.

➔ Donc, si le porteur démontre qu'il n'a pas abusé du besoin des faiblesses, des passions ou de l'inexpérience du promettant, ce dernier ne pourrait invoquer l'exception de nullité.

Cette théorie est ingénieuse, mais

- x on a peine à trouver l'expression d'une présomption dans le texte de l'ex-article 1855 C. civ. (actuel article 32 C. soc.) ;
- x de plus, l'application de la lésion qualifiée est, dans ce cas, artificielle. Dans le monde des affaires, on est le plus souvent entre professionnels !

Cette thèse ne peut donc être accueillie.

- Il faut partir dans une autre direction. Si l'on observe le droit positif, on s'aperçoit qu'avant même le développement des opérations de portage, il existait d'autres **opérations semblables**, avec des put, **dont la validité juridique n'est pas contestée**.

✓ Opération de report : avant, elle était souvent employée dans les opérations de bourse à terme. Plus généralement, elle se déroule comme suit. Il y a deux parties :

- un vendeur, le reporté,
- et un acheteur, le reporteur.

Le reporté vend au reporteur, pour un prix déterminé, une certaine quantité de titres au comptant, mais il se ménage la possibilité de racheter les titres à terme. Cette opération peut être complétée par

un droit du reporteur d'exiger à terme le rachat des titres par le reporté à un prix supérieur au prix de la vente au comptant.


Quelle différence y a-t-il avec le portage ? Or, l'opération de report a toujours été admise !

- ✓ Opérations de repo ou cession-rétrocession : elles ont en premier lieu été organisées par la loi à propos des titres de la dette publique. Le propriétaire de l'obligation avait la possibilité de la vendre à un tiers moyennant le droit du tiers de rétrocéder le titre à un prix au moins égal au prix d'achat, augmenté d'un intérêt.

On a imaginé cette opération pour éviter les formalités du prêt sur gage. Elle aboutit à un résultat semblable, mais sous une forme juridique différente : au lieu de remettre les titres en gage, son propriétaire les vend. Economiquement, cela revient au même.

L'opération de cession-rétrocession a toujours été admise pour les titres de la dette publique. Mais ce ne sont pas des titres de sociétés, pourrait-on objecter (l'art. 32 C. soc. ne s'y applique donc pas). Cela est vrai, mais la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières a légalisé les opérations de cession-rétrocession (ou « repos ») à propos de tout instrument financier, et notamment des actions. Or, cette opération implique que celui qui achète les titres se ménage le droit de les revendre à terme à un prix au moins égal au prix d'achat, augmenté d'un intérêt !

- ↳ **Enfin, la Cour de cassation a tranché la controverse (mais de manière insatisfaisante) en 1998.**

 Cour de cassation, 5 novembre 1998 (affaire Cellulose des Ardennes contre Torraspapel)

“Attendu qu[aux termes de l'article 1855 du Code civil,] seule est prohibée la clause qui a pour objet de porter atteinte au pacte social [...] ou qui, ayant apparemment un autre objet, tend en réalité aux mêmes fins.”

Cet attendu sibyllin ne se comprend qu'au regard des circonstances de fait qui ont donné lieu à l'arrêt.

Les faits étaient les suivants. L'actionnaire de contrôle de la SA Cellulose des Ardennes (CdA) trouve un acquéreur pour ses actions, la société Torraspapel, mais celle-ci ne souhaite pas acquérir les actions en bloc. Il est prévu que l'actionnaire vendeur souscrira à une augmentation de capital et se démettra progressivement de ses actions, tandis que Torraspapel sera obligée de les acquérir, aux dates prévues et selon les prix convenus. C'est une sorte de contrat-cadre de cession accompagné d'une

restructuration du capital. Un jour, Torrassapel refuse d'acheter les actions en invoquant la nullité du contrat pour contrariété avec l'article 1855 du Code civil.

Mais les juges du fond lui donnent tort, car le mobile des parties était d'échelonner l'acquisition des actions dans le temps.

La Cour de cassation refuse de casser l'arrêt de la Cour d'appel : le juge du fond a pu, aux termes d'une **appréciation souveraine en fait**, constater que le **but** de l'option de vente **n'était pas de porter atteinte au pacte social** et qu'elle n'était donc pas contraire à l'article 1855 C. civ.

Cet attendu assez sibyllin laisse planer l'**incertitude**. La validité de l'opération de portage dépend d'une appréciation souveraine en fait que le but et l'objet du put n'est pas de porter atteinte au pacte social.

- Sur base de quel critère le juge du fond va-t-il l'apprécier ?
- Et son appréciation sera souveraine !

↳ **Ne faut-il pas aller plus loin ?**

- Notamment à la lumière de la **jurisprudence de la Cour de cassation de France**, qui a connu une évolution remarquable. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation de France de 1986 adopte une position voisine de celle de l'arrêt Torrassapel. Mais un arrêt du 16 novembre 2004 est bien plus radical. Il admet la **validité des opérations de portage**.

- Cette solution est justifiée par les **nécessités de la pratique financière**, qui font apparaître une distinction entre les véritables associés et les prétendus associés, qui ne sont en réalité que des investisseurs. Il n'y a pas de raison de ne pas permettre à ces derniers de se démettre de leurs actions au rythme voulu.

- Cet arrêt a le mérite d'assurer la **sécurité juridique**.

- Des évolutions sont-elles possibles en droit belge ? **Deux indices devraient permettre une validation plus radicale des opérations de portage :**

1. La réforme opérée par la loi du 6 mars 1973, qui a introduit la règle selon laquelle dans certaines formes sociales la clause léonine est simplement réputée non écrite (v. ci-dessus).

- ➔ On peut en déduire que d'après le législateur de 1973 et les auteurs de la directive, la prohibition de la clause

léonine n'est pas à ce point essentielle qu'elle puisse conduire à la nullité de la société.

➔ Il y a donc une tendance à l'édulcoration de la sanction de la clause léonine.

2. La réforme de 1995 et la nouvelle définition du bénéfice et du but de lucre : il suffit que les associés recherchent un bénéfice patrimonial direct ou indirect.

➔ Il s'agit d'une deuxième édulcoration de la nécessité d'une répartition bénéficiaire, qui n'est plus une condition essentielle de la société.

En conclusion, un alignement sur le droit français est possible.

§9. Le contrat de société

- **En apparence**, une société résulte d'un contrat, ou est en tout cas constituée par un **contrat**, sauf lorsque, dans les cas où le Code des sociétés l'autorise, elle est constituée par déclaration unilatérale de volonté (article 1^{er} C. soc.).
- Il existerait un seul type de société qui pourrait être constitué par déclaration unilatérale de volonté : la **SPRLU**.
- Cette conception est appuyée par l'article 1^{er} du C. soc. :

“Une société est constituée par un contrat aux termes duquel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun, pour exercer une ou plusieurs activités déterminées et dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect.

Dans les cas prévus par le présent code, elle peut être constituée par un acte juridique émanant de la volonté d'une seule personne qui affecte des biens à l'exercice d'une ou plusieurs activités déterminées. (...)”

Ces déclarations sont inexactes.


- ❖ On ne peut pas dire que les sociétés dotées de la personnalité juridique soient constituées par un contrat. En effet, selon l'article 2, § 4 C. soc., elles n'acquièrent la personnalité juridique que lors du **dépôt de leurs statuts** au greffe du tribunal de commerce. La société, en tant que personne morale, n'existe qu'à partir de ce moment-là.

- ❖ En ce qui concerne les sociétés unipersonnelles, l'article 1^{er}, alinéa 2 du Code des sociétés affirme qu'elles peuvent être constituées "*dans les cas prévus par le présent code*". Le Code des sociétés a prévu le cas de la SPRLU. Mais il existe de nombreux autres cas de sociétés unipersonnelles prévus par des lois - il s'agit d'**entreprises publiques unipersonnelles**.

Ex. la loi de 1991 sur les entreprises publiques autonomes, la loi de 1962 sur l'ex-Société nationale d'Investissement.

- ❖ D'ailleurs, la reconnaissance de la possibilité de créer des SPRLU n'est que le résultat d'une **longue évolution qui a conduit à une atténuation du caractère contractuel des sociétés**, en tout cas celles dotées de la personnalité morale.

i. **A l'origine :**

 Cour de cassation, 5 janvier 1911

Selon cet arrêt, la présence de **2 associés au moins dans une société** relève de l'**ordre public international belge**¹⁰.

Les faits étaient les suivants. Une société avait valablement été constituée sous le droit hongrois, qui était la *lex societatis*. En cours de vie sociale, l'intégralité des parts sociales avait été rassemblée entre les mains d'une seule personne. En droit hongrois, cette circonstance n'était pas une cause de dissolution de la société. Mais le droit belge prévoyait, dans ce cas, la dissolution de plein droit de la société et sa liquidation. La société agissait en paiement contre un débiteur. Le juge belge devait normalement se référer au droit hongrois, mais le débiteur avait soulevé l'exception de contrariété avec l'ordre public international belge.

La Cour de cassation lui donne raison :

- la société est un contrat, et un contrat suppose 2 personnes ;
- la personnalité morale suppose 2 personnes au moins, car elle constitue une exception au principe de l'indivisibilité patrimoniale.

¹⁰ Une règle qui relève de l'ordre public international belge est une règle si importante qu'elle fait échec à l'application par le juge belge d'une norme étrangère qui devrait normalement s'appliquer au litige.

ii. **Ensuite :**

🕒 Cour de cassation, 13 janvier 1978 (revirement)

C'était un cas fort semblable, mais plus caractérisé encore : il était question de la reconnaissance, dans l'ordre juridique belge, de la personnalité juridique d'une **fondation** valablement **constituée par acte unilatéral de volonté** sous l'empire du droit du Liechtenstein (Anstalt). Le droit du Liechtenstein permet, en effet, de constituer des fondations privées par acte unilatéral. Ici donc, dès l'origine, l'entité avait été constituée par une seule personne, contrairement à la société hongroise de l'arrêt de 1911.

L'Anstalt agit en paiement contre un débiteur belge, devant les tribunaux belges. Le débiteur, s'appuyant sur l'arrêt de la Cour de cassation de 1911, suggère au juge qu'il ne peut reconnaître l'existence d'une personne morale unipersonnelle.

Mais le juge belge, ainsi que la Cour de cassation, opèrent un **revirement** à 180° par rapport à la jurisprudence de 1911 et considèrent que l'Anstalt peut valablement être reconnue dans l'ordre juridique belge. La Cour de cassation justifie cette solution au moyen de **2 arguments** :

- ✓ Référence à la Convention du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes morales entre les Etats membres des Communautés européennes, approuvée par une loi du 17 juillet 1970, dont l'article 9, alinéa 2 prévoit que "[...] si la loi en conformité de laquelle une société s'est constituée admet que celle-ci existe juridiquement lorsqu'elle n'a qu'un seul associé, ladite société ne peut pour ce seul motif être considéré par un Etat contractant comme contraire à son ordre public au sens du droit international privé". Cette convention ne pouvait s'appliquer,
 - puisqu'elle n'est jamais entrée en vigueur, faute de nombre suffisant de ratifications,
 - et que le Liechtenstein ne fait pas partie des Communautés européennes.
- ➔ Mais si elle a été ratifiée par la Belgique, c'est que les personnes morales unipersonnelles ne sont pas contraires à l'ordre public international belge.
- ✓ Référence à la loi du 6 mars 1973, qui a notamment inséré un article 13quater dans les L.C.S.C., devenu l'article 172 du Code des

sociétés, en vertu duquel la nullité des sociétés dotées de la personnalité morale produit ses effets sans rétroactivité, à l'égard des tiers en tout cas [à leur égard, elle produit les mêmes effets qu'une dissolution]. Or, l'article 13quater des L.C.S.C. concerne tous les cas de nullité possibles. Sa portée doit s'apprécier à la lumière de l'article 13ter, qui énumère les causes de nullité dans certaines formes sociales, et qui est aujourd'hui éparpillé dans plusieurs dispositions du Code des sociétés. Une de ces causes de nullité est l'absence d'au moins 2 fondateurs valablement engagés.

- ➔ Donc, à partir de 1973, puisque la nullité d'une société unipersonnelle produit ses effets sans rétroactivité, une telle société peut exister pendant toute la période antérieure à la décision prononçant sa nullité.
- ➔ Il faut en déduire que le législateur ne considère pas que la société unipersonnelle est contraire à l'ordre public international belge.

iii. L'évolution a été **parachevée** en 1984, lorsqu'une **loi du 5 décembre 1984** a transposé la Deuxième Directive européenne, celle du 13 décembre 1976. Cette directive concerne la protection du capital social dans les sociétés par actions, plus particulièrement les SA, mais elle comporte également d'autres dispositions, relatives notamment à la détermination des cas où une société par actions peut être dissoute et mise en liquidation.

Les Etats sont invités à modifier leur législation si celle-ci prévoit qu'une société par actions est dissoute de plein droit au cas où ses **actions** seraient **réunies en une seule main**.

Le droit belge prévoyait effectivement cette dissolution de plein droit. C'est pourquoi, la loi du 5 décembre 1984 a dû modifier les L.C.S.C.. Aujourd'hui, l'**article 646, § 1 C. soc.** prévoit que

“La réunion de toutes les actions entre les mains d'une seule personne n'entraîne ni la dissolution de plein droit ni la dissolution judiciaire de la société.

Si dans un délai d'un an, un nouvel actionnaire n'est pas entré dans la société, si celle-ci n'est pas régulièrement transformée en société privée à responsabilité limitée ou dissoute, l'actionnaire unique est réputé caution solidaire de toutes les obligations de la société nées après la réunion de toutes les actions entre ses mains jusqu'à l'entrée d'un nouvel actionnaire dans la société ou la publication de sa transformation en société privée à responsabilité limitée ou de sa dissolution.”

La réunion de toutes les actions entre les mains d'une seule personne n'entraîne ni la nullité, ni la dissolution de la société. L'actionnaire unique a un **délai d'un an pour régulariser** la situation,

- soit en cédant une partie de ses actions à un tiers,
- soit en transformant la SA en SPRLU.

A défaut de régularisation dans le délai imparti, il sera **solidairement responsable** des dettes contractées par la société depuis le jour de l'événement qui a donné lieu à la réunion des actions en une main. Il sera donc dans la même situation qu'un associé dans une société à responsabilité illimitée.

- ➔ De nouveau, on constate une édulcoration de l'exigence de 2 associés au moins dans une société.

- ❖ Le fait que la société est un contrat n'est donc vrai qu'en partie. Se greffe à cette édulcoration de l'exigence de 2 associés, l'apparition de règles dont la doctrine et la jurisprudence déduisent une assimilation de certaines formes sociales à des institutions.

Nous faisons ici allusion à la controverse entre la théorie contractualiste et la théorie institutionnaliste des sociétés.

La plupart des sociétés supposent une convention au départ. Mais dans le cas des sociétés dotées de la personnalité morale, celle-ci n'est acquise que du jour du dépôt des statuts au greffe du tribunal de commerce, et la société, en tant que personne morale, est soumise à des règles qui dérogent fondamentalement au droit des contrats.

- ➔ On a donc un contrat qui donne lieu à une institution, qui, une fois qu'elle est née, mène une vie propre.
- ➔ Les **sociétés sans personnalité morale** restent de **purs contrats** soumis au Code des sociétés et au droit commun des obligations.

Mais les **sociétés dotées de la personnalité morale** sont soumises à des **règles propres aux personnes morales** qui se substituent aux règles contractuelles, en particulier dans les SA, qui sont organisées sur un modèle organique.

L'aspect institutionnel des sociétés dotées de la personnalité morale se manifeste de différentes manières.

- Un premier témoignage de l'aspect institutionnel des sociétés dotées de la personnalité morale, en particulier des SA, est que la société fonctionne à l'intervention d'**organes**. La loi prévoit que les décisions intéressant le fonctionnement de la société sont prises non par les associés, mais par des organes.

Ex. Dans les SA et les SPRL, il y a une Assemblée générale et un Conseil d'administration.

- Tous les actionnaires ont en principe vocation à participer à l'AG, mais les décisions y sont prises à la majorité, ce qui ne correspond pas au mécanisme d'un contrat. Des parties seront donc soumises à des décisions contre lesquelles elles auront voté.
 - Le CA est composé de personnes désignées par la majorité des associés.
 - L'AG peut modifier les statuts à la majorité. Or, ce n'est rien d'autre que le contrat de société. Voilà une belle dérogation à l'article 1134 du Code civil.
- Une autre manifestation de cet aspect institutionnel dans les SA, qui se retrouve dans d'autres formes sociales, est que les **modifications des statuts** peuvent porter sur des **éléments essentiels** :

✓ l'objet statutaire (majorité des 4/5)

✓ et la forme de la société (majorité qualifiée).

Cela serait inconcevable si la SA était un pur contrat. En fait, la modification de ces éléments essentiels correspond, en droit des contrats, à une novation (qui requiert le consentement de toutes les parties et l'*animus novandi*).

- Enfin, dans certains cas, une SA est même constituée sans contrat : tel est le cas si elle est **constituée par souscription publique**.

Une offre publique en souscription est une offre par laquelle une société, la société émettrice, offre au public d'entrer dans son capital en souscrivant à une part de celui-ci.

Une offre publique en souscription peut notamment être faite pour les besoins de la constitution d'une SA. Les fondateurs peuvent y recourir s'ils veulent constituer une SA, mais ne disposent pas des moyens financiers nécessaires.

La constitution par souscription publique se déroule en **4 étapes** dépourvues de tout aspect contractuel.

- ✓ 1ère étape : les promoteurs de la société établissent par acte authentique un projet de statuts de la société donc la création est envisagée.
- ✓ 2ème étape : ce projet de statuts est rendu public, accompagné d'un prospectus explicatif. Y sont attachés des bulletins de souscription, qui permettent de participer à la constitution de la société en s'engageant à effectuer des apports. En cas de succès, des milliers de personnes souscrivent.
- ✓ 3ème étape : une Assemblée générale des souscripteurs se tient devant le notaire.

Il s'y passe 2 choses.

- (a) On va constater si le capital social tel qu'il a été composé est ou non complètement souscrit.

➔ 3 scénarios sont possibles :

- ▶ ou bien, le capital est intégralement souscrit, et on peut passer à l'étape suivante ;
- ▶ ou bien, le montant des souscriptions est supérieur au capital. Dans ce cas, il faudra procéder à des réductions proportionnelles des souscriptions ;
- ▶ soit, enfin, l'offre publique en souscription s'avère être un échec, l'intégralité du capital n'étant pas souscrite. Dans ce cas, il existe 2 possibilités :
 - soit le projet d'acte constitutif ne prévoit rien dans ce type de situation. Dans ce cas, on est bloqué ;
 - mais le plus souvent, le projet d'acte constitutif prévoit que la société peut être constituée moyennant une adéquation du capital au montant des souscriptions.

- (b) On procède à un vote auquel participent les souscripteurs, mais non les promoteurs. Ces derniers sont exclus de ce vote parce qu'ils se trouvent dans une situation de conflit d'intérêts avec les souscripteurs.

Si la majorité des souscripteurs présents ou représentés ne s'oppose pas à la constitution de la société, celle-ci est constituée.

Ce mécanisme est frappant. L'élément contractuel disparaît totalement.

- ✓ 4ème étape : dépôt des statuts au greffe du tribunal de commerce.

Si une SA est constituée au moyen de souscriptions (offre publique en souscription), l'article 1^{er} du Code des sociétés, en ce qu'il énonce qu'"*une société est constituée par un contrat*", est impropre. En réalité, la société se forme, dans ce cas,

- par une accumulation de déclarations unilatérales de volonté (les souscripteurs remplissent unilatéralement les bulletins de souscription)

- et par une décision collective (il suffit que la majorité des souscripteurs présents ou représentés ne s'y oppose pas).

Ce mode de constitution est propre aux SA. On peut encore l'étendre aux SCA.

En conclusion, dans les SA, l'élément contractuel peut tout à fait disparaître.

❖ On peut dresser un tableau des **sociétés** en fonction de la présence plus ou moins grande de l'élément contractuel.

- Les sociétés sans personnalité morale : elles sont purement contractuelles.
- Dans les sociétés personnifiées qui sont des sociétés de personnes, l'élément contractuel prédomine encore. Mais la pratique statutaire fait que dans certaines hypothèses, le fonctionnement de ces sociétés est calqué, par la volonté leurs membres, sur celui des SA.

Ex. les statuts peuvent prévoir la tenue d'une Assemblée générale.

Dans ce cas, un certain aspect institutionnel se superpose à l'élément contractuel, outre le fait qu'il y a une personne morale.

- Dans les sociétés coopératives, les statuts calquent souvent les règles de fonctionnement des SA.
- En ce qui concerne les SPRL, la loi calque, sous réserve de certaines exceptions, le régime de la SA.
- Le régime de la SA est le régime le plus éloigné du régime contractuel. Ce sont des sociétés purement institutionnelles (surtout celles qui sont formées par offre publique en souscription).

Chapitre 2

Le droit applicable aux sociétés

en particulier aux sociétés à forme commerciale
et plus spécialement aux sociétés commerciales

§1. Le droit des sociétés dans l'ordre juridique belge

1. Considérations générales

- ◆ Tout d'abord, qu'est-ce que le droit des sociétés ? Pourquoi forme-t-il une discipline à part entière, comme le droit des obligations ou le droit administratif ?

Le principe est qu'une discipline juridique a un contenu propre par la nature des questions auxquelles elle apporte une réponse normative.

A quelle question répond le droit des sociétés ?

- ➔ L'objet du droit des sociétés est de déterminer les conditions de constitution, de fonctionnement et de dissolution des sociétés qu'il reconnaît comme telles, en ce qui concerne
 - ✓ les relations des associés entre eux
 - ✓ et les relations que le groupement, personnifié ou non, va nouer avec les tiers.

N.B. : en droit international privé, on appelle cet ensemble de règles la *lex societatis*.

◆ A l'origine, le droit des sociétés est dispersé dans 2 instruments :

- le Code civil de 1804
- et le Code de commerce de 1807, qui est très rudimentaire et ne régleme que quelques formes de sociétés.

Depuis cette époque, le droit des sociétés a beaucoup évolué.

- ▶ En premier lieu, les formes sociales se sont extrêmement diversifiées.
- ▶ En deuxième lieu, a eu lieu une spécification, une spécialisation, une sophistication des questions auxquelles le droit des sociétés a entendu donner des réponses.

On peut prendre en exemple le régime très sophistiqué des SA, qui constitue une espèce de droit commun par référence auquel d'autres formes sociales sont organisées, soit par la loi, soit par les statuts.

◆ Le droit des sociétés est une discipline autonome, mais n'est pas une discipline isolée.

- ▶ Le droit civil a une présence assez importante.

Ex.

- La formation du contrat de société est soumise au droit commun des obligations.
- Le régime du mandat inspire le régime de la représentation des sociétés, dotées ou non de la personnalité morale, à l'égard des tiers, même s'il subit de nombreux aménagements, notamment en ce qu'il doit être combiné avec la théorie de l'organe (pour les sociétés personnifiées).
- Le régime de la responsabilité civile s'applique dans certains cas, mais sous réserve d'aménagements importants. Par exemple, les administrateurs d'une société sont "mandataires" et organes. Ils sont responsables à l'égard de la société comme des mandataires (*actio mandati* de l'AG) et les tiers qui subissent un préjudice suite à un acte de mauvaise gestion peuvent agir contre eux sur base de l'article 1382 C. civ., sauf en cas de pure faute de gestion, c'est-à-dire de faute purement contractuelle (cf. conditions de concours de responsabilités).
- ➔ Ceci explique que l'article 3, § 1^{er} C. soc. dispose que "*les sociétés sont régies par les conventions des parties, par le droit civil et, si elles ont une nature commerciale, par les lois particulières au commerce.*" Cette disposition est bien entendu un vestige des temps anciens, mais elle conserve sa pertinence dans la mesure de ce qui a été décrit ci-dessus.

- ▶ Mais le droit civil est plutôt une entrave pour le développement du droit des sociétés.
- ▶ Actuellement, le droit des sociétés entretient des relations plus fécondes avec d'autres disciplines, notamment :
 - ✓ le droit comptable ;
 - ✓ le droit social ;
 - ✓ le droit financier (en tout cas pour certaines formes sociales) ;
 - ✓ le droit fiscal.

2. Le Code des sociétés, source principale du droit des sociétés

- ❖ Aujourd'hui, la source principale du droit des sociétés est le Code des sociétés (adopté le 7 mai 1999 ; entré en vigueur le 7 février 2001), complété par la jurisprudence. Ce code a remplacé les lois coordonnées sur les sociétés commerciales de 1935, qui avaient servi pendant près d'un siècle.
- ❖ La **structure** du Code des sociétés est illustratrice d'une **prise de position dogmatique subreptice** de ses auteurs.

Il est divisé en 16 livres.

- 11 livres reproduisent des règles particulières à chaque forme sociale que le Code reconnaît :
 - livre 3 : société de droit commun, société momentanée, société interne
 - livre 5 : SNC, SCS
 - livre 6 : SPRL
 - livre 7 : société coopérative
 - livre 8 : SA
 - livre 9 : SCA
 - livre 10 : SFS
 - livre 13 : société agricole
 - livre 14 : GIE
 - livre 15 : SE
 - livre 16 : SEC

- Les autres livres contiennent des dispositions applicables à toutes les formes sociales ou à certaines formes sociales regroupées, sans préjudice de l'application de dispositions spécifiques dérogatoires.
 - livre 1 : dispositions introductives
 - livre 2 : dispositions communes à toutes les sociétés
 - livre 4 : dispositions communes aux personnes morales régies par le présent code
 - livre 11 : restructuration des sociétés
 - livre 12 : transformation des sociétés
 - livre 17 : dispositions diverses et transitoires

Cette structure générale bouleverse fondamentalement ce qu'était le droit des sociétés auparavant. Les L.C.S.C. étaient, en effet, bâties sur un **modèle différent** : elles contenaient

- un ensemble de règles communes ;
- des dispositions propres à certaines formes sociales ; la partie relative aux SA était fort développée, et de nombreux renvois y étaient faits dans les parties relatives aux autres formes sociales.

❖ Le Code des sociétés n'avait pas pour objet de modifier la substance des L.C.S.C., mais çà et là, **des dispositions ont été modifiées dans leur contenu !**

Ex.

- ▶ L'article 558 C. soc. relatif aux pouvoirs de l'AG, dans les SA, en matière de **modification des statuts : omission de l'interdiction de changer un élément essentiel de la société.**

“L'assemblée générale a, sauf disposition contraire, le droit d'apporter des modifications aux statuts.

(...)

Aucune modification n'est admise que si elle réunit les trois quarts des voix.”

Cet article reproduit l'ancien article 70 L.C.S.C., sous la réserve que ce dernier disposait que l'AG ne pouvait pas porter atteinte aux éléments essentiels des statuts.

La liste de ces éléments essentiels s'était réduite au fil des années :

- suite à une première réforme, l'AG avait été autorisée à modifier l'objet social à la majorité des 4/5 ;
- ensuite, une deuxième réforme l'avait autorisée à modifier la forme de la société à la majorité qualifiée.

En 2001, un seul élément essentiel, que l'AG ne pouvait pas modifier, subsistait : il s'agissait de la nationalité de la société.

La nationalité est un élément essentiel car elle détermine, à tout le moins pour les sociétés dotées de la personnalité morale, la *lex societatis*, donc le régime juridique applicable à la société.

En droit belge prévaut le système du siège social réel, ce qui signifie que la loi applicable à une société, donc sa nationalité, est celle de l'Etat où les organes qui prennent les décisions qui intéressent le gouvernement de la société se réunissent¹¹.

➔ Cela conduisait à l'idée que l'on ne pouvait pas déplacer, en cours de vie sociale, le siège social dans un autre Etat, à la faveur d'une modification des statuts. Car c'était porter atteinte à un élément essentiel de la société. C'est en application de cette idée que certaines décisions ont estimé que le déplacement du siège social dans un autre Etat entraînait la dissolution de la société.

Subrepticement, l'article 558 C. soc. ne reproduit pas cet élément essentiel ! Ce changement peut avoir des conséquences considérables. Cela ne veut pas dire que la question est réglée et que les sociétés peuvent nécessairement déplacer leur siège social dans un autre Etat, mais il y a là un argument en faveur du maintien de la société. [La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes conforte cette thèse.]

- ▶ **Intégration dans le Code des sociétés des prescriptions en matière de consolidation des comptes dans les groupes de sociétés** (art. 109 et s.) et **contrôle des commissaires sur les comptes consolidés** (art. 145 et s. C. soc.).

a. Digression : la reddition annuelle des comptes à l'AG (ou, à défaut d'AG, aux associés) et les comptes consolidés dans les groupes de sociétés.

Chaque année, les administrateurs ou gérants de la société doivent rendre compte de leur gestion pour l'année écoulée. Dans les SA, on a un système de comptes annuels = comptes sociaux = comptes statutaires. C'est l'épure de base traditionnelle.

Mais depuis un certain temps, on s'était dit que ces comptes annuels ne rendaient pas toujours une image absolument complète de la réalité financière, de l'environnement dans lequel la société pouvait être amenée à évoluer. Ceci à cause d'un phénomène important qui s'était développé dans les économies modernes : le phénomène de concentration ou consolidation. On parle de concentration ou de consolidation quand

¹¹ Il existe plusieurs systèmes de détermination de la *lex societatis*, essentiellement 2 :

- le système de l'incorporation ;
- le système du siège social réel.

Dans le système de l'incorporation, une société est soumise aux règles de la loi de l'Etat où ont été accomplies les formalités de l'incorporation, quel que soit l'endroit de ses activités réelles, et où que ses organes se réunissent.

Dans le système du siège social réel, qui prévaut en droit belge, le critère est l'endroit où la société a son siège social réel, c'est-à-dire où les organes qui prennent les décisions qui intéressent le gouvernement de la société se réunissent.

des acteurs concentrent en leurs mains une partie plus ou moins importante des activités dans un secteur.

Ex. si l'OPA d'ABN Amro aboutit, il y aura une consolidation dans le secteur bancaire et financier.

C'est la question des groupes de sociétés¹².

Les sociétés d'un même groupe peuvent conclure des contrats ;

ex. convenir que l'une fera des bénéfices au détriment de l'autre.

Dans de tels cas, les comptes statutaires ne donnent donc pas une image réelle de la situation de ces sociétés.

- ➔ L'idée est donc apparue qu'il fallait, dans les groupes de sociétés, ajouter aux comptes annuels, des **comptes consolidés** établis par la société consolidante. Ces comptes consolidés fourniraient une vision de la situation du groupe comme entité unique.

b. Les modifications apportées par le Code en matière de comptes consolidés

Les **articles 109 et s. C. soc.** prévoient l'obligation, pour les groupes de sociétés, d'établir des comptes consolidés, alors qu'auparavant, cette obligation était édictée par le droit comptable.

- ➔ L'intégration dans le Code des sociétés des prescriptions en matière de comptes implique que leur méconnaissance constitue une violation du Code des sociétés et relève dès lors d'un régime de responsabilité plus sévère (v. plus loin).

Le **contrôle des commissaires**, auparavant réservé aux comptes annuels, s'étend désormais aux comptes consolidés (art. 145 et s. C. soc.).

- ❖ Le Code des sociétés a donc apporté çà et là des modifications au droit des sociétés. Mais plus généralement, **l'ordre des chapitres témoigne d'une prise de position sur le droit commun des sociétés.**

¹² Les groupes de sociétés peuvent se former par deux grandes techniques :

- * la technique du contrat (groupes contractuels) : plusieurs sociétés décident, par la voie conventionnelle, de méthodes communes de gestion, de partage des bénéfices, etc. ;
ex. elles conviennent qu'une concertation entre leurs organes respectifs est nécessaire pour la prise de certaines décisions, voire établissent un organe commun ;
- * les groupes fondés sur des liens de participation : c'est le cas de figure le plus fréquent. Plusieurs sociétés sont dominées par d'autres, qui y détiennent des participations d'influence ou de contrôle, directement ou indirectement. La personnalité juridique de ces sociétés n'est pas détruite, mais dans la réalité financière, les liens de participation influencent la manière dont le groupe se présente à l'égard des tiers, car en réalité, les sociétés du groupe sont placées sous une gestion économique unique.

Le Code

- traite en premier lieu la société de droit commun + société momentanée et société interne,
- aborde ensuite les sociétés de personnes dotées de la personnalité morale,
- puis les sociétés mixtes,
- et enfin les sociétés par actions.

Ceci s'explique par le fait que **pour les auteurs du Code des sociétés, le droit commun des sociétés est le Code civil**, dont on s'écarte progressivement au fil des chapitres (d'ailleurs, l'ex-société de droit civil s'appelle société de droit commun).

Il faut **ramener cette prise de position à sa juste valeur**. En réalité, la forme sociale la plus réglementée est la SA et même si le droit civil est le droit commun des sociétés, **le droit des SA inspire le droit des formes sociales les plus importantes :**

- en droit européen et interne des sociétés, s'est développée la technique de la légifération par renvois. Depuis une trentaine d'années, très souvent, lorsqu'on réforme la SPRL ou la société coopérative, en particulier la SCRL, on importe des règles des SA ;
- cela apparaissait très nettement dans les L.C.S.C., qui comportaient plusieurs dizaines de renvois aux dispositions relatives aux SA ;
- quant aux Code des sociétés, au lieu de renvoyer, il copie !

La source principale d'inspiration est donc le droit des SA, et non le droit civil.

3. Les évolutions du droit des sociétés après l'adoption du Code des sociétés

Le Code des sociétés est-il appelé à figer le droit des sociétés ? Non. Le droit des sociétés évolue tout le temps et depuis l'entrée en vigueur du Code des sociétés en 2001, des lois nouvelles y ont déjà apporté des modifications substantielles.

Voici des exemples de lois importantes qui ont modifié le Code des sociétés.

- a. Loi du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes, dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, dite loi De Benedetti (loi de corporate governance)

- Première modification : cette loi permet l'instauration d'un **comité de direction** dans les SA.

Digression : origine de la règle : réflexions de la corporate governance visant à distinguer les administrateurs exécutifs et les administrateurs non exécutifs

Cette règle est l'aboutissement d'une réflexion essentielle sur la structure de la gouvernance des sociétés, en particulier des SA.

Nous avons déjà vu les réflexions de la corporate governance qui visent à distinguer, au sein de l'organe d'administration, les administrateurs exécutifs et les administrateurs non exécutifs. Ces réflexions concernent les sociétés dotées d'un organe d'administration unique (régime moniste).

En Belgique, on en est toujours au régime moniste. Mais dans d'autres pays prévaut le système dualiste. Les sociétés y sont administrées par deux organes, qui ont chacun des compétences spécifiques :

- l'organe d'administration ;
- l'organe de surveillance, qui imprime une politique et surveille son application.

Ex.

- Pays-Bas, dans les vennootschappen : bestuurders (membres du directoire (management board members)) en commissarissen (membres du conseil de surveillance (supervisory board members)) ;
- Allemagne : Vorstand (directoire) und Aufsichtsrat (conseil de surveillance) ;
- France : directoire et comité de surveillance.

Dans ce système, on formalise en quelque sorte l'existence, dans les sociétés, de deux catégories d'administrateurs : les administrateurs exécutifs et les administrateurs non exécutifs. Tandis qu'en Belgique, la réflexion de la corporate governance revient à injecter une dose de dualisme dans le système moniste. Il en résulte un dualisme fonctionnel, par opposition au dualisme organique. Mais le problème est que sur le plan juridique, tous les administrateurs sont responsables de la même manière, et dans les SA, ils sont même solidairement responsables.

Cependant, sans forcer, on a donné la possibilité aux SA de se doter d'un comité de direction donc de connaître un système dualiste (dualisme organique). Les statuts peuvent autoriser le Conseil d'administration à déléguer tout ou partie de ses

pouvoirs, sauf certains (notamment la politique générale de la société), à un comité de direction (art. 524bis C. soc.), qui sera alors chargé, sous la surveillance du Conseil d'administration, de l'administration active de la société.

- Deuxième modification : **nouveau régime relatif aux conflits d'intérêts en matière de groupes de sociétés**

Au départ, on ne parlait de conflits d'intérêts qu'au sein du Conseil d'administration d'une SA, par rapport à un administrateur.

Ex. il y a un conflit d'intérêts si le CA souhaite acheter un immeuble appartenant à un des administrateurs.

Maintenant, cette variété de conflits d'intérêts n'est pas la seule. Une autre variété est de plus en plus observable : il s'agit des conflits d'intérêts entre les sociétés d'un même groupe.

Ex. Imaginons un groupe de société comportant une société mère et deux filiales (F1 et F2). La société mère détient 51 % des droits de vote dans les deux filiales. Les 49 % restants sont détenus par des tiers. F1 est en difficulté. Dans l'intérêt du groupe, F2 renonce à certains marchés pour lui permettre d'y avoir accès. Les tiers actionnaires de F2 peuvent ne pas y trouver leur compte !

Le législateur de 2002 intervient pour parachever l'évolution qui avait commencé en 1991. Le Conseil d'administration de la filiale doit suivre une procédure particulière dans ce type de situation.

- b. Loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises

Il faut aussi mentionner la loi du 16 janvier 2003, qui abroge la loi du 20 juillet 1964 sur le registre de commerce tenu au greffe du tribunal de commerce. Désormais, un **répertoire** se substitue au registre de commerce (mais il est toujours appelé registre de commerce...). Ce répertoire est compris dans la Banque-Carrefour des entreprises. En vertu de l'article 33 de la loi du 16 janvier 2003, **toute société commerciale est tenue de s'inscrire dans le registre "avant de commencer ses activités"**.

On notera que l'innovation n'est pas d'une grande importance, puisque le dépôt des statuts au greffe du tribunal de commerce reste la formalité à accomplir pour

que la société acquière la personnalité morale, sauf pour la société européenne, qui acquiert sa personnalité morale par son inscription au registre des personnes morales de la BCE (art. 2, § 4 C. soc.).

- c. A.R. du 1^{er} septembre 2004 portant exécution du Règlement du 8 octobre 2001 relatif au statut de la Société européenne

Une autre évolution du Code des sociétés résulte d'un A.R. du 1^{er} septembre 2004, qui y a inséré un livre 15 relatif à la société européenne.

La société européenne est une société reconnue par le droit belge, mais qui a la nationalité européenne. Elle est régie par le Règlement européen du 8 octobre 2001, dont l'article 68 dispose qu'il appartient aux législations nationales de compléter le règlement (c'est ce qu'a fait l'A.R. du 1^{er} septembre 2004).

- d. Arrêté royal du 18 janvier 2005 relatif à l'application des normes comptables internationales : respect des IAS pour l'établissement des comptes consolidés dans les sociétés cotées

L'A.R. du 18 janvier 2005 réalise une autre modification du Code des sociétés. Il modifie l'A.R. du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés, en son chapitre relatif aux comptes consolidés (articles 106 et s.), qui comporte l'expression de règles pour l'établissement des comptes dans les sociétés appartenant à un groupe.

L'A.R. du 18 janvier 2005 modifie plus précisément l'article 114 de l'A.R. du 30 janvier 2001, qui prévoit désormais, conformément au Règlement européen du 19 juillet 2002, que les **comptes consolidés dans les sociétés cotées doivent être établis en appliquant les International accounting standards (IAS) ou International financial reporting standards (IFRS)**, établis par l'International Accounting Standards Board. C'est ainsi qu'une partie du droit comptable belge ne provient plus du droit belge mais du droit européen, plus particulièrement de standards internationaux.

Digression : l'articulation des sources en matière de comptes consolidés

- Au départ, et jusqu'à la loi du 17 juillet 1975, le droit comptable n'existait pratiquement pas. Il n'y avait qu'une pratique comptable, des usages non codifiés.
- La loi du 17 juillet 1975, exécutée par l'A.R. du 8 octobre 1976, est la loi inaugurale du droit comptable belge. Elle énonce des principes généraux en matière de comptabilité, par exemple, elle légalise la pratique de la comptabilité en partie double, qui auparavant était répandue mais non obligatoire.
- Se greffent sur ces instruments des arrêtés royaux relatifs aux comptes consolidés.

Jusqu'ici, les sources formelles du droit comptable restent donc classiques.

- Mais les groupes de sociétés présentent souvent un caractère international (groupes multinationaux). Les autorités communautaires se disent qu'une harmonisation des législations des Etats membres ne suffirait pas et songent à une autre méthode, qui consisterait à légiférer à partir de standards internationaux. Ceux-ci sont le fruit d'une réflexion de l'International Accounting Standards Committee, devenu depuis 2001 l'International Accounting Standards Board (IASB). Ce conseil est un organisme purement privé qui ne peut lui-même imposer ses standards. Mais les autorités européennes, elles, peuvent les rendre obligatoires dans les pays de l'UE, au moyen d'un règlement. Le Règlement de 2002 a été adopté dans cette optique. Cependant, il n'impose pas toutes les normes de l'IASB relatives aux comptes consolidés, mais prévoit qu'il appartiendra à la Commission d'imposer, par voie de Règlements, les normes IAS ou IFRS qu'elle jugera opportunes.

Il en résulte une législation en cascade à l'origine duquel se trouve du soft law.

- e. Loi du 14 décembre 2005 portant suppression des titres au porteur dans les sociétés par actions

Une autre modification du Code des sociétés résulte de la loi du 14 décembre 2005 qui prévoit la suppression, dans les sociétés par actions, des titres au porteur.

Dans les sociétés par actions, les parts sociales sont matérialisées dans des titres négociables, qui peuvent prendre diverses formes. Traditionnellement, il existait deux formes d'actions :

- ✓ les actions au porteur ;
- ✓ les actions nominatives.
 - Les actions nominatives consistent en une inscription du nom du propriétaire dans un registre tenu par la société émettrice.
 - Les actions au porteur sont des meubles corporels (feuilles de papier) qui comportent le nom de la société, etc. , un numéro qui identifie le titre par rapport aux autres actions et, le cas échéant, le montant nominal de l'action. Elles peuvent circuler comme un meuble corporel. Si une action au porteur m'est remise, j'en

deviens immédiatement propriétaire, sans que des formalités doivent être accomplies.

Le problème avec les actions au porteur était, justement, l'anonymat. Cet instrument avait en quelque sorte été détourné de sa finalité et était souvent utilisé pour réaliser des opérations plus ou moins frauduleuses.

Ex. Un propriétaire d'actions au porteur décède. Ses héritiers s'en emparent et les placent dans un coffre sans les déclarer au fisc.

Pour y remédier, la loi du 14 décembre 2005 prévoit la suppression progressive des titres au porteur, qui commencera le 1^{er} janvier 2008 et s'achèvera en 2013.

A ce moment-là, il ne restera plus que des

- actions nominatives ;
- actions dématérialisées. En effet, les titres au porteur seront transformés en titres dématérialisés, qui consistent en une inscription dans un compte auprès d'un teneur de comptes agréé. Ce titre dématérialisé pourra circuler par virement de compte en compte.

N.B. Cette loi est le prolongement d'une réforme réalisée par la loi du 7 avril 1995, qui prévoit que peuvent exister des titres dématérialisés, mais qui était restée lettre morte parce qu'aucun arrêté d'exécution n'avait été pris.

f. Loi du 2 juin 2006 modifiant le Code des sociétés en vue d'améliorer la procédure de liquidation

Une dernière évolution significative a été réalisée par la loi du 2 juin 2006, qui modifie le régime de la liquidation en prévoyant que le liquidateur doit **rendre des comptes au tribunal de commerce** du siège de la société commerciale.

Lorsque la société est dissoute (que la dissolution soit volontaire, judiciaire ou "automatique"), elle doit être liquidée par un ou plusieurs liquidateurs nommé(s) par l'AG ou désigné(s) dans les statuts.

- Auparavant, ce processus était, en quelque sorte, purement privé.
- Depuis la loi du 2 juin 2006, un peu comme en matière de faillite, le liquidateur doit rendre des comptes au tribunal de commerce.

g. Conclusion

On voit donc que le Code des sociétés évolue tout le temps. D'autres modifications sont en voie d'élaboration.

4. Les interactions entre le droit des sociétés et les législations latérales

Le Code des sociétés est la source principale du droit des sociétés.

Le droit des sociétés subit, en outre, l'influence d'autres disciplines juridiques :

- ✓ le droit civil ;
- ✓ le droit comptable ;
- ✓ le droit financier, en ce qui concerne certaines formes sociales ou certaines opérations accomplies par les sociétés ;
- ✓ le droit social ;
- ✓ le droit fiscal.

a. Interactions entre le droit des sociétés et le droit civil : voir plus haut.

b. Interactions entre le droit des sociétés et le droit comptable

Pour les **comptes annuels**, le gros du droit comptable résulte de l'A.R. du 30 janvier 2001 et de la loi du 17 juillet 1975, et aussi de dispositions du Code des sociétés contenues dans le livre 4 : dispositions communes aux personnes morales régies par le présent code, concrétisées par l'A.R. du 30 janvier 2001.

Les **sources principales** du droit comptable appliqué aux sociétés sont donc

- ✓ le Code des sociétés (livre 4) ;
 - ✓ l'A.R. du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés ;
 - ✓ mais aussi la loi du 17 juillet 1975 et ses arrêtés d'exécution.
- ➔ On voit donc que le Code des sociétés n'a pas absorbé tout le droit comptable.
- ★ Avant le Code des sociétés, le droit comptable était contenu dans la loi du 17 juillet 1975 et ses arrêtés d'exécution, notamment celui du 8 octobre 1976, tel que modifié par d'autres arrêtés royaux. Quant aux L.C.S.C., elles ne contenaient aucune disposition de droit comptable, mais se référaient à la loi comptable et à ses arrêtés d'exécution. Il y avait donc une césure entre le droit des sociétés et le droit comptable.
- ★ Depuis le Code des sociétés, le droit comptable a été partiellement intégré dans le droit des sociétés :
- ✓ le Code des sociétés contient des dispositions qui reprennent des principes comptables de la loi du 17 juillet 1975,
 - ✓ et il a été complété par l'A.R. du 30 janvier 2001.

Mais cette absorption n'est que relative :

- la loi du 17 juillet 1975 et ses arrêtés d'exécution restent en partie en vigueur pour les sociétés sans personnalité juridique ;
- la loi de 1975 continue à contenir des principes généraux applicables à toutes les sociétés.

Ex. le principe de la comptabilité en partie double.

c. Interactions entre le droit des sociétés et le droit financier

- i. 1^{er} exemple : loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition (dite loi De Benedetti¹³) ; attention, cette loi est appelée à disparaître !

Cette loi comporte **deux volets** :

- un premier volet relatif aux modifications de contrôle (OPA) dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne ;
- un deuxième volet relatif à la transparence, qui impose des obligations de déclarations pour ceux qui ont une participation significative dans les sociétés cotées.

- (a) **Volet transparence** : si j'ai 5 % des droits de vote dans une société cotée, je dois le déclarer à la société cotée et à la CBFA.

Pourquoi ? 5 % c'est une participation tellement significative que la société ainsi que le public, par le biais de la CBFA, doivent en être informés, parce qu'on peut avoir des idées dans la tête si on a une participation de 5 % (peut-être qu'on compte augmenter encore sa participation de sorte à prendre le contrôle de la société...).

L'anonymat n'est donc plus préservé dans les SA ! [= impact sur le droit des sociétés]

Cette loi, dans son volet transparence, est appelée à être remplacée par une **loi du 2 mai 2007**, publiée au MB du 12 juin 2007, qui n'est pas encore entrée en vigueur.

- (b) **Volet OPA** : il fait suite à la saga De Benedetti, lors de laquelle on s'était aperçu qu'il manquait, en droit belge, des règles pour la prise de contrôle des sociétés cotées.

¹³ Du nom de Carlo De Benedetti, le businessman italien qui avait lancé un raid (OPA) sur la Société Générale de Belgique. Suez était venu au secours en tant que Chevalier Blanc et Mr De Benedetti avait dû abandonner son opération. C'est à ce moment qu'on s'est rendu compte qu'il manquait, en droit belge, des règles en matière de prise de contrôle des sociétés cotées.

Dans les sociétés par actions, en particulier dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, les OPA sont au croisement du droit financier et du droit des sociétés.

- ↳ Le droit financier reflète les intérêts des marchés financiers, des investisseurs, tandis que le droit des sociétés est sensible à la notion d'entreprise, qui doit se gérer dans une perspective de continuité.
- ↳ Les actionnaires investisseurs ont une réaction positive aux OPA, car on leur permet de vendre leurs actions à un prix supérieur au cours de bourse. Pour eux, il faut en faciliter le déroulement. Mais l'actionnaire de référence veut conduire sa politique à son terme. Le droit des sociétés se méfie donc des OPA, car une entreprise se gère dans une perspective de continuité.
- ↳ **On se demande donc s'il faut que l'actionnaire de référence puisse se défendre contre l'OPA. L'idée est apparue qu'il fallait légiférer dans ce domaine. D'où la loi du 2 mars 1989 dans son volet OPA et son A.R. d'exécution du 8 novembre 1989 (abrogés !).**

Cette loi prévoit, par exemple, que le Conseil d'administration de la société cible, quand il est informé officiellement de l'OPA, ne peut plus accomplir certaines opérations sans l'approbation de l'Assemblée générale, notamment procéder à une augmentation de capital. C'est une réponse à ce qui s'était passé dans l'affaire De Benedetti.

Digression : l'affaire De Benedetti

Un soir, Mr De Benedetti va chez le gouverneur de la Générale de Belgique, Mr Lamy (président du Conseil d'administration), et lui offre des pralines. Il lui annonce aussi que le lendemain matin il lancerait une OPA sur la Générale de Belgique...

Mr Lamy convoque un CA d'urgence. A l'ordre du jour se trouvent

- ✓ une augmentation de capital,
- ✓ une suppression du droit préférentiel de souscription
- ✓ et une réserve du produit de l'augmentation de capital à une société.

Il en résulte qu'à 5 heures du matin, la structure du capital de la société est fortement modifiée, à tel point que l'OPA sera avortée.

Ex. le capital est au départ de 100, dont 90 sont entre les mains du public. Le CA double le capital et réserve les 110 qui en résultent à un Chevalier Blanc. Dans ce cas, il n'y a pas moyen d'acquérir le contrôle de la société !

Il s'est ensuivi une saga judiciaire qui a pris fin en mai-juin 1988.

On s'est aperçu que la bataille était libre et que la Belgique était, sur ce plan isolée. C'est pourquoi, la loi du 2 mars 1989 et son A.R. d'exécution du 8 novembre 1989 ont réglé la

matière. Ils ont notamment empêché que le CA procède à des augmentations de capital comme dans l'affaire De Benedetti.

N.B. En vérité, on a commis une bêtise. L'A.R. du 8 novembre 1989 dépouille le CA des SA, dans les circonstances mentionnées ci-dessus, du pouvoir de procéder à une augmentation de capital autorisée sans l'autorisation de l'AG. Or, depuis la loi du 6 mars 1973, le CA d'une SA a en principe tous les pouvoirs pour la réalisation des actes nécessaires ou utiles à l'administration de la société, tandis que l'AG n'a plus que les pouvoirs que la loi lui réserve. [Au départ, les actionnaires ont tous les pouvoirs, tandis que les administrateurs ne sont que leurs mandataires. Mais les actionnaires minoritaires sont très souvent absents aux AG. Pour mettre le droit en concordance avec cette réalité, la loi de 1973 prévoit que le CA est l'organe de référence.] Les pouvoirs que la loi réserve à l'AG sont : nommer et révoquer les administrateurs et les commissaires aux comptes, approuver les comptes, affecter les résultats et modifier les statuts. Voici donc un A.R. qui déroge à une loi. C'est pourquoi, une loi de réparation de 1991 introduit dans les L.C.S.C. ces règles restrictives des pouvoirs du CA en cas d'OPA. Elles se trouvent aujourd'hui à l'article 607 C. soc.

Attention, ce chapitre de la loi du 2 mars 1989 et l'A.R. du 8 novembre 1989 ont été **abrogés par la loi du 1er avril 2007 et l'A.R. du 27 avril 2007, entrés en vigueur le 1er septembre 2007**. Ils contiennent le droit actuel des OPA.

- ii. 2^{ème} exemple : loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit (loi bancaire)

L'interconnexion avec le droit financier peut aussi être liée aux activités que la société exerce. Par exemple, la société qui exerce des activités de banque est soumise à la loi bancaire du 22 mars 1993, qui contient des dispositions **aménageant, par rapport au droit des sociétés, le fonctionnement organique des banques, en particulier pour les SA :**

- ✓ possibilité d'instituer un comité de direction ;
- ✓ incompatibilités ;
- ✓ les modifications du capital doivent être approuvées par la CBFA.

d. Interactions entre le droit des sociétés et le droit social

- i. Commissaire(s) spécialement chargé(s) de faire rapport au Conseil d'entreprise (loi du 20 septembre 1948) sur les comptes annuels et le rapport de gestion (art. 151 C. soc.)

La loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie impose l'institution d'un **Conseil d'entreprise** dans les entreprises occupant habituellement en moyenne **au moins 50 travailleurs**.

Sa **mission** consiste notamment

- ✓ à donner des avis à l'organe d'administration
- ✓ et à recevoir de sa part des informations économiques et financières.

Notamment, des dispositions de la loi de 1948 et du Code des sociétés (reprenant des dispositions qui figuraient dans les L.C.S.C.) prévoient l'intervention du Conseil d'entreprise dans la reddition des comptes annuels, qui doivent lui être soumis pour information. En vertu de l'article 151 C. soc., **un ou plusieurs réviseurs d'entreprise** doivent être désignés, **chargés spécialement de faire rapport** au Conseil d'entreprise **sur les comptes annuels et sur le rapport de gestion**.

- ↳ Dans l'épuration de base de la société, les comptes annuels doivent être certifiés par le collège des commissaires, puis présentés à l'AG. Mais depuis 1948, parmi les commissaires réviseurs, un ou plusieurs doivent être spécialement commissionnés pour faire rapport au Conseil d'entreprise.
- ↳ C'est une interférence du droit social dans le droit des sociétés. Mais on est loin d'une cogestion. Ce n'est qu'une association limitée du Conseil d'entreprise au fonctionnement organique de la société.

- ii. Bilan social transmis au Conseil d'entreprise (loi du 22 décembre 1995 comportant des mesures pour l'exécution du plan pluriannuel pour l'emploi)

En outre, la loi du 22 décembre 1995 comportant des mesures pour l'exécution du plan pluriannuel pour l'emploi impose l'établissement et la transmission d'un **bilan social, dont le Conseil d'entreprise doit être informé**. Ce bilan social renseigne sur les mesures que la société a prises pour améliorer le niveau de l'entreprise en matière sociale. Il doit comporter un certain nombre d'informations énumérées par l'A.R. du 4 août 1996.

e. Interactions entre le droit des sociétés et le droit fiscal

Les relations entre le droit des sociétés et le droit fiscal sont encore plus évidentes. La déclaration fiscale est, en effet, établie sur la base du bilan comptable.

5. Les Codes de bonne conduite (voir plus haut)

6. Les pratiques de compliance

On peut actuellement constater

- la **multiplication** des règles du droit des sociétés
- et leur **diversification** aussi bien au niveau de leur contenu que de leurs sources formelles.

Ce phénomène d'évolution constante du droit des sociétés a exercé une influence sur l'organisation du fonctionnement des sociétés, en tout cas des sociétés d'une certaine importance, où il a donné lieu à de nouvelles pratiques de compliance, c'est-à-dire des **pratiques visant à se conformer aux normes du droit des sociétés**.

En effet, la multiplication des règles, leur diversification et leur évolutivité ont considérablement augmenté le risque de voir les représentants de la société, ses collaborateurs ou ses salariés enfreindre des règles.

- i. Dans l'épure de base traditionnelle, il appartenait aux organes de veiller à ce que le droit soit respecté. Mais ce n'est pas leur seule tâche. D'où une **modification de la structure des sociétés, en tout cas les sociétés d'une certaine importance** : apparition, aux côtés de CEO (chief executive officer), du CFO (chief financial officer) et du COO (chief organisational officer), du **compliance officer**, qui doit veiller au respect des règles afin d'éviter que la société subisse des sanctions juridiques ou des sanctions du marché.

- ii. On dit que la fonction crée l'organe. Ici, l'organe a aussi créé la fonction : le compliance officer va développer d'autres dimensions que celle qui consiste à veiller au respect des règles en vigueur. Outre ses missions de surveillance et de police, le compliance officer va promouvoir dans l'entreprise un comportement conforme à l'éthique des affaires ou un comportement socialement responsable (d'où la notion de **Corporate social responsibility**).
Ex. :
 - entre deux solutions possibles, il se battra pour celle qui est la plus soucieuse de la protection de l'environnement ;
 - il va promouvoir des pratiques qui visent à éviter toute tentation de corruption ;
 - il s'opposera à la conclusion de contrats avec des pays où les droits de l'homme ne sont pas respectés.

Il devient donc un promoteur de règles socialement responsables. En pratique, son intervention a un impact sur les résultats de la société et donc sur les dividendes.

- iii. On a assisté au développement d'une autre pratique, celle du **whistle blowing**. D'origine anglo-américaine, elle consiste à inviter les gens à se dénoncer les uns les autres. Des systèmes d'alerte sont institués, auxquels tout collaborateur ou salarié peut recourir s'il pense que quelqu'un viole les règles en vigueur.

Cette pratique pose certains problèmes au regard du droit au respect de la vie privée. D'ailleurs, la Commission de la protection de la vie privée a émis une

recommandation relative à la compatibilité des pratiques de whistle blowing avec le droit au respect de la vie privée.

7. Les pratiques statutaires et contractuelles

En tant que sources du droit des sociétés, nous avons énuméré le Code des sociétés, le droit civil, la jurisprudence, la doctrine, les législations latérales (droit financier, droit social...), le soft law et les nouvelles pratiques de compliance.

Il faut encore citer, en tant que source réelle du droit des sociétés, les pratiques statutaires et contractuelles.

- Dans les **sociétés non personnifiées**, le droit des contrats s'applique, et notamment le principe de l'autonomie de la volonté, sous réserve de quelques règles de base, comme la prohibition du pacte léonin. C'est, sous réserve de ces quelques règles de base, la **liberté des parties**.
- Il en est de même dans les **SNC, SCS et sociétés coopératives**, sous réserve de règles impératives énoncées par le Code des sociétés, en particulier pour les SCRL. Y prévaut le principe de **liberté statutaire**, expression de l'autonomie de la volonté.
- **En principe**, la **situation inverse prédomine dans les autres sociétés**, en particulier dans les SA et les SPRL, parce que les créanciers n'y ont de recours que sur le patrimoine social. Il en résulte que le législateur a institué des règles d'ordre public ou impératives, et que l'autonomie de la volonté y est plutôt l'exception.

Mais même dans les sociétés à responsabilité limitée, on a assisté, ces derniers temps, à une **évolution** qui vise non pas, comme certains le prétendent, à une recontractualisation du droit des sociétés, mais à une certaine reconnaissance et à **un certain renforcement du principe de l'autonomie de la volonté**. On assiste à une multiplication des exceptions à des règles qui, autrefois, étaient considérées comme fondamentales.

Ex. : les pactes de votation.

Un pacte de votation est un pacte aux termes duquel certains actionnaires s'engagent à se concerter avant toute réunion de l'Assemblée générale et, le cas échéant, s'engagent à voter dans un sens déterminé à l'AG.

Si les actionnaires qui sont parties au pacte de votation ont une capacité d'influence décisive au sein de l'Assemblée générale, à la limite, cette pratique peut stériliser le caractère délibérant de l'Assemblée générale.

- ➔ C'est traditionnellement considéré comme mal : c'est l'Assemblée générale, organe délibérant, qui doit décider après une libre délibération. Il en résultait que les pactes de votation étaient frappés de nullité absolue et valaient tout au plus comme des gentlemen's agreements.
 - ★ Mais en 1989, la Cour de cassation renverse la tendance et considère que les pactes de votation sont valables, à condition qu'ils ne soient pas inspirés par un mobile frauduleux. Puis, en 1991, les pactes de votation sont légalisés.
- La pratique statutaire est tellement importante que **dans les sociétés de personnes, dans la plupart des cas, les statuts en organisent le fonctionnement à l'image du fonctionnement des SA.** [C'est un autre illustration de ce que le droit des SA est le droit commun des sociétés, contrairement au dogme du Code des sociétés, selon lequel ce serait le droit civil.]

§2. Le droit des sociétés dans l'ordre juridique communautaire

1. Introduction : l'influence importante du droit européen des sociétés sur le droit belge des sociétés

Le droit européen des sociétés exerce une influence importante sur le droit des sociétés des Etats membres, en particulier de la Belgique. Une part considérable des évolutions qui se sont produites ces cinquante dernières années en droit des sociétés sont le fruit de l'influence plus ou moins contraignante d'initiatives européennes, plus particulièrement de directives.

2. Les fondements constitutionnels de l'intervention des autorités communautaires dans le domaine du droit des sociétés

- a. L'article 44, § 2, g) du Traité de Rome : fondement le plus fréquent pour les directives de droit des sociétés

La première source importante du droit européen des sociétés est la directive. Elle sera le plus souvent fondée sur l'article 44, § 2, g) du Traité de Rome (ex-article 54, § 3, g)), qui dispose que

- **pour réaliser la liberté d'établissement** dans une activité déterminée,
- **le Conseil statue par voie de directives** "*en coordonnant, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article (48) alinéa 2 [nos sociétés personnifiées], pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers*".

Cet article constitue la première disposition constitutionnelle pour l'établissement d'un droit européen des sociétés.

Cependant, dès avant la première directive européenne, sa portée était controversée.

- Certains promouvaient une **conception restrictive** de cette disposition. Selon eux,
 - ✓ le Conseil ne peut utiliser la directive qu'en vue d'une coordination, et non en vue d'une harmonisation des législations européennes ;
 - ✓ son intervention doit être nécessaire, et non simplement utile, en vue d'assurer la protection des associés et des tiers, pour réaliser la liberté d'établissement dans une activité déterminée.

De plus, la circonstance que le Conseil ne pourrait statuer par voie de directives qu'au regard de la réalisation de la liberté d'établissement impliquerait aussi, selon certains, que l'objet de la coordination devrait être limité aux règles intéressant la mobilité des sociétés.

Ex. coordination des conditions d'établissement d'une succursale dans un autre Etat membre.

- C'est une thèse plus large et plus pragmatique qui l'a emporté.
 - ✓ Il suffit que l'intervention du Conseil soit utile à la réalisation de la liberté d'établissement.
 - ✓ Une harmonisation des législations nationales est possible.
 - ✓ La liberté d'établissement ne peut être réalisée utilement que si les divergences disparaissent dans des matières autres que la mobilité au sein de l'Union européenne.

Cette thèse l'a emporté dès la première directive et n'a jamais fait l'objet d'une contestation devant la Cour de justice des communautés européennes, pourtant chargée par l'article 230 du Traité de Rome de contrôler la conformité à ce traité de l'action des institutions communautaires.

Tel est le premier fondement constitutionnel de l'harmonisation, rapprochement, mise en équivalence, par des normes communautaires, du droit des sociétés des États membres.

b. L'article 293 du Traité de Rome pour les conventions internationales

Il existe une autre disposition dans le traité de Rome qui évoque aussi le droit des sociétés de manière spécifique : c'est l'article 293, qui énonce que

“les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants:

- (...),
- (...),
- [1] la reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, [2] le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays [3] et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes,
- (...)”

Voici trois thèmes qui, dans l'esprit des fondateurs des communautés européennes, devaient faire l'objet de négociations en vue de conclure des conventions internationales.

c. Les autres dispositions du Traité pouvant justifier des actions communautaires dans le domaine du droit des sociétés

L'article 249 du Traité (ex-article 189) énumère et définit de manière très générale les **moyens** (règlements, directives, décisions, avis et recommandations) que les autorités communautaires peuvent employer pour l'accomplissement des missions qui leur sont confiées par le Traité et aux fins de la réalisation des objectifs qui leur sont assignés par celui-ci.

Cette disposition se lit comme suit.

“Pour l'accomplissement de leur mission et dans les conditions prévues au présent traité, le Parlement européen conjointement avec le Conseil, le Conseil et la Commission arrêtent des règlements et des directives, prennent des décisions et formulent des recommandations ou des avis.

Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre.

La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

La décision est obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne.

Les recommandations et les avis ne lient pas.”

L'article 249 est donc une **disposition de base** conférant des moyens aux institutions communautaires, mais elle doit toujours être combinée avec un objectif prévu par une autre disposition du Traité : lorsqu'une des autorités communautaires ainsi visées prend une initiative en utilisant un de ces moyens, elle doit le faire **en vue de la réalisation d'un objectif prévu par le Traité**. Ces objectifs sont éparpillés dans le Traité. Comprennent-ils l'**harmonisation, le rapprochement et la mise en équivalence en ce qui concerne le régime des sociétés** ?

- ★ Dans certains cas, le droit des sociétés est expressément visé : il s'agit des articles 293 et 44, § 2, g).
- ★ Mais en réalité, de manière générale, l'harmonisation, le rapprochement et la mise en équivalence en ce qui concerne le régime des sociétés n'est jamais un objectif en soi des Communautés européennes, et maintenant de l'Union européenne.

C'est ainsi que dans l'article 44, § 2, g), le rapprochement des législations qui est visé vise à permettre de réaliser la liberté d'établissement ; dans l'article 293, à nouveau, l'objectif est la réalisation de la liberté d'établissement, plus précisément la mobilité des personnes morales au sein de l'Union.

D'autre part, **d'autres dispositions, même si elles ne visent pas le droit des sociétés, sont susceptibles de justifier une action communautaire en relation**

avec le droit des sociétés. En effet, les objectifs que doivent poursuivre les autorités communautaires sont éparpillés dans les dispositions du Traité, dispositions qui sont rédigées dans des termes que l'on peut qualifier soit de flexibles, soit de vagues.

Les dispositions susceptibles de justifier une action communautaire dans le domaine du droit des sociétés sont les suivantes :

- L'article 3, 1., g), à lire en combinaison avec l'article 2 du Traité.

Article 2 : "la Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire et par la mise en œuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 4, de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, (...)".

Article 3, 1., g) : "aux fins énoncées à l'article 2, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité : le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun".

Le droit des sociétés n'est pas exclu par cette disposition et dans la mesure où les sociétés sont des acteurs économiques importants, le rapprochement visé peut concerner les droits nationaux des sociétés.

Voici donc une première disposition générale qui peut justifier une action des autorités européennes dans le domaine du droit des sociétés, action qui s'exercera par la voie de règlements, de directives, d'avis, de recommandations ou de décisions.

- L'article 14 du Traité : "1. *La Communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur (...)*". On passe du marché commun au marché intérieur, qui présente un degré supérieur d'intégration économique. De nouveau, comme les sociétés sont des acteurs économiques importants, ils peuvent constituer l'objet des mesures visées.
- Les articles 94 et s. du Traité. Selon l'article 94, "le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun." Une directive relative au droit des sociétés pourrait donc être fondée sur l'article 44, § 2, g) ou sur l'article 94 du Traité. Car les sociétés sont des acteurs économiques importants du marché commun.
- L'article 211 (ex-article 155) du Traité : "en vue d'assurer le fonctionnement et le développement du marché commun, la Commission : (...) formule des

recommandations ou des avis sur les matières qui font l'objet du présent traité, si celui-ci le prévoit expressément ou si elle l'estime nécessaire (...)”.

- Et enfin, la disposition-balai : article 308 (ex-article 235) du Traité : “*si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées.*”.

d. Conclusion

En résumé, en ce qui concerne le droit des sociétés, deux dispositions spécifiques du Traité le visent, mais l'harmonisation des législations en matière de sociétés peut aussi se justifier si elle s'exerce conformément aux objectifs assignés par le Traité aux autorités communautaires. A cet égard, l'action des institutions européennes se caractérise par une démarche très compréhensive, en particulier en droit des sociétés.

3. **Les réalisations de l'action communautaire en droit des sociétés**

a. Inventaire des directives, instrument privilégié en droit des sociétés

- ★ Entre 1968 et 2006, **12 grandes directives** de droit des sociétés ont été adoptées, **sur base de l'article 44, § 2, g)** du Traité (ex-article 54, § 3, g)).

Ces 12 directives ont, au fil du temps, été aménagées ou modifiées. Nous les verrons dans leur état initial.

En réalité, il existe bien plus que 12 directives.

Il faut aussi signaler la **Directive**, plus récente, **du 21 avril 2004 sur les offres publiques d'acquisition**.

★ Enfin, nous énumérerons également quelques **directives de droit financier**.

i. La Première Directive du 9 mars 1968

(1) Première Directive du 9 mars 1968.

Elle contient

- ✓ des règles de publicité,
- ✓ des règles relatives aux conditions d'engagement des sociétés, y compris des sociétés en formation, à l'égard des tiers,
- ✓ et des règles relatives à la nullité des sociétés.

Elle a été transposée par une loi du 6 mars 1973.

Elle a été modifiée, sur certains points, par la Directive du 15 juillet 2003.

ii. La Deuxième Directive du 13 décembre 1976

(2) Deuxième Directive du 13 décembre 1976, plus spécialement adressée aux sociétés de capitaux (SA et SCA en droit belge). Elle visait à la protection du capital social et à la réglementation de certaines opérations susceptibles de mettre en danger le principe de l'intangibilité du capital social, notamment le rachat d'actions propres par la société et l'assistance financière.

- Le rachat d'actions propres est une opération par laquelle une société rachète à ses actionnaires une partie de leurs actions et devient, en quelque sorte, son propre associé.
- L'assistance financière est une opération par laquelle une société prête son assistance financière à l'acquisition par un tiers de ses propres actions, par exemple, en se portant caution ou en constituant des sûretés pour garantir l'emprunt que le tiers contracterait auprès d'une banque pour acquérir lesdites actions.

Cette directive a été transposée par une loi du 5 décembre 1984.

Elle a été aménagée par la Directive du 6 septembre 2006, qui visé à libéraliser les opérations d'assistance financière.

iii. La Quatrième Directive du 25 juillet 1978 ;
la Septième Directive du 13 juin 1983 ;
la Huitième Directive du 10 avril 1984
abordent le droit des sociétés à travers le droit comptable :

- (4) Directive du 25 juillet 1978 sur les comptes annuels dans les SA, les SCA et les SPRL, auxquelles on a ajouté les SNC et les SCS.
- (7) Directive du 13 juin 1983 relative aux comptes consolidés dans les mêmes sociétés.
- (8) Directive du 10 avril 1984 relative à l'agrément des personnes chargées du contrôle légal des comptes.

Ces directives ont été transposées par des lois et règlements comptables, en particulier par la loi du 21 février 1985 relative à la réforme du révisorat d'entreprise et par l'A.R. du 6 mars 1990 relatif aux comptes consolidés des entreprises, qui a été intégré dans l'A.R. du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés.

Une Directive du 17 mai 2006 (non encore transposée)

- modifie la Quatrième directive du 25 juillet 1978
- et abroge la Huitième Directive du 10 avril 1984.

Le révisorat sera remplacé par un autre régime.

La transposition de cette directive est prévue avant le 28 juin 2008.

iv. La Troisième Directive du 9 octobre 1978 ;
la Sixième Directive du 17 décembre 1982
relatives aux restructurations (plus précisément aux fusions et scissions non transfrontalières)

Ces deux directives concernent les restructurations. Il est apparu opportun de réglementer ces pratiques à l'échelle européenne parce qu'elles modifient la taille des entreprises et donc leur impact sur le marché intérieur.

Parmi les restructurations, les concentrations ou consolidations attirent une attention particulière, spécialement dans le domaine financier.

(3) Directive du 9 octobre 1978 relative aux fusions des SA.

Digression : les fusions

Une fusion est une opération par laquelle une société ou plusieurs sociétés sont dissoutes anticipativement, volontairement, en vue de l'apport de l'intégralité de leur patrimoine, aussi bien les passifs que les actifs, à une ou plusieurs autres sociétés existantes ou à créer, qui, en contrepartie, émettent des actions remises aux actionnaires des sociétés dissoutes.

La fusion réalise une concentration au niveau de la société qui acquiert le patrimoine des sociétés dissoutes.

Ex. lors d'une fusion par absorption, dans deux ou plusieurs sociétés, disons, X et Y, une AG est convoquée pour décider de la dissolution anticipée de la société. La finalité de cette dissolution est non pas de mettre fin aux activités de ces sociétés, mais d'assurer la continuité de leurs activités dans un autre cadre, qui fait, justement, l'objet de ces opérations. L'ensemble de leurs actifs et de leurs passifs est apporté à une autre société qui existe déjà ou que l'on crée pour les besoins de la cause. On réalise une consolidation des bilans de X et Y dans celui de la société absorbante. En rémunération, celle-ci émet du capital et remet des actions aux actionnaires des sociétés dissoutes.

Normalement, les actions sont remises à ceux qui font les apports. Elles devraient donc être remises aux sociétés dissoutes et liquidées par le liquidateur. Mais un des objectifs de la directive de 1978 est, justement, de simplifier les opérations en prévoyant que les actions seront remises directement aux actionnaires des sociétés dissoutes.

Cette directive harmonise les législations des Etats membres relatives aux fusions *internes*, c'est-à-dire entre sociétés qui ressortissent de la législation d'un même Etat, mais ne traite pas des fusions transfrontalières.

(6) Directive du 17 décembre 1982 relative aux scissions des SA.

Digression : les scissions

X est dissoute anticipativement et fait apport de l'intégralité de son patrimoine à deux ou plusieurs sociétés qui existent ou qui ont été créées pour l'occasion, et qui émettent, en contrepartie, des actions qui seront remises aux actionnaires de la société scindée.

Ici donc, on ne concentre pas mais on éclate.

De nouveau, la directive ne règle pas la question des scissions transfrontalières.

Les fusions et scissions sont des opérations de restructuration sans solution de continuité (= sans discontinuité).

Digression : les fusions-scissions

Il peut aussi y avoir des fusions-scissions. Deux sociétés, X et Y, sont dissoutes anticipativement en vue de l'apport de leurs patrimoines *partim* à une société A et *partim* à une société B. En contrepartie, des actions sont émises et remises aux actionnaires des sociétés dissoutes. Il y a une scission puisque le patrimoine de X et Y est divisé, et une fusion puisqu'il y a des concentrations au niveau de A et B.

Ces deux directives ont été transposées par la loi du 29 juin 1993, qui est aujourd'hui intégrée dans le Code des sociétés.

vii. La Dixième Directive du 26 octobre 2005 relative aux fusions transfrontalières

(10) Il y avait une lacune au niveau des fusions et scissions transfrontalières. La Directive du 26 octobre 2005, qui doit être transposée pour le 15 décembre 2007, règle la question des fusions transfrontalières.

vi. La Douzième Directive du 21 décembre 1989 sur les sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée

(12) Directive du 21 décembre 1989 sur les sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée.

Le droit belge a anticipé sur cette réforme par une loi de 1987 (voir plus haut).

vii. Les propositions de Cinquième Directive et de Neuvième Directive

Deux propositions de directives sont restées lettre morte :

(5) La proposition de 5^{ème} directive relative à la structure des SA et aux obligations de leurs organes.

(9) La proposition de 9^{ème} directive relative à l'organisation des groupes de sociétés.

Pourquoi la proposition de 5^{ème} directive, qui pourtant était tant attendue et fondamentale, est-elle restée lettre morte ? Cela est lié au droit allemand, qui non

seulement prévoit, pour les sociétés d'une certaine taille, un système dualiste, mais en outre instaure un système de participation des travailleurs à l'organe de supervision (système de cogestion). Cela a donné lieu à des débats animés au sein des autorités communautaires sur la question de savoir s'il fallait ou non promouvoir ce système. Finalement, la proposition de directive a été abandonnée...

x. La Directive du 21 avril 2004 relative aux offres publiques d'acquisition

Il faut encore signaler une directive en droit des sociétés, celle du 21 avril 2004 relative aux offres publiques d'acquisition, transposée par une loi du 1^{er} avril 2007.

xi. Les directives de droit financier

Il existe aussi des directives qui ne sont pas fondées sur l'article 44, § 2, g) du Traité de Rome, - des directives de droit financier, relatives notamment aux titres des sociétés par actions, fondées souvent sur les articles 94 et suivants du Traité. Elles procèdent d'un **plan d'action de la Commission** dans le droit financier.

On peut citer **notamment** :

- la **Directive du 21 avril 2004** relative aux marchés d'instruments financiers (MIFID), transposée en droit belge par des A.R. du 27 avril 2007 et du 3 juin 2007 ;
- la **Directive du 4 novembre 2003** relative au prospectus à publier en cas d'offre publique de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation, transposée par la loi du 16 juin 2006 mais seulement pour ce qui concerne les offres publiques de titres ;
- la **Directive du 28 janvier 2003** relative aux opérations d'initiés et manipulations de marchés.

On parle d'opération d'initié lorsque quelqu'un qui détient une information privilégiée sur des titres cotés réalise une opération en bourse sur ces titres.

Une loi du 2 août 2002 avait anticipé sur cette directive, mais un A.R. du 24 août 2005 et deux A.R. du 5 mars 2006 modifient cette loi.

b. Les règlements, décisions, avis et recommandations

i. Les avantages d'un règlement par rapport à une directive

Un deuxième instrument prévu par l'article 249 du Traité est le règlement. Pourquoi peut-on utiliser soit la directive, soit le règlement ? L'explication en est que leur **effets sur le plan juridique sont différents**. L'article 249 identifie cette différence : la directive "*lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens*", tandis que le règlement "*a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre*".

Donc, la **directive a un effet obligatoire doublement limité** :

- *ratione personae* : elle n'est obligatoire que pour les États membres, en ce qu'ils sont tenus de la transposer ;
- *ratione materiae* : elle énonce des objectifs et les États apprécient quels sont les meilleurs moyens pour les réaliser.

En revanche, le **règlement a une portée générale, il est obligatoire dans tous ses éléments et est directement applicable** dans tout État membre. C'est ainsi que tout ressortissant d'un État membre peut l'invoquer devant les instances nationales. On dit qu'il est *self sufficient*. Il n'est limité ni *ratione personae*, ni *ratione materiae*.

[Quant à la décision, elle est "*obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne*". Elle est donc limitée *ratione personae* mais non *ratione materiae*.

Enfin, les recommandations et les avis "*ne lient pas*".]

Néanmoins, il faut **nuancer** la différence entre directives et règlements telle qu'elle ressort de l'article 249 du Traité de Rome. La Cour de justice des Communautés européennes a en effet développé une jurisprudence qui conduit à reconnaître, à **certaines conditions, un certain effet direct aux directives**.

En principe, si une directive n'est pas transposée, ou est mal transposée, seule une action en manquement est ouverte. Et bien souvent, les États préfèrent s'exposer à une telle action en manquement plutôt que de respecter les délais de transposition... Pour éviter la paralysie qui résulte de cette situation, la Cour de justice a nuancé l'absence d'effet direct des directives :

- ✓ la directive peut avoir un **effet direct vertical**. Tel est le cas lorsqu'elle contient des dispositions auto-suffisantes, c'est-à-dire lorsque toute liberté d'appréciation des États membres est supprimée, qu'ils ne doivent plus que recopier la directive. En vertu de cet effet direct vertical, même si une telle directive n'est pas transposée dans le délai prévu

par elle, les particuliers peuvent en réclamer le bénéfice à l'encontre de l'Etat ou d'un démembrement de l'Etat, ou encore d'une entreprise publique. Plusieurs arrêts ont consacré cette règle, qui a été inaugurée par un arrêt du 26 février 1986 ;

- ✓ fallait-il franchir un pas de plus et reconnaître à certaines directives un **effet direct horizontal** ? La première réponse a été négative, puisque cela reviendrait à court-circuiter l'action des Etats membres et que l'article 249, selon lequel la directive n'a d'effet obligatoire qu'à l'égard des Etats membres, serait violé. Mais la jurisprudence de la Cour de justice aboutit indirectement à un certain effet direct horizontal dans l'hypothèse où la directive est suffisamment précise et n'est pas transposée dans le délai prévu par elle. Dans ce cas, selon un arrêt du 13 novembre 1990 (arrêt Marleasing) et un arrêt du 22 juin 1989, les tribunaux des Etats membres, en tant qu'organes des Etats membres, sont obligés d'interpréter, dans la mesure du possible, la législation nationale en conformité avec la directive, le cas échéant dans un litige opposant deux particuliers. Une limite assez paradoxale à ce principe est, selon la Cour, que si la législation de l'Etat membre contient une disposition expressément contraire à la directive, le juge ne peut pas faire prévaloir la directive (arrêt Marleasing précité).

On voit donc que les effets des directives sur le plan juridique posent quelques problèmes qui peuvent conférer un certain intérêt à une action réglementaire.

- ii. Enumération de Règlements en matière de droit des sociétés ou relatifs à des matières connexes au droit des sociétés

Parmi les Règlements qui ont été adoptés **en matière de droit des sociétés**, on peut citer les suivants ;

- **Règlement du 25 juillet 1985** sur le GEIE (groupements d'intérêt économique dont les membres sont des ressortissants de plusieurs Etats membres de l'Union européenne) ;
- **Règlement du 8 octobre 2001** relatif au statut de la société européenne [la société européenne tient sa personnalité du droit européen !] ;
- **Règlement du 22 juillet 2003** relatif au statut de la société coopérative européenne.

Ces trois règlements intéressent directement le droit des sociétés. Ils sont directement applicables dans les Etats membres, mais ils ne sont pas exhaustifs et doivent être complétés par les législations des Etats membres afin d'en « faciliter l'application ».

D'autres règlements sont relatifs à des **matières connexes** au droit des sociétés.

- **Règlement du 20 janvier 2004** relatif au contrôle des concentrations (fusions, fusions-scissions, OPA).

En effet, les concentrations peuvent avoir un impact sur la concurrence.

En réalité,

- d'un côté, le droit européen vise à faciliter ces opérations en les soumettant à un régime harmonisé (dans le but de promouvoir les entreprises européennes au niveau international),
- mais, d'un autre côté, le but du Traité est aussi de préserver la concurrence au sein de l'Union européenne. Or, qui dit concentration dit raréfaction de la concurrence !

Ces opérations sont donc traitées de manière ambivalente. D'une part, on les facilite, mais d'autre part, on les contrôle. Ce volet contrôle fait l'objet, notamment, du Règlement du 20 janvier 2004, qui soumet les opérations de concentration à une notification préalable auprès de la Commission, qui

- ✓ soit l'accepte,
- ✓ soit la refuse,
- ✓ soit subordonne son autorisation à certaines conditions (ex. : certains démantèlements, comme pour Suez / Gaz de France).

- **Règlement du 19 juillet 2002** sur l'application des normes comptables internationales (IAS) pour l'établissement des comptes consolidés dans les sociétés cotées et ses règlements d'application.

iii. Les Recommandations de la Commission

En ce qui concerne les Recommandations de la Commission, c'est du **soft law**, mais elles **peuvent être intégrées dans le droit positif** de diverses manières, par les méthodes classiques, que nous avons examinées en relation avec les codes de bonne conduite.

Ainsi, la loi peut les intégrer, ou la jurisprudence peut considérer que les règles qu'elles contiennent sont devenues un usage ou un standard et que leur violation peut dès lors entraîner la responsabilité civile de l'auteur de ce quasi-délit.

Plusieurs recommandations ont été adoptées.

- **Recommandation du 15 février 2005** relative au rôle des administrateurs non exécutifs et des membres des comités de surveillance dans les sociétés cotées à système dualiste.

On est en matière de corporate governance.

- **Recommandation du 6 octobre 2004** relative au renforcement du rôle des administrateurs indépendants.

On est de nouveau en matière de corporate governance.

- **Recommandation du 14 décembre 2004** encourageant la mise en oeuvre d'un régime approprié de rémunération des administrateurs dans les sociétés cotées.

Cette Recommandation fait écho à des observations qui sont régulièrement formulées, selon lesquelles les rémunérations des administrateurs dans les sociétés cotées, en particulier des administrateurs exécutifs, et plus particulièrement encore des CEO, seraient excessives.

A ce sujet, 3 courants de pensée se sont développés.

- ▶ Selon un premier courant, la compensation des administrateurs est le fruit d'une **libre négociation**. Si le CEO est payé cher, c'est que la société estime qu'il le vaut bien et que si elle diminuait sa rémunération, il partirait vers une autre société qui lui offrirait de meilleures conditions. C'est la loi du marché, mettent en avant les tenants de cette position libérale.
- ▶ Selon un deuxième courant, il faut nuancer cette position. Oui, la loi du marché doit jouer, mais il faut une certaine **transparence**. Il faut mettre en place un mécanisme en vue de communiquer les rémunérations des administrateurs exécutifs dans tous leurs éléments.

Ex. ces rémunérations comprennent souvent des stock options, qui consistent à offrir gratuitement au CEO ou aux administrateurs exécutifs, en rémunération de leurs prestations, la possibilité de souscrire à des actions de la société à des prix avantageux. Selon ce courant, ces stock options sont licites, voire légitimes. En effet, pourquoi ces administrateurs exécutifs ne seraient-ils pas libres de négocier leur rémunération ? Mais dans les sociétés cotées, il faut que la transparence soit garantie en ce qui concerne ces rémunérations.

On distingue 2 sous-courants :

- Selon le premier, il faut publier le système de rémunération pour les administrateurs exécutifs et le management, de façon générale et anonyme.
- Selon le second sous-courant, il faut, plus radicalement, que pour chaque administrateur exécutif et membre du management, la rémunération soit publiée, et notamment le nombre de stock options et les prix et conditions de leur exercice.

- ▶ Un troisième courant commence à recueillir de plus en plus d'adhésions. Les rémunérations des administrateurs exécutifs sont excessives et il faut non seulement garantir la transparence à ce niveau, mais aussi **réglementer**.

Ex. certains préconisent l'interdiction des stock options au profit des administrateurs exécutifs ou membres du management. L'idée est que l'attribution de stock options favorise un souci de performance à court terme plutôt que de développement de la société à long terme.

En conclusion, c'est un sujet très polémique.

- **Recommandation du 16 mai 2002** relative à l'indépendance des personnes en charge du contrôle des comptes, c'est-à-dire des commissaires aux comptes, qui doivent être présents dans certaines formes sociales.

Cette Recommandation est une réaction à des **scandales** qui ont eu lieu notamment aux Etats-Unis (ex. Worldcom ; Enron, dont les titres avaient perdu environ 100 % de leur valeur en quelques jours, parce que les comptes avaient été manipulés pour donner une impression favorable. Cela n'est possible que si les commissaires aux comptes laissent faire. C'est effectivement ce qui s'était passé, les commissaires aux comptes ayant été plus ou moins de mauvaise foi).

Cette Recommandation établit des critères plus stricts en ce qui concerne l'indépendance des commissaires aux comptes.

- **Recommandation du 30 mai 2001** relative à la prise en considération des aspects environnementaux dans les comptes et rapports annuels des sociétés. Cette Recommandation témoigne d'une conception de la société pas strictement capitaliste et libérale. N.B. : la prise de position des autorités européennes contraste ainsi avec la conception de Milton Friedman (prix Nobel d'économie en 1976), qui s'était irrité de ce que l'on veuille associer les sociétés à l'environnement. Selon lui, le rôle des sociétés est de générer du profit, et donc de financer l'Etat via les impôts. Les autorités communautaires, au contraire, ont une perspective plus large : le droit des sociétés n'est pas isolé ni abstrait.

c. Conventions internationales

Le Traité de Rome n'empêche pas les Etats membres de conclure, par ailleurs, des conventions sur le droit des sociétés.

En outre, l'article 293 (ex-article 220) du Traité les invite à entrer en négociations en vue de conclure des conventions sur certains sujets relatifs à la mobilité des personnes morales au sein de l'Union¹⁴.

Mais les résultats en la matière sont assez maigres.

- Un seul de ces trois sujets a donné lieu à une convention, la Convention de Bruxelles du 29 février 1968 relative à la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales au sein de la CE, que nous avons déjà rencontrée. Cette convention prévoit qu'en principe, si une personne morale a été régulièrement constituée dans un Etat membre, elle doit être reconnue dans les autres Etats membres, en particulier pouvoir y exercer ses activités et aller au prétoire. Mais cette Convention n'a jamais recueilli le nombre de ratifications suffisant pour entrer en vigueur.
- En outre, un projet de Convention sur les fusions transfrontalières de 1973 a été abandonné. Finalement, une Directive a été adoptée pour régler la question (voir ci-dessus).
- Puisque rien n'est prévu au sujet des conséquences du transfert du siège social dans un autre Etat membre, les autorités communautaires ont décidé de se substituer aux Etats membres et émettront normalement une proposition de Quatorzième Directive relative à cette question. Cette proposition de Quatorzième Directive, si elle aura lieu, s'inscrira dans un plan d'action de la Commission (voir ci-dessous).

¹⁴ Pour rappel, ces sujets sont au nombre de trois et sont les suivants :

- ✓ la reconnaissance mutuelle des sociétés ;
- ✓ le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays ;
- ✓ la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes.

d. Tableaux récapitulatifs des réalisations communautaires en matière de droit des sociétés

i. Directives de droit des sociétés, fondées sur l'art. 44, § 2, g) du Traité

Directive	Objet	Transposition	Remarques
Première directive du 9 mars 1968	Publicité, conditions d'engagement des sociétés, y compris des sociétés en formation, à l'égard des tiers, nullité des sociétés.	Loi du 6 mars 1973	Modifiée par la Directive du 15 juillet 2003.
Deuxième Directive du 13 décembre 1976	Dans les sociétés de capitaux, protection du capital social et réglementation de certaines opérations susceptibles de mettre en danger le principe de l'intangibilité du capital social, notamment le rachat d'actions propres par la société et l'assistance financière.	Loi du 5 décembre 1984	Aménagée par la directive du 6 septembre 2006, qui vise à libérer les opérations d'assistance financière.
Troisième Directive du 9 octobre 1978	Fusions des SA	Loi du 29 juin 1993, aujourd'hui intégrée dans le Code des sociétés	
Quatrième Directive du 25 juillet 1978	Comptes annuels dans les SA, les SCA et les SPRL, auxquelles on a ajouté les SNC et les SCS.		Modifiée par la Directive du 17 mai 2006 (transposition prévue avant le 28 juin 2008)
Proposition de cinquième Directive	Structure des SA et obligations de leurs organes		Abandonnée

Directive	Objet	Transposition	Remarques
Sixième Directive du 17 décembre 1982	Scissions des SA	Loi du 29 juin 1993, aujourd'hui intégrée dans le Code des sociétés	
Septième Directive du 13 juin 1983	Comptes consolidés dans les mêmes formes sociales que la Quatrième Directive	A.R. du 6 mars 1990 relatif aux comptes consolidés des entreprises, qui a été intégré dans l'A.R. du 30 janvier 2001	
Huitième Directive du 10 avril 1984	Agrément des personnes chargées du contrôle légal des comptes	Loi du 21 février 1985 relative à la réforme du révisorat d'entreprise	Abrogée par la Directive du 17 mai 2006 (transposition prévue avant le 28 juin 2008)
Proposition de Neuvième Directive	Organisation des groupes de sociétés		Abandonnée
Dixième Directive du 26 octobre 2005	Fusions transfrontalières	Doit être transposée pour le 15 décembre 2007	
Douzième Directive du 21 décembre 1989	Sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée		
Directive du 21 avril 2004	Offres publiques d'acquisition	Loi du 1 ^{er} avril 2007	
Proposition de Quatorzième Directive ?	Faciliter les transferts des sièges sociaux au sein de l'UE (surtout : maintien dans ces cas de la personnalité morale)		

ii. Directives de droit financier

Directive	Objet	Transposition
Directive du 21 avril 2004	Marchés d'instruments financiers	Arrêtés royaux du 27 avril 2007 et du 3 juin 2007

Directive	Objet	Transposition
Directive du 4 novembre 2003	Prospectus à publier en cas d'offre publique de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation	Transposée par la loi du 16 juin 2006 mais seulement pour ce qui concerne les offres publiques de titres
Directive du 28 janvier 2003	Opérations d'initié et manipulations de marchés	Une loi du 2 août 2002 avait anticipé sur cette directive, mais un A.R. du 24 août 2005 et deux arrêtés royaux du 5 mars 2006 modifient cette loi.

iii. Règlements de droit des sociétés

Règlement	Objet
Règlement du 25 juillet 1985	GEIE
Règlement du 8 octobre 2001	SAE
Règlement du 22 juillet 2003	SEC

iv. Règlements relatifs à des matières connexes au droit des sociétés

Règlement	Objet
Règlement du 20 janvier 2004	Contrôle des concentrations (fusions, fusions-scissions, OPA)
Règlement du 19 juillet 2002 + ses Règlements d'application	Application des normes comptables internationales (IAS) pour l'établissement des comptes consolidés dans les sociétés cotées

v. Recommandations de la Commission

Recommandation	Objet
Recommandation du 15 février 2005	Rôle des administrateurs non exécutifs et des membres des comités de surveillance dans les sociétés cotées à système dualiste
Recommandation du 6 octobre 2004	Renforcement du rôle des administrateurs indépendants
Recommandation du 14 décembre 2004	Encourage la mise en oeuvre d'une régime approprié de rémunération des administrateurs dans les sociétés cotées
Recommandation du 16 mai 2002	Indépendance des personnes en charge du contrôle des comptes
Recommandation du 30 mai 2001	Prise en considération des aspects environnementaux dans les comptes et rapports annuels des sociétés

vi. Conventions prévues par l'art. 293 du Traité

Convention	Objet
Convention de Bruxelles du 29 février 1968, jamais entrée en vigueur	Reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales au sein de la CE
Projet de Convention de 1973, abandonné	Fusions transfrontalières

4. Le plan d'action de la Commission européenne

Il y a quelque temps, les autorités communautaires ont décidé de faire le point sur les actions communautaires en droit des sociétés, droit des entreprises et droit financier. A cette fin, elles ont employé une méthode assez originale. Elles ont tout d'abord **commandé un rapport à des experts** dits de haut niveau, privés, destiné à faire

- ✓ un état des lieux de ce qui avait été engrangé
- ✓ et de ce qui aurait été souhaitable dans les années à venir.

➔ Il en est résulté un rapport important, le **rapport Winter**, qui a été remis le 4 novembre **2002** aux autorités communautaires.

Ce rapport contenait des options, en matière de corporate governance en particulier, que la Commission s'est appropriées, sous quelques réserves. La Commission a publié un **plan d'action le 31 mai 2003** en vue d'une modernisation du droit des sociétés, qui prévoit, dans les années futures, l'adoption de nouvelles directives et de nouveaux règlements. Ce plan d'action décrit un programme que la Commission compte mettre en œuvre par les moyens qui lui sont permis.

Il s'agit là d'une nouvelle méthode originale, qui est également utilisée dans d'autres secteurs (notamment : plan d'action du 11 mai 1999 en matière de services financiers).

Ce plan d'action est complété par des **Communications**.

Ex. Communication du 13 juin 2000, Communication du 2 juillet 2002 sur la responsabilité sociale des entreprises, Communication du 11 décembre 2002 relative à la politique industrielle de l'UE après l'élargissement.

➔ Les autorités communautaires ont adopté un **programme vaste et ambitieux**. Mais ont-elles réussi leur coup ?

- **Jusqu'à présent, les réalisations n'ont été que très partielles** (il s'agit des directives et recommandations postérieures au plan d'action - voir ci-dessus).
- Pour le reste, l'on a assisté à une **prolongation de la discussion** avec les milieux intéressés, encadrée par la **consultation d'experts**.

Un forum a été institué, où les parties peuvent s'exprimer, et en avril 2005, un nouveau groupe d'experts non gouvernementaux a été créé, qui doit continuer à réfléchir sur le gouvernement d'entreprises et le droit des sociétés.

- En plus, la Commission a commencé à organiser des **consultations publiques**, où tout le monde peut donner son avis ; périodiquement, on fait le point et une Communication est faite à ce sujet, etc. C'est pour montrer qu'on agit, qu'on est proactif.
- ➔ Il est résulte une impression d'un droit européen des sociétés qui est en train de s'enliser, de **crouler sous une masse de documents d'origines et de natures différentes**.

Aujourd'hui, on entame une **nouvelle phase** (voir plus bas).

5. Les grandes évolutions et perspectives d'avenir en droit européen des sociétés

a. Diversification des instruments utilisés

Sur le plan instrumental, on peut distinguer trois époques.

- (1) La première phase commence en 1968 et se poursuit encore aujourd'hui (cf. récents directives et projets de directives).

Les autorités communautaires adoptent des **directives d'harmonisation et de coordination**, sur base de l'article 44, § 2, g) du Traité de Rome, au nom du principe de la liberté d'établissement.

Il y avait 2 écoles :

- selon certains, les directives ne pouvaient concerner que la mobilité des sociétés au sein de l'Union européenne ;
 - pour d'autres, au contraire, les directives devaient aussi viser à harmoniser les droits internes des sociétés, ce qui conduisait indirectement à garantir la mobilité des sociétés au sein de l'Union. C'est cette deuxième conception qui a prévalu.
- (2) Dans un deuxième temps, on assiste à une diversification des instruments utilisés : la technique du **Règlement** est plus souvent utilisée, surtout pour créer des personnes morales nouvelles.
- (3) Enfin, dans un troisième temps, les autorités communautaires adoptent une multitude de **Recommandations** (soft law).

b. La consultation d'experts : évolution sur le plan méthodologique

Cette diversification sur le plan instrumental s'est accompagnée d'une autre évolution remarquable sur le plan méthodologique.

Dès l'origine, - dès avant 1968, les autorités communautaires ont toujours eu le souci d'associer des **experts non gouvernementaux** provenant des différents Etats membres à leurs travaux, pour avoir une vision claire et détaillée du régime juridique des sociétés dans les Etats membres et des problèmes rencontrés qui pouvaient entraver la mobilité des personnes morales au sein des Communautés.

Mais à **cette époque**, les experts consultés l'étaient sur des *aspects techniques* et *de manière occasionnelle*.

Une évolution s'est produite et ces derniers temps, **deux nouvelles dimensions** sont apparues.

1) On demande aux groupes d'experts de formuler également des propositions de politique juridique.

Ex. une partie du **rapport Winter** est consacrée à deux idées.

- Il faut que les sociétés puissent elles-mêmes décider de la meilleure structure de gouvernance. Cette proposition est contraire à l'optique de la proposition de 5^{ème} directive, elle s'oppose à ce que le législateur impose un système moniste ou dualiste - c'est aux sociétés elles-mêmes de faire ce choix. C'est une vision assez libérale.
- Il faut promouvoir la règle 1 action - 1 voix. Cette proposition concerne une question éminemment politique : faut-il qu'à une action corresponde nécessairement une voix, ou peut-il y avoir des actions à voix multiples (par exemple pour les administrateurs exécutifs) ? N.B. La Commission européenne a récemment décidé de revoir sa position à cet égard.

2) Les groupes d'experts sont maintenant constitués sur une base permanente, pour réfléchir à tout moment sur l'évolution du droit européen des sociétés. C'est un aspect de la comitologie.

c. Les consultations publiques

Depuis quelque temps, les autorités communautaires recourent à des consultations publiques.

d. L'ambiguïté de l'expression "droit européen des sociétés", ou l'influence limitée du droit européen sur le droit des sociétés des Etats membres

L'ambiguïté de l'expression "droit européen des sociétés" **tient à la nature même de la Communauté européenne**, aujourd'hui Union européenne, qui n'est **pas un ordre juridique en soi**, même si elle a tendance à s'en rapprocher. Il n'existe pas d'ordre juridique en matière de droit européen des sociétés. Le droit européen des sociétés consiste essentiellement en un arsenal de moyens par lesquels les autorités communautaires, en fonction d'objectifs communautaires déterminés par le Traité, ont le pouvoir d'exercer une influence plus ou moins décisive, selon l'instrument utilisé, sur le droit des sociétés des Etats membres. Mais **pour l'essentiel, c'est le droit des Etats membres**

- **qui reste la source principale du droit des sociétés,**
 - et qui reste, du point de vue formel, la seule source du droit des sociétés, sous réserve
 - des règlements,
 - de l'effet direct limité qu'ont, en certaines occasions, les directives, selon la Cour de justice des Communautés européennes,
 - et de certaines dispositions du Traité directement applicables.
- ★ En conclusion, le droit européen des sociétés n'exerce **qu'une certaine influence sur le droit des sociétés**, qui relève essentiellement du droit des Etats membres.
- ★ Cela explique en partie l'**écart** entre l'**ambition** de l'action communautaire et les **retombées véritables** de ces plans d'action dans le droit des Etats membres.
- ★ Les autorités communautaires en sont bien conscientes. Les **consultations** qu'elles organisent sont un moyen pour le camoufler et elles essaient de court-circuiter les Etats membres par la voie de **Recommandations** qui s'adressent directement aux sociétés.
- ★ Mais le développement des Recommandations et des consultations rend le droit européen des sociétés de moins en moins lisible, ce qui donne lieu **aujourd'hui à une nouvelle réflexion** sur une nouvelle méthodologie et de nouveaux objectifs qui pourraient être assignés à l'action communautaire.

e. Amorce d'une nouvelle phase...

Deux aspects essentiels de cette nouvelle réflexion sont :

- Il faut **simplifier**. Il y a une surrégulation.

En témoigne une Communication de la Commission du 10 juillet 2007 relative à la simplification de l'environnement des sociétés en matière juridique, comptable et de contrôle des comptes.

- On assiste à un **recentrage** de l'action communautaire en matière de droit des sociétés sur des problèmes qui intéressent plus directement la mobilité des sociétés au sein de l'Union européenne, la **compétition** étant vue comme un facteur favorisant cette mobilité. L'idée est qu'il ne faut pas nécessairement harmoniser le fonctionnement et l'organisation des sociétés entre les Etats membres, mais qu'au contraire, il faut maintenir, sur ce plan, des différences entre les Etats membres. Ainsi, les entreprises choisiront l'Etat où elles s'établiront en fonction des avantages et des inconvénients que leur offrent les droits respectifs des différents Etats, ce qui est un facteur de mobilité (cf. l'exemple des Etats-Unis, où le droit des sociétés est une compétence des Etats).

- ➔ Il faut favoriser la compétition entre les Etats membres sur le plan législatif et recentrer sur des problèmes relatifs à la mobilité des sociétés.

Ex. :

- ✓ l'ouverture par une société d'une succursale dans un autre Etat membre,
- ✓ le transfert de siège dans un autre Etat membre sans dissolution,
- ✓ un régime fiscal non entravant.

Tels sont les deux recentrages auxquels on peut s'attendre dans les années à venir.

§3. Le droit international privé des sociétés au sens large

1. Introduction

La fonction du droit international privé des sociétés est de répondre à 3 questions :

1. La première question relève de la théorie des **conflits de lois** : quels sont les critères de détermination de la loi applicable à une société si celle-ci comporte un élément d'extranéité ?

Ex. un Belge et un Français constituent une société dont les organes se réunissent en Allemagne et qui exerce des activités en Afrique ; quelle est la loi applicable ?

2. La deuxième question est celle de savoir si et à quelles conditions une société valablement constituée sous l'empire d'une législation nationale peut ou doit être reconnue dans l'ordre juridique d'un autre Etat. C'est la question de la **reconnaissance**, qui relève de la théorie de la condition des étrangers.

Nous avons approché cette question en droit européen, lorsque nous avons mentionné la Convention du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes morales entre les Etats membres des Communautés européennes.

3. La troisième question est celle des **conflits de juridictions**, à laquelle se rattache celle de la reconnaissance et de l'exécution des décisions juridictionnelles et arbitrales étrangères.

Les deux questions sont :

- où assigner ?
- si le tribunal décide qu'il est compétent, sa décision sera-t-elle exécutoire dans un autre Etat ?

Nous n'aborderons pas de ce problème en matière de sociétés, parce qu'il ne présente pas de spécificités à cet égard. Nous nous reporterons donc au cours de droit judiciaire international.

Par contre, nous nous occuperons du problème de conflits de lois et de la question de la reconnaissance dans le cas des sociétés.

2. Le problème des conflits de lois en matière de sociétés

A cet égard, il faut faire une distinction entre les sociétés sans personnalité juridique et celles dotées de la personnalité juridique.

a. Conflits de lois en matière de sociétés non personnifiées

i. Les critères de détermination de la loi applicable (*lex contractus*)

★ Ainsi que nous l'avons relevé plus haut, les sociétés sans personnalité juridique sont de purs contrats.

- ➔ Voici une conséquence concrète de ce principe : lorsque ces sociétés comportent une dimension internationale, en principe, elles sont soumises au **droit international privé des contrats**.
- ➔ Le statut qui s'applique est dès lors celui de l'**autonomie de la volonté**, selon lequel les parties à un contrat sont libres de choisir le droit applicable au contrat.

Aujourd'hui, cela découle de l'**article 98, § 1 du Code de droit international privé** (loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé). Selon cette disposition,

“Le droit applicable aux obligations contractuelles est déterminé par la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, conclue à Rome le 19 juin 1980.

Hormis les cas où la loi en dispose autrement, les obligations contractuelles que cette convention exclut de son domaine d'application sont régies par le droit applicable en vertu de ses articles 3 à 14.”

Digression : la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et l'art. 98, § 1 Code DIP

Le droit international privé belge détermine le droit que doit appliquer un juge belge qui s'estime compétent dans un litige comportant un élément d'extranéité. Mais il existe aussi des instruments internationaux qui visent à uniformiser les règles de droit international privé, notamment la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui comporte des règles substantielles de

droit international privé, règles qui déterminent la loi applicable aux obligations contractuelles.

- Cette Convention consacre pour ces obligations le principe de l'autonomie de la volonté. L'alinéa 1^{er} de l'article 98, § 1 y renvoie.
- Mais selon l'article 1, §2, e) de la Convention, elle ne s'applique pas aux questions relevant du droit des sociétés, sans qu'une distinction soit opérée entre sociétés personnifiées et non personnifiées.
- Néanmoins, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 98, § 1, la Convention de Rome s'applique à des matières qu'elle exclut de son champ d'application ; tel est le cas, notamment, pour les sociétés non personnifiées.

★ **Mais si les parties sont libres de choisir la loi applicable au contrat, souvent elles ne le font pas !**

Elles oublient de le faire, ou le font sciemment pour éviter de se disputer sur ce point.

Un litige survient. Quelle est la loi applicable ?

Dans cette hypothèse, la **Convention de Rome** consacre la **théorie des liens les plus étroits**, selon laquelle c'est la loi de l'Etat avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits qui s'applique.

Selon l'article 4, § 2 de la Convention de Rome, il est présumé que les liens les plus étroits existent avec le pays où la partie qui doit fournir les prestations caractéristiques a sa résidence habituelle ou son administration centrale.

La prestation caractéristique d'un contrat est l'obligation qui donne au contrat sa physionomie propre, c'est-à-dire qui permet de le distinguer d'un autre contrat (transfert de propriété d'un bien dans la vente, jouissance d'une chose dans le bail, concessions réciproques dans la transaction, prestation d'un travail dans le contrat d'entreprise, etc.).

Cette règle résulte d'un vieux réflexe provenant du principe général de droit des obligations en vertu duquel les dettes sont quérables et non portables.

Mais dans le contrat de société, il n'existe **pas de prestation caractéristique** : *toutes* les parties ont l'obligation de faire un apport et ensuite, de respecter les règles de la société.

Plusieurs théories ont été émises. Parmi elles, on en retient **généralement** une, selon laquelle la loi applicable à la société est celle de l'**Etat dans lequel les activités du groupement sont exploitées à titre principal ou sont appelées à l'être**. Ce critère relève de l'appréciation souveraine du juge du fond.

Certes, c'est un critère vague, mais il n'en existe pas de meilleur.

- ii. Question complémentaire : si les membres d'un groupement international non personnifié conviennent de soumettre le contrat au droit belge, va-t-il de soi que c'est le droit belge des sociétés qui sera applicable à ce groupement ?

A première vue, oui. Mais en réalité, **il faut que ce groupement réponde à la définition que le droit belge donne de la société.** Par exemple, si les fondateurs (un Allemand et un Français) n'ont pas l'intention de se répartir un bénéfice patrimonial direct ou indirect, au regard du droit belge, leur contrat ne répond pas à la définition de la société. Le juge belge ne pourra donc pas y appliquer le droit des sociétés, et la référence que les fondateurs auront faite au droit belge sera interprétée comme une référence au droit commun des obligations et des contrats, et à quelques dispositions du Code des sociétés qui ne sont pas incompatibles avec le but non lucratif du groupement. De même, si les fondateurs entendent fonder une société momentanée ou une société interne, sans que leur groupement réponde aux conditions particulières de ces institutions, ils auront créé une société belge de droit commun.

- iii. Domaine d'application de la *lex contractus*

Nous avons donc déterminé la *lex contractus* qui s'applique aux sociétés non personnifiées. Mais la *lex contractus* sera-t-elle appelée à régler tous les litiges des associés entre eux et avec les tiers ? Non, la détermination de la *lex contractus* n'épuise pas la question de la loi applicable en matière de sociétés.

C'est la question du domaine d'application de la loi applicable, ici la *lex contractus* : à quels types de questions cette loi est-elle appelée à répondre ?

La réponse est que la *lex contractus* s'applique en principe à

- ✓ la formation du contrat ;
- ✓ la validité du contrat entre parties ;
- ✓ l'interprétation du contrat ;
- ✓ l'exécution du contrat et la responsabilité contractuelle pour inexécution ;

✓ la dissolution du contrat et les conséquences de celle-ci.

➔ Il s'agit de problèmes **entre parties**.

Ces principes s'appliquent à propos des sociétés non personnifiées.

iv. Les statuts *locus regit actum*, *lex rei sitae* et *lex loci delicti*

Mais d'autres statuts gravitent autour de la *lex contractus* ou de la *lex societatis*, qui conduisent à l'application d'autres lois.

- Le statut *locus regit actum*

Les questions qui intéressent le **formalisme contractuel** se règlent en fonction du lieu où le contrat a été formé, même si les parties ont choisi une autre loi à titre de *lex contractus*.

Ex. Si un Français et un Allemand forment une société en vue d'exercer des activités en Chine, soumettent leur contrat au droit belge mais le concluent en Suisse, la *lex contractus* sera le droit belge, mais si le droit suisse exige un acte authentique pour ce type de contrat, il faudra en établir un : on applique le droit suisse à la formation du contrat de société.

- Le statut *lex rei sitae*

C'est le statut qui s'applique au **régime des biens** : ce régime est soumis au droit de l'Etat où se trouve le bien. Voici donc un autre aspect qui échappe à la *lex contractus*.

Ex. Si un Français et un Allemand concluent un contrat de société en Suisse en vue de l'exercice d'activités en Chine, et qu'un des deux associés fait apport d'un immeuble aux Pays-Bas qui servira d'entrepôt, la question de savoir si c'est la propriété de l'immeuble qui a été transférée, ou un autre droit réel, sera réglée en fonction de la loi de l'Etat où le bien est situé, c'est-à-dire les Pays-Bas.

- Le statut *lex loci delicti* :

En vertu du statut de la *lex loci delicti* (loi du lieu du délit) ou du statut des lois de police et de sûreté (lois d'application immédiate), les **activités, notamment économiques**, doivent respecter les lois y relatives de l'Etat où se déroulent les activités.

Ex. Nous poursuivons notre exemple. Notre société exerce des activités de production en Chine, a un entrepôt aux Pays-Bas et commercialise ses produits en Belgique. Si c'est un commerce de détail, le produit est présenté aux consommateurs. Si un problème se pose par rapport à la loyauté de ce commerce, la LPCC belge s'appliquera.

En ce qui concerne le régime de l'**opposabilité du contrat aux tiers** (les associés peuvent-ils opposer leur contrat aux tiers, au titre de son effet externe ?), c'est aussi la *lex loci delicti* qui s'applique, c'est-à-dire la loi de l'Etat où se pose la question de l'opposabilité.

v. Remarque

Il existe donc une multitude de statuts susceptibles de donner lieu à l'application de plusieurs lois. En outre, des difficultés se posent en relation avec les deux autres questions (critères de détermination de la loi applicable (i) et : est-ce le droit belge des sociétés qui s'applique ? (ii)), notamment dans les cas où les parties n'ont pas choisi la *lex contractus*. Ceci a amené certains à critiquer ce système. C'est ainsi que certains auteurs contemporains préconisent de soumettre les sociétés sans personnalité juridique à l'un des systèmes de détermination de la loi applicable en matière de sociétés dotées de la personnalité juridique. A cette fin, ils préconisent l'instauration d'une obligation d'enregistrement des sociétés sans personnalité juridique dont découlerait la *lex societatis* : la loi de l'Etat de l'enregistrement serait la *lex societatis*. Mais cela ne résout pas le problème ! En effet, si les parties n'enregistrent pas le contrat de société, on revient au point de départ...

b. Conflits de lois en matière de sociétés personnifiées

Ici, c'est un **régime** de droit international privé **plus spécifique** qui s'applique, qui n'est pas une réplique du régime du droit des contrats. Voici donc une application concrète du principe selon lequel ces sociétés ne constituent **pas de purs contrats**.

- i. Détermination de la *lex societatis* : système de l'incorporation, système du siège social et système du contrôle ; nationalité des sociétés ; domaine d'application de la *lex societatis*

Quelle est la *lex societatis* ?

En droit comparé, deux grands systèmes ont cours, ainsi qu'un troisième dans des circonstances exceptionnelles :

1. Le **système de l'incorporation**, qui prévaut notamment en Angleterre, aux Pays-Bas, en Suisse et en Italie. Selon ce système, la société est soumise à la loi

de l'Etat où ont été régulièrement accomplies les formalités constitutives de la société. Dans les Etats où ce système prévaut, la formalité constitutive consiste en l'enregistrement auprès de l'autorité publique compétente.

2. Le **système du siège social (applicable en Belgique notamment)**, où la loi applicable à la société dépend de la localisation de son siège social.
 - Dans les pays où prévaut ce système, il s'agit le plus souvent du siège social réel, qui ne correspond pas nécessairement au siège social statutaire.
 - Normalement, dans ces pays, le siège social réel ne correspond pas au siège d'exploitation des activités de la société, mais à l'endroit où se prennent les décisions intéressant l'administration de la société.
 - Est-ce l'endroit où se réunit l'AG ou celui où se réunit le CA ? La tendance, en droit belge, est de considérer que c'est l'endroit où se réunit le CA, car il a la plénitude de pouvoirs, sous réserve des compétences que la loi réserve à l'AG.

N.B. Dans certains cas, ce sera le siège statutaire qui sera pris en compte, par exemple, dans les SE.

3. Le **système du contrôle** : il s'applique dans certaines circonstances exceptionnelles, comme une guerre, pour l'application de réglementations applicables aux biens ennemis. La loi applicable à la société se confond avec la loi de l'Etat dont ses actionnaires de contrôle sont les nationaux.

Ce système a été appliqué en France, lors de la Deuxième Guerre Mondiale. Des juges français ont estimé que des sociétés ayant leur siège en France étaient allemandes parce qu'elles servaient les intérêts ennemis allemands. Leurs biens pouvaient dès lors être mis sous séquestre en vertu de la législation française.

Par facilité de langage, l'on parle aussi de **nationalité** de la société. On confond nationalité et droit applicable.

Ex. Si une société est soumise au droit anglais, on dira que c'est une société de nationalité anglaise.

Autour de la *lex societatis* gravitent tous les **statuts** examinés ci-dessus pour la *lex contractus* (*locus regit actum, lex rei sitae, lex loci delicti*).

- ii. Le système belge de détermination de la *lex societatis* : critère du siège social réel

En droit international privé belge, c'est le siège social réel qui détermine la loi applicable à la société personnifiée. Celle-ci a la nationalité du pays où son siège social réel est localisé.

C'est une solution classique qui remonte aux L.C.S.C. Le Code des sociétés a quelque peu clarifié les choses, puis le Code de droit international privé les a obscurcies.

- **A l'origine**, selon l'article 197 des L.C.S.C., "*toute société dont le principal établissement est en Belgique est soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger*".

➔ Cette disposition utilise donc comme critère non pas le siège social réel, mais le principal établissement.

Cependant, une **jurisprudence** et une **doctrine constantes** ont considéré que cet article visait le **siège social réel**, c'est-à-dire l'endroit où se prenaient les décisions intéressant l'administration et la direction de la société.

- **Dans sa version initiale**, issue de la loi du 7 mai 1999, le **Code des sociétés**, en son **article 56**, énonçait que "*une société dont le siège réel est en Belgique est soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger*".

➔ Cette disposition a donc apporté une **clarification**, de manière conforme à la doctrine et à la jurisprudence constantes qui s'étaient développées sous les L.C.S.C.

- Mais peu après, l'article 56 C. soc. a été **supprimé par la loi du 16 juillet 2004** portant le **Code DIP**. Celui-ci dispose désormais, en son **article 110, alinéa 1^{er}**, que "*la personne morale est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel son établissement principal est situé dès sa constitution*".

➔ Cette disposition a apporté une **double modification** :

- (1) comme les anciennes L.C.S.C., elle emploie la notion de **principal établissement** ;
- (2) la personne morale est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel son établissement principal est situé **dès sa constitution**.

Quelle est la portée de ces deux modifications ?

- (1) Pour comprendre ce retour à la notion de principal établissement, il faut avoir égard à l'article 4, § 3 du Code DIP, selon lequel "pour l'application de la présente loi, l'établissement principal d'une personne morale se détermine en tenant compte, en particulier, du centre de direction, ainsi que du centre des affaires ou des activités et, subsidiairement, du siège statutaire".

➔ **Trois critères** doivent donc être pris en compte pour la détermination du principal établissement :

- le centre de direction (correspond au siège social réel) ;
- le centre des affaires ou des activités ;
- et subsidiairement, le siège statutaire.

Or, comme nous le savons, le centre de direction et le centre des affaires ne se confondent pas nécessairement !

Pour comprendre la portée de cette disposition, il faut se référer aux travaux préparatoires. Ceux-ci indiquent que l'idée était qu'il fallait raisonner dans l'ordre : en principe, il faut prendre en compte le centre de direction, autrement dit, le siège social réel ; mais, semble-t-il, ce que le législateur avait en vue, c'était d'éviter que des sociétés échappent à certaines lois belges applicables à certaines opérations, dès lors que leur centre d'affaires se situerait en Belgique. Mais fallait-il s'exprimer de la sorte pour atteindre ce but ? Non. En effet, ces lois belges en question, qui régissent certaines activités, sont des lois d'application immédiate et dès lors des lois de police et de sûreté, applicables en vertu du statut de la *lex loci delicti*.

➔ En conclusion, il faut interpréter l'article 4, § 3 du Code DIP en ce sens que la loi applicable à la société est celle de l'Etat où se trouve son **siège social réel**, mais que les lois d'application immédiate - lois de police et de sûreté sont applicables si son centre d'affaires est en Belgique (ex. la LPCC).

- (2) **Cette précision ne s'imposait pas**. Elle confirme que si dès sa constitution, une société qui a été formée dans un Etat où prévaut le système de l'incorporation a son siège réel dans un autre pays, le juge belge devra appliquer la loi de l'Etat sur le territoire duquel se trouve son siège social réel.

Ex. une société est constituée en Angleterre, mais son siège social réel se trouve dès l'origine en France. Dans ce cas, en vertu du Code DIP, le juge belge appliquera la loi du siège social réel.

- ➔ En outre, l'article 110 du Code DIP ne dit plus qu'une société dont le principal établissement se trouve en Belgique est régie par le droit belge, mais que "*la personne morale est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel son établissement principal est situé dès sa constitution*". C'est donc une **règle multilatérale** : quel que soit le pays où se trouve le siège social réel de la société, même si ce n'est pas la Belgique, le juge belge appliquera le droit de ce pays.

iii. Domaine d'application de la *lex societatis*

L'article 111 du Code DIP précise le domaine d'application de la *lex societatis*.

Celui-ci ressemble à celui de la *lex contractus* des sociétés non personnifiées, mais avec quelques retranchements et quelques ajouts.

En vertu de l'article 111, § 1 du Code DIP,

"Le droit applicable à la personne morale détermine notamment :

- 1° l'existence et la nature juridique de la personne morale;
- 2° le nom ou la raison sociale;
- 3° la constitution, la dissolution et la liquidation;
- 4° la capacité de la personne morale;
- 5° la composition, les pouvoirs et le fonctionnement de ses organes;
- 6° les rappports internes entre associés ou membres ainsi que les rappports entre la personne morale et les associés ou membres;
- 7° l'acquisition et la perte de la qualité d'associé ou de membre;
- 8° les droits et obligations liés aux parts ou actions et leur exercice;
- 9° la responsabilité pour violation du droit des sociétés ou des statuts;
- 10° dans quelle mesure la personne morale est tenue à l'égard de tiers des dettes contractées par ses organes [c'est la question du pouvoir de représentation des organes]."

C'est le domaine très général d'application de la *lex societatis* pour les personnes morales, qui correspond environ à celui des sociétés non personnalisées.

Mais elle ne va pas tout régler : **exceptions** :

- **Première exception : article 111, § 2 du Code DIP** : “*Toutefois, la personne morale ne peut invoquer une incapacité fondée sur des restrictions du pouvoir de représentation en vertu du droit applicable, à l'encontre d'une partie, [1] si cette incapacité est inconnue du droit de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été passé par cette partie [2] et si celle-ci n'a pas connu et n'a pas dû connaître cette incapacité à ce moment*”.

↳ Cette règle rappelle la philosophie qui vise à protéger les tiers de bonne foi qui traitent avec une société, qui a également présidé à l'adoption de la Première Directive européenne de 1968, en ce qu'elle a restreint l'opposabilité aux tiers des violations du principe de spécialité statutaire dans certaines formes sociales, en particulier les SA (sauf exception, la société ne pourra pas, en vue d'échapper à ses obligations, opposer au tiers contractant la violation de l'objet statutaire par ses organes). Ici, c'est une philosophie semblable, mais plus large.

↳ Une société personnifiée (plus généralement, une personne morale) **ne peut invoquer une incapacité** fondée sur des restrictions du pouvoir de représentation en vertu de la *lex societatis* à l'encontre d'un tiers, à **2 conditions** :

- ✓ si cette incapacité est **inconnue du droit de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été passé**
- ✓ et si la partie ignorait ou pouvait légitimement ignorer cette incapacité.

Ex. Imaginons qu'une société soit soumise à une loi qui ne comporte pas cette restriction à l'opposabilité aux tiers des violations du principe de la spécialité statutaire que nous venons de voir. La *lex societatis* va-t-elle l'emporter sur ce point ? Pas toujours - la société ne pourra pas opposer cette incapacité à 2 conditions : si cette incapacité est inconnue du droit de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été passé et si la partie ignorait ou pouvait légitimement ignorer cette incapacité. Il s'agit donc d'un cas où un pan de la *lex societatis* sera inopposable aux tiers.

- Les autres exceptions au domaine de la *lex societatis* résultent des **statuts** que nous avons abordés ci-dessus à propos du domaine d'application de la *lex societatis* pour les sociétés non personnifiées.
 - La forme de l'acte de société est régie par le statut *locus regit actum*.
 - Les biens sont régis, sous l'angle de leur statut réel, par la *lex rei sitae*.

- Les opérations sont régies par le statut *lex loci delicti* (il s'agit notamment des réglementations relatives aux pratiques du commerce).

iv. Le système du siège social réel au regard du principe de la liberté d'établissement

Le système du siège social réel a donné lieu à certaines difficultés d'application au regard du principe de la liberté d'établissement, consacré par les **articles 43 et 48 du Traité de Rome**. A cet égard, **3 arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes** ont suscité des difficultés d'application.

En vertu du système du siège social réel, une société personnifiée est soumise au droit des sociétés applicable à l'endroit où ses affaires sont dirigées par son organe d'administration.

- ➔ Par conséquent, ce système implique que lorsque la société **déplace** son siège vers un autre pays, la société **se soumet au droit de l'Etat sur le territoire duquel elle a déplacé son siège social si cet Etat applique le système du siège social réel**.

Ex. Si une société anglaise déplace en cours de vie sociale son siège en Belgique, le droit belge des sociétés s'appliquera à cette société. Le droit anglais s'appliquera aussi, puisque dans le système de l'incorporation, le déplacement du siège social réel est un non-event (v. plus loin : cass. 12/11/1965). Pour le juge belge, la société aura une double nationalité.

- ➔ Cette opération **peut entrer en conflit avec le principe de la liberté d'établissement** car déplacer son siège social, c'est faire usage de son droit d'établissement.

La CJCE a rendu 3 arrêts à ce sujet :

- 🕒 arrêt Centros du 9 mars 1999 ;
- 🕒 arrêt Inspire Art du 30 septembre 2003 ;
- 🕒 arrêt Überseering du 5 novembre 2002.

Relevons deux attendus significatifs :

- Arrêts Centros et Inspire Art : le principe de la liberté d'établissement s'oppose à ce qu'un Etat subordonne l'ouverture, sur son territoire,

d'une succursale par une société valablement constituée sous l'empire de la loi d'un autre Etat membre à une mise en conformité avec certaines exigences découlant de son droit des sociétés, même si ladite société n'a pas vocation à exercer d'autres activités que celles de la succursale qu'elle souhaite ainsi établir.

Dans l'affaire Centros, les fondateurs d'une société, des Danois, savent dès l'origine qu'elle n'exploitera pas d'autres activités qu'au Danemark et qu'elle y sera administrée, mais la constituent sous l'empire de la loi anglaise car celle-ci pose des exigences moins lourdes en ce qui concerne le montant minimum du capital social, et veulent établir une succursale au Danemark. [On a ici un bel exemple de compétition entre les législations d'Etats membres.]

L'administration danoise estime que les fondateurs de cette société tentent de contourner artificiellement les règles danoises et annonce que la succursale ne pourra être le siège d'opérations que si le droit danois est respecté. Il faut donc que les fondateurs fassent des apports supplémentaires à hauteur des exigences du droit danois.

La CJCE estime qu'en agissant ainsi, l'administration danoise entrave la liberté d'établissement.

L'arrêt Inspire Art a été rendu dans des circonstances similaires.

- L'arrêt Überseering ressemble aux arrêts Centros et Inspire Art mais est **un peu différent**. La CJCE énonce ici que *“les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à ce que, lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un Etat membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire est réputée, selon le droit d'un autre Etat membre, avoir transféré son siège effectif dans cet Etat, ce dernier dénie à ladite société la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice devant ses juridictions nationales pour faire valoir les droits tirés d'un contrat conclu avec une société établie dans ledit Etat”*.

En d'autres termes, le principe de la liberté d'établissement s'oppose à ce qu'un Etat membre (où prévaut, par hypothèse, le système du siège social réel) dénie la capacité juridique à une société constituée conformément à la législation d'un Etat membre, au motif que cette société aurait transféré son siège social réel sur son territoire.

Dans cette affaire, une société constituée par des Allemands aux Pays-Bas fait l'acquisition, en Allemagne, d'un immeuble où elle projette d'exploiter, en partie au moins, ses activités, et conclut un contrat d'entreprise avec une société allemande aux fins de rénover cet immeuble. Suite à des problèmes avec cet entrepreneur allemand, elle veut assigner celui-ci en Allemagne. Le juge allemand estime que l'opération qui consistait en l'achat d'un immeuble pour y exploiter, en partie au moins, ses activités, revenait à déplacer en Allemagne le siège social réel, et estime que la société doit dès lors se conformer au droit allemand pour pouvoir agir en justice en Allemagne. La Cour de Justice sanctionne ce refus de reconnaître à la société le droit d'ester en justice en Allemagne au titre d'un déplacement du siège social réel en Allemagne.

- ➔ Bref, lorsqu'une société est **valablement constituée sous l'empire de la législation d'un Etat membre**, un autre Etat membre
 - ne pourrait subordonner l'ouverture par cette société, sur son territoire, d'une **succursale**, à la mise en conformité avec certaines exigences découlant de son droit des sociétés, même si ladite société n'a pas vocation à exercer d'autres activités que celles de la succursale qu'elle souhaite ainsi établir,
 - et ne pourrait, au motif que cette société aurait déplacé son siège social réel sur son territoire, lui dénier la **capacité juridique**, notamment le droit d'ester en justice devant ses juridictions nationales ;

tout ceci, en raison du principe de la liberté d'établissement.

- ➔ Des **problèmes** se posent donc pour l'**articulation du système du siège social réel avec le principe de la liberté d'établissement**, en vertu duquel les sociétés doivent pouvoir circuler librement au sein de l'Union européenne, y exercer des droits et y établir leur centre de direction ou d'affaires.

- **Certains** ont dit que ces arrêts avaient **sonné le glas de la théorie du siège social réel**, parce qu'ils impliquent que l'Etat qui prétend appliquer son propre droit des sociétés à une personne morale dont il estime qu'elle a établi son siège sur son territoire, ne peut plus le faire
 - si elle été valablement constituée à l'étranger
 - et que les dispositions invoquées ne permettraient pas à la société d'exercer ses droits dans ce pays où elle a prétendument déplacé son siège.
- Mais un **deuxième courant, plus réaliste**, interprète cette jurisprudence de façon plus mesurée : ce n'était pas la question, disent ces auteurs - ce n'est pas à propos de la validité en général du système du siège social réel que la Cour de justice a été interrogée, mais uniquement sur le point de savoir si et dans quelle mesure il était compatible avec le principe de la liberté d'établissement. Et la Cour a répondu que **s'il entravait ce principe, il ne pouvait être appliqué.**

C'est **plus une question de reconnaissance** que de loi applicable : une société valablement constituée à l'étranger peut-elle exploiter ses activités et agir en justice dans un autre Etat membre ? Les autorités allemandes ou danoises pouvaient-elles refuser de reconnaître les

sociétés en question au nom d'exigences découlant du droit des sociétés allemand ou danois ?

- Dans les trois affaires, la *lex societatis* était invoquée pour faire échec à cette reconnaissance. La Cour de justice a dès lors refusé que cette *lex societatis* fût appliquée dans ces cas.
- Mais si elle n'est pas en conflit avec le principe de la liberté d'établissement, elle peut s'appliquer. La théorie du siège social réel s'applique donc dès qu'il ne s'agit pas de la reconnaissance de la société.

v. Difficultés suscitées par le principe du siège social réel, liées aux possibles conflits négatifs ou mobiles

- ❖ **Conflits négatifs** (“apatridie”) : ex. une société est constituée en Belgique, pays où prévaut le système du siège social réel, mais dès l'origine, son siège social réel se trouve en Angleterre, où prévaut le système de l'incorporation. En l'absence de règle particulière, le juge belge tournerait en rond, puisqu'aucune loi susceptible d'être appliquée - ni la loi belge, ni la loi anglaise, ne pourrait être appliquée, faute de réunion de ses conditions d'application ! C'est pourquoi, on parle de conflit négatif.

Le juge belge ne pourrait pas appliquer le droit belge parce que le siège social réel de la société ne se trouve pas en Belgique. Il ne pourrait pas appliquer le droit anglais parce que la formalité de l'incorporation n'y a pas été accomplie.

Dans ce cas, on applique, en droit belge, la **théorie du renvoi** : en vertu de l'**article 110, alinéa 2 du Code DIP**, “*si le droit étranger désigne le droit de l'Etat en vertu duquel la personne morale a été constituée, le droit de cet Etat est applicable*”. Le juge belge appliquera donc le droit belge car le droit anglais renvoie au droit belge.

- ❖ **Conflits mobiles** :

- ★ La *lex societatis* peut être appelée à évoluer dans le système du siège social réel. Cela est confirmé par l'article 112, alinéa 2 du Code DIP, en vertu duquel, “*en cas de transfert de l'établissement principal sur le territoire d'un autre Etat, la personne morale est régie par le droit de cet Etat à partir du transfert*”.

- ★ Une autre question en relation avec le problème des conflits mobiles est la suivante : une société qui déplace son siège social réel dans un autre pays sera soumise à la loi de cet autre pays par le juge belge, mais **cessera-t-elle d'être soumise à la loi de son Etat d'origine** ? Ce n'est pas une question évidente. La Cour de cassation a dû la trancher dans un arrêt du 12 novembre 1965.

 Cour de cassation, 12 novembre 1965 : arrêt Lamot

La Cour part du constat qu'il s'existe pas de solution préconçue en la matière. Elle continue en énonçant que cette question se détermine par application de la loi de l'Etat d'origine combinée avec la loi de l'Etat d'accueil. S'il ne résulte pas de ces deux droits que le transfert du siège social réel fait perdre à la société sa nationalité initiale, elle la conserve tout en acquérant l'autre.

Lamot Limited, qui a été constituée sous l'empire du droit anglais mais a transféré son siège social en Belgique, demeure soumise à la loi anglaise et devient aussi une société belge, parce que ni le droit belge, ni le droit anglais ne prévoient la perte, dans ces circonstances, de la nationalité d'origine¹⁵.

Ce système est aujourd'hui **confirmé**, pour le juge belge, par l'**article 112, alinéa 1^{er} du Code DIP**, selon lequel "*le transfert de l'établissement principal d'une personne morale d'un Etat à un autre n'a lieu sans interruption de la personnalité qu'aux conditions auxquelles le permet le droit de ces Etats*".

- ★ N.B.1. Question de l'application cumulative de deux lois si la société a deux nationalités : que se passe-t-il si elles apportent des réponses différentes à propos d'une question ? Dans ce cas, on applique la **loi la plus sévère, sous réserve du respect du principe de la liberté d'établissement.**
- ★ N.B.2. L'arrêt Lamot tranche aussi une autre question, qui est celle de l'**application dans le temps** de la loi qui s'applique, en vertu du système du siège social réel, parce qu'une société a transféré son siège social réel dans un autre Etat.

 Arrêt de la Cour de cassation du 12/11/1965 : arrêt Lamot (suite)

Les faits étaient les suivants. Des ressortissants belges constituent en 1927 la société Lamot en Grande-Bretagne, dans le souci de bénéficier d'un régime fiscal plus favorable que celui applicable en vertu de la législation belge. En 1932, cette législation est

¹⁵ Par contre, en vertu du Code DIP, une société belge qui transfère son siège social réel dans un autre Etat cesse d'être soumise au droit belge.

assouplie, et le siège de la société est transféré en Belgique. La société devient donc justiciable de la loi belge.

A l'époque, une SA ne pouvait être constituée que pour 30 ans, sans préjudice d'une éventuelle prorogation pour un nouveau terme de 30 ans [règle abolie en 1984]. En 1961, des associés de Lamot veulent convoquer une AG pour qu'elle proroge le terme de la société d'un nouveau délai de 30 ans, terme qui, selon eux, va expirer en 1962. Mais ont-ils raison ? Les 30 ans prennent-ils vraiment cours en 1932, soit la date de la soumission de la société à la loi belge ? C'est ce qu'estiment ces associés. Mais d'autres associés pensent qu'il faut liquider la société parce que son terme aurait expiré en 1957.

Le transfert du siège social réel n'entraîne pas la dissolution de la société dès lors qu'aucune des deux lois ne prévoit cette dissolution. En droit anglais, le transfert du siège est un non-event. En droit belge, il entraîne la soumission de la société au droit belge. Le transfert du siège social réel d'Angleterre en Belgique n'entraîne donc pas la dissolution de la société. Il eût par conséquent été logique de considérer que le terme de 30 ans avait commencé à courir au moment de la constitution de la société (analogie avec une personne physique : quand on change de nationalité, on continue à exister et on garde son âge).

Mais ce n'est pas en ce sens qu'a tranché la Cour de cassation. Celle-ci a estimé, à tort, que calculer le terme de 30 ans à partir de 1927 revenait à appliquer la loi belge de manière rétroactive, ce que les principes de droit transitoire ne permettaient pas.

- ★ N.B.3. Le problème des conflits mobiles suscite une autre question : une **société belge qui transfère son siège social réel à l'étranger doit-elle être dissoute et liquidée**, sachant qu'en droit belge, lorsqu'une société belge transfère son siège social réel à l'étranger, elle cesse d'être soumise au droit belge ?

En droit belge, une société est soumise au droit belge si son siège social réel se trouve en Belgique. Elle a la nationalité belge à partir de ce moment. Que se passe-t-il si une société dont le siège social réel se trouve sur le territoire belge déplace son siège social à l'étranger ? Dans ce cas, le Code DIP prévoit qu'elle sera soumise à la loi étrangère et cessera d'être soumise à la loi belge. La question qui se pose alors est la suivante : au regard du droit belge, la société continue-t-elle à exister, ou faut-il la liquider ?

- ▶ Dans la **théorie classique** du droit belge, le transfert du siège social à l'étranger entraîne une **dissolution automatique** et la mise en liquidation de la société.

Pourquoi ? Parce que la personnalité morale est un octroi du droit auquel la société est soumise. En l'occurrence, c'est du droit belge que les sociétés belges tiennent leur personnalité. Par conséquent,

si la loi qui octroie la personnalité juridique, en l'occurrence, le droit belge, n'est pas applicable, il n'y a pas de personnalité juridique et la société est par conséquent dissoute et mise en liquidation.

- ▶ Cette solution était **catastrophique**, pour deux raisons au moins :
 - pour des raisons fiscales : si la société a accumulé des réserves et que les associés se partagent des boni de liquidation, ceux-ci sont fortement taxés ;
 - cette théorie, qui lie au changement de nationalité la perte de la personnalité morale, est de nature à entraver l'exercice de la liberté d'établissement.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'article 293 du Traité de Rome invite les États membres à engager entre eux des négociations en vue, notamment, d'assurer, en faveur de leurs ressortissants, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays.

- ▶ C'est pourquoi, **des réflexions visent à faire échec à ce système classique**. Ces réflexions s'alimentent des éléments suivants.

- ✓ La théorie du renvoi. Si la loi de l'Etat d'accueil consacre le système de l'incorporation, alors le juge belge doit, disent certains auteurs, reconnaître que la société a conservé sa personnalité juridique. Mais ce n'est qu'une demi-solution, car ce n'est pas parce que le droit anglais considère que c'est une société belge que ce sera une société belge pour les autorités fiscales belges.

- ✓ Les évolutions du droit belge, plus spécifiquement deux évolutions.

- Aujourd'hui, en vertu de l'article 2 du Code des sociétés, une société acquiert la personnalité juridique par le dépôt de ses statuts au greffe du tribunal de commerce. Le dépôt des statuts au greffe du tribunal de commerce est une formalité constitutive, et non plus seulement une condition d'opposabilité aux tiers, comme auparavant, et reste ce qu'il est, même si le siège social est déplacé.
- L'ancien article 70 L.C.S.C. prévoyait que l'AG d'une SA pouvait modifier les statuts dans le respect de conditions

de quorum et de majorité qualifiée, sous réserve qu'elle ne pouvait pas modifier certains éléments essentiels de la société, et notamment sa nationalité. L'article 70 a été modifié en 1995, puis remplacé par l'article 558 C. soc., où il n'est plus question de la nationalité. Donc, l'AG peut modifier la nationalité de la société, et celle-ci ne disparaît pas de ce fait.

Tel est, en tout cas, l'avis d'une partie de la doctrine et de la jurisprudence ; mais la **question est controversée**.

Elle a par ailleurs suscité un **plan d'action de réactivation de la proposition de Quatorzième Directive**, proposition de Directive qui a été émise face à l'échec de l'article 293 du Traité.

vi. Précisions au niveau du domaine d'application de la *lex societatis*

Rappel : pour ce qui concerne aussi bien les sociétés non personnifiées que les sociétés dotées de la personnalité juridique, à côté de la *lex societatis*, qui a un domaine d'application assez large, d'ailleurs défini, pour les sociétés personnifiées, par l'article 111 du Code DIP, gravitent des **statuts** qui amènent à l'application, dans certaines circonstances, d'une loi autre.

- La forme de l'acte de société est régie par le statut *locus regit actum*.
- Les biens sont régis, sous l'angle de leur statut réel, par la *lex rei sitae*.
- Des lois de police et de sûreté, importantes en matière économique, régissent les activités des sociétés - elles sont dites d'application immédiate : c'est le statut *lex loci delicti*.

Ceci vaut aussi bien pour les sociétés personnifiées que pour les sociétés non personnifiées.

Mais en ce qui concerne les sociétés dotées de la personnalité juridique, **certaines questions échappent à la *lex societatis* même si elles se rapportent plus directement au fonctionnement de la société** que les questions réglées par les statuts ci-dessus.

- **La responsabilité des administrateurs ou gérants** n'est régie par la *lex societatis* que si le reproche consiste en une violation du droit des sociétés ou des statuts (article 111, § 1, 9° du Code DIP : “*Le droit applicable à la personne morale détermine notamment la responsabilité pour violation du droit des sociétés ou des statuts*”). Pourtant, les administrateurs ou gérants d'une société personnifiée peuvent être rendus responsables de faits ou **fautes qui ne se traduisent pas par des violations du droit des sociétés ou des statuts**.

Ex.

- Des administrateurs ou gérants poursuivent indûment une activité déficitaire, alors qu'ils devraient soit déposer le bilan, soit solliciter un concordat, soit saisir l'AG, si elle existe dans la forme sociale considérée, pour qu'elle prononce la dissolution anticipée de la société.

Digression : la poursuite fautive d'une activité déficitaire

Lorsque des administrateurs ou gérants constatent que les activités de la société sont en perte, mais poursuivent l'exploitation de l'objet social, cette exploitation peut dégénérer en faute (wrongful trading). En réalité, il n'est pas interdit de poursuivre une activité déficitaire, mais à condition qu'elle s'accomplisse sur la base d'une analyse suffisamment étayée de la situation de la société, qu'elle vise au redressement de cette dernière et s'accompagne de mesures d'assainissement susceptibles d'assurer ce redressement.

Si la poursuite d'une activité déficitaire est fautive, elle donne lieu, dans la plupart des législations, et notamment en vertu du Code des sociétés belge, à certaines sanctions particulières. C'est ainsi que l'article 530 du Code des sociétés dispose que "*en cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout administrateur ou ancien administrateur, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif (...)*". Cette disposition établit l'**action en comblement de passif**, qui permet au créancier impayé d'une société déclarée en faillite d'obtenir le recouvrement de ce qui lui est dû à charge des administrateurs ou gérants de la société, si une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite. Cette faute grave et caractérisée peut par exemple consister en un wrongful trading. [Il existe une règle semblable en droit français.] Cette règle **relève du droit de l'insolvabilité**, d'où il résulte que c'est non pas la *lex societatis*, mais la **loi applicable à la faillite** en vertu de l'article 119 du Code DIP, qui **détermine s'il y a lieu à comblement de passif ou non**.

- Les administrateurs ou gérants d'une société personnifiée peuvent aussi faire des fautes autres que celles qui précipitent la faillite. Ils peuvent commettre des fautes ou négligences qui portent préjudice à des tiers. Par exemple, il est évident qu'un **acte de concurrence déloyale** ne peut être accompli qu'à l'intervention de personnes physiques, notamment d'organes de la société, d'administrateurs ou de gérants. Les actes de concurrence déloyale reprochés à la société peuvent-ils, dès lors, engager la responsabilité personnelle des administrateurs ? Cette question relève du **droit commun de la responsabilité** et est dès lors régie non par la *lex societatis*, mais par la *lex loci delicti*.
- En ce qui concerne le **régime des parts, en particulier des actions**, il faut avoir égard à une distinction relative au problème auquel on est confronté :
 - en cas de contestation sur une question intéressant les droits sociaux incorporés dans l'action, c'est la *lex societatis* qui s'applique (ex.

contestation relative à la manière dont la société distribue ses dividendes) ;

- en cas de contestation **quant à la propriété des actions**, on applique la *lex rei sitae*.

- Une autre question, à la frontière du droit des sociétés, est celle de la loi applicable aux droits susceptibles de dériver d'une émission publique de titres, en particulier aux **actions en responsabilité liées à une éventuelle déficience d'information relative à une opération d'offre publique d'actions**.

Les opérations d'offres publiques d'actions sont soumises au droit financier. En particulier, une loi de juin 2006 a refondu le système. Elle vise, comme auparavant, mais par d'autres moyens, à s'assurer que l'information fournie au public soit fiable, en sorte qu'il puisse décider en pleine connaissance de cause. Cette information est contenue dans un prospectus. Si *a posteriori* quelqu'un qui a souscrit à l'opération découvre qu'une information qui aurait dû figurer dans ce prospectus n'y figure pas, ou s'y trouve de manière trompeuse ou incomplète, il peut tenter une action en responsabilité contre ceux sous la responsabilité desquels le prospectus a été diffusé, qui peuvent être l'émetteur ou les organes ou autres mandataires de l'émetteur. La déficience de l'information peut porter sur la nature des droits sociaux offerts au public, ou sur la structure de la société ; bref, elle peut être relative à la société émettrice. Si un élément d'extranéité est présent dans l'opération, par exemple, si le public sollicité se trouve en dehors des frontières, quelle loi s'applique ? Est-ce la *lex societatis* ?

A ce sujet, l'**article 114 du Code DIP** énonce une règle bizarre qui procède de l'état d'esprit qui anime aujourd'hui le droit financier. Selon cette disposition, "*les droits qui dérivent de l'émission publique de titres sont régis, au choix du porteur des titres, soit par le droit applicable à la personne morale, soit par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'émission publique a eu lieu*". Le but est de placer le souscripteur dans une position qui lui permette de déterminer la loi applicable pour qu'il puisse choisir le régime qui lui est le plus favorable. Cette disposition a été rédigée dans un esprit en quelque sorte consumériste, qui anime les réglementations relatives aux opérations de sollicitation de l'épargne publique. On veut protéger le petit porteur comme le consommateur. Ce petit porteur peut choisir

✓ soit la loi applicable à la personne morale,

✓ soit celle du lieu de l'émission publique.

- Quelle est la loi applicable aux **fusions transfrontalières** (entre sociétés de nationalités différentes) ?

Mais tout d'abord, ces opérations sont-elles possibles ? C'est une question discutée. Selon la doctrine classique, non, car elles impliqueraient un changement de nationalité, qui est un

élément essentiel de la société, ainsi qu'un déplacement des activités à l'étranger, qui est de nature à entraîner la perte de la personnalité juridique de la société. Mais il y a eu des évolutions et l'on peut considérer que le transfert du siège social peut s'opérer sans discontinuité et que la nationalité n'est pas un élément essentiel de la société. La Cour de justice des Communautés européennes a tranché en ce sens dans le cas d'une fusion entre une société luxembourgeoise et une société allemande.

Si les fusions transfrontalières sont possibles, par quelle loi sont-elles régies ? **L'article 113 du Code DIP** apporte à cette question une réponse spécifique : *“la fusion de personnes morales est régie, pour chacune de celles-ci, par le droit de l'Etat dont elles relèvent avant la fusion”*. Cette disposition prévoit l'**application distributive de chacune des *lex societatis***, celle de la société absorbée et celle de la société absorbante. C'est une **fausse solution**, qui ne résout rien puisqu'elle ne détermine pas quelle loi l'emporte si les deux *lex societatis* sont en contradiction.

C'est pourquoi, la **Dixième Directive** du 26 octobre 2005 relative aux fusions transfrontalières, dont l'objectif est d'uniformiser le régime des fusions transfrontalières entre Etats membres de l'Union européenne, présente beaucoup d'intérêt. Lorsqu'elle aura été transposée, l'article 113 du Code DIP deviendra sans intérêt au niveau de l'Union européenne.

3. Le problème de la reconnaissance des sociétés, plus particulièrement des sociétés personnifiées

Nous avons effleuré cette question lorsque nous avons évoqué les conflits mobiles (qui découlent du **déplacement**, par une société, de son **siège social réel dans un autre pays**).

Mais le problème de la reconnaissance peut se poser **dans d'autres circonstances** qu'en cas de déplacement du siège social réel, notamment si une société valablement constituée sous l'empire de la loi d'un Etat veut agir en justice devant les tribunaux d'un autre Etat, conclure des contrats avec des ressortissants d'un autre Etat, y installer des biens immobiliers...

Cette question rappelle les questions relatives à la condition des étrangers. Mais pour les personnes morales, elle acquiert une résonance particulière dans la mesure où une personne morale n'est pas une personne physique : à la différence de cette dernière, qui, en tout cas, existe en tant que telle, même si, par exemple, elle s'est vu refuser l'accès au territoire, la personne morale n'existe pas physiquement, elle est **une création du droit objectif**. Le problème de la reconnaissance acquiert dès lors

une dimension particulière - il faut aussi déterminer si le droit belge reconnaîtra le groupement étranger comme une personne morale.

A l'état brut, rien dans l'ordre juridique international n'impose à un Etat de reconnaître la personnalité morale de groupements qui l'ont acquise sous l'empire du droit d'un autre Etat. Mais si cette solution était retenue, le commerce international s'en trouverait gravement affecté. C'est ce qui a déterminé les fondateurs des Communautés européennes à insérer, en 1957, l'article [293] du Traité, qui a donné lieu à une Convention de 1968 restée sans effet (voir plus haut). D'ailleurs, même avant le Traité de Rome, en 1956, certains Etats avaient signé la Convention de La Haye relative à la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères. Bref, la question occupe les spécialistes du droit international au sein de la Communauté européenne et en dehors de celle-ci, mais les Traités ont échoué à cet égard.

- Cela explique l'attitude des arrêts **Centros**, **Inspire Art** et **Überseering** de la CJCE. Selon ces arrêts, **un Etat ne peut opposer aucun obstacle à l'exercice, sur son territoire, de la liberté d'établissement par une société valablement constituée dans un autre Etat membre.** La personnalité juridique des sociétés doit donc être reconnue, au sein de l'Union européenne, en raison du principe de la liberté d'établissement.
- **D'autres dispositions sont susceptibles de s'appliquer en dehors de l'Union européenne.** En droit belge, l'article 58 du Code des sociétés prévoit que "*les sociétés constituées en pays étranger et y ayant leur établissement principal pourront faire leurs opérations en Belgique et ester en justice, et y établir une succursale (...)*". En cette matière, la Belgique a de tout temps consacré une conception libérale, internationaliste, visant à permettre la circulation des sociétés sur le territoire belge. S'y applique le principe de la **reconnaissance** des sociétés valablement constituées à l'étranger, mais sous deux légères restrictions :
 - en cas d'ouverture d'une succursale,
 - en cas d'appel public à l'épargne (ex. offre publique de titres).

"(...) Toutefois les actions intentées par les sociétés étrangères qui ont une succursale en Belgique ou qui font ou ont fait publiquement appel à l'épargne en Belgique au sens de l'article 88, sont irrecevables si elles n'ont pas déposé leur acte constitutif (...)" au greffe du tribunal de commerce (article 58 C. soc.).
On le voit, ce n'est pas une formalité bien lourde.

4. Les sociétés dont la personnalité juridique est internationale

Cette personnalité juridique internationale prive en quelque sorte d'objet le problème de la reconnaissance, qui, en matière de sociétés personnifiées, comporte une dimension particulière, vu que la personnalité morale est en soi un octroi découlant d'une loi étatique, d'où l'idée que toute personne morale a nécessairement une nationalité, - celle du pays qui lui reconnaît la personnalité juridique en vertu de sa propre législation.

Une société internationale est une société qui n'a pas de nationalité, ou a une espèce de supranationalité. En Europe, on a très longtemps estimé qu'il n'était pas possible de créer une société de nationalité européenne. Mais la tendance a fini par s'inverser, les personnes morales étant de pures fictions.

Il existe deux types de sociétés de nationalité européenne :

- ✓ la **société anonyme européenne (SE)**, instituée par le Règlement du 8 octobre 2001 ;
- ✓ la **société coopérative européenne (SEC)**, qui découle du Règlement du 22 juillet 2003, calqué sur celui du 8 octobre 2001.

Le **Règlement** de 2001 opère une révolution copernicienne lorsqu'il énonce que la **SE a la personnalité juridique** (article 1, 3.). C'est une société à laquelle un instrument de droit européen avec effet direct octroie la personnalité juridique, d'où l'idée qu'elle a la nationalité européenne.

Mais cela ne signifie pas que les SE soient détachées de tout ancrage étatique.

- ✓ En particulier, l'article 16, 1. du Règlement dispose que la SE n'acquiert cette personnalité juridique que du jour de son **immatriculation** à un **registre** qui doit être tenu dans les États membres, plus précisément à celui de l'État membre du siège statutaire.
- ✓ D'autre part, les SE sont de nationalité européenne, mais le Règlement n'a pas pu organiser leur statut de manière complète. Selon l'article 9, 1.,
“La SE est régie:
a) par les dispositions du présent règlement;
b) lorsque le présent règlement l'autorise expressément, par les dispositions des statuts de la SE,
ou [système en cascade pour les matières non couvertes par les dispositions du Règlement et des statuts de la SE]
c) pour les matières non réglées par le présent règlement ou, lorsqu'une matière

l'est partiellement, pour les aspects non couverts par le présent règlement par:

- i) les dispositions de loi adoptées par les États membres en application de mesures communautaires visant spécifiquement les SE [les États membres sont invités à compléter le Règlement pour en faciliter l'application ; en Belgique, cette tâche a été accomplie par l'A.R. du 1^{er} septembre 2004, qui a introduit un chapitre sur les SE dans le Code des sociétés] ;*
- ii) les dispositions de loi des États membres qui s'appliqueraient à une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire;*
- iii) les dispositions des statuts de la SE, dans les mêmes conditions que pour une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire”.*

En Belgique, la SE est donc soumise

- au Règlement du 8 octobre 2001,
- à ses statuts,
- au chapitre du Code des sociétés relatif aux SE,
- et au droit des SA.

Cela signifie que la SE est européenne, puisqu'elle tient sa personnalité juridique du Règlement et qu'elle est en premier lieu soumise à celui-ci, mais qu'elle a aussi un ancrage étatique.

N.B. Cela étant, il ne faut pas se laisser tromper par les mots. Lorsqu'on dit qu'un groupement personifié est européen, cela ne signifie pas toujours qu'il est réellement européen, d'un point de vue juridique. Par exemple, les GEIE sont des groupements d'intérêt économique dont les membres sont des ressortissants de plusieurs États membres de l'Union européenne. Mais le Règlement du 25 juillet 1985 relatif aux GEIE prévoit, en son article 1, 3., que “*les États membres déterminent si les groupements immatriculés à leurs registres en vertu de l'article 6 ont ou non la personnalité juridique*”. Donc, le GEIE tient sa personnalité juridique des lois des États membres (la loi belge la reconnaît).

Chapitre 3

Les grandes catégories de sociétés

§1. Distinction entre sociétés et associations ; distinction entre sociétés civiles et commerciales

Le principe de la spécialité légale implique une distinction entre **sociétés** et **associations**. Les sociétés se divisent, en fonction de leur objet, en **sociétés civiles** et **commerciales**. Le Code des sociétés a confirmé ces deux critères traditionnels de distinction.

§2. L'ancienne distinction entre sociétés universelles et particulières

Par contre, le Code a supprimé une distinction qui était établie par les articles 1835 à 1842 du Code civil, entre sociétés universelles et sociétés particulières.

- Les **sociétés universelles** étaient des sociétés constituées par deux ou plusieurs personnes qui mettaient en commun l'intégralité de leur patrimoine actuel et futur, sans affectation à des activités déterminées.

- Une **société particulière** est une société constituée par deux ou plusieurs personnes qui mettent quelque chose en commun en vue de l'exercice d'activités déterminées.

Les sociétés universelles étaient pratiquement tombées en désuétude. Le Code des sociétés les a dès lors supprimées et n'a gardé que les sociétés particulières. [Dans les régimes matrimoniaux, la communauté universelle est en quelque sorte un équivalent des sociétés universelles.]

§3. Distinction entre sociétés dotées ou non de la personnalité juridique

Le Code des sociétés met en avant la distinction entre **sociétés dotées ou non de la personnalité juridique**. Cette distinction est celle qui apparaît le plus nettement dans ce Code, qui consacre un grand livre aux personnes morales (le livre IV). Mais la mise en avant-plan de cette distinction n'est pas une innovation du Code :

- ce sont les sociétés personnifiées qui ont connu **le plus de succès dans la pratique statutaire**.
- Leur régime a d'ailleurs exercé une **influence sur celui des sociétés non personnifiées**.

Ex.

- la société non personnifiée a quand même une personnalité comptable : un système de comptes spécifiques aux activités communes doit être établi ;
- le régime des apports dans les sociétés non personnifiées connaît des constructions assez complexes qui tendent à assurer l'opposabilité aux tiers du contrat de société et de la mise en commun qu'il implique, de sorte que les tiers sont dans une position assez semblable à celle des tiers qui contractent avec des personnes morales.

Pour plus de développements au sujet de la personnalité morale, voir plus loin.

§4. Autres distinctions

Ensuite, le Code des sociétés consacre des distinctions entre

- sociétés à responsabilité limitée ou à responsabilité illimitée ;
- sociétés de personnes ou de capitaux ;

il établit encore 3 distinctions :

- sociétés privées ou sociétés faisant publiquement appel à l'épargne ;
- petites ou grandes sociétés ;
- sociétés faisant partie d'un groupe ou sociétés isolées.

Ces catégories remontent en réalité aux origines du droit des sociétés, en particulier la distinction entre sociétés privées et sociétés faisant publiquement appel à l'épargne.

1. Distinction entre sociétés à responsabilité limitée ou illimitée

- ★ Dans les **sociétés à responsabilité limitée**, les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence des apports qu'ils ont faits à la société.
 - SA
 - SPRL
 - SCRL (les fondateurs d'une société coopérative peuvent opter pour une responsabilité limitée ou illimitée des associés)
 - SEC à responsabilité limitée (idem)
- ★ Dans les **sociétés à responsabilité illimitée**, les associés sont indéfiniment responsables des dettes sociales sur leur patrimoine personnel.

Cette responsabilité sera solidaire ou non selon

- la forme de la société

- ou les activités en vue desquelles celle-ci est constituée.
- Dans les SNC, SCRI, les GIE et les GEIE, la responsabilité des associés est indéfinie et solidaire.
- Dans les sociétés momentanées et de droit commun, la responsabilité des associés est indéfinie et solidaire si l'objet du groupement consiste en l'exploitation d'une activité commerciale.

Cette distinction ne recoupe pas celle entre sociétés personnifiées et non personnifiées.

Ex. Dans les SNC, sociétés personnifiées, la responsabilité des associés est illimitée.

★ Certaines formes sociales connaissent un **régime mixte** :

- société interne (responsabilité illimitée des associés gérants, responsabilité limitée des associés en participation) ;
- SCS (responsabilité illimitée des associés commandités, responsabilité limitée des associés commanditaires) ;
- SCA (idem) ;
- société agricole (responsabilité illimitée des associés gérants, responsabilité limitée des associés non gérants).

De même, la présence d'un régime mixte n'est pas liée à la personnification ou non du groupement.

2. Distinction entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux

★ Cette distinction est indépendante de celle entre sociétés avec ou sans personnalité juridique, ainsi que de celle entre sociétés à responsabilité limitée ou illimitée. Ainsi, certaines sociétés par actions dotées de la personnalité morale sont soumises à un régime de responsabilité indéfinie des associés : ce sont les SCA, en ce qui concerne les associés commandités. Mais il est vrai que le plus souvent, les sociétés à responsabilité illimitée sont des sociétés de personnes, car dans les sociétés par actions, le personnel social est susceptible de varier à tout moment et il faut donc garantir aux créanciers un

autre recours que sur le patrimoine des associés, au moyen de règles protectrices du capital social.

★ Dans les **sociétés de personnes**, la formation et la subsistance de la société est déterminée par la personnalité de tous et chacun des associés. Un tel contrat de société est considéré comme un contrat *intuitu personae*, même si la société est dotée de la personnalité morale. Il en découle **3 conséquences** :

- ✓ les parts sociales sont en principe incessibles à des tiers ;
- ✓ le retrait d'un associé ou la survenance d'un événement affectant sa capacité en tant qu'associé entraînent normalement la dissolution de la société et sa liquidation ;
- ✓ la société est annulable
 - lorsqu'un associé était incapable de contracter
 - ou que son consentement était affecté d'un vice.

Toutes les sociétés non personnifiées sont des sociétés de personnes, ainsi que les SNC, les SCS et les GIE.

Ce que nous venons d'exposer est le régime de droit commun des sociétés de personnes. Mais une société appartenant à la catégorie de sociétés de personnes peut-elle rester une société de personnes lorsque le contrat de société ou les statuts dérogent à certaines caractéristiques qui en font une société de personnes ?

Oui, des **dérogations à certaines caractéristiques** sont **permises**

- dans le contrat de société ou les statuts,
- ainsi qu'en cours de vie sociale, moyennant le consentement unanime de tous les associés, sauf si des dispositions du contrat de société ou des statuts permettent des aménagements moyennant des majorités qu'ils prévoient.
- Parfois, cette possibilité de dérogation est même prévue par la loi ;
 - ex. articles 847 et 849 C. soc. pour les GIE : l'admission d'un nouveau membre ou le retrait d'un membre ne sont possibles que si le contrat le prévoit et en fixe les conditions ;
- mais même en dehors de ces cas, cette possibilité existe en vertu du droit commun des obligations et des contrats. En effet, le caractère *intuitu personae* d'un contrat n'est pas d'ordre public et les parties peuvent dès lors aménager ce caractère *intuitu personae*.

En réalité, la seule spécificité des sociétés de personnes qu'il n'est pas possible de leur ôter concerne l'**interdiction de toute incorporation des droits sociaux dans des titres négociables** car par définition, elles deviendraient alors des sociétés de capitaux. Par contre, les associés peuvent, par exemple, prévoir un régime plus ou moins libre de cession des parts sociales.

Autrement dit, l'absence d'incorporation des droits sociaux dans des titres négociables participe de l'essence des sociétés de personnes, à la différence de leurs autres caractéristiques, qui participent de leur nature.

★ Les **sociétés de capitaux ou par actions** (SA, SCA et SE) obéissent à un régime juridique qui s'oppose trait pour trait au régime des sociétés de personnes :

✓ les parts sociales sont représentées par des titres négociables (les actions), en principe cessibles, sous réserve de restrictions limitées que les statuts peuvent y apporter ;

✓ si un actionnaire

- est exposé à un événement affectant sa capacité

- ou est victime d'un vice de consentement

au moment de sa souscription au capital, cela n'entraîne pas la nullité de la société.

Les caractères de ces sociétés ont été résumés dans des conclusions du procureur général Leclercq avant l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1927 : *“La SA, et plus généralement les sociétés de capitaux, sont des capitaux personnifiés. Le capital y est tout, la personnalité des associés n'y est rien (...)”*.

Tel est le principe, mais il est **possible de déroger à certains aspects** de leur régime juridique qui leur confèrent leur caractère particulier. Il est notamment possible de restreindre la libre négociabilité des actions.

Toutefois, il n'est **pas possible de prévoir que les droits sociaux ne seront pas matérialisés dans des titres négociables.**

Il existe des sociétés de capitaux où la personnalité des associés a un rôle aussi important que dans les sociétés de personnes. Tel est le cas, notamment, dans les filiales communes, créées par deux sociétés aux activités parallèles ou complémentaires en vue de l'exploitation d'activités déterminées. Chaque société fondatrice détiendra 50% du capital de la filiale.

Celle-ci pourra être une SA, mais à laquelle on aura en quelque sorte conféré un caractère *intuitu personae*. Les deux fondateurs vont restreindre la cessibilité des actions par exemple au moyen d'une clause d'agrément ou d'une clause de préemption.

➔ Cette réalité est prise en compte par le Code des sociétés, dont l'**article 518, §1^{er}** énonce, pour les SA, que

“Les administrateurs doivent être au nombre de trois au moins.

Toutefois, lorsque la société est constituée par deux fondateurs ou que, à une assemblée générale des actionnaires de la société, il est constaté que celle-ci n'a pas plus de deux actionnaires, la composition du conseil d'administration peut être limitée à deux membres jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivant la constatation par toute voie de droit de l'existence de plus de deux actionnaires.”

Donc, en principe, le Conseil d'administration d'une SA doit comporter au moins trois membres, mais si la société ne compte que deux actionnaires, le Conseil d'administration peut ne comporter que deux membres.

★ Enfin, il existe, entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux, des **sociétés mixtes** (les SPRL, sociétés coopératives et sociétés agricoles), mais leurs règles sont trop hétérogènes pour les décrire ici.

3. Distinction entre sociétés faisant publiquement appel à l'épargne et sociétés privées

a. Définition

Cette distinction se greffe sur la catégorie des **sociétés de capitaux** : il existe des SA et des SCA faisant publiquement appel à l'épargne, qui sont soumises à des **contraintes spécifiques**, en vertu non pas du droit financier, mais du droit des sociétés¹⁶.

¹⁶ N.B. Les SA et SCA sont dites privées et fermées quand elles ne sont pas des SA ou SCA faisant publiquement appel à l'épargne et que la libre cessibilité des parts y est restreinte.

L'article 438 du Code des sociétés, qui se trouve dans le livre VIII du Code, relatif aux SA, et qui s'applique, *mutatis mutandis*, aux SCA en vertu de l'article 657 C. soc.¹⁷, définit les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne : *“une société anonyme est considérée comme faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne lorsqu'elle a fait un appel public à l'épargne en Belgique ou à l'étranger par une offre publique en souscription, une offre publique en vente, une offre publique d'échange ou une admission à la cote au sens de l'article 4 d'obligations ou de titres représentatifs ou non du capital, conférant le droit de vote ou non, ainsi que de titres donnant droit à la souscription ou à l'acquisition de tels titres ou à la conversion en de tels titres (...)”*.

Les éléments suivants ressortent de cette définition :

- Les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne... font publiquement appel à l'épargne, mais tout appel public à l'épargne ne confère pas la qualité de société faisant publiquement appel à l'épargne, au sens du Code des sociétés, à la société qui l'effectue : encore faut-il que cet **appel public à l'épargne** revête l'une des **4 formes** suivantes :
 - ✓ offre publique en souscription : une SA offre au public de souscrire à son capital
 - au moment de sa constitution
 - ou lors d'une augmentation de capital ;
 - ✓ offre publique en vente : une société peut détenir des actions ou titres dans son propre capital, dans ce cas elle peut les revendre soit sous forme d'opération privée, soit sous forme d'offre publique en vente ;
 - ✓ offre publique d'échange : comme une offre publique en vente, sauf que la contrepartie demandée au public n'est pas en numéraire mais en valeur d'échange (souvent, il s'agit d'autres titres détenus par le public dans des sociétés) ;
 - ✓ admission à la cote au sens de l'article 4 C. soc. : les sociétés cotées sont celles dont les titres sont admis à la négociation sur des marchés financiers réglementés.

La loi financière distingue notamment les marchés réglementés et les marchés non réglementés (ces derniers sont réglementés de manière allégée).

¹⁷ *“Les dispositions relatives aux sociétés anonymes sont applicables aux sociétés en commandite par actions, sauf les modifications indiquées dans le présent livre ou celles qui résultent du livre XII”*, modifications qui ne se rapportent pas au sujet traité.

Ex.

- Euronext Brussels, successeur de la Bourse de Bruxelles, est un marché réglementé.
- Alternext est un marché non réglementé.

L'admission des titres d'une société à négociation sur un marché réglementé est soumise à un certain nombre de conditions.

Par contre, une offre publique d'achat ne confère pas à la société offrante la qualité de société faisant publiquement appel à l'épargne. C'est logique, puisqu'une OPA n'entraîne pas une dispersion dans le public des titres de la société offrante, - au contraire, c'est cette dernière qui achète des titres du public contre du numéraire, et la structure de son propre capital et de son propre actionnariat reste intacte. Une OPA en cash est un appel public à l'épargne au sens du droit financier, mais non au sens de l'article 438 C. soc.

- Selon quels **critères** détermine-t-on si un appel à l'épargne est **public** ?

Aujourd'hui, depuis l'entrée en vigueur de la **loi du 16 juin 2006 sur les offres publiques de titres**, une **anomalie** semble subsister entre la réglementation financière (relative aux opérations financières d'appel à l'épargne publique) et le droit des sociétés (réglementation relative aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne).

- En **droit des sociétés**, la détermination du caractère public d'un appel à l'épargne s'effectue **sur base de l'A.R. du 7 juillet 1999 relatif au caractère public des opérations financières.**

Lorsque le législateur a établi, en 1995, la distinction entre sociétés privées et sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, il s'est référé au prédécesseur de cet A.R. Suite à l'adoption du Code des sociétés, l'A.R. du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés se réfère à l'A.R. du 7 juillet 1999.

L'A.R. du 7 juillet 1999, auquel se réfère toujours l'article 202 de l'A.R. du 30 janvier 2001, énonce un certain nombre de critères, dont l'exigence que l'opération soit adressée à plus de 50 personnes.

- **Jusqu'à la loi du 16 juin 2006**, les **critères** du droit financier et du droit des sociétés étaient **uniformes**, et c'était très bien.
- La **loi du 16 juin 2006** contient une nouvelle réglementation relative aux offres publiques de titres, qui **modifie les critères** de détermination du caractère public des offres de titres, en vue de mettre la réglementation belge en concordance avec la Directive européenne sur le prospectus à

publier en cas d'offre publique de titres. Elle énonce, par exemple, que n'est pas publique, l'offre adressée à moins de 100 personnes.

Mais l'A.R. du 7 juillet 1999 n'a pas été formellement abrogé, et l'A.R. du 30 janvier 2001 s'y réfère toujours !

Donc, une offre de titres adressée à 80 personnes n'est pas une offre publique de titres au sens du droit financier (loi de 2006), mais peut constituer un appel public à l'épargne et conférer à la société offrante la qualité de société faisant publiquement appel à l'épargne.

- En outre, l'offre doit porter sur des **titres énumérés** par l'article 438 C. soc. Cette énumération relativement restrictive n'épuise pas le domaine des instruments de placement et financiers et des valeurs mobilières. Les titres qu'il énumère sont les suivants :
 - ✓ obligations (titres matérialisant un emprunt collectif) ;
 - ✓ titres représentatifs ou non du capital, conférant le droit de vote ou non :
 - actions (titres représentatifs du capital) ;
 - "actions de jouissance" (titres non représentatifs du capital, offerts en rémunération d'un apport en industrie, qui permettent à leur titulaire d'accéder à l'AG et d'y exercer un droit de vote, en fonction des statuts) ;
 - etc.
 - ✓ titres donnant droit à la souscription ou à l'acquisition de tels titres ou à la conversion en de tels titres :
 - droits de souscription attachés à des obligations : quand une SA emprunte, elle peut assortir les obligations qu'elle émet en matérialisation des créances contractées, de droits de souscription pour le cas où elle procéderait à une augmentation future de capital (N.B. : ce procédé permet à la société de devoir consentir un taux d'intérêt moindre aux obligataires) ;
 - une SA peut émettre des obligations convertibles, au moyen desquelles le titulaire pourra transformer sa créance en action ;
 - etc.

En conclusion, la **définition** est très **restrictive** et ne vise que :

- certains types d'appels à l'épargne
- moyennant certaines conditions de publicité
- sur certaines catégories déterminées de titres.

- b. La notion de société faisant publiquement appel à l'épargne dans l'histoire récente du droit des sociétés et en tant que concept dont l'origine remonte au droit des sociétés de capitaux et au sujet duquel le droit des sociétés et le droit financier s'entremêlent
- ★ La distinction entre sociétés privées et société faisant publiquement appel à l'épargne est-elle réellement une **innovation du législateur de 1995**, ou n'est-elle que l'expression d'une évolution conforme à la nature des choses, en particulier, à la nature des SA, et plus généralement, des sociétés par actions ? Pour répondre à cette question, il faut prendre une vue générale sur l'évolution du droit des sociétés et du droit financier.
- ★ La notion de société faisant publiquement appel à l'épargne dans **l'histoire récente du droit des sociétés**
- Dans l'histoire récente du droit des sociétés, la notion de société faisant publiquement appel à l'épargne est utilisée dans une loi du 1^{er} décembre 1953 modifiant le statut des commissaires aux comptes, qui impose aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne de choisir au moins un commissaire aux comptes parmi les membres de l'institut des réviseurs d'entreprises. Cette loi ne définit pas la notion de société faisant publiquement appel à l'épargne.
 - Par la suite, la loi du 21 février 1985 réorganisant la profession de réviseur d'entreprise a généralisé cette obligation à toutes les SA, même privées, et supprime donc la notion de société faisant publiquement appel à l'épargne.
 - Mais la loi du 5 décembre 1984 transposant la Deuxième Directive européenne multiplie, dans les L.C.S.C., les dispositions imposant des obligations particulières aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, qui ne sont, par ailleurs, toujours pas définies.
 - D'autres allusions à cette notion sont le produit de réformes
 - de 1991
 - et de 1995. A l'occasion de cette dernière réforme, le législateur définit les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne (en se référant à la définition qui prévalait en droit financier).

★ **Origine de la notion d'appel public à l'épargne : le droit des sociétés**

Mais en définitive, la notion d'appel public à l'épargne n'a jamais été étrangère au droit des sociétés. Son origine est le droit des sociétés, plus particulièrement le droit des sociétés par actions et le droit des sociétés de capitaux, parce que par nature, la SA est un instrument de rassemblement de capitaux. Ce rassemblement peut, certes, se faire dans un cercle privé ; cependant, la vocation est de s'adresser au plus grand nombre, au public.

★ En réalité, le domaine des appels publics à l'épargne se trouve **à la limite entre le droit des sociétés et le droit financier**. C'est pourquoi, les deux droits s'y sont intéressés.

- C'est ainsi que le prospectus à publier en cas d'offre publique de titres remonte à la loi sur les sociétés commerciales (**droit des sociétés**).
- De même, le **droit financier** s'est développé en s'intéressant
 - non seulement aux opérations d'appel public à l'épargne,
 - mais aussi au fonctionnement organique des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne.

On a ainsi un double mouvement :

- le droit des sociétés se mêle du droit financier (ex. obligation de publier un prospectus en cas d'offre publique de titres) ;
- parallèlement, le droit financier fait du droit des sociétés suite à une autre évolution, qui prend date avec l'adoption, en 1935, de l'**A.R. n° 185 du 9 juillet 1935**.

Digression : l'A.R. n° 185 du 9 juillet 1935

Cet A.R. est un instrument-phare du droit financier. Il a été adopté en réaction au krach des années 30 et a notamment

- imposé la scission de la banque universelle ou banque mixte¹⁸
- et institué la **Commission bancaire**, autorité administrative autonome

¹⁸ Avant 1935, le plus souvent, les banques étaient universelles ou mixtes, en ce sens qu'elles exerçaient en même temps des activités de crédit et dépôt et des activités de banque d'investissement ou d'affaires. Au début des années 30, les bourses s'effondrent en 24 heures (chute de 80-90 %). Les entrepreneurs sont ruinés. Les banques qui ont investi dans les titres qui circulent sur ces bourses voient leur bilan vide ou très affecté. Les déposants se précipitent pour retirer leurs fonds, mais la banque ne peut les désintéresser et fait faillite, ce qui entraîne, par ricochet, la faillite des déposants. C'est pourquoi l'A.R. n°185 impose la scission de la banque mixte : une banque de dépôt ne peut aussi être une banque d'affaires.

- ✓ chargée de surveiller le respect des règles imposant la scission de la banque mixte (volet bancaire)
- ✓ et ayant compétence en vue de l'exercice d'une **mission de supervision sur les opérations d'émissions publiques de titres**, donc d'appel à l'épargne publique (volet financier). Ce volet financier prévoit que
 - le projet d'émission publique de titres doit être soumis à la Commission bancaire, avec le prospectus ;
 - celle-ci vérifie que l'information donnée au public via le prospectus est correcte et que l'opération ne va pas déséquilibrer le marché des capitaux ;
 - la Commission bancaire délivre ou non un *nihil obstat*. Si oui, l'appel public à l'épargne peut être lancé.

Tel est le fondement du droit financier belge.

A partir de là, une **évolution** s'est produite, qui se traduit par une intrusion dans le droit des sociétés, parce que **la Commission bancaire a excédé ses pouvoirs**. Certes, elle a pour mission d'empêcher les banques mixtes et de contrôler les émissions publiques de titres. Mais elle réfléchit et émet des **recommandations à l'adresse des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne**, dans le but de protéger les intérêts du public. En effet, celui-ci est intéressé non seulement à recevoir des informations fiables au départ, lorsqu'il est sollicité, mais aussi à ce que les émetteurs des titres respectent leurs droits et agissent dans leur intérêt dans le cadre du fonctionnement de la société, quand ils utilisent les fonds recueillis dans le public devenu actionnaires.

Lorsqu'elle émet ces recommandations, la Commission bancaire exerce non pas un contrôle en opportunité, mais se fonde sur quelques idées simples :

- il faut garantir l'égalité entre les actionnaires ;
- il convient de prévenir les abus de la majorité et les conflits d'intérêts.

Ex.

- recommandation sur la suppression du droit de souscription préférentielle (voir plus haut) ;
- recommandation selon laquelle en cas de cession privée de participations de contrôle d'une SA cotée, il faut lancer une OPA en faveur des autres actionnaires, pour que la prime de contrôle puisse être distribuée entre tous les actionnaires (voir plus haut).

Or, par exemple, l'augmentation de capital intéresse le droit des sociétés. On a donc deux évolutions parallèles.

Le législateur consacre certaines recommandations de la Commission bancaire, de deux façons :

- soit, en les intégrant dans des règles qui s'appliquent aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, dans le but de protéger le public ;

Ex. Les procédures à respecter en cas de conflits d'intérêts sont différentes dans les sociétés privées et dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne : dans les premières, l'administrateur dans le chef duquel se présente le conflit d'intérêts doit en avertir les autres administrateurs avant la délibération du conseil d'administration ; dans les secondes, il doit non seulement procéder à cette information, mais en outre, il ne peut participer aux délibérations et au vote.

- soit, en les intégrant dans des règles s'appliquant aussi aux sociétés privées.

Ex. Les règles intéressant l'émission d'un droit de souscription préférentielle concernent toutes les SA et SCA, qu'elles aient fait publiquement appel à l'épargne ou non.

★ **En conclusion**, lorsque le législateur crée, en 1995, la catégorie de sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, **il ne s'agit nullement d'une révolution**.

- c. Les règles particulières applicables aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne

Ces règles sont très disparates. Elles ne procèdent pas d'une vue d'ensemble, mais sont le **fruit d'initiatives ponctuelles**.

Ex.

- ✓ règles particulières en matière de **conflits d'intérêts** (v. ci-dessus et plus bas) ;
- ✓ la procédure de **squeeze out** est organisée différemment dans les sociétés privées et dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne.
 - En ce qui concerne ces dernières, l'actionnaire qui détient 95 % des titres conférant le droit de vote peut contraindre les détenteurs des

5 % restants à vendre leurs titres , il s'agit donc d'une véritable "expropriation" de titres (voir plus haut),

- tandis que dans les sociétés privées, cet actionnaire peut lancer une offre publique en retrait, et en cas de refus, les titres deviennent nominatifs (sanction pour ceux qui voudraient rester anonymes). Les détenteurs des 5% ont donc une possibilité de garder leur participation ;
- ✓ les règles en matière de **capital autorisé** : dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, il ne peut être supérieur au capital social. En d'autres termes, les statuts peuvent tout au plus autoriser le Conseil d'administration à doubler le capital. Le but est de priver le Conseil d'administration du pouvoir de produire un effet dilutif dans des proportions importantes ;
- ✓ les règles en matière de **sollicitations de procurations**. Lorsque le CA d'une société convoque tous les actionnaires pour la tenue d'une AG, il peut être tenté de distribuer des convocations avec un coupon pour procuration ; ainsi, les absents donnent une procuration au CA de voter à leur place. Ce procédé a évidemment pour effet pervers de donner plus de voix à la majorité. Par conséquent, pour éviter les abus, le législateur a prévu, pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, une supervision de la Commission bancaire sur la possibilité de distribuer de tels coupons de procuration.

d. Les règles particulières applicables aux sociétés cotées

Les sociétés cotées sont celles dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé.

Les sociétés cotées, sous-variété de sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, sont soumises non seulement à l'ensemble des règles applicables à ces dernières, mais aussi à des règles spécifiques.

Ex.

- ✓ Si le Conseil d'administration d'une filiale s'apprête à prendre une décision sur une question à laquelle la société mère est partie ou a un intérêt (ex. achat d'un immeuble appartenant à la société mère), il n'y a pas de **conflit d'intérêts** au sein

des administrateurs, mais entre les administrateurs et le public. Dans ce cas, l'art. 524 du Code des sociétés prévoit, pour les sociétés cotées, qu'il faut recueillir l'avis d'un collège d'administrateurs indépendants. Le but sera de contrôler que l'opération est réalisée selon les conditions normales du marché.

- ✓ Une société **augmente son capital par des apports en numéraire** et l'AG, ou le CA en cas d'augmentation autorisée de capital, supprime le droit préférentiel de souscription des actionnaires et **réserve l'augmentation de capital à une personne déterminée**. Cette décision est valable si elle sert l'intérêt de la société. Elle a pour effet d'exclure le public de toute participation à l'augmentation de capital. Dans les sociétés cotées, le prix d'émission ne peut être inférieur à la moyenne des cours des 30 jours précédant le jour du début de l'émission, sauf si l'augmentation de capital est réservée à des membres du personnel de la société ou de l'une de ses filiales (article 598 C. soc.). Cette disposition impose donc une contrainte pour le prix de souscription du tiers auquel l'augmentation de capital est réservée, pour éviter qu'il puisse être trop favorisé, à moins qu'il s'agisse d'un membre du personnel de la société ou de l'une de ses filiales, dont les intérêts peuvent justifier un sacrifice.
- ✓ Voici trois exemples de **contraintes particulières découlant du droit financier**.
 - **L'information périodique et occasionnelle** : normalement, dans une SA ou SCA, le public, et les actionnaires en particulier, ont droit à être informés sur la situation de la société et la manière dont elle est gérée. D'où l'obligation d'**information annuelle** (qui incombe aux administrateurs) à l'occasion de la reddition annuelle des comptes, lors de laquelle les administrateurs font rapport sur la gestion au cours de l'exercice écoulé. Cela ne suffit pas dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, en particulier dans les sociétés cotées, car en un an, il peut se passer beaucoup d'événements ayant un impact sur la valeur des titres en bourse.
 - Dès lors, pour les sociétés cotées, un A.R. du 31 mars 2003, à lire en combinaison avec l'article 10 de la loi financière du 2 août 2002, impose des publications trimestrielles et semestrielles sur les résultats et les perspectives de la société (**information périodique**).

- **L'information occasionnelle** concerne des informations dites privilégiées, qui sont des informations que la société peut avoir sur ses propres affaires en cours d'exercice et qui ne peuvent pas attendre le calendrier des informations périodiques et occasionnelles pour être dévoilées au public car elles sont de nature à avoir une influence sensible sur le cours des titres.

Digression : les délits d'initiés

Cette notion est liée à celle de délit d'initié, qui est, grosso modo, une opération, une transaction réalisée sur un titre coté par quelqu'un qui détient à propos de ce titre une information qui, si elle était connue du public, exercerait cette influence sensible sur le cours des titres. Celui qui détient pareille information privilégiée est un initié et doit s'abstenir de procéder à des opérations sur le titre à propos duquel il détient l'information privilégiée.

Au point de vue de la réglementation financière, le délit d'initié a d'abord été sanctionné *a posteriori*. Il le reste encore aujourd'hui en vertu des articles 25 et 40 de la loi financière (loi du 2 août 2002), qui prévoient que la CBFA peut infliger des sanctions administratives et que le délit d'initié est également passible de peines pénales.

Mais pour diminuer les risques de commission de délits d'initiés, le législateur a institué un régime de prévention : les sociétés cotées doivent, en vertu de l'A.R. du 31 mars 2003, rendre publique immédiatement toute information privilégiée qu'elles sont susceptibles de détenir sur leurs titres. N.B. : nous sommes ici à l'intersection du droit des sociétés et du droit financier. [Attention : l'A.R. de 2003 est remplacé par un A.R. de novembre 2007.]

- Dispositifs relatifs aux **transactions d'initiés**, qui découlent aujourd'hui de l'article 25bis de la loi du 2 août 2002 : il y a des gens qui, en raison de leurs fonctions, risquent à un certain moment de détenir une information privilégiée (ex. les administrateurs, CEO et commissaires vont normalement connaître la situation trimestrielle de la société avant qu'elle soit divulguée au public, puisque c'est eux qui l'établissent). S'ils détiennent pareille information, ils sont des initiés et ne peuvent dès lors réaliser d'opérations sur les titres concernés. Mais on a voulu aller au-delà et permettre à la Commission bancaire d'exercer un contrôle efficace des transactions effectuées par des personnes susceptibles d'être des initiés.
 - On a donc imposé à ces initiés potentiels de déclarer à la Commission bancaire les opérations qu'ils réalisent avec les titres

au sujet desquels ils sont susceptibles de détenir une information privilégiée.

- Pour que ces personnes puissent être identifiées, l'émetteur est tenu d'établir des listes de personnes susceptibles d'être des initiés au sein et en marge de son organigramme.

Notons que le terme, utilisé ici, de « transactions d'initiés » est impropre. Il s'agit plutôt des transactions réalisées par des personnes qui seraient potentiellement initiées. En effet, si elles étaient réellement initiées, la transaction serait purement et simplement interdite (délit d'initié : voir plus haut).

- Règles concernant les **programmes de rachat d'actions propres** : une société peut racheter ses propres titres et devenir ainsi son propre associé. Après des hésitations, on a autorisé ces opérations, mais moyennant certaines contraintes et limitations, - en particulier, elles ne peuvent porter sur plus de 10 % des titres représentant le capital.

Dans les sociétés cotées, les rachats d'actions propres peuvent avoir une influence à la hausse sur le cours de l'action.

- Ces opérations peuvent même s'apparenter à des manipulations destinées à flatter le cours de bourse ou d'éviter qu'il chute de manière trop importante.
- Elles peuvent aussi constituer un instrument de régularisation du cours de bourse, sans être une manipulation, pour autant que certaines conditions soient respectées, en particulier, que le marché en soit préalablement informé.
- En l'absence d'information du marché, le rachat d'actions propres peut dégénérer en manipulation. Dans ce cas, on parle d'abus de marché, qui est passible de sanctions administratives et pénales.

Pour permettre de telles opérations de régularisations du cours en bourse, l'A.R. du 5 mars 2006 relatif aux abus de marché détermine les modalités de communication au public du projet de rachat d'actions propres qui mettent l'émetteur à l'abri de tout reproche de manipulation.

e. Appréciation sur la pertinence de cette distinction nouvelle et sur les méthodes que le législateur a utilisées en relation avec cette distinction

- La catégorie des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne se caractérise par un éventail très disparate de règles particulières dérogatoires ou complémentaires aux règles applicables aux SA et SCA. On peut reprocher l'**absence de réflexion d'ensemble** et le manque d'unité.
- La **définition** même des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne suscite des **critiques**. Le législateur a transigé sur une définition "moyenne" qui laisse échapper du champ d'application de la réglementation relative aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne des sociétés qui ne répondent pas strictement aux conditions de l'article 438 du Code des sociétés. Des sociétés avec des titres largement répandus dans le public mais qui ne remplissent pas les conditions de l'article 438 font appel à l'épargne publique d'un point de vue économique, mais ne sont pas considérées comme des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne au sens du Code des sociétés, qui **définit** ces dernières **de manière trop étroite**.
- **En soi, la reconnaissance de cette catégorie se justifie**, parce que dans ces sociétés, le rôle des associés s'envisage différemment, à tout le moins quand il s'agit non pas d'un actionnaire de contrôle ou de référence, mais d'un investisseur, personne physique ou institution. Nous avons déjà évoqué l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 août 1962, où elle considère que l'*affectio societatis* de ces associés est réduit au minimum.
- Mais en ce qui concerne les règles applicables aux seules sociétés faisant publiquement appel à l'épargne ou sociétés cotées, **on peut se demander s'il est justifié de réserver certaines de ces règles à ces sociétés**.

Ex.

- Il est justifié de n'imposer l'information périodique et occasionnelle qu'aux sociétés cotées.
- Mais en matière de conflits d'intérêts, en quoi les actionnaires d'une société privée doivent-ils être moins protégés que ceux d'une société faisant publiquement appel à l'épargne ? Pourquoi l'article 523 C. soc. n'est-il applicable qu'à ces dernières ?

- De même, est-il justifié que l'article 524 ne s'applique pas si la filiale et la société mère sont des sociétés non cotées ? En quoi les actionnaires minoritaires doivent-ils être moins protégés dans les groupes de sociétés non cotées ?

4. Les petites sociétés et très petites sociétés

a. Les petites sociétés

L'article 15, § 1 du Code des sociétés dispose que :

“Les petites sociétés sont les sociétés dotées de la personnalité juridique qui, pour le dernier et l'avant-dernier exercice clôturé, ne dépassent pas plus d'une des limites suivantes :

- *nombre de travailleurs occupés, en moyenne annuelle : 50;*
- *chiffre d'affaires annuel, hors taxe sur la valeur ajoutée : 7.300.000 euros ;*
- *total du bilan : 3.650.000 euros;*

sauf si le nombre de travailleurs occupés, en moyenne annuelle, dépasse 100.”

L'intérêt de cette distinction se situe **au niveau du droit comptable**. En réalité, le Code des sociétés ne fait ici que reproduire des dispositions qui figuraient dans l'A.R. de 1976 sur la comptabilité des entreprises. Sur le plan comptable, les petites sociétés bénéficient de **4 avantages** :

- (1) Elles peuvent établir leurs **comptes annuels** [c'est-à-dire bilan, compte de résultat et annexe] selon un **schéma abrégé**. [L'A.R. du 30 janvier 2001 contient des règles concernant l'établissement des comptes annuels et des modèles en annexe. Pour les petites sociétés, les contraintes sont allégées, et on retrouve également un modèle dans l'A.R.]
- (2) Elles sont **dispensées de l'obligation de désigner un commissaire** pour l'exercice du contrôle externe. En l'absence de commissaire, les actionnaires exercent certaines des prérogatives des commissaires.

- (3) Les organes de gestion ne sont **pas tenus** de présenter annuellement à l'Assemblée générale ou, si elle n'existe pas, aux associés, un **rapport de gestion** dans les formes auxquelles pareil rapport est normalement soumis en vertu de l'article 96 du Code des sociétés.
- (4) En ce qui concerne les **modalités de publication des comptes annuels**, les petites sociétés ne sont pas soumises à l'obligation qui découle des articles 97 et s. C. soc. de déposer les comptes annuels à la Banque nationale, chargée de conserver et de publier sur son site les comptes annuels.

b. Les très petites sociétés

Ce sont les sociétés dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 500 000 euros (montant fixé par le Roi), pour autant qu'elles soient constituées sous forme d'une SNC ou d'une SCS. Dans ces sociétés, le **schéma abrégé des comptes annuels ne doit même pas être respecté**. Une partie de la doctrine s'est même demandé si les gérants étaient totalement dispensés de l'obligation de reddition de comptes annuels établissant la situation patrimoniale et financière de la société, mais tel n'est pas le cas selon le courant dominant.

5. Les sociétés faisant partie d'un groupe

a. Considérations générales

- ❖ Le Code des sociétés reconnaît désormais expressément la notion de groupe et édicte des règles qui s'appliquent spécifiquement aux sociétés faisant partie d'un groupe. Les sociétés qui ne font pas partie d'un groupe sont appelées sociétés isolées.
- ❖ Même si le droit belge prend en considération, sous certains aspects, l'appartenance à un groupe de sociétés, et même si la notion de groupe de sociétés apparaît dans le Code des sociétés, il n'existe toujours pas de véritable

droit belge des groupes de sociétés offrant globalement des réponses appropriées à l'ensemble des questions spécifiques que l'appartenance à un groupe est susceptible de poser (ex. modalités de protection des créanciers, modalités suivant lesquelles les actionnaires minoritaires doivent être protégés). Il n'existe qu'une série de règles éparpillées qui prennent en considération sporadiquement le fait qu'une société appartient à un groupe de sociétés. Et il n'y a pas, notamment, d'énumération des catégories de groupes de sociétés.

Tel n'est pas le cas en droit allemand, qui distingue les groupes contractuels et les groupes fondés sur des liens de participation, et édicte des règles différentes pour ces deux catégories de groupes en ce qui concerne les modalités de protection des créanciers et des actionnaires minoritaires.

b. Exemples de règles applicables aux sociétés appartenant à un groupe (règles figurant déjà dans les L.C.S.C., telles qu'elles ont été complétées au fil du temps)

- ✓ **Art. 442 C. soc.** : une SA ne peut souscrire ses propres parts (logique puisque dans ce cas l'apport serait fictif) "*ni directement, ni par une société filiale (...)*". Une filiale ne peut donc pas souscrire au capital de sa société mère. N.B. : en revanche, elle peut racheter ses titres aux conditions que nous verrons plus loin.
- ✓ **Art. 598 C. soc.** (v. plus haut) : lorsqu'une SA procède à une augmentation de capital en numéraire et limite ou supprime le droit préférentiel de souscription "*en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées qui ne sont pas membres du personnel de la société ou de l'une de ses filiales, (...) le prix d'émission, pour les sociétés cotées, ne peut être inférieur à la moyenne des cours des trente jours précédant le jour du début de l'émission*". Les salariés de la filiale sont donc ici assimilés aux salariés de la société mère.
- ✓ **L'art. 620 C. soc.** comporte la réglementation du **rachat d'actions propres** et limite notamment à 10 % des actions représentant le capital social, le volume d'actions que la SA peut racheter.
 - Pour le calcul du volume d'actions que la SA peut racheter, il est tenu compte des éventuelles actions détenues par une filiale.

Ex. Une SA émet 100 actions, elle ne peut en principe racheter que 10 de ses propres actions, mais si une filiale détient 5 de ses actions, elle ne peut en racheter que 5.

- Si une filiale directe rachète des actions de la société mère, toutes les règles applicables en matière de rachat d'actions propres sont applicables.
- ✓ En vertu de l'**article 524 C. soc.** (voir plus haut), les opérations entre filiale et société mère cotées doivent préalablement être soumises à l'appréciation d'un collège d'administrateurs indépendants.
- ✓ Régime des **participations croisées** : il y a des participations croisées lorsqu'une société détient dans le capital d'une autre société une participation, cependant que cette société détient aussi une participation dans la première. Une telle situation est de nature à stériliser le contrôle dans ces sociétés sur le Conseil d'administration ; c'est pourquoi, les **articles 631 et 632 C. soc.** réglementent les **conditions** auxquelles les participations croisées sont possibles. Ils contiennent des règles différentes selon qu'il y a une participation croisée
 - entre sociétés indépendantes
 - ou entre sociétés dont l'une est la filiale de l'autre (règles plus contraignantes dans ce dernier cas).

c. Innovations du Code des sociétés

Donc, il n'existe pas de droit des groupes, mais seulement certaines règles que le droit des sociétés édicte à l'égard des sociétés qui font partie d'un groupe de sociétés. Ces règles découlent du Code des sociétés (v. les exemples vus ci-dessus), mais en réalité, sur ce point, le Code des sociétés n'a rien inventé : ces règles figuraient déjà dans les L.C.S.C. telles qu'elles ont été complétées au fil du temps.

Cependant, le Code a apporté quelques originalités en la matière. A ce sujet, **quatre ordres d'observations** s'imposent :

- (1) Contrairement aux L.C.S.C., qui, à l'occasion, parlaient de filiales, sociétés mères et sociétés liées, sans jamais employer l'expression "groupe de sociétés", le Code des sociétés **emploie la notion de groupe à propos de règles**

qu'il réserve à de petits groupes. L'article 16¹⁹, en particulier, définit la notion de petit groupe et donc indirectement la notion de groupe. Mais il ne faut pas hypertrophier cette innovation, puisque cette notion n'est employée qu'en vue de définir le champ d'application de l'obligation d'établir des comptes consolidés, dont les petits groupes sont exemptés. Cependant, le phénomène du groupe entre dans la sphère juridique.

- (2) Lorsqu'elle est applicable, **l'obligation de consolidation des comptes est désormais édictée par le Code des sociétés lui-même** (art. 109 et s.), et non, comme auparavant, par le droit comptable, en particulier par l'A.R. du 6 mars 1990.
- (3) La transposition dans le Code des sociétés de l'obligation de consolidation des comptes implique que la **méconnaissance** de cette obligation constitue une **violation du Code des sociétés** et est donc passible de la sanction spéciale que le Code attache, dans le domaine de la responsabilité des administrateurs ou gérants, à toute violation d'une de ses dispositions.

Digression : la responsabilité des administrateurs et gérants de manière générale et pour les violations à l'obligation de consolidation

- Les administrateurs et gérants (assimilés à des mandataires) ont une responsabilité de droit commun pour les fautes de gestion, ainsi que des responsabilités spéciales, notamment en cas de violation d'une disposition du Code des sociétés (cette dernière responsabilité est présumée solidaire).
 - Auparavant, les violations à l'obligation de consolidation des comptes constituaient simplement des fautes de gestion. Depuis que c'est une violation du Code des sociétés, la responsabilité des administrateurs ou gérants est plus lourde.
- (4) Une innovation fondamentale est que dans le Code des sociétés se trouvent, aujourd'hui, des **définitions des concepts de base** sur lesquels pourrait reposer un véritable droit des groupes, et sur lesquelles reposent aujourd'hui des dispositions particulières prenant en compte la situation de groupe, notamment lorsqu'elles prennent en considération la situation d'une filiale.

¹⁹ *“Une société et ses filiales, ou les sociétés qui constituent ensemble un consortium, sont considérées comme formant un petit groupe avec ses filiales lorsqu'ensemble, sur une base consolidée, elles ne dépassent pas plus d'une des limites suivantes (...)”.*

d. Concepts de base

Ces concepts de base, importés du droit comptable, sont définis aux **articles 5 à 14 du Code des sociétés**. Ils sont les suivants :

- i. Contrôle, société mère, filiale, sociétés liées
- ii. Consortium
- iii. Sociétés associées
- iv. Participation et lien de participation

i. Contrôle, société mère, filiale, sociétés liées

Quand une société contrôle-t-elle une autre, ou, en d'autres termes, quand existe-t-il un lien de filiation impliquant qu'une société est la filiale d'une autre, qui est sa société mère ?

Selon l'article 5 C. soc., "*par " contrôle " d'une société, il faut entendre le pouvoir de droit ou de fait d'exercer une influence décisive sur la désignation de la majorité des administrateurs ou gérants de celle-ci ou sur l'orientation de sa gestion*". Si le Code donne une définition pas très juridique du contrôle, c'est en particulier parce que cette notion provient du droit comptable et a d'abord été définie par le droit comptable, notamment en vue de la définition du champ d'application de l'obligation d'établir des comptes consolidés. La définition, qui se base donc sur des critères économiques, prévaut aujourd'hui toutes les fois où la loi parle de filiale.

Il faut avoir égard à des distinctions possibles :

- une **influence décisive** ne s'identifie pas en une influence seulement notable, mais implique le pouvoir d'imposer sa décision ;
- cette influence décisive peut s'observer alternativement sur deux ordres de questions :
 - la désignation de la majorité des administrateurs ou gérants ;
 - l'orientation de la gestion de la société ;
- elle peut résulter d'un **pouvoir de droit ou de fait** (contrôle de droit ou de fait).

Les dispositions subséquentes définissent le contrôle de droit et le contrôle de fait.

★ 5 hypothèses de **contrôle de droit** :

- (1) le pouvoir d'exercer une influence décisive résulte de la détention de la majorité des droits de vote attachés aux actions ou parts d'associés ;

ex. un actionnaire a 51 voix sur 100 ;

- (2) un associé a le droit de nommer ou révoquer la majorité des administrateurs ou gérants, sans qu'aucun associé ou actionnaire ne détienne la majorité des droits de vote (car dans le cas d'une majorité, c'est l'hypothèse (1) qui s'applique).

ex. ce droit peut résulter d'une disposition des statuts qui prévoit que les administrateurs ou gérants sont nommés sur proposition d'un ou plusieurs actionnaires déterminés, sans que ceux-ci détiennent la majorité des voix (ex. 35 % des voix). Dans ce cas, ce sont les statuts qui confèrent un contrôle de droit ;

- (3) un associé dispose du pouvoir de contrôle en vertu de statuts ou de conventions conclues avec la société, étant entendu que l'on se trouve en dehors des hypothèses (1) et (2) ;

ex. les statuts prévoient qu'en cas de partage des voix au sein du CA, la voix d'un administrateur nommé sur présentation d'un actionnaire déterminé est prépondérante ;

ex. une société comporte 4 actionnaires qui détiennent chacun 25 % des voix ; selon les statuts,

- chacun peut proposer un candidat au CA, qui est composé de 4 administrateurs ;
- en cas de partage des voix (2 voix contre 2 voix), c'est la voix de l'administrateur désigné par tel actionnaire qui sera prépondérante.

Il y a un pouvoir de contrôle puisque l'accord de cet administrateur est nécessaire pour qu'une décision puisse être prise.

- (4) Par l'effet de conventions conclues avec d'autres associés, un associé détient la majorité des voix attachés à l'ensemble des actions, parts ou droits d'associés de la société. Par ces conventions, les associés concernés s'engagent à voter dans le sens déterminé par cet associé.

Ex. une société comporte quatre actionnaires, qui détiennent chacun 25 % des voix. 3 actionnaires concluent entre eux un pacte de votation en s'engageant à se concerter avant chaque AG, et en prévoyant qu'en cas de

dissension, ils voteront dans le sens de A. Il s'agit d'un pacte de votation soumis aux contraintes applicables à ce type de convention.

(5) Jusqu'à présent, nous avons examiné des hypothèses de contrôle exclusif, où un associé a le pouvoir d'exercer une influence décisive. L'art. 9 C. soc. définit le contrôle conjoint comme étant "*le contrôle exercé ensemble par un nombre limité d'associés, lorsque ceux-ci ont convenu que les décisions relatives à l'orientation de la gestion ne pourraient être prises que de leur commun accord*"²⁰. Pour qu'il y ait contrôle conjoint, il faut donc :

- Convention : un simple parallélisme occasionnel, voire répété, ne suffit pas à créer à un contrôle conjoint, étant entendu que l'on se trouve en matière commerciale, où la preuve est libre. Un parallélisme répété pourra dès lors, le cas échéant, être retenu par le juge comme une présomption de contrôle conjoint.
- Entre un nombre limité d'associés : pourquoi ? Cette condition n'a pas de sens et est généralement passée sous silence en jurisprudence.
- Objet : les décisions relatives à l'orientation de la gestion ne pourront être prises que du commun accord des parties. Ce n'est pas un pacte de votation, comme dans l'hypothèse (4), où un associé peut imposer une décision aux autres : ici, les associés sont libres ; c'est une liberté surveillée, mais leur accord est nécessaire. S'ils n'arrivent à aucun accord, on se trouvera donc devant une situation de blocage.

N.B. Lorsque le contrôle est conjoint, la société sur laquelle il s'exerce est la **filiale commune** de toutes les parties au contrôle conjoint. Lorsque le contrôle est exclusif, la société sur laquelle il porte est la **filiale** de la personne qui exerce le contrôle.

★ **Contrôle de fait** : "*Le contrôle est de fait lorsqu'il résulte d'autres éléments que ceux visés au § 2 [points (1) à (5) exposés ci-dessus]*" (art. 5, § 3 C., al. 1 soc.).

²⁰ L'article 9 ne mentionne que les décisions relatives à l'orientation de la gestion ; cependant, si le pouvoir de décision conjoint porte sur la nomination des administrateurs ou gérants, il y aura contrôle conjoint, puisque par ricochet, cette nomination implique une influence décisive sur l'orientation de la gestion de la société.

- Le contrôle de fait est donc un contrôle qui n'est pas de droit. Toute variété d'indice susceptible d'établir une possibilité d'exercice d'une influence décisive sur la désignation de la majorité des administrateurs ou gérants de la société ou sur l'orientation de sa gestion peut être retenue pour établir un contrôle de fait.
- L'alinéa 2 de l'art. 5, § 3 C. soc. ajoute que "*un associé est, sauf preuve contraire, présumé disposer d'un contrôle de fait sur la société si, à l'avant-dernière et à la dernière assemblée générale de cette société, il a exercé des droits de vote représentant la majorité des voix attachées aux titres représentés à ces assemblées*". Un associé est donc présumé de manière non irréfragable disposer d'un contrôle de fait si aux 2 dernières AG il a exercé la majorité des droits de vote présents ou représentés à l'AG.

Ex. Une SA comporte des actions auxquelles sont attachées au total 100 voix. Lors de la dernière AG, les titulaires d'actions auxquelles sont attachées 80 voix sont présents ou représentés. Un actionnaire exerce 41 droits de vote. Lors de l'avant-dernière AG, les titulaires d'actions auxquelles sont attachées 50 voix sont présents ou représentés. Le même actionnaire exerce 41, voire 26 droits de vote. Il est présumé de manière non irréfragable détenir un contrôle de fait sur la société.

Trois précisions s'imposent :

- pour déterminer si quelqu'un détient le contrôle d'une société, on ajoute au pouvoir qu'il détient personnellement, le pouvoir qu'il détient indirectement, en particulier par l'intermédiaire d'une filiale ;
 ex. une société A détient 30 % des droits de vote de la société B et 51 % des droits de vote de la société C, qui elle-même détient 21 % des droits de vote de la société B : A détient $30\% + 21\% = 51\%$ des droits de vote de B et exerce donc son contrôle sur celle-ci ;
- si une société détient une partie de ses propres titres, les droits de vote attachés à ces titres ne sont pas pris en considération lorsqu'il s'agit de déterminer si un actionnaire (ou plusieurs actionnaires) détient (détiennent) la majorité des voix.

Ex. une société émet 100 titres, auxquels sont attachés 100 droits de vote, et rachète 10 titres. Elle détient donc 10 % de son capital, mais les 10 % des droits de vote qui sont attachés aux titres qu'elle a rachetés sont suspendus. A détient 46 % des actions, B détient 44 % des actions. Pour déterminer si A détient la majorité des voix et dispose donc du contrôle de la société, on ne prend pas en compte les 10 droits de vote attachés aux actions détenues par la société : $46 > [(100-10)/2]$, A contrôle donc la société.

- Il existe des filiales directes et des filiales indirectes. Ainsi, si la société A détient 51% des actions de la société B, qui elle-même détient 51 % des actions de la société C, alors B est la filiale directe de A et C est la filiale indirecte de A.

L'art. 11 C. soc. définit la notion de **sociétés liées** : une **société est liée à une autre société**

- lorsqu'elle la contrôle ou est contrôlée par elle (société mère et filiale) ;
- lorsque, à la connaissance de son organe d'administration, elle est contrôlée par la société mère ou une filiale ;

ex. sociétés sœurs : A contrôle B et C, B et C sont liées (sociétés sœurs) à condition que leurs organes d'administration sachent qu'elles sont contrôlées par la même société (A).

ii. Consortium - sociétés en relation de consortium

A la frontière du droit des groupes se trouve la notion de consortium. En vertu de l'article 10, § 1er C. soc., *"il y a " consortium " lorsqu'une société et une ou plusieurs autres sociétés de droit belge ou étranger, qui ne sont ni filiales les unes des autres, ni filiales d'une même société, sont placées sous une direction unique".* Dans ces hypothèses, il n'y a pas de contrôle exclusif ou conjoint générateur d'un lien de filiation ; néanmoins, les sociétés concernées ne sont pas indépendantes car elles sont placées sous une direction économique unique.

La suite de l'article 10 donne quelques **illustrations** de consortiums. Cette disposition distingue deux types de situations :

- présomption irréfragable de direction unique :
 - ✓ la direction unique de deux ou plusieurs sociétés résulte de contrats conclus entre ces sociétés ou de clauses statutaires (impliquant que les décisions concernant ces sociétés sont prises conjointement) ;
 - ex. il est prévu que les conseils d'administration respectifs de ces sociétés ne pourront déterminer leur politique de gestion que de commun accord ;
 - ✓ les organes d'administration de deux ou plusieurs sociétés sont composés en majorité des mêmes personnes ;

ex. les deux sociétés mères de Fortis Belgique ont les mêmes administrateurs ;

- présomption non irréfragable de direction unique : des sociétés sont présumées, sauf preuve contraire, être placées sous une direction unique, lorsque leurs actions, parts ou droits d'associés sont détenus en majorité par les mêmes personnes.

iii. Sociétés associées

Ce sont des sociétés dont aucune n'est la filiale de l'autre, mais dont l'une détient une participation dans l'autre qui lui permet d'exercer sur l'orientation de la gestion de cette autre société une influence notable (mais non décisive). N.B. Un actionnaire a une influence notable lorsque son avis a un poids, qu'il est écouté, mais que cet actionnaire ne peut imposer sa décision aux autres.

L'article 12 en donne une **illustration** : *“cette influence notable est présumée sauf preuve contraire, si les droits de vote attachés à cette participation représentent un cinquième ou plus des droits de vote des actionnaires ou associés de cette société”*.

iv. Sociétés entre lesquelles il existe un lien de participation (art. 13 et 14 C. soc.)

Un lien de participation suppose

- (1) qu'une société détienne dans le capital d'une autre un nombre de droits de vote qui lui permette d'exercer une influence sur l'orientation de la gestion de la société
- (2) et que cette participation soit détenue de manière durable.

Illustration : est présumée constituer une participation, sauf preuve contraire, la détention de droits sociaux représentant le dixième du capital (article 13 C. soc.).

Remarque terminologique : il faut donc distinguer

- l'actionnaire de contrôle qui exerce une « influence décisive » sur sa filiale

- l'actionnaire de référence qui exerce une « influence notable » sur la société qui lui est associée
- l'actionnaire qui exerce une « influence » sur la société avec laquelle il a un lien de participation.

e. Les groupes de sociétés dans la jurisprudence


La distinction entre sociétés faisant partie d'un groupe et sociétés isolées est confirmée et caractérisée par la jurisprudence, sous différents aspects.

- ❖ En premier lieu, il existe, dans la jurisprudence contemporaine, une **tendance, encore prudente**, qui tend à reconnaître la légitimité d'un **intérêt de groupe** à côté de l'intérêt social des sociétés formant le groupe.


Dans la conception classique, l'intérêt social, qui constitue la finalité que doivent poursuivre les décisions relevant de l'administration de la société, est l'intérêt de la société prise isolément, que l'on adopte par ailleurs la conception capitaliste ou conception entrepreneuriale de l'intérêt social. La question s'est posée de savoir s'il était possible de prendre en considération l'intérêt du groupe dont une société faisait partie au détriment de l'intérêt de celle-ci prise isolément. L'intérêt d'une société peut-il, à l'occasion, être sacrifié au profit de l'intérêt des sociétés du groupe ou d'une autre société du groupe ? Il y a eu beaucoup d'hésitations à ce sujet. Finalement, certaines décisions ont répondu par l'affirmative. Voici quelques précédents en ce sens.

 Trib. comm. Bruxelles, 27/04/1978

Deux sociétés concluent des accords de coopération qui aboutissent à une intégration importante de leurs activités. Elles ont le même actionnaire de contrôle. L'une d'elles éprouve des difficultés financières. Pour y remédier, l'actionnaire de contrôle impose la conclusion d'une convention d'aide financière de la société en boni au profit de l'autre société. Il s'agissait d'un sacrifice pour la société en boni, mais le tribunal de commerce admet qu'elle ait pu conclure une telle convention.

 Trib. comm. Liège, 13/10/1981

Ce jugement tient la même analyse. Si une société faisant partie d'un groupe éprouve des difficultés, une autre société du groupe peut lui venir en aide, à condition que les sacrifices auxquelles elle consent ne soient pas hors de proportion avec ses possibilités réelles et n'entraînent pas de difficultés graves dans son chef.

 Ordonnance du président du tribunal de commerce de Bruxelles, 17/05/1995

L'intérêt du groupe peut justifier que l'ensemble des sociétés du groupe soit contrôlé par un même collège des commissaires.

- ❖ Mais cette tendance est prudente. **D'autres décisions sont plus sévères.** Elles considèrent que l'intérêt du groupe est le reflet de l'intérêt social individuel des sociétés composant ce groupe. Le sacrifice doit être justifié par une **contrepartie**, fût-ce à terme, - il faut une perspective suffisamment sérieuse de contrepartie.

C'est ainsi que certaines décisions sanctionnent des décisions de sociétés appartenant à un groupe lorsqu'elles sacrifient l'intérêt d'une société au profit d'une autre société du groupe sans que la première puisse espérer une contrepartie.

 Bruxelles, 15/09/1992

“Si l'on peut admettre que des sociétés qui composent un groupe puissent mutuellement s'entraider dans l'intérêt de ce groupe - ce qui se conçoit lors d'un soutien accordé par la société mère à une de ses filiales car il y va de son propre intérêt - il est inadmissible que, pour son seul profit et en sacrifiant les intérêts de sa filiale ainsi que ceux des actionnaires minoritaires et des créanciers de celle-ci, une société dominante utilise les pouvoirs qu'elle détient dans cette filiale pour se servir de ses avoirs en les engageant comme sûreté de ses propres obligations financières résultant de l'acquisition des titres de cette filiale.” Cet arrêt est encore plus restrictif, puisqu'il cite seulement le cas où la société mère consent à un sacrifice au profit d'une filiale (“car il y va de son propre intérêt”, puisque la participation dans la filiale fait partie du patrimoine de la société-mère).

- ❖ Cette autre tendance, plus restrictive, est complétée par une **jurisprudence en matière pénale** qui se fonde sur deux dispositions : l'article 491 du Code pénal (abus de confiance) et, depuis la loi du 8 août 1997, l'article 492bis du Code pénal (abus de biens sociaux).

- **L'abus de confiance** (article 491 C. pén.) est le détournement d'une chose préalablement remise à une personne à condition que celle-ci la rende ou en fasse un usage déterminé.

L'art. 491 C. pén. est parfois appliqué lorsqu'un actionnaire de contrôle fait prendre des décisions par sa filiale dans son propre intérêt, ou dans celui d'une autre filiale qu'il contrôle, décisions qui sont contraires aux intérêts de ladite filiale.

 Bruxelles, 24/06/1987

Un actionnaire contrôle deux sociétés et souhaite renforcer sa position dans l'une d'elles (F1). Pour ce faire, il y acquiert des participations grâce à un emprunt qu'il fait

contracter par l'autre société qu'il contrôle (F2), qui supporte donc, sans contrepartie, le risque du prêt et la charge des intérêts. La cour d'appel de Bruxelles a estimé que F2 n'avait aucun intérêt à cette opération, et que l'actionnaire de contrôle avait utilisé la filiale à son propre et exclusif avantage, et donc détourné de sa finalité, le patrimoine de F2.

- En 1997, le législateur crée une infraction spéciale, l'**abus de biens sociaux**, en insérant l'article 492bis dans le Code pénal. Aux termes de cette disposition, "*sont punis d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de cent francs à cinq cent mille francs, les dirigeants de droit ou de fait des sociétés commerciales et civiles ainsi que des associations sans but lucratif qui, avec une intention frauduleuse et à des fins personnelles, directement ou indirectement, ont fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage qu'ils savaient significativement préjudiciable aux intérêts patrimoniaux de celle-ci et à ceux de ses créanciers ou associés (...)*". Cette infraction constitue une variété particulière d'abus de confiance (ou détournement). En définitive, l'infraction d'abus de biens sociaux est soumise à des conditions plus strictes que l'infraction de détournement, qui suppose seulement que la personne à laquelle une chose a été confiée en ait fait un usage différent de celui qui avait été prévu. L'infraction de biens sociaux suppose non seulement un usage contraire à l'intérêt de la société, mais aussi que le dirigeant ait su que cet usage était significativement préjudiciable aux intérêts patrimoniaux de celle-ci et à ceux de ses créanciers ou associés.
- La question s'est posée de savoir si après la loi du 8 août 1997, il était encore possible de sanctionner des situations comme celles que nous venons de voir sur base de l'article 491 du Code pénal lorsque les conditions de l'article 492bis n'étaient pas réunies (dès lors qu'il n'était pas établi que le dirigeant connaissait le préjudice significatif aux intérêts patrimoniaux de la société et ceux de ses créanciers ou associés). Résulte-t-il du principe *lex specialis generalibus derogat* que l'article 492bis exclut l'article 491 ?



Cour de cassation, 17/03/1999 et 18/05/1999

L'article 492bis du Code pénal ne déroge pas à l'article 491, mais ajoute une infraction.

- La Cour d'arbitrage a été amenée à se prononcer sur la conformité de l'article 492bis du Code pénal par rapport au principe de légalité en matière pénale.

 Cour d'arbitrage, 15/03/2006

La critique porte sur la notion de préjudice significatif, qui donne lieu à un pouvoir d'appréciation du juge du fond qui serait contraire au principe de légalité en matière pénale. La Cour d'arbitrage ne suit pas cette argumentation et estime que l'article 492bis C. pén. ne viole pas les articles 12 et 14 de la Constitution.

- ❖ Il y a donc une **ébauche de droit des groupes dans la jurisprudence**, aux tendances contradictoires, tendant, selon les cas, à admettre, ou, au contraire, à prohiber la poursuite de l'intérêt du groupe au détriment de celui d'une société du groupe.
- ❖ Dans la jurisprudence encore, il y a des décisions qui prennent en compte sous un autre aspect l'existence d'une relation de groupe entre des sociétés, à l'occasion de l'application de **règles de droit civil**.

 Trib. comm. Bruxelles, 03/02/1958

Une filiale est accusée par un tiers, avec lequel elle a mené des négociations en vue de la conclusion d'un contrat, d'avoir rompu à contretemps les négociations. Cependant, le tiers voulait non seulement mettre en cause la responsabilité de cette filiale, mais aussi celle de la société mère. L'existence d'un contrôle suffisait-il pour justifier une telle imputation ? Non, selon le tribunal. Mais en l'espèce, il observe une immixtion spécifique de la société mère dans les négociations et estime qu'il y a une faute commune dans son chef et celui de la filiale, ce qui donne lieu à une condamnation *in solidum*.

- ❖ La notion de groupe a également été abordée sous l'angle du **droit de la concurrence**, notamment
 - pour la question des ententes restrictives de concurrence ;
 - pour l'application des sanctions de l'abus de position dominante.

Le Traité de Rome traite des ententes et des abus de position dominante respectivement dans ses articles 81 et 82, ex-articles 85 et 86.

- Un abus de position dominante commis par une filiale peut-il être imputé à et sanctionné aussi dans le chef de la société mère, dans la mesure où celle-ci détient le contrôle de la filiale, et exerce donc une influence décisive sur l'orientation de sa gestion ? Ici encore, on applique la même logique.

Il faut une **immixtion (spécifique)** dans la gestion de la filiale, qui ne se confond pas avec le seul fait que la société mère détient le contrôle de la filiale, mais découle d'actes spécifiques d'immixtion. Une telle immixtion peut justifier une condamnation solidaire de la filiale et de la société mère aux amendes.

- On s'est demandé si une **entente restrictive** de concurrence était concevable entre une société mère et une filiale, ou entre deux filiales. Une entente restrictive de concurrence est une convention entre deux ou plusieurs entreprises, ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises, qui a pour objet de restreindre la concurrence sur un marché et est susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres de l'Union européenne. Une entente restrictive de concurrence est-elle concevable entre deux filiales ou entre une société mère et une filiale ?

Une entente suppose une pratique concertée ou un accord. Une filiale est-elle apte à émettre un consentement à un accord restrictif de concurrence avec sa société mère ?

- Non, selon certains auteurs, qui ont estimé que les sociétés d'un groupe constituaient une entreprise économique unique, au sein de laquelle une entente était inconcevable.
- Mais à la suite d'une évolution, la jurisprudence de la Commission et de la CJCE a affiné les critères, d'abord en considérant qu'au regard du droit des sociétés, l'existence d'un groupe n'avait pas pour effet, juridiquement, de faire disparaître les sociétés membres du groupe, qui demeurent capables de conclure des conventions entre elles ou de mener des pratiques concertées. Mais la CJCE ajoute, dans l'arrêt du 31/10/1974, que l'article 81 "*ne vise pas des accords ou pratiques concertées entre des entreprises appartenant au même groupe en tant que société mère et filiale, si les entreprises forment une unité économique à l'intérieur de laquelle la filiale ne jouit pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché, et si ces accords ou pratiques ont pour but d'établir une répartition interne des tâches entre les entreprises*". Il ne peut donc y avoir entente entre sociétés d'un même groupe que si elles ont un **comportement indépendant** sur le marché et qu'une concurrence est possible entre elles.

- ❖ Enfin, une société peut être accusée d'avoir accordé un **crédit fallacieux** à une autre société du même groupe et être poursuivie, pour cette raison, par les créanciers de cette société.

En droit bancaire, une jurisprudence s'est développée de manière considérable, selon laquelle un banquier ne peut accorder un crédit à une entreprise qu'après s'être assuré que cette entreprise sera raisonnablement capable d'honorer ses obligations non seulement à l'égard de lui-même, mais aussi à l'égard des tiers. Autrement dit, il doit s'assurer que les crédits soient accordés à une entreprise digne de confiance, « digne de crédit ». Sinon, il placerait des entreprises en difficulté qui ne possèdent pas de chances raisonnables de redressement en mesure de poursuivre leurs activités et de contracter des dettes, et les ferait donc bénéficier d'un crédit fallacieux. Si tel était le cas et que la société tombait ultérieurement en faillite, le curateur pourrait mettre en cause la responsabilité du banquier.

Ce principe peut trouver à s'appliquer lorsqu'une société appartenant à un groupe accorde un crédit fallacieux à une autre société du groupe.

Ex. Trib. comm. Malines, 07/10/1999 : : la société qui soutient sa filiale en difficulté, alors qu'il n'existait plus de chances de redressement pour celle-ci, crée une apparence trompeuse de solvabilité qui engage sa responsabilité vis-à-vis des tiers.

f. Les groupes de sociétés en droit financier et en droit fiscal

i. Les groupes de sociétés en droit financier

L'A.R. n° 64 du 10 novembre 1967 organisant le statut des sociétés à portefeuille soumettait le contrôle de l'information financière de ces sociétés à des régimes particuliers. Cet A.R. comportait deux volets :

- il prévoyait le contrôle de la Commission bancaire sur les informations financières de ces sociétés ;
- le contrôle des comptes de ces sociétés devait être confié à un ou plusieurs réviseurs choisis, avec l'accord de la Commission bancaire, parmi les membres de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises.

Les sociétés à portefeuille sont des sociétés entre lesquelles il existe une relation de groupe, en particulier, des sociétés “*qui possèdent des participations dans une ou plusieurs filiales belges ou étrangères, leur conférant, de droit ou de fait, le pouvoir de diriger l'activité de celles-ci*”²¹, pour autant que l'une des sociétés du groupe ait fait publiquement appel à l'épargne.

L'A.R. du 10 novembre 1967 comportait donc une ébauche de droit des groupes.

Cet A.R. est également important parce que la C.B. a élaboré sur cette base des recommandations en matière de groupes de sociétés, qui ont ensuite été introduites dans les L.C.S.C.

La loi du 2 août 2002 a abrogé cet A.R. parce que la législateur a voulu étendre le contrôle de l'information financière par la C.B. à toutes les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, plutôt que de le réserver aux sociétés à portefeuille.

Mais le concept de groupe n'a pas disparu du droit financier :

- ✓ la réglementation des **O.P.A.** repose sur la notion de contrôle ;
- ✓ en ce qui concerne les **établissements de crédit**, les **entreprises d'assurance** et les **entreprises d'investissement**, la C.B.F.A. exerce son contrôle non seulement sur une base individuelle, mais aussi sur une base consolidée, en cas de relation de groupe.

ii. Les groupes en droit fiscal

Le droit fiscal tient compte de la situation de groupe essentiellement de 3 façons.

- Une réglementation fiscale particulière s'applique aux **centres de coordination** (A.R. n° 187 du 30 décembre 1982, tel que modifié par la loi du 24 décembre 2002). Le but de cette réglementation est de favoriser l'implantation de centres de coordination à Bruxelles, qui bénéficie d'une place privilégiée en Europe, vu qu'elle abrite les institutions principales de l'OTAN et de l'Union européenne. Ces centres de coordination sont des sociétés ou des succursales belges de sociétés étrangères qui appartiennent à

²¹ A.R. n° 64 du 10 novembre 1967 (aujourd'hui abrogé), art. 1, § 1^{er}, 1°.

un groupe multinational et qui ont exclusivement pour objet d'accomplir des prestations de services au bénéfice du groupe. L'assiette de l'impôt de ces sociétés est calculée de manière spécifique, de sorte que cet impôt est inférieur à l'impôt dont la société serait redevable si les règles ordinaires de calcul de l'assiette s'appliquaient.

- **Précompte mobilier** : si une société belge paye un dividende à un associé, elle doit normalement effectuer une retenue à la source d'un certain pourcentage de ce dividende (25 % ou 15 %, selon les cas), et verser cette somme à l'administration fiscale. La Directive européenne mère-filiale de 1990, modifiée par la Directive du 22 décembre 2003, invite les Etats membres à exonérer de tout précompte mobilier les dividendes versés par les sociétés à des actionnaires ressortissants d'autres Etats membres. En effet, il est susceptible de constituer une entrave aux investissements transfrontaliers au sein de l'UE. Le législateur belge a obtempéré en prévoyant que le précompte mobilier ne sera pas dû sur les dividendes versés à des sociétés ressortissantes d'autres Etats membres, pour autant qu'elles puissent être considérées comme des sociétés mères. La notion de société mère reçoit ici une définition spécifique, - elle implique une participation de 20 % depuis la Directive de 2003 (auparavant : 25 %).
- La même directive de 1990 vise, d'autre part, à réglementer la question de la double imposition dont les dividendes font en principe l'objet. Imaginons que F paye un dividende à M. Ce montant aura en principe déjà été taxé, parce qu'il a été payé au moyen d'un bénéfice sur lequel a été prélevé un impôt des sociétés. S'il est taxé encore une fois, on aura une double taxation, ce qui est de nature à entraver l'intégration économique au sein de l'UE. C'est pourquoi, la Directive de 1990 invite aussi les Etats membres à détaxer les dividendes versés par une société ressortissante d'un Etat membre à une société ressortissante d'un autre Etat membre. En Belgique, cette règle a été généralisée à tous les cas, - même entre sociétés belges. C'est le système des **Revenus Définitivement Taxés (RDT)**.

§5. Tableaux récapitulatifs

	sociétés	associations
but	but lucratif sauf SFS	but non lucratif

	sociétés commerciales	sociétés civiles
objet	activités commerciales	activités non commerciales

	SA, SAE	SPR L	SC, SEC	SNC	SCS	SCA	GIE, GEI E	S. agr.	Socié té de droit com mun	Socié té mom enta née	Socié té inter ne
personnali té juridique	x	x	x	x	x	x	x	x			
responsabi lité limitée	x	x	x (choi x des fond ateur s)		com man ditair es	com man ditair es		non géra nts			assoc iés en parti cipati on
responsabi lité illimitée			x (choi x des fond ateur s)	x	com man dités	com man dités	x	géra nts	x	x	assoc iés géra nts

	SA, SAE	SPR L	SC, SEC	SNC	SCS	SCA	GIE, GEI E	S. agr.	Socié té de droit com mun	Socié té mom enta née	Socié té inter ne
responsabi lité illimitée solidaire			SCRI	x			x		si objet = explo itatio n d'un e activi té com merc iale	si objet = explo itatio n d'un e activi té com merc iale	
société de capitaux	x					x					
société de personnes				x	x		x		x	x	x
société mixte		x	x					x			
peut faire publiquem ent appel à l'épargne	SA et SCA					x					

Chapitre 4

Théorie générale de la personnalité morale

§1. Introduction

Nous traiterons d'abord de l'acquisition de la personnalité morale.

Ensuite, nous examinerons les effets principaux de l'attribution de la personnalité juridique, qui sont de trois ordres :

- ✓ effet patrimonial : la personnalité morale permet de déroger au principe de l'unité patrimoniale ;
- ✓ la personne morale peut agir, conclure des contrats, accomplir des actes juridiques et commettre des fautes à l'intervention de ses organes ;
- ✓ la personne morale a une nationalité, un siège et une dénomination (nous n'allons pas nous étendre sur ce point).

§2. L'acquisition de la personnalité morale

1. Les formalités nécessaires à l'acquisition de la personnalité morale

- **Avant** l'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 1995, les sociétés auxquelles le Code des sociétés attribuait la personnalité morale acquéraient celle-ci du seul fait de la **réalisation des conditions propres à la constitution de la société entre parties**. Et ceux qui exploitaient en commun un commerce de manière durable et ostensible étaient même, par ce seul fait, censés avoir formé une SNC.

Ex. La personnalité juridique d'une SA découlait du seul fait que les fondateurs avaient comparu devant le notaire pour faire acter leur volonté de constituer une SA dans les termes des statuts élaborés à cet égard.


Les statuts devaient être, en tout ou en partie, selon les cas, être publiés aux annexes du M.B. pour être opposables aux tiers. Il s'agissait là non d'une formalité constitutive, mais d'une formalité d'opposabilité aux tiers. En l'absence d'accomplissement de cette formalité, les parties pouvaient se prévaloir entre elles de la personnalité juridique ; les tiers pouvaient s'en prévaloir à l'égard des parties, mais les parties ne pouvaient l'opposer au tiers.

- La **loi du 13 avril 1995** prévoit que l'acquisition de la personnalité morale est reportée à la date du **dépôt des statuts au greffe du tribunal de commerce**, ou à la B.C.E., pour les SE (art. 2, § 4 et 68 C. soc.). C'est une formalité véritablement constitutive.

2. Situation en cas de non-réalisation des formalités nécessaires à l'acquisition de la personnalité morale

Cependant, avant l'accomplissement de cette formalité, ou si cette formalité n'est pas accomplie du tout, le contrat de société existe entre les associés et entraîne des conséquences juridiques.

Que se passe-t-il si une société exerce des activités sans déposer ses statuts au greffe du tribunal de commerce ? Dans ce cas, en vertu de l'art. 2, § 4 C. soc., ce sera une **société de droit commun**, et les associés seront responsables sur leur patrimoine personnel des dettes contractées dans le cadre des activités du groupement. Cette responsabilité sera solidaire si ces activités sont commerciales (art. 52 C. soc.²²) (v. ci-après).

 Mons, 18/01/1994

Cet arrêt énonce ce système pour une ASBL qui a omis de faire publier ses statuts et les actes relatifs à la nomination de ses administrateurs aux annexes du M.B., formalité qui, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 26 janvier 1936, entraînait l'acquisition, par l'ASBL, de la personnalité morale²³.

↳ La réforme de 1995 a, en fait, transposé ce régime aux sociétés.

L'arrêt de la Cour d'appel de Mons énonce des règles générales qui peuvent être appliquées aux sociétés commerciales :

- la personnalité morale s'acquiert au jour du dépôt des statuts au greffe du tribunal de commerce ;
- si cette formalité n'a pas encore ou n'aura jamais été accomplie, on appliquera les règles de la société de droit commun.

Il y a une **bizarrierie** en ce qui concerne l'éventuelle **responsabilité solidaire** des membres d'un groupement qui n'a pas acquis la personnalité morale, faute d'accomplissement des formalités nécessaires à cet effet.

²² Art. 52 C. soc. : *“Les associés d'une société de droit commun sont tenus envers les tiers soit par parts viriles, lorsque l'objet de la société est civil, soit solidairement, lorsque cet objet est commercial. Il ne peut être dérogé à cette responsabilité que par une stipulation expresse de l'acte conclu avec les tiers”*.

²³ Depuis la loi du 2 mai 2002, la personnalité juridique est acquise aux ASBL à compter du jour où leurs statuts et les actes relatifs à la nomination des administrateurs sont déposés au greffe du tribunal de commerce (art. 3 de la loi du 27 juin 1921).

- En vertu de l’**article 52 C. soc.**, “*les associés d’une société de droit commun sont tenus envers les tiers soit par parts viriles, lorsque l’objet de la société est civil, soit solidairement, lorsque cet objet est commercial. Il ne peut être dérogé à cette responsabilité que par une stipulation expresse de l’acte conclu avec les tiers*”. Cette disposition est une reproduction :

- de la règle traditionnelle de la solidarité des codébiteurs commerçants ;
- des anciennes dispositions du Code civil relatives à la société civile.

- D’autre part, en vertu de l’**article 2, § 4 C. soc.**,

“Les sociétés visées aux §§ 2 et 3 acquièrent la personnalité juridique à partir du jour où est effectué le dépôt visé à l’article 68. Toutefois, la SE acquiert la personnalité juridique le jour de son inscription au registre des personnes morales, répertoire de la Banque-Carrefour des Entreprises, conformément à l’article 67, § 2.

En l’absence du dépôt visé à l’alinéa 1^{er}, une société à objet commercial qui n’est ni une société en formation, ni une société momentanée, ni une société interne, est soumise aux règles concernant la société de droit commun et, en cas de dénomination sociale, à l’article 204”.

L’**article 204 C. soc.**, auquel renvoie cette disposition, dispose que “*les associés en nom collectif sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu’un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la dénomination sociale*”.

Donc, à travers l’article 2, § 4 C. soc., il est opéré un renvoi partiel, en ce qui concerne la responsabilité des associés qui n’ont pas (encore) déposé les statuts de la société au greffe du tribunal de commerce, au régime de la SNC.

- La bizarrerie provient du fait que dans ce renvoi opéré par l’article 2, § 4 C. soc. au régime de responsabilité solidaire des associés en nom collectif, on subordonne la solidarité des associés à l’utilisation par le groupement d’une dénomination sociale, alors qu’en vertu de l’article 52 C. soc., la solidarité des associés d’une société dépourvue de personnalité juridique résulte de ce que le groupement exploite une activité commerciale. C’est une **inadvertance** du législateur. Puisqu’il s’agit de protéger les tiers qui ont traité avec le groupement, **c’est l’article 52 qui doit prévaloir.**

3. Les engagements au nom d'une société en formation

a. Position de la question

Les fondateurs n'attendent pas l'acquisition, par le groupement, de la personnalité morale pour préparer les activités qui seront celles de la société.

Certaines opérations sont susceptibles d'être réalisées entre le moment où le contrat de société est formé entre associés et le moment du dépôt des statuts au greffe du tribunal de commerce.

- Si les associés ne prennent aucune précaution, ils sont responsables solidairement en vertu de l'art. 52 C. soc.
- Mais si les associés qualifient l'accomplissement de l'acte juridique, si, en particulier, ils précisent qu'il est accompli au nom d'une société en formation, cet acte est susceptible d'engager la société, qui reste en formation.

Cette technique peut d'ailleurs être anticipée, - elle peut être utilisée par les promoteurs, futurs fondateurs, avant même que le contrat de société soit formé.

Ces questions renvoient au problème des **engagements au nom d'une société en formation**, qui font l'objet d'une réglementation particulière déposée dans l'**article 60 C. soc.**

b. Evolution des règles applicables en matière d'engagements au nom d'une société en formation

Cette disposition connaît une longue histoire.

- ❖ **Au départ**, avant la loi du 6 mars 1973 transposant la Première Directive européenne de 1968, les engagements pris au nom d'une société en formation et, de manière générale, les engagements pris dans le cadre de la formation d'une société, ne faisaient l'objet d'aucune réglementation particulière aux

sociétés. Le **droit commun des obligations** était applicable à leur égard. Plusieurs situations étaient envisageables.

- (a) Un promoteur contractait avec un tiers dans la perspective de la future formation d'une société, mais il agissait *proprio nomine* (c'est-à-dire qu'il signait en son nom et pour son propre compte). Dans ce cas, il était personnellement tenu des obligations découlant du contrat. La société pouvait, bien entendu, reprendre le contrat, mais le promoteur ne pouvait être déchargé que moyennant l'accord du tiers cocontractant (en vertu du droit commun de la reprise conventionnelle de dettes).

Ex. un promoteur concluait, avec un tiers, un contrat de bail portant sur un immeuble dans lequel la société exploiterait ses activités, mais par imprudence, il signait en son nom et pour son propre compte.

- (b) Un promoteur concluait un contrat destiné aux activités de la société et traitait *alieno nomine*, ce qui signifie qu'il déclarait au tiers qu'il agissait au nom et pour le compte d'une société appelée à être formée, d'un être juridique éventuel. Dans ce cas, le tiers était dans une situation bien plus inconfortable :

- il n'avait pas de recours contre le promoteur, puisque celui-ci avait agi au nom et pour le compte d'autrui ;
- dans les cas où la société venait effectivement à existence, il n'avait pas non plus, en principe, de recours contre celle-ci, faute de mandat dans le chef du promoteur (pas d'être juridique, donc pas de mandat !). Toutefois, il y avait deux exceptions à ce principe :
 - ✓ la société était engagée si elle ratifiait ou reprenait l'engagement ;
 - ✓ si la société ne reprenait pas l'engagement, le tiers devait démontrer que les conditions de la gestion d'affaires étaient remplies. Cela rendait son action assez aléatoire, en particulier parce qu'il devait démontrer à la fois que l'acte présentait un certain caractère nécessaire au moment où il avait été accompli et qu'il avait été utile au maître de l'ouvrage, conditions qui relevaient de l'appréciation souveraine du juge du fond.

- ❖ Pour pallier à ces inconvénients, les autorités communautaires sont intervenues au moyen de la Première Directive (de 1968). La loi du 6 mars 1973, qui a transposé cette directive, a introduit un **article 13bis dans les L.C.S.C.**, qui disposait que *“ceux qui au nom d'une société en formation, avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité juridique, ont pris un engagement à quelque titre que ce soit, en sont personnellement et solidairement responsables, sauf convention contraire, si ces engagements ne sont pas repris par la société dans les deux mois de sa constitution, ou si la société n'est pas constituée dans les deux ans de la naissance de l'engagement. Lorsque les engagements sont repris par la société, ils sont réputés avoir été contractés par elle dès l'origine”*.

Plusieurs éléments résultent de cette disposition.

- Elle concerne les engagements pris au nom d'une société en formation, ce qui suppose que le promoteur ait agi *alieno nomine*.
- Ces engagements vont solidairement peser sur les promoteurs, ce qui est favorable aux tiers, à moins que le tiers ait accepté d'y déroger.
- Mais cette **responsabilité personnelle et solidaire des promoteurs** ne jouera
 - ✓ que si les engagements ne sont pas repris par la société dans les 2 mois de sa constitution,
 - ✓ ou si la société n'est pas constituée dans les 2 ans de la naissance de l'engagement.

La société a donc 2 ans pour être formée ensuite 2 mois pour reprendre l'engagement, à défaut de quoi les promoteurs seront responsables personnellement et solidairement.

- Si la société reprend l'engagement dans les délais, celui-ci sera réputé avoir été contracté par la société dès l'origine et ne pèsera donc plus sur les promoteurs.

L'art. 13bis des L.C.S.C. a suscité des **difficultés d'interprétation**.

- ? Etablissait-il une **condition suspensive ou résolutoire** ? La jurisprudence en la matière était assez chaotique. Les conséquences pratiques de cette distinction sont importantes. En effet,
 - si l'on considère l'art. 13bis énonce une condition suspensive, cela signifie que tant que la société n'a pas été constituée et

n'a pas repris l'engagement, et que les délais prévus n'ont pas expiré, il n'existe pas d'engagement susceptible d'exécution. Au pire, il faut attendre 2 ans et 2 mois pour que l'engagement soit exécutable. Cela peut poser des problèmes, par exemple en cas de cession de fonds de commerce.

↳ Imaginons qu'un tiers en difficultés financières cède son fonds de commerce à des promoteurs : il est très important que cette cession puisse sortir ses effets immédiatement, vu qu'un fonds de commerce ne tolère pas d'interruption, mais doit être géré dans la continuité ;

- c'est pourquoi, une partie de la jurisprudence a estimé que l'article 13bis L.C.S.C. établissait une condition résolutoire : le contrat sortissait ses effets immédiatement à charge des promoteurs.

 Cour de cassation, 14/09/2000

Cet arrêt tranche la question : il décide que l'article 13bis L.C.S.C. établit une **condition résolutoire**.

Le législateur légalise cette solution à l'occasion de l'adoption du Code des sociétés. L'**art. 60 C. soc.** dispose désormais que "*à défaut de convention contraire, ceux qui, au nom d'une société en formation, et avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité juridique, ont pris un engagement à quelque titre que ce soit, en sont personnellement et solidairement responsables, sauf si la société a déposé l'extrait visé à l'article 68 dans les deux ans de la naissance de l'engagement et si ces engagements sont repris par elle dans les deux mois suivant le dépôt précité. Dans ce dernier cas, l'engagement est réputé avoir été contracté par la société dès l'origine*". Il s'agit donc clairement d'une condition résolutoire.

N.B. Les délais ne se calculent plus de la même façon depuis la loi du 13 avril 1995 :

- non seulement les formalités constitutives doivent être accomplies dans les 2 ans de la naissance de l'engagement, mais les statuts doivent aussi être déposés au greffe du tribunal de commerce dans ce délai ;
- le délai de 2 mois dans lequel la société est supposée reprendre l'engagement court à partir du moment de ce dépôt.

? Ce régime s'applique aux engagements pris au nom d'une société en formation, donc, en tout cas, aux obligations qui découlent d'un

contrat conclu au nom d'une société en formation. S'applique-t-il également aux **droits** susceptibles de résulter de ce contrat ? Certains ont dit non, mais il en a été autrement dans la jurisprudence et dans la doctrine majoritaires. La solution est que si un contrat dont découlent des engagements est soumis au régime décrit à l'art. 60 C. soc. et comporte **simultanément et réciproquement** des droits dont la société est appelée à profiter si elle reprend l'engagement, ces droits sont soumis au même régime. La situation se présentera notamment en cas de contrat synallagmatique conclu au nom d'une société en formation (bail, cession de commerce...).

c. Précisions au niveau du régime applicable aux engagements au nom d'une société en formation

Il faut mettre en évidence 5 éléments importants.

- ★ Ainsi que nous venons de le voir, l'article 60 C. soc. institue une **condition résolutoire** et **s'applique aussi aux droits** qui sont la contrepartie des engagements pris au nom de la société en formation. Le promoteur peut donc demander l'exécution du contrat, et peut, en cas de contrat synallagmatique, opposer l'exception d'inexécution si le tiers cocontractant refuse de s'exécuter.

Ex. une cession de fonds de commerce, un bail peuvent être immédiatement exécutés.

- ★ Comme c'est une condition résolutoire, elle va **retroagir** au jour de la naissance de l'engagement. Ce principe est même énoncé expressément par l'article 13bis des L.C.S.C. et par l'article 60 C. soc.

- Il en résulte notamment que si le promoteur a lui-même exécuté l'engagement avant sa ratification par la société, il pourra, une fois la ratification intervenue, agir en remboursement des sommes avancées.
- Cette règle a des conséquences spécifiques lorsque l'opération porte sur une mutation immobilière, susceptible de donner lieu à la perception

d'un droit d'enregistrement (équivalent, en principe, à 12,5 % du prix). Si un promoteur acquiert un immeuble au nom d'une société en formation et que la société reprend le contrat, y a-t-il double mutation donnant lieu à la perception de deux droits d'enregistrement ? Non selon la jurisprudence, qui, tirant les conséquences du principe de la rétroactivité de la condition résolutoire, a estimé que la reprise du contrat par la société ne donnait pas lieu à une nouvelle mutation immobilière.

- ★ Les **conditions de la ratification** : les articles 60 C. soc. et 13bis L.C.S.C. ne subordonnent pas la reprise du contrat conclu au nom d'une société en formation au moindre formalisme ; dès lors, c'est le **droit commun** de la ratification qui s'applique à cet égard. Elle peut donc être expresse ou tacite. Une ratification tacite ne peut être déduite que d'éléments non susceptibles d'une autre interprétation.



Trib. comm. Mons, 29/11/1993

Une société ne s'oppose pas aux factures qui lui sont adressées, factures qui se rapportent à un contrat antérieurement conclu au nom de cette société en formation. Le tribunal en déduit une ratification tacite de ce contrat.

- ★ Il faut que l'on soit en présence d'un **engagement au nom d'une société en formation**. A cet égard, il existe des situations moins claires que d'autres.

- ▶ Toute reprise d'un engagement par une société n'implique pas l'application de l'art. 60 C. soc. : encore faut-il que cette société soit celle au nom de laquelle l'engagement a été pris. A cet égard, la question suivante s'est notamment posée dans la jurisprudence : la société qui reprend l'engagement doit-elle être **constituée sous la forme qui a été annoncée** lorsqu'elle était en formation, au moment de l'engagement ?

Ex. l'engagement est repris par une SPRL alors que le promoteur a déclaré agir au nom d'une SA en formation.

Dans l'état actuel de la jurisprudence, c'est au juge du fond qu'il revient d'apprécier souverainement si c'est la même société qui a repris l'engagement. La circonstance qu'elle n'ait pas la forme annoncée lors de l'engagement n'est **pas, en soi, déterminante**. C'est seulement si elle était un élément déterminant que la reprise de l'engagement n'entraîne pas l'application de l'art. 60 C. soc. (trib. comm. Tongres, 05/05/1995).


- ▶ Une deuxième question, plus fondamentale, se pose : le régime de l'art. 60 C. soc. est-il susceptible d'être appliqué si les **exploitants d'un fonds de commerce apportent ce fonds de commerce à une société qu'ils fondent à cette fin** ? La société peut-elle reprendre rétroactivement les engagements antérieurement conclus par les exploitants du fonds de commerce ? Peut-on considérer que le fonds de commerce était exploité pour le compte de cette société ? La réponse qui sera donnée à cette question entraînera des conséquences civiles (qui est débiteur ?) ainsi que des conséquences fiscales (qui doit payer les taxes sur les bénéfices afférents à l'exploitation du fonds de commerce ?).

Ce problème est lié à une question plus générale : **un groupement peut-il acquérir la personnalité juridique rétroactivement ?**

En effet :

- une chose est sûre, en tout cas : l'apport d'un fonds de commerce **n'entraîne pas, en soi, l'application de l'art. 60 C. soc.**, puisque les personnes qui l'exploitaient le faisaient en leur nom et pour leur propre compte ;
- cela étant, n'est-il pas possible, au nom de l'autonomie de la volonté, d'assortir l'apport d'une **clause qui aboutirait à un résultat équivalent** à ce qui est prévu à l'art. 60 C. soc. ?

Un groupement peut-il acquérir la personnalité juridique de manière rétroactive ?

 C.E., 27/12/1960

Selon cet arrêt, il est possible qu'une société acquière la personnalité juridique rétroactivement. En espèce, un groupement avait été formé pour exploiter un service de taxis. Il avait été formé sous condition suspensive que la licence pour exploitation d'un service de taxis fût délivrée.

Cet arrêt est unaniment critiqué.

Aujourd'hui, il est encore plus clair qu'auparavant que **sous réserve d'exceptions, l'acquisition rétroactive de la personnalité morale n'est pas permise**, puisque l'article 2, § 4 C. soc. énonce que l'acquisition de la personnalité morale suppose le dépôt des statuts au greffe du tribunal de commerce.

Il peut y avoir des **exceptions** à ce principe :

✓ 2 exceptions légales :

- le système de l'art. 60 C. soc. relatif aux engagements au nom d'une société en formation aboutit à un résultat analogue dans le domaine des engagements pris au nom d'une société en formation ;
- il existe une exception relative à ce principe en matière de fusions et scissions.

- Fusions : à partir de quand la société absorbante sera-t-elle tenue des obligations accomplies par la société absorbée avant l'absorption ?

Selon l'article 693 C. soc., en cas de fusion par absorption, *“les organes de gestion des sociétés appelées à fusionner établissent par acte authentique ou par acte sous seing privé un projet de fusion. Le projet de fusion mentionne au moins : (...) 5° la date à partir de laquelle les opérations de la société à absorber sont considérées du point de vue comptable comme accomplies pour le compte de la société absorbante (...)”*.

Selon l'article 706 C. soc., en cas de fusion par constitution d'une nouvelle société, *“les organes de gestion des sociétés appelées à fusionner établissent par acte authentique ou par acte sous seing privé un projet de fusion. Le projet de fusion mentionne au moins : (...) 5° la date à partir de laquelle les opérations des sociétés appelées à être dissoutes sont considérées du point de vue comptable comme accomplies pour le compte de la nouvelle société (...)”*.

Il est donc possible de prévoir que du point de vue comptable et donc aussi du point de vue fiscal, les opérations conclues avant la fusion seront considérées comme l'ayant été pour le compte de la société absorbante. En d'autres termes, les parties à la fusion peuvent conférer à la fusion une certaine rétroactivité comptable et fiscale. Ce principe, qui est évident du point de vue civil (les dettes de la société absorbée deviennent celles de la société absorbante par l'effet d'un transfert universel de patrimoine), ne l'était pas du point de vue comptable et fiscal (qui supporte les impôts sur les bénéfices réalisés antérieurement à l'absorption ?). Et si

la société absorbante est créée pour les besoins de la cause, cela revient à lui conférer une personnalité juridique rétroactive du point de vue comptable et fiscal.

Cette règle a été mal vécue par l'administration fiscale, qui, par une circulaire administrative (sans base légale !), a limité à 7 mois la rétroactivité possible, afin de contrer les tentatives de manipulations en vue de payer moins d'impôts.

- Scissions : la même règle s'applique, *mutatis mutandis*.
- ✓ En dehors de ces deux exceptions légales, normalement, on ne peut pas conférer un effet rétroactif à une personnalité morale, mais il faut nuancer : **la jurisprudence, fiscale en particulier, a admis dans une certaine mesure, les clauses de rétroactivité**. Il est notamment possible de prévoir que la cession ou l'apport d'un fonds de commerce prendra effet à une date antérieure à la date à laquelle le fonds de commerce a été cédé rétroactivement. Une circulaire tente de préciser les conditions dans lesquelles une telle opération est possible : cela doit correspondre à la réalité ; il doit s'agir d'une courte période ; cela doit permettre une juste application de la loi fiscale.


§3. Les effets de la personnalité morale sur le plan de la capacité ; impacts patrimoniaux de la personnalité morale ; limites des effets de la personnalité morale

1. Le groupement doit être traité comme une personne

En principe, un groupement doté de la personnalité juridique a la **même capacité** qu'une personne physique.

Il y a eu, sur ce plan, certaines hésitations et controverses. Certains ont considéré que la personnalité morale était une fiction juridique qui était limitée à certaines finalités, et qu'il n'était pas permis d'en tirer d'autres conséquences.

Ex. à une certaine époque, une personne morale ne pouvait être administrateur ou gérant d'une autre personne morale.

 Cass., 17/05/1962, confirmé par cass. 13/04/1989

Selon le premier arrêt, confirmé par le second, une personne morale peut être administrateur ou gérant d'une autre personne morale.

Attendu de principe : *“pour tous les actes juridiques que n'exclut pas sa nature d'être moral, la capacité d'une société dotée de la personnalité juridique est en principe la même que celle d'une personne physique, si la loi ne l'a pas restreinte”*.

La tendance générale en droit belge et comparé est à la **diminution des exceptions** au principe de l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques au point de vue de la capacité. 2 illustrations :

- les personnes morales peuvent être titulaires d'un droit d'auteur ;
- les personnes morales ont le droit de consulter les documents administratifs qui les concernent (C.E., 14/10/1996).

Une discrimination entre personnes physiques et morales peut donner lieu à un recours à la Cour constitutionnelle pour violation du principe d'égalité des Belges devant la loi.

 C.A., 03/11/1993

Un recours en annulation est introduit contre une loi qui instaure une cotisation unique à charge des sociétés, destinée au statut social des travailleurs indépendants. Il est fait grief à cette législation de traiter les personnes morales différemment des personnes physiques, en ce que les critères pris en compte pour le calcul des cotisations sont différents selon qu'il s'agit d'une personne morale ou d'une personne physique. Mais la Cour d'arbitrage, après avoir examiné si cette différence de traitement était raisonnablement justifiée et si les moyens utilisés étaient proportionnels au but recherché, rejette le recours.

2. Impact patrimonial de la personnalité morale : effet de division patrimoniale

a. Principe : effet de division patrimoniale de la personnalité morale

La personnalité juridique a principalement pour effet de doter le groupement d'un **patrimoine propre distinct** des patrimoines des membres du groupement. Ce patrimoine est composé des apports effectués lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale, ainsi que des produits des activités du groupement. Il est affecté de manière exclusive au désintéressement des créanciers sociaux.

En ce sens, la personnalité morale constitue une **dérogation au principe de l'unité patrimoniale**, qui découle des articles 7 et 8 de la loi hypothécaire.

D'ailleurs, au départ, tel était l'unique but de la personnalité morale, et plus récemment, c'est cette considération qui a incité le législateur à autoriser la création de SPRLU.

b. Conséquences de l'effet de division patrimoniale de la personnalité morale

Ce principe entraîne des **conséquences importantes** :

- ✓ les membres du groupement ne peuvent pas prétendre exercer en leur nom et pour leur compte les droits résultant de l'exercice des activités du groupement personnifié ;
- ✓ il n'y a pas de compensation possible entre une dette contractée par un tiers vis-à-vis du groupement personnifié et une créance de ce tiers vis-à-vis d'un ou plusieurs ou tous les membres du groupement ;
- ✓ cass. 19/02/1999 : un bien mis à disposition d'un époux par une société dont cet époux est le gérant ne peut faire l'objet d'une mesure urgente et provisoire en cas de mésentente grave et persistante entre époux (contentieux de l'art. 223 C. civ.).

c. Aménagements de l'effet de division patrimoniale de la personnalité morale

Mais ce principe connaît des **aménagements**, sous son aspect actif et sous son aspect passif.

◆ **Aménagements du principe de division patrimoniale - aspect actif (perméabilité patrimoniale active)**

La personne morale a un patrimoine distinct, mais cela ne signifie pas qu'elle doit nécessairement être **pleine propriétaire** des biens censés composer son patrimoine. Ces biens peuvent faire l'objet de statuts variés.

- Statut normal : la personne morale est pleine et entière propriétaire des biens apportés ou qu'elle acquiert en cours de vie sociale.
- Mais parfois, sans que sa personnalité juridique soit dénaturée, elle détient des éléments d'actifs dont elle n'est pas pleine et entière propriétaire.

Exemples :

🌐 Cass., 06/12/1996 : sociétés d'Etat

Il était question d'une **société d'Etat algérienne**. En Algérie, les sociétés sont placées sous le contrôle de l'Etat, qui met à leur disposition des biens qui continuent à lui appartenir, mais qui sont affectés à l'entreprise.

🌐 C.A., 10/12/2003 : réserves officielles de change

Cet arrêt de principe important est relatif au statut des réserves de change, détenues par la Banque Nationale de Belgique (B.N.B.) pour le compte de l'Etat belge.

La B.N.B. est la banque centrale de la Belgique. Elle fait maintenant partie du Système européen de banques centrales (S.E.B.C.), constitué par la Banque centrale européenne (B.C.E.) et les banques centrales nationales.

La B.N.B. est un organisme qui accomplit des missions d'intérêt public, notamment :

- émission de la monnaie fiduciaire ;
- interventions sur les marchés de capitaux pour influencer le cours de l'euro. Elle acquiert ou vend des devises ou de l'or dans le cadre d'une politique déterminée pour le compte de l'Etat.

Une particularité que la Belgique partage avec la Grèce est que sa Banque Nationale est un organisme constitué sous la forme d'une société anonyme, de

droit hybride en quelque sorte, qui est cotée en bourse (et a la personnalité juridique) et a aussi des missions de banque.

Est-elle pleine propriétaire de ses actifs ?

La Cour d'arbitrage se prononce sur la question de la propriété des réserves de change.

Les réserves de change désignent les actifs qui se constituent grâce aux interventions de la B.N.B. sur les marchés de capitaux, lorsqu'elle acquiert ou vend des devises ou de l'or pour réguler les taux de change (mission d'intérêt général).

Certains actionnaires minoritaires sont mécontents du fait que ces réserves de change appartiennent à l'Etat belge : "nous voulons notre part dans les revenus que secrètent ces réserves de change". Mais selon la Cour d'arbitrage, ces réserves de change sont des actifs affectés aux missions d'intérêt général que l'Etat belge a déléguées à la B.N.B., et sont détenues et gérées par celle-ci pour le compte de l'Etat belge.

- ➔ En conclusion, la **B.N.B. détient et gère les réserves de change pour le compte de l'Etat belge**. Elle exerce, sur ces réserves de change, une propriété fiduciaire ou à titre fiduciaire.

◆ **Aménagements du principe de division patrimoniale - aspect passif (perméabilité patrimoniale passive)**


Dans certains cas, une personne morale est statutairement appelée à répondre des dettes contractées par des sociétés sœurs.

Par exemple, une société d'Etat peut être, en vertu du statut auquel elle est soumise, codébitrice des dettes contractées par d'autres sociétés d'Etat. Il y a, dans ce cas, une perméabilité patrimoniale entre

- l'Etat, associé fondateur, et la société
- et d'autres entités que l'Etat a pu constituer sous le même régime.

Telle était la situation dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 06/12/1996 (société d'Etat algérienne)

Cette perméabilité doit être respectée par le juge belge, mais le droit belge doit s'appliquer lorsqu'il s'agit de déterminer selon quelles règles une **saisie** peut être effectuée sur le territoire belge. C'est ce qui ressort du même arrêt de la Cour de cassation du 06/12/1996.

 Cass., 06/12/1996 : sociétés d'Etat - suite

La condamnation à charge de l'une des sociétés codébitrices sortit ses effets à l'égard des autres (perméabilité passive), mais une saisie n'est possible qu'à l'égard de la société contre laquelle la condamnation a été prononcée.


En effet, une saisie doit être pratiquée dans le respect des procédures applicables au lieu où le bien se trouve. Or, le droit belge suppose, pour qu'une saisie soit possible, une condamnation à l'égard de la société codébitrice concernée.

d. Conséquence de l'effet de division patrimoniale de la personnalité morale : absence de confusion, avec le patrimoine de la société déclarée en faillite, des patrimoines des associés déclarés en faillite consécutivement à la déclaration de faillite de la société

- ❖ Le principe de division patrimoniale implique aussi qu'en cas de faillite des associés suite à la déclaration de faillite d'une société à responsabilité illimitée, le patrimoine de la société faillie et les patrimoines des associés prononcés consécutivement en faillite ne soient pas confondus et fassent l'objet de liquidations distinctes dans le cadre des faillites ainsi prononcées.

- ❖ Ce principe vaut, notamment et **en particulier, pour les SNC.**

Les associés en nom sont tenus solidairement de toutes les dettes contractées par la société, avec celle-ci et entre eux. Plus encore, la personnalité de la SNC est considérée comme **transparente**, en ce sens que traditionnellement, on estime que ce sont les associés qui font le commerce sous le couvert de la société. Ils sont, dès lors, réputés commerçants du seul fait de leur qualité d'associés en nom. Telle est la solution traditionnelle, qui est, par ailleurs, discutable.

 Cass., 15/12/1938 : la personnalité de la SNC est transparente, donc la faillite de la société s'étend *ipso facto* aux associés

Cet arrêt déduit de cette situation que la **faillite de la SNC entraîne *ipso facto* la faillite des associés en nom** : la personnalité de la SNC est transparente, donc la faillite s'étend aux associés.


Néanmoins, les associés en nom doivent être prononcés en faillite par jugement ou dispositif distinct.

- ➔ Le juge ne doit donc pas constater la réalisation, dans le chef des associés en nom, des conditions de la faillite, dès lors qu'elles sont réunies dans le chef de la SNC. Ces conditions sont au nombre de trois : la qualité de commerçant, le cessation durable de paiement et l'ébranlement du crédit.

La question s'est posée de savoir si cette transparence ne justifiait pas que l'on fasse de l'ensemble constitué par les actifs et les dettes de la société et des associés en nom une masse unique à liquider uniformément²⁴.

Plusieurs options sont possibles.

- ★ On pourrait penser que puisque la personnalité morale de la SNC est transparente, il faut former une seule masse d'actifs à liquider et une seule masse de créanciers. Cette solution résulte de l'arrêt de la Cour de cassation du 21/05/1968.

 Cour de cassation, 21/05/1968 : une seule masse en cas de faillite d'un associé en nom collectif consécutive à la faillite de la société

“Lorsqu'est déclarée la faillite distincte [c'est-à-dire prononcée par jugement ou dispositif distinct] d'un associé d'une société en nom collectif, cette faillite, distincte de celle de la société, forme une seule masse qui comprend tant le passif de la société que le passif propre de l'associé”.

- ★ Cet arrêt a fait l'objet de **critiques doctrinales** et **ne fait plus jurisprudence**, même si la Cour de cassation n'a pas eu, depuis lors, l'occasion de se prononcer à nouveau sur le sujet.

Pourquoi cette solution est-elle critiquable ?

- Parce que cette confusion des masses conduit, sur le plan théorique, à dénier tout intérêt à l'attribution de la personnalité morale en cas de faillite, à nier l'effet de division patrimoniale qui lui est normalement attaché,

²⁴ La masse de la faillite désigne

- l'ensemble des créanciers
- ou le patrimoine qui doit être liquidé dans le cadre de la faillite, y compris les actifs affectés au désintéressement des créanciers.

- et d'autre part, parce qu'elle conduit à des conséquences qui vont bien au-delà de la solidarité instituée par l'article 204 C. soc. (solidarité des associés

✓ entre eux

✓ et avec la société

pour les dettes de la société).

- ↳ Que les créanciers de la société puissent produire leurs créances non seulement dans la faillite de la société, mais aussi dans celle des associés, est évident et découle aujourd'hui de l'art. 204 C. soc. (ils sont des codébiteurs solidaires de la société).
- ↳ Par contre, que les créanciers personnels d'un associé puissent produire leurs créances dans la faillite de la société et des autres associés est contraire à l'article 204 C. soc.

Le problème est qu'il en résulte que

- si les créanciers personnels de chaque associé produisent leur créance,
 - les associés sont solidairement responsables des dettes contractées par chacun d'eux personnellement
 - et les créanciers de la société sont en concours avec les créanciers personnels des associés ;
- la société, qui peut être créancière des associés, n'a plus intérêt à réclamer son dû, puisqu'elle en est elle-même tenue.

Cette règle a donc des effets qui dénaturent le régime de la solidarité des associés en nom pour les dettes de la société.

La jurisprudence, prenant conscience de ces problèmes, a connu une évolution, de sorte que l'arrêt de la Cour de cassation du 21 mai 1968 ne fait plus jurisprudence.

Ex. cour d'appel de Liège, 28/11/2002

3. Le régime de responsabilité des associés

- a. La grande question de l'articulation entre le principe de l'attribution de la personnalité et le régime de responsabilité des associés

Comment déterminer si les associés d'une société sont soumis à un régime de responsabilité limitée ou illimitée ?

- ❖ La personnalité morale n'implique pas nécessairement que la responsabilité des associés soit limitée aux apports. Il n'y a pas, dans le Code des sociétés, de relation consubstantielle entre l'attribution ou la non-attribution, à une société, de la personnalité morale, et le régime de responsabilité, limitée ou illimitée, des associés :

- ▶ personnalité juridique n'implique pas nécessairement responsabilité limitée
- ▶ et absence de personnalité juridique n'implique pas nécessairement responsabilité illimitée.

C'est ainsi que

- certaines sociétés ont la personnalité morale mais connaissent un régime de responsabilité illimitée des associés ;
- dans les sociétés internes, qui sont dépourvues de personnalité juridique, les associés en participation sont soumis à un régime de responsabilité limitée.

- ❖ Les choses sont claires pour les sociétés organisées par le Code des sociétés, qui sont celles figurant dans l'énumération de l'article 2 C. soc. En effet, pour chacune de ces formes sociales, le Code précise lequel des régimes, de responsabilité limitée ou illimitée, s'applique.

- ❖ Mais qu'en est-il du régime de responsabilité des associés d'un groupement doté de la personnalité morale, lorsque ce groupement ne figure pas dans cette énumération ?

Il est question ici des sociétés reconnues par d'autres lois et auxquelles la loi attribue la personnalité morale.

La loi peut préciser le régime de responsabilité des associés. Dans ce cas, le problème ne se pose pas. Mais qu'en est-il si la loi ne le précise pas ?

Ex. les sociétés d'assurances mutuelles (improprement dénommées associations d'assurances mutuelles), au sujet desquelles l'article 11 de la loi du 9 juillet 1975 sur le contrôle des entreprises d'assurances énonce qu'elles "*jouissent de la personnalité juridique*"²⁵. Les associés sont-ils soumis à un régime de responsabilité limitée ou illimitée ? La loi ne le précise pas.

★ **Solution traditionnelle : en l'absence de précision, responsabilité illimitée des associés d'un groupement doté de la personnalité morale**

Le juriste pense d'abord à une solution déduite du droit civil. C'est dans cet esprit que s'inscrit l'arrêt de la Cour de cassation du 24/04/1884.

 Cour de cassation, 24/04/1884

Si le législateur ne prévoit pas de manière spécifique le régime de responsabilité des associés, c'est le régime de responsabilité illimitée qui s'applique. Le régime de responsabilité limitée forme en effet l'exception et ne s'applique que lorsque la loi le prévoit.

Cet arrêt est fondé sur le raisonnement suivant :

²⁵ Digression sur les techniques d'assurances

Il existe, en droit des assurances, deux catégories de techniques d'assurances :

- les assurances à primes : en vertu d'une convention, l'assuré paie une prime, en contrepartie de laquelle l'assureur s'engage à verser à l'assuré ou à un tiers un montant l'indemnisant du dommage subi respectivement par l'assuré ou par le tiers à l'occasion de la survenance d'un sinistre ;
- les assurances mutuelles : ici aussi, l'idée est de se prémunir contre la survenance d'un sinistre, mais pas au moyen d'une prime. On mutualise le risque, ce qui signifie qu'un ensemble de personnes soumises au même risque ou à un risque de même nature vont alimenter un fonds qui servira à payer une indemnité en cas de survenance d'un sinistre. Economiquement, donc, les assureurs et les assurés sont les mêmes personnes.

Ce sont les associations, ou plutôt sociétés d'assurances mutuelles.

- en l'absence de dispositions spécifiques, c'est le droit civil, - le droit des sociétés civiles, actuellement le droit des sociétés de droit commun, qui doit s'appliquer (autrefois les dispositions du Code civil relatives à la société civile, actuellement les dispositions du Code des sociétés relatives à la société de droit commun) ;
- les articles 1862 et s. C. civ., actuellement les articles 50 et s. C. soc., prévoient dans les sociétés civiles, actuelles sociétés de droit commun, un régime de responsabilité illimitée des associés (de plus, selon l'article 52 C. soc., cette responsabilité est solidaire si l'objet de la société est commercial).

★ **La doctrine et jurisprudence modernes penchent dans l'autre sens : en l'absence de précision, responsabilité limitée des associés d'un groupement doté de la personnalité morale**

L'arrêt de la Cour de cassation du 24/04/1884 procède d'un vieux réflexe qui fait du droit civil le droit commun des sociétés. Cette idée est contestée parce qu'il existe maintenant le Code des sociétés, que les dispositions du Code civil qui organisaient la société civile ont été abrogées, et que la société de droit commun, vestige de l'ancienne société civile, n'est qu'une variété de sociétés organisée par le Code des sociétés parmi d'autres.

- ↳ Avant, cette idée pouvait avoir du sens, parce que le droit des sociétés était contenu dans le Code civil, les L.C.S.C. et des lois particulières. Mais aujourd'hui, la société civile a disparu, ou, plus précisément, elle existe toujours mais sous la forme de la société de droit commun, qui est organisée par le Code des sociétés à côté d'autres formes sociales. Il n'y a donc plus de raison de lui reconnaître une prééminence.

Dès lors, la doctrine se demande si finalement, l'attribution de la personnalité juridique ne suffirait pas à justifier comme telle un régime de responsabilité limitée.

D'ailleurs, la société de droit commun, comme l'ancienne société civile, n'a pas la personnalité morale ! Il est donc d'autant plus curieux de la prendre comme référence pour déterminer le régime de responsabilité des associés d'un groupement auquel la loi a reconnu la personnalité morale sans préciser s'il est soumis à un régime de responsabilité limitée ou illimitée.

La doctrine moderne penche en ce sens. Parce que quand un mécanisme juridique est créé, il faut l'observer tel qu'il est appelé à fonctionner et

en déduire les conséquences eu égard à la nature des choses. Lorsqu'on utilise cette manière de penser en relation avec l'attribution de la personnalité morale, on constate que lorsqu'un groupement personnifié contracte une dette, c'est parce qu'il s'est présenté comme tel aux yeux du tiers cocontractant. Ce tiers contractant a conclu le contrat en acceptant que l'autre partie soit la personne morale, et n'a pas estimé contracter avec ses membres. Cela ne suffit-il pas à expliquer qu'il n'ait de recours que sur le patrimoine de la personne morale ?

Cette idée a été exprimée (incidemment) par l'avocat général Ganshof van der Meersch dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 17/05/1968.

Le tribunal de première instance d'Ypres, dans un jugement du 19/05/1993, consacre cette solution à propos d'une société d'assurance mutuelle.

b. Les personnes morales à responsabilité illimitée

Il existe des personnes morales à propos desquelles le législateur organise un régime de responsabilité illimitée.

Ex.

- SNC
- SCS et SCA pour les associés commandités
- SCRI

Ce régime implique que les associés répondent sur leur patrimoine personnel des dettes contractées par le groupement dans le cadre de l'exploitation de ses activités.

❖ Il concerne les tiers avec lesquels la société a contracté.

Ex. le créancier d'une SNC peut agir contre la société mais aussi contre les associés en nom.

En revanche, la doctrine et la jurisprudence traditionnelles estiment qu'il ne s'applique **pas dans la relation entre la société et ses associés**, ce qui s'observe en particulier en cas de faillite de la société : le curateur à la faillite

ne peut pas se prévaloir, en agissant comme représentant de la société faillie, du régime de responsabilité illimitée applicable aux associés, pour leur réclamer le versement de montants correspondant au passif social.

Ex. Anvers, 11/09/2003

- ❖ Quelles sont les **conséquences**, lorsque les associés sont soumis à un régime de responsabilité illimitée, **de la faillite de la société** ?

Nous avons déjà approché cette question en relation avec les SNC (arrêt de la Cour de cassation du 15/12/1938 selon lequel la personnalité de la SNC est transparente, donc la faillite de la société s'étend *ipso facto* aux associés). Nous allons maintenant l'examiner sous un autre angle.

En particulier, la faillite de la société entraîne-t-elle la faillite des associés soumis à un régime de responsabilité illimitée ?

🕒 Cass., 15/12/1938 : la personnalité de la SNC est transparente, donc la faillite de la société s'étend *ipso facto* aux associés

V. plus haut.

🕒 Jurisprudence constante

Cette jurisprudence (mais non celle relative à la confusion des masses) a été affirmée de manière constante depuis, notamment par l'arrêt du 15/12/2000.

La même solution vaut, sous certaines nuances, pour les **associés commandités dans les SCS**.

Pourtant, ce principe est **mis en doute par une fraction de la doctrine et de la jurisprudence, et à raison**.

- ▶ **1^{ère} idée : la notion de personnalité morale transparente, une pétition de principe**

Qu'est-ce qu'une personnalité morale transparente ou incomplète ?? Une personnalité morale qui ne produit pas tous les effets qui devraient être les siens. C'est une pétition de principe, c'est-à-dire une règle qui n'a été créée que pour justifier une solution.

- ▶ **2^{ème} idée : les conditions de la faillite** : qualité de commerçant, cessation durable de paiement et ébranlement du crédit

Si cette solution s'applique en matière de SNC, et, sous certaines nuances, de SCS, elle devrait aussi s'appliquer aux autres sociétés à responsabilité illimitée. Or, tel n'est pas le cas dans la jurisprudence.

Ex. Liège, 18/12/2000 et trib. comm. Tongres, 13/01/2003 : le juge refuse de prononcer la faillite des associés d'une SCRI comme conséquence de la faillite de la société.

Qu'est-ce qui peut justifier l'extension de la faillite ? L'idée de responsabilité illimitée, mais ce fait n'implique pas que les conditions de la faillite soient réunies.

- La responsabilité illimitée d'un associé n'implique pas, notamment, la **qualité de commerçant** dans son chef.

Ex. si une société coopérative a la qualité de commerçant, il n'en résulte pas que ses associés aient la qualité de commerçant. Tout comme la caution solidaire et indivisible d'une dette d'un commerçant n'acquiert pas la qualité de commerçant de ce fait.

D'ailleurs, pour justifier la solution qu'il établit (qualité de commerçant des associés en nom collectif), l'arrêt de la Cour de cassation du 15/12/1938 ajoute que les associés en nom collectif sont censés faire le commerce sous la raison sociale. La raison sociale était, à l'époque, la dénomination de la SNC, qui consistait dans le nom des associés ou le nom d'un associé suivi de "et compagnie". Cette apparition du nom d'un ou des associés créait, pour la Cour de cassation, l'apparence que c'étaient les associés qui faisaient le commerce, sous le couvert social. Mais depuis 1995, il n'est plus exigé que les SNC soient nommées par la raison sociale !


Cependant, la situation des **associés en nom collectif et commandités** reste particulière en vertu de la **loi sur la Banque-Carrefour des Entreprises** (loi du 16 janvier 2003), dont l'article 33, §3 énonce que les associés en nom et les associés commandités sont **réputés commerçants**.

Mais la question reste entière pour les autres sociétés à responsabilité illimitée, notamment les SCRI.

- Et pour que la faillite puisse être prononcée, il faut encore que les autres conditions soient remplies : **cessation durable de paiement et ébranlement du crédit**. En quoi la responsabilité illimitée des associés implique-t-elle leur insolvabilité si la société est déclarée en faillite ? Certes, les tiers créanciers peuvent agir sur le

patrimoine des associés, mais cela n'implique pas que ces derniers soient insolvables. Il n'y a aucune raison de présumer cette insolvabilité. Cette observation peut être faite pour la SNC et la SCS, ainsi que pour les autres sociétés à responsabilité illimitée (non visées par la loi sur la Banque-Carrefour des Entreprises au titre de la qualité de commerçant de leurs associés).

- ▶ 3^{ème} idée : reste le point fondamental : est-il **opportun, justifié et légitime** de promouvoir une solution impliquant la faillite des associés du fait de la faillite de la société ?
 - Il y a une tradition, dont l'arrêt de la Cour de cassation de 1938 est l'expression : on veut protéger les tiers. Telle est la finalité du régime de responsabilité illimitée.
 - Mais cette volonté de protection des tiers justifie-t-elle en soi que la faillite de la société entraîne celle des associés ? Non, parce que pour que la faillite des associés (des associés en nom en particulier) se justifie, il faut que cette faillite entraîne pour les tiers créanciers un degré de protection que le seul régime de la responsabilité illimitée ne leur octroie pas. Or, si les associés, par exemple les associés en nom collectif, sont solvables, qu'est-ce que leur déclaration de faillite ajoute, puisqu'ils ont un patrimoine suffisant pour faire face à leurs dettes personnelles et au passif social ? Les créanciers de la société sont pleinement protégés si les associés sont solvables, et il n'est pas nécessaire de prononcer leur faillite.
- ➔ **En conclusion, la faillite des associés ne sera justifiée que pour autant que les conditions de la faillite soient établies dans leur chef** (qualité de commerçant et insolvabilité). Et il est vrai que si la société à responsabilité illimitée qui est déclarée en faillite a un passif important, cela peut entraîner l'insolvabilité des associés et par conséquent justifier la faillite dans leur chef s'ils ont la qualité de commerçant. Mais il ne faut pas, au nom de la protection des tiers, passer à travers les conditions de la faillite. Les tiers sont suffisamment protégés par le fait qu'ils peuvent demander la faillite des associés en cas d'insolvabilité.

 ex. trib. comm. Namur, 30/01/1992

La faillite d'un associé commandité ne peut être prononcée que s'il est établi que les conditions de la faillite sont réalisées dans son chef (cessation de paiement et ébranlement du crédit).

La jurisprudence de l'arrêt du 15/12/1938 doit donc être reconsidérée.

4. Distinction entre le patrimoine de la personnalité morale et les parts sociales

Une autre conséquence de la personnalité morale est que l'on va distinguer le patrimoine de la personne morale des parts sociales attribuées aux associés en rémunération de leurs apports, qu'elles soient ou non matérialisées dans des titres négociables. Cela implique qu'en principe, la propriété des parts sociales a pour objet non le patrimoine social, mais les parts sociales. En d'autres termes, les associés ne sont pas propriétaires des actifs composant le patrimoine de la personne morale. C'est un autre effet de division patrimoniale de la personnalité morale.

Il en découle plusieurs **conséquences** :

- les droits des associés sur les parts sociales ou les actions sont toujours considérés comme des droits mobiliers, même si le patrimoine de la société comporte des immeubles ;
- les droits réels ou personnels constitués à propos d'un actif social ne peuvent en principe être reportés sur des parts sociales ou actions.

Ex. une société contrôlée par deux associés octroie à un intermédiaire un droit d'exclusivité pour la cession du fonds de commerce exploité par elle ; l'intermédiaire ne peut pas se plaindre si les associés vendent leurs parts à un tiers (Gand, 03/11/1998).

- Il y a une question davantage discutée dans la doctrine : quelle portée faut-il attribuer aux articles 1641 et s. C. civ. (**garantie des vices cachés en matière de vente**) en cas de vente de parts sociales ou d'actions représentatives du capital d'une société, spécialement lorsque cette vente entraîne un transfert du contrôle de la société au cessionnaire des parts ou actions ?

- En pratique, sous l'influence d'une pratique anglo-saxonne, il est d'usage que les parties négocient des clauses particulières de garantie, aux termes desquelles le cessionnaire s'assure de la consistance patrimoniale et financière de la société dont il acquiert le contrôle. En effet, la difficulté, ici, est que le contrat de vente porte non sur le patrimoine de la société, mais sur les actions ou les parts sociales. C'est pour ce motif que se sont

développées, dans la pratique, de telles garanties contractuelles portant sur la patrimoine de la société.

- Mais que se passe-t-il si les parties n'y ont pas pensé, voire ne l'ont pas fait sciemment ? Dans ce cas, c'est le droit commun de la vente qui s'applique, donc la garantie des vices cachés. Mais quels vices cachés ? Des parts non négociables ? Des actions ont disparu ? Un passif occulte ?
- Jusqu'aux arrêts cités ci-après, la tendance dans la jurisprudence judiciaire et arbitrale consistait à considérer qu'il fallait interpréter le contrat de bonne foi : la personne concernée acquiert, à travers l'achat des actions, le contrôle de l'entreprise - c'est l'entreprise qui intéresse le cessionnaire ; donc, les vices cachés du bilan sont couverts, en plus de ceux dont les actions pourraient être affectées.
- Mais : Bruxelles, 20/05/1987 ; Liège, 01/05/1992. Ces deux arrêts remettent en question cette jurisprudence : la vente porte sur des parts ou actions, donc les seuls vices cachés sont ceux affectant comme telles les parts ou actions.

5. La personnalité morale en tant que fiction dont les effets sont, à certains égards, appréhendés avec un certain relativisme

a. Introduction

La personnalité morale est un artifice, une fiction, une technique pour identifier un certain nombre de règles particulières applicables au groupement et aux tiers avec lesquels le groupement entre en contact dans le cadre de ses activités.

Les effets de cette fiction sont, à certains égards, appréhendés avec un certain relativisme, en ce sens que dans certaines situations, la jurisprudence ne va pas tirer toutes les conséquences de l'attribution, à un groupement, de la personnalité juridique, mais va essayer de débusquer la réalité derrière la fiction pour en tenir compte.

Bref, il y a des situations où l'on va adopter de la personnalité juridique une conception relativiste.

b. Entorses à la responsabilité limitée des associés : les engagements de garantie et les lettres de confort ou de patronage

Il est loisible aux associés, ou à certains associés, de se soumettre à un régime de responsabilité illimitée, même si la loi prévoit un régime de responsabilité limitée et même la loi attribue la personnalité juridique au groupement. Par exemple, souvent, un banquier subordonne l'octroi d'un crédit qui lui est sollicité par une société, à un **engagement de garantie**, quant au remboursement du crédit, par un ou plusieurs associés, qui seront alors responsables de la dette contractée par la société à l'égard du banquier. Cet engagement de garantie peut, par exemple, prendre la forme d'un cautionnement ou d'une garantie innommée, ou d'une garantie à première demande.

Mais un associé ou actionnaire, fût-il important ou de contrôle, peut vouloir apporter son soutien à la société, en particulier dans les négociations avec le banquier en vue de l'octroi d'un prêt, sans pour autant être disposé à s'engager dans des termes aussi contraignants que ceux d'un cautionnement ou d'une garantie à première demande. Cela donne lieu, dans la pratique, à des **lettres de confort ou de patronage**. Ce sont des lettres par lesquelles un associé ou un actionnaire de référence ou de contrôle s'adresse au banquier avec lequel la société poursuit la négociation d'un emprunt, où il fait un certain nombre de déclarations destinées à rassurer le banquier sur la capacité du groupement à supporter les charges du crédit (paiement des intérêts et remboursement du capital aux échéances convenues), dans des termes qui ne permettent pas d'en déduire un cautionnement ou une garantie à première demande.

Deux questions se sont posées en relation avec les lettres de confort ou de patronage.

- Sont-elles valides juridiquement ?
- Si oui, quelle est leur portée en droit ?
 - **Validité juridique** des lettres de patronage ou de confort

C'est une question dépassée. Elle s'était posée au titre de la controverse, antérieure au début des années 80, relative aux déclarations unilatérales de volonté. Un arrêt de la Cour de cassation de 1980 a tranché la controverse, en

jugeant que les déclarations unilatérales de volonté étaient une source d'obligations.

Pour que la lettre contienne l'expression d'un engagement par déclaration unilatérale de volonté, il faut, bien entendu, qu'elle soit rédigée de telle manière que l'on puisse en déduire un engagement.

- **Portée en droit des lettres de confort ou de patronage**

Il faut tenir compte, au nom du principe de l'autonomie de la volonté, de la volonté réelle de l'auteur de la lettre et des termes de celle-ci. Dans la pratique, il existe une grande variété dans les termes utilisés.

Ex.

- L'associé ou actionnaire à qui une telle lettre est demandée par le banquier s'engage à faire ses meilleurs efforts pour que la société puisse faire face à ses obligations.
- L'auteur de la lettre prend l'engagement de maintenir sa participation dans la société à un certain niveau pendant la durée du crédit.

Quelle est la portée de ces lettres ? Il n'existe pas de réponse uniforme, vu la très grande variété dans les termes utilisés. Mais l'on observe que de manière générale, la jurisprudence a témoigné, depuis un certain temps, d'une grande sévérité dans l'appréciation de la portée ces lettres, sévérité qui profite aux banquiers. Si la terminologie de la lettre ne l'exclut pas, le juge va considérer qu'en définitive, l'auteur s'est engagé à ce que la société remplisse ses obligations, et que si elle ne remplit pas ses obligations, l'auteur de la lettre doit être condamné à une réparation en nature, au titre de laquelle il devra se substituer à la société pour l'exécution des obligations de celle-ci. Curieusement donc, l'auteur de la lettre se retrouve dans la position d'un garant, alors que c'est précisément ce qu'il voulait éviter. Mais si l'auteur a indiqué qu'il ferait ses meilleurs efforts pour que la société puisse faire face à ses obligations, il s'agit d'une obligation de moyens, et le tiers cocontractant devra démontrer que ces meilleurs efforts n'ont pas été accomplis.

- c. Prise en compte (ou non) de la réalité de l'entreprise exploitée sous le couvert de la personnalité morale

Dans l'intérêt des tiers, le juge va, dans certains cas, accepter de tenir compte de la réalité de l'entreprise économique exploitée par la société derrière le couvert de la personne morale. Le juge percera le voile social, écartera l'application du droit commun de la personnalité morale, dans l'intérêt des tiers ou **pour les besoins de l'application du droit de la concurrence**.

- ★ Ce phénomène est observable, par exemple, en **droit social**. Depuis très longtemps, il est admis (v. cass. 14/06/1957) qu'en cas de cession d'entreprise, le **calcul de l'ancienneté des travailleurs, en cas de licenciement**, soit basé sur la période pendant laquelle ceux-ci ont été employés au sein de l'entreprise, même si cette dernière a changé de mains, au terme, par exemple, d'une cession d'entreprise ou de contrôle. Alors que si l'on appliquait les textes à la lettre, en cas de licenciements de la part de la société cessionnaire, l'ancienneté des travailleurs devrait être calculée sur base de l'occupation dans la société cessionnaire uniquement, ce qui rendrait les indemnités compensatoires de préavis ou les préavis moindres.

Par la suite, les Conventions collectives de travail n° 32 et 32bis du 7 juin 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise ont consacré cette règle.

- ★ Nous avons vu qu'en **droit de la concurrence**, il peut en aller de même : on tient compte de la réalité de l'entreprise et du contrôle de la société mère pour voir si une entente est possible entre sociétés d'un même groupe ou si la société mère peut être rendue responsable pour un abus de position dominante d'une filiale.

Mais **dans d'autres cas**, alors que des considérations semblables pourraient justifier la mise à l'écart du droit commun de la personnalité morale pour tenir compte de la réalité de l'entreprise exploitée, **le juge va s'y refuser**.

- ★ Par exemple, le juge ne tient pas compte de la réalité de l'entreprise exploitée sous le couvert de la personnalité morale en matière de **renouvellements de concessions de vente à durée déterminée**, alors que les concessions de vente sont soumises à un régime juridique analogue à celui que l'on rencontre en droit social.

Digression : les concessions de vente et la réglementation relative aux résiliations unilatérales des concessions de vente à durée indéterminée et aux concessions de vente à durée déterminée successives

Une concession de vente est un contrat par lequel une partie, le concédant, octroie à l'autre partie, le concessionnaire, le droit, exclusif le cas échéant (cas le plus fréquent en pratique) de distribuer, sur un territoire déterminé, des produits fabriqués par le concédant ou diffusés par lui s'il n'en est pas le fabricant.

Normalement, le concessionnaire est la partie la plus faible, car

- c'est le concédant qui choisit ses distributeurs, qui est au sommet de la chaîne, tandis que le concessionnaire ne peut distribuer les produits que du consentement du concédant et sur un territoire déterminé ;
- si le concédant met fin à la concession, le concessionnaire risque de se retrouver dans une situation difficile, surtout si la concession était exclusive, puisque dans ce cas il s'est interdit de vendre d'autres produits que ceux sur lesquels portait la concession exclusive.

C'est la raison pour laquelle une loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée a été adoptée (modifiée par la loi du 13 avril 1971). Cette loi vise essentiellement à protéger, dans ces hypothèses, le concessionnaire. Pour l'essentiel, elle prévoit, par dérogation au droit commun des obligations (selon lequel les contrats à durée indéterminée sont résiliables *ad nutum*), qu'en cas de résiliation unilatérale d'une concession de vente à durée indéterminée, le concédant doit laisser au concessionnaire un délai raisonnable pour trouver une concession de valeur équivalente, ou lui payer une indemnité compensatoire de préavis. En outre, le concessionnaire peut prétendre à une indemnité complémentaire, qui vise essentiellement trois postes :

- ✓ la plus-value notable de clientèle apportée par le concessionnaire et qui reste acquise au concédant après la résiliation du contrat ;
- ✓ les frais que le concessionnaire a exposés en vue de l'exploitation de la concession et qui profiteraient au concédant après l'expiration du contrat ;
- ✓ les débits que le concessionnaire doit au personnel qu'il est dans l'obligation de licencier par suite de la résiliation de la concession de vente.

Ces mécanismes rappellent la logique du droit social, dans la mesure où il s'agit aussi de protéger la partie présumée la plus faible.

Mais cette disposition impérative vise la concession à durée indéterminée, et non la concession à durée déterminée, où chaque partie doit normalement s'attendre à l'éventualité que la concession prenne fin à l'échéance du terme prévu (le concessionnaire évitera donc, normalement, de faire des investissements qui ne pourraient être rentabilisés qu'après dix ans, alors que son contrat est conclu pour trois ans).

Certains ont dès lors recouru à des subterfuges pour contourner cette réglementation exigeante, subterfuges qui consistent à conclure des contrats successifs à durée déterminée : "nous allons conclure un contrat à durée déterminée, mais nous allons le renouveler ; entre nous, c'est comme si c'était déjà fait !". Le problème est que juridiquement, le concessionnaire est exposé à ce que le concédant décide de ne pas renouveler le contrat. Le législateur de 1971 a déjoué ce subterfuge : la loi du 13 avril 1971 insère un article 3bis, al. 2 dans la loi du 27 juillet 1961, aux termes duquel "*lorsqu'une concession de vente à durée déterminée a été renouvelée à*

deux reprises, que les clauses du contrat primitif aient ou non été modifiées entre les mêmes parties, ou lorsqu'elle a été tacitement reconduite à deux reprises par l'effet d'une clause du contrat, toute prorogation ultérieure est censée consentie pour une durée indéterminée". Autrement dit, le **troisième renouvellement** est **présumé irréfragablement à durée indéterminée**.

On s'est demandé comment calculer le **nombre de renouvellements** dans le cas où l'entreprise concédante a changé de mains.

 Bruxelles, 17/01/1978

Une concession avait été octroyée par une société qui contrôlait plusieurs filiales. Deux renouvellements avaient été accordés, puis l'entreprise à laquelle la concession se rapportait avait été cédée à une des filiales, qui avait consenti à un renouvellement de la concession. Fallait-il considérer que c'était un premier ou un troisième renouvellement ? Si l'on suit la logique du droit social (arrêt de la Cour de cassation de 1957, C.C.T. n°32bis), il faut protéger le petit et donc calculer le nombre de renouvellements sur base de la réalité de l'entreprise. Mais la jurisprudence a refusé de s'engager dans cette voie. Selon la Cour d'appel de Bruxelles, il ne s'agissait que d'un premier renouvellement. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi qui avait été introduit contre cet arrêt, mais pour des raisons de forme.

Pourquoi cette solution, alors qu'en droit social prévaut la solution inverse ?

➔ Conclusion : il n'y a **pas d'uniformité** en la matière.

d. Comblement de passif et extension de la faillite au maître de l'affaire

Une troisième variété de situations où l'on fait échec à la personnalité morale, à ses conséquences naturelles et à la responsabilité limitée attachée à la personnalité morale, par la loi ou la nature des choses²⁶, peut intervenir suite à la **méconnaissance des règles du jeu** en matière de fonctionnement des personnes

²⁶ Pour rappel, l'on ne peut considérer que la responsabilité limitée des associés peut découler de la nature des choses qu'à condition que l'on adhère à une certaine doctrine moderne, qui considère que "par défaut", les membres d'un groupement doté de la personnalité morale sont soumis à un régime de responsabilité limitée. Cette conception s'oppose à la doctrine traditionnelle, selon laquelle la responsabilité des membres d'un groupement doté de la personnalité morale n'est limitée que si la loi le prévoit.

morales, qui peut donner lieu à un comblement de passif ou à l'extension de la faillite au maître de l'affaire.

❖ Origine historique et principe

Dans les années 70, le grand choc pétrolier précipite les économies occidentales dans de grandes difficultés et provoque une multiplication des faillites des entreprises, en particulier des petites et moyennes entreprises, non capitalisées. L'insolvabilité de l'entreprise aura souvent pour retentissement que le patrimoine du failli sera insuffisant pour désintéresser les créanciers²⁷. Cette impossibilité a pris des dimensions dramatiques dans les années 70. Face à cette situation, on s'est demandé : comment trouver l'argent ? S'il ne se trouve pas dans la société, peut-être se trouve-t-il dans les mains d'un associé ? Du maître de l'affaire ? C'est la même logique que pour les SNC, mais ici, il s'agit de sociétés à responsabilité limitée et la jurisprudence de 1938 est donc inapplicable.

Il en est résulté que la jurisprudence des années 70 a considéré que dans certaines circonstances, le **maître de l'affaire (associé ou actionnaire dominant)** supportait la responsabilité des dettes sociales en cas de **méconnaissance des règles du jeu en matière de fonctionnement de la personnalité juridique**.

Ex.

- le Conseil d'administration ou collège de gestion n'est jamais réuni et un associé ou actionnaire dominant prend les décisions seul ;
 - la comptabilité n'est pas tenue de manière régulière, en sorte qu'il est impossible de distinguer le patrimoine de la société de celui du maître de l'affaire ;
 - l'associé dominant paye des dettes personnelles au moyen des avoirs sociaux ;
 - l'associé dominant utilise certains avoirs sociaux à des fins personnelles ;
 - l'associé dominant paye des dettes sociales avec ses propres deniers, sans y être tenu.
- ➔ Dans les années 70, les tribunaux de commerce acceptent de percer le voile de l'incorporation de manière à prendre l'argent dans la poche de l'associé ou actionnaire dominant qui a méconnu les règles du jeu en matière de fonctionnement de la personnalité morale.

²⁷ Mais pas toujours. En effet, même si un commerçant est en état de cessation de paiement et d'ébranlement du crédit (il ne peut plus faire face à ses dettes à un certain moment), cela ne signifie pas qu'il est insolvable. Le curateur réalise les actifs et au moyen du produit de ces opérations, on espère désintéresser les créanciers, mais ce ne sera pas toujours le cas.

- Soit le passif social est mis à charge de l'associé ou actionnaire dominant (maître de l'affaire) : **comblement de passif** ;
- soit la faillite est étendue à cet associé ou actionnaire, à l'instar de l'extension de la faillite de la SNC aux associés en nom : **extension de la faillite au maître de l'affaire** ;

comme si le maître de l'affaire avait fait le commerce pour son propre compte, sous le couvert de la société.

Cette jurisprudence s'est fort développée.

Mais jamais, le fait qu'un associé ou actionnaire soit dominant n'a à lui seul justifié l'attribution à lui de la qualité de maître de l'affaire : encore faut-il que cet associé dominant ait méconnu les règles de jeu en matière de fonctionnement de la personnalité morale.

❖ **Quel est le fondement juridique de cette solution ?**

A un certain moment, plusieurs fondements ont été proposés.

- 1ère idée : si un associé ou actionnaire dominant méconnaît les règles du jeu en confondant la gestion de ses affaires avec celles de la personne morale, au point que les patrimoines sont confondus, il n'y a pas de véritable société, mais une société purement fictive - c'est une **simulation**. Le curateur peut agir en déclaration de simulation afin de rendre l'associé dominant responsable des dettes contractées.

Cette solution est séduisante, mais difficilement praticable en droit des sociétés, parce que faire comme si une société n'existait pas, c'est considérer qu'elle était nulle, or, depuis 1973, les causes de nullité sont énumérées de manière limitative pour les SA, les SPRL, les SCRL et les SCA et la simulation n'est pas visée par cette énumération. Et même si l'on considère que c'est différent d'une nullité, la déclaration de simulation n'a pas d'effet rétroactif.

- 2ème fondement proposé : **théorie du prête-nom** : la société concernée aurait agi comme prête-nom du maître de l'affaire. La confusion patrimoniale impliquerait, en effet, que la société ferait le commerce en son nom, mais pour le compte du maître de l'affaire. Le curateur pourrait

donc rendre le maître de l'affaire responsables des dettes sociales en tant que mandant occulte²⁸.

Cette solution est critiquable pour deux motifs principalement :

- parmi les indices les plus fréquents qui permettent de conclure à une confusion des patrimoines, figurent ceux qui impliquent que le maître de l'affaire apparaissait comme tel aux yeux des tiers (il n'est donc pas occulte !);
ex. : il ne tient pas de comptabilité distincte ; il paye ses dettes au moyen de deniers sociaux et vice-versa ;
- le prête-nom suppose un contrat entre le prête-nom et le mandant occulte. Or, comment envisager une convention entre le maître de l'affaire et la société dominée par lui, incapable d'exprimer une volonté propre ?

Cette théorie a, dès lors, été abandonnée.

- Une solution simple qui mérite d'être retenue est l'**abus de droit** : abus de la personnalité morale, cas de responsabilité visé par les articles 1382 et 1383 C. civ. Celui qui, avec des comparses, crée une société dotée de la personnalité juridique, alors que dans la réalité des choses, le but est d'exploiter un commerce purement personnel sous le couvert factice d'une personnalité morale, abuse du concept de personnalité morale, en le détournant de son but, et commet donc une faute dont il est responsable. Le principe de la réparation en nature commande que l'on fasse comme si la société n'existait pas et que le maître de l'affaire soit rendu responsable des dettes de la société.

Mais cela **ne justifie pas sa déclaration en faillite** : le fait qu'un maître de l'affaire ait méconnu les règles applicables en matière de fonctionnement de la personnalité morale justifie, certes, que le passif social soit mis à sa charge, mais en quoi ce fait justifie-t-il que la faillite lui soit étendue ? Est-il nécessairement un commerçant en état de cessation durable de paiement et d'ébranlement du crédit ?

A ce sujet, la jurisprudence a connu **plusieurs étapes**.

- (1) Dans un premier temps, on a décidé d'appliquer **par analogie les règles applicables en matière de SNC**, - de traiter le maître de l'affaire comme

²⁸ Cela suppose, en premier lieu, que l'on admette que le tiers cocontractant du prête-nom ait un recours contre le mandant occulte ; tel n'est pas le cas selon P.A. Foriers.

un associé en nom collectif : il est responsable des dettes sociales, il est donc comme un associé à responsabilité illimitée et doit donc être soumis au même régime. Cette solution a prévalu pendant environ dix ans.

- (2) Ensuite, à **partir de 1978**, la **Cour de cassation** a rendu trois arrêts où elle a procédé à une distinction entre les conséquences susceptibles d'être attachées à la faute du maître de l'affaire et le droit de la faillite.

🕒 Cour de cassation, 26/05/1978, 01/06/1979 et 26/10/1979 : rejet de la théorie de l'extension de la faillite au maître de l'affaire

En droit civil prévaut le principe de la réparation en nature. Le comblement de passif peut être considéré comme une sanction adéquate et la Cour de cassation ne le nie pas. Mais le droit de la faillite comporte des conditions préalables à toute déclaration de faillite. Ici, la Cour énonce des considérations semblables à celles qui nous ont amenés à critiquer la règle de l'extension de la faillite aux associés en nom. **Il faut**, selon elle, **que les conditions de la faillite soient réunies** dans le chef du maître de l'affaire (qualité de commerçant, cessation durable de paiement et ébranlement du crédit). Sinon, il supportera le passif social mais ne pourra être mis en faillite.

- ➔ A l'issue de cette évolution, la faillite du maître de l'affaire n'est plus une faillite par extension, mais une faillite prononcée en raison de la réunion des conditions de la faillite dans son chef.

Ce revirement a conduit à **2 conséquences particulières** qui expliquent, en tout cas pour l'une d'elles, pourquoi les **jugements d'extension de la faillite au maître de l'affaire** sont devenus **rare à partir des années 80** :

- ➔ nécessité de **démontrer la réunion des conditions de la faillite** dans le chef du maître de l'affaire, **notamment sa qualité de commerçant** au moment de, ou jusqu'à 6 mois avant, la déclaration de faillite ;

imaginons qu'au 1^{er} juillet 2007, la faillite d'une société soit prononcée, et que le curateur souhaite étendre la faillite au maître de l'affaire.

- Le maître de l'affaire est-il un commerçant ? Son éventuelle qualité de commerçant peut être établie, selon les cas, de deux façons :

- soit le maître de l'affaire exerce, à côté de l'exploitation de sa société, d'autres activités commerciales : dans ce cas, il a la qualité de commerçant tant que dure ce commerce parallèle ;
- sinon, sa qualité de commerçant ne pourra être déduite que de la circonstance qu'il exploitait un commerce personnel sous le couvert de la société. Or, à partir de la déclaration de la faillite de la société, il a cessé d'être commerçant, puisque seul le curateur a qualité pour accomplir des actes juridiques au nom de la société. Cependant, selon l'article 2 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, "(...) *la faillite d'une personne physique peut être déclarée jusqu'à six mois après son décès, lorsqu'elle est décédée après avoir cessé ses paiements de manière persistante et que son crédit a été ébranlé (...)*". La jurisprudence en déduit qu'un commerçant qui a cessé de l'être peut être déclaré en faillite 6 mois après la cessation de son commerce. Le maître de l'affaire pourra donc être mis en faillite 6 mois après la déclaration de faillite de la société. Cela n'élargit cependant pas considérablement les possibilités (6 mois c'est court, notamment pour réunir les indices nécessaires).
- Le curateur doit également démontrer que le maître de l'affaire est en état de cessation de paiement et d'ébranlement du crédit.

➔ **impossibilité de faire remonter la période suspecte plus de 6 mois avant la déclaration de faillite du maître de l'affaire**

Digression sur la période suspecte

La période suspecte est la période antérieure à la déclaration de faillite au cours de laquelle celui qui n'est qu'un éventuel futur failli a accompli des actes que la loi présume être contraires à l'égalité entre les créanciers, - des actes par lesquels il est présumé avoir voulu avantager certains créanciers au détriment d'autres (v. les articles 17 et 18 de la loi sur les faillites). Il appartient au tribunal de commerce d'en fixer la durée, soit au moment de la déclaration de faillite, soit ultérieurement, à la demande du curateur (cette demande doit intervenir endéans un certain délai) ; le tribunal de commerce ne peut, toutefois, la faire remonter à plus de 6 mois avant la déclaration de faillite (art. 12 de la loi sur les faillites).

On s'est demandé comment appliquer cette règle en cas d'extension de la faillite au maître de l'affaire. Imaginons que dans notre exemple, le maître de l'affaire soit mis en faillite six mois après la faillite de la société.

- Dans les années 70, l'on a considéré qu'aux deux faillites pouvait être attachée la même date en tant que début de la période suspecte. Dans notre exemple, la période suspecte pouvait donc durer 12 mois.
- Mais puisque la faillite par extension n'existe plus (la faillite par extension est une pure métaphore), la Cour de cassation a estimé que la période suspecte pour la faillite du maître de l'affaire ne pouvait remonter à plus de 6 mois avant sa déclaration de faillite. Dans notre

exemple, cette période suspecte peut donc tout au plus remonter à la déclaration de faillite de la société.

§4. Les conditions de fonctionnement des sociétés dotées de la personnalité juridique

1. La théorie de l'organe : considérations introductives

Ce domaine est dominé par la **théorie de l'organe**, selon laquelle les sociétés dotées de la personnalité juridique fonctionnent sur le mode organique, en ce sens qu'elles ont des organes pourvus de compétences et à l'intervention desquels le groupement va pouvoir exprimer sa volonté et devenir titulaire de droits ou débiteur d'obligations.

Aujourd'hui, ce principe est expressément énoncé par l'article 61, § 1 C. soc., selon lequel *“les sociétés agissent par leurs organes dont les pouvoirs sont déterminés par le présent code, l'objet social et les clauses statutaires (...)”*.

2. Les organes

a. Remarques préliminaires

- ◆ 2 situations peuvent se présenter :
 - dans certains cas, le **Code des sociétés** ou une autre **loi identifie** les ou certains organes et définit leurs compétences ;
 - dans d'autres cas, le Code et la loi sont muets.
- ◆ C'est la **SA** qui fournit le **modèle**.

- ◆ Nous allons à présent épinglez les organes légaux, tels que le Code des sociétés les identifie et en détermine les règles de fonctionnement ; notons que certains de ces organes sont “statutaires”, en ce sens qu’ils ne sont prévus que facultativement par le Code et donc établis par ou en vertu des statuts (ex. comité de direction).
- ◆ Dans toutes les formes sociales, il y a un organe d’administration ; généralement, mais pas toujours, il y a un organe composé des associés ou actionnaires ; enfin, il y a un généralement organe de contrôle externe (mais certaines sociétés de petite taille en sont dispensées - v. plus haut), qui vérifie la régularité des opérations accomplies par la société au regard du droit social et la régularité des comptes présentés par l’organe d’administration, à la clôture de l’exercice, à l’assemblée générale ou, en l’absence d’assemblée générale, à l’ensemble des associés.

b. Les organes des SA

★ **Organes de gestion et de représentation de la société à l’égard des tiers**

- ✓ Conseil d’administration (art. 517 et s. C. soc.) : il “*a le pouvoir d’accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l’objet social de la société, à l’exception de ceux que la loi réserve à l’assemblée générale*” (art. 522 C. soc.).
- ✓ Délégué à la gestion journalière (organe facultatif) : “*la gestion journalière des affaires de la société, ainsi que la représentation de la société en ce qui concerne cette gestion, peuvent être déléguées à une ou plusieurs personnes, actionnaires ou non, agissant seules ou conjointement*” (art. 525 C. soc.). Le délégué à la gestion journalière peut accomplir
 - les actes de minime importance ;
 - les actes dont le caractère urgent ne tolérerait pas d’attendre une réunion du Conseil d’administration ;
 - les actes qui sont l’exécution de décisions prises par le Conseil d’administration.
- ✓ Comité de direction (organe facultatif) : “*les statuts peuvent autoriser le conseil d’administration à déléguer ses pouvoirs de gestion à un comité de direction, sans que cette délégation puisse porter sur la politique générale de la société ou sur l’ensemble des actes réservés au conseil d’administration en vertu*

d'autres dispositions de la loi. Si un comité de direction est institué, le conseil d'administration est chargé de surveiller celui-ci (art. 524bis C. soc.). Donc, si les statuts l'y autorisent, le Conseil d'administration pourra déléguer des pouvoirs au comité de direction, qui sera alors chargé, sous sa surveillance, de l'administration active de la société. Dans ce cas, la société connaîtra un régime dualiste, comme en Allemagne ou aux Pays-Bas.

- ★ **Assemblée générale des actionnaires** : son fonctionnement est organisé par le Code des sociétés. Ses compétences relèvent de l'ordre interne.
- ★ **Assemblée générale des obligataires** si la société a émis des obligations
- ★ **Organe de contrôle et de surveillance : commissaire ou collège des commissaires** : il contrôle la régularité des opérations du Conseil d'administration au regard du Code des sociétés et la conformité du projet de comptes annuels au regard du Code des sociétés et du droit comptable.

c. Les organes des SPRL (copy - paste mais quelques nuances)

- ★ **Organe de gestion et de représentation : le(s) gérant(s)** (c'est ici que se situe la nuance essentielle par rapport aux SA) :
 - un gérant
 - ou plusieurs gérants, qui ne forment un collège que si les statuts le prévoient.
- ★ **Assemblée générale des associés**
- ★ **Assemblée générale des obligataires** si la société a émis des obligations
- ★ **Organe de contrôle et de surveillance : le(s) commissaire(s)**

d. Les organes des SCA (copy - paste sous une réserve)

Les mêmes règles sont applicables que dans les SA, sous réserve que **seuls les associés commandités peuvent être en charge de la gestion et de la représentation de la société.**

e. Les organes dans les autres formes sociales, où la loi est beaucoup plus discrète

- ❖ **Sociétés coopératives** : un des grands intérêts de cette forme sociale est que l'organisation de son fonctionnement est en grande partie laissée à l'appréciation des fondateurs. C'est ainsi qu'aujourd'hui, l'article 355 C. soc. comporte seulement une liste de points dont les statuts doivent traiter :

“L'acte constitutif mentionne (...) :

(...)

3° les règles qui déterminent le nombre et le mode de désignation des membres des organes chargés de l'administration, de la représentation à l'égard des tiers, du contrôle de la société, ainsi que la répartition des compétences entre ces organes et la durée de leur mandat;

5° le mode de convocation de l'assemblée générale, la majorité requise pour la validité des délibérations, le mode de vote;

(...)”

On peut déduire de cet article que la société coopérative comporte un organe de représentation, un organe de contrôle et une assemblée générale. Il appartient aux statuts de définir leurs pouvoirs (sous réserve notamment de ce qui est indiqué aux articles 130 et s. C. soc. pour les commissaires).

- ❖ **SNC et SCS** : c'est encore moins réglementé.

- L'article 208 C. soc. fait allusion, de manière incidente, au **gérant** des SNC et SCS : *“dans le cas du décès du gérant, ainsi que dans le cas d'incapacité légale ou d'empêchement, s'il a été stipulé que la société continuerait, le président du tribunal de commerce peut, si les statuts n'y ont autrement pourvu, désigner, à la requête de tout intéressé, un administrateur commanditaire ou autre, qui fera les actes urgents et de simple administration*

durant le délai qui sera fixé par l'ordonnance, sans que ce délai puisse excéder un mois(...)". Il faut en déduire qu'il doit y avoir un gérant dans ces formes sociales.

- **En principe**, ces sociétés doivent comporter un **organe de contrôle**, mais les exceptions à ce principe sont fréquentes.
- **En principe**, il n'y a **pas d'AG** mais des associés auxquels le ou les gérants doivent rendre compte et qui décident à l'unanimité. Mais la **pratique statutaire** fait qu'en général il y a une AG.

3. Les autres personnes intervenant dans la gestion ou la représentation de la société : mandataires ; clauses de double signature et semblables ; organes statutaires ; organes de fait

A côté de ces organes légaux, reste la question de la qualification d'autres personnes intervenant dans la gestion ou la représentation de la société.

Les organes légaux des sociétés dotées de la personnalité juridique sont déterminés par la loi (Code des sociétés ou lois particulières relatives à certaines formes sociales *sui generis*), qui en définit les compétences, et qui organise les relations et la répartition des pouvoirs entre ces organes.

A côté de ces organes légaux, d'autres personnes peuvent être investies de certains pouvoirs, en particulier en relation avec l'administration de la société, et plus particulièrement en ce qui concerne la représentation de la société.

Par exemple, en ce qui concerne les SA, dont la réglementation est la plus achevée, il est rapidement apparu que l'administration de ces sociétés serait inefficace si l'on s'en tenait au Conseil d'administration, même complété par un délégué à la gestion journalière et un comité de direction. En effet, le CA est un organe collégial qui doit en principe comporter 3 membres au moins, mais qui, le plus souvent, en tout cas dans les sociétés d'une certaine importance, compte bien plus d'administrateurs. Dans le système moniste, il n'est pas rare qu'il comporte 7, 8, 10, 15, 25 administrateurs. Il est évident qu'il est impossible, dans ces circonstances, de réunir le Conseil d'administration à tout moment, lorsqu'il s'agit de prendre des mesures intéressant l'administration de la société.

Il en est résulté, pour les SA en particulier, une pratique qui consiste à déléguer certains pouvoirs, en particulier de représentation, à certaines personnes en marge

des pouvoirs qui sont légalement ceux de l'organe d'administration et de représentation institué par la loi (CA dans les SA).

Plusieurs variétés de situations sont possibles.

a. Les mandataires

- ❖ Un premier cas ne prête pas à discussion. Le CA (ou, de manière générale, l'organe de représentation) délègue des **pouvoirs spéciaux** à un ou plusieurs de ses membres, voire à un ou plusieurs tiers. Le Code des sociétés consacrant la plénitude de compétence du CA, celui-ci peut instituer des mandataires *ad hoc* et leur confier des pouvoirs plus ou moins larges (mais toujours bien délimités : le CA ne peut pas par exemple déléguer toutes ses compétences à un mandataire). Ces personnes sont des mandataires au sens du droit civil.
- ❖ Parfois, la possibilité pour le CA de déléguer certains pouvoirs à certains de ses membres ou à des tiers est expressément prévue par les statuts, mais cela ne change rien à l'analyse :
 - cette autorisation n'est pas nécessaire ;
 - qu'il y ait ou non une telle autorisation, ces personnes restent des mandataires.

b. Les clauses de double signature et autres clauses semblables


Il arrive que les statuts prévoient que la société sera valablement engagée par la signature d'un administrateur, ou de deux ou plusieurs administrateurs agissant conjointement, sans que ceux qui signent ainsi, précise la clause, n'aient à justifier à l'égard des tiers d'une délibération préalable du CA.

Ex. *“La société sera valablement engagée par la signature de deux administrateurs agissant conjointement, lesquels ne devront pas justifier à l'égard des tiers d'une délibération préalable du CA”* (clause de double signature).

Cette clause est un peu plus sophistiquée que la précédente : elle ne se limite pas à permettre au CA de désigner des mandataires pouvant engager la société, mais énonce en tant que tel, par exemple,

que deux administrateurs, quels qu'ils soient, engageront valablement la société, sans qu'ils n'aient à justifier à l'égard des tiers d'une délibération préalable du CA.

Quelle est la **portée** de ces clauses ? La Cour de cassation s'est prononcée sur la question dans un vieil arrêt de 1906.

 Cour de cassation, 29/03/1906

Une telle clause

- n'a pas pour effet de transférer aux administrateurs qu'elle vise le pouvoir de représentation de la société à l'égard des tiers, qui continue à appartenir au CA,
- mais a seulement un **effet probatoire**, en ce sens qu'elle emporte la **présomption** que les administrateurs visés sont couverts par une décision du CA qui les autorise à engager la société en ce sens.

Cette analyse un peu sophistiquée n'est pas sans **conséquences** pratiques :

- elle implique que ces administrateurs ne sont pas des organes, en particulier des organes statutaires, qui se substitueraient au CA ;
- comme cette clause a seulement un effet probatoire, en ce sens qu'elle institue une présomption, cette présomption peut être renversée, mais par qui ?
 - Par la société ? En d'autres termes, la société, à l'intervention du CA, pourrait-elle prétendre ne pas être valablement engagée en rapportant la preuve que la signature des administrateurs en question n'a pas été précédée d'une délibération conforme du CA ? Non, car cette présomption résulte des statuts émanant de la société, ce qui entraîne, de sa part, une reconnaissance irrévocable que la procédure a été respectée.
 - Par contre, les tiers avec lesquels les administrateurs ont traité peuvent réserver la présomption en démontrant que l'acte n'était pas autorisé par une délibération préalable du CA.

Toutefois, conformément au droit commun des obligations, plus précisément du droit commun de la représentation, quiconque au nom et pour le compte duquel un acte est accompli par un tiers, par exemple, par un représentant excédant ses pouvoirs, peut ratifier *a posteriori* l'acte accompli sans les pouvoirs nécessaires. En l'occurrence, la société, à l'intervention de son CA, peut ratifier l'acte. Par conséquent, l'analyse de la clause en une présomption n'a d'intérêt pratique que si la ratification n'est pas possible.

- ↳ Tel est le cas si l'acte devait être accompli dans un délai de rigueur (délai prescrit à peine de déchéance) qui s'est écoulé.

Ex.

- La société a consenti à un tiers un bail commercial portant sur un immeuble. Les administrateurs visés par la clause de double signature notifient un refus de renouvellement du bail commercial, dans le délai prévu à cet effet par la loi. Puis, le preneur renverse la présomption en démontrant qu'aucune délibération du CA ne couvrait les administrateurs visés lorsqu'ils ont opposé le refus de renouvellement. Le CA pourrait-il ratifier le refus de renouvellement du bail après l'expiration du délai prévu pour la notification de ce refus de renouvellement ? Non !
- Les administrateurs visés par la clause de double signature introduisent une requête d'appel dans le délai d'un mois prévu à cet effet, mais si l'intimé démontre que le CA n'a pas pris la décision d'interjeter appel, le recours sera irrecevable.

c. Les organes statutaires

- ◆ Il arrive que les statuts prévoient que la société sera valablement engagée à l'égard des tiers pour telle ou telle catégorie d'actes définis par la clause statutaire, par un ou plusieurs administrateurs agissant seuls ou conjointement (ex. baux, mainlevées d'hypothèques, représentation en justice). Il n'est donc plus question de ce que les délégués de ces pouvoirs soient dispensés de justifier à l'égard des tiers d'une délibération préalable du CA.

L'analyse de ce type de clauses a posé beaucoup plus de difficultés, parce qu'ici, la clause ne réserve pas à l'organe d'administration et de représentation institué à cette fin en vertu de la loi le pouvoir de représenter la société. Alors que dans les autres cas, il n'y avait pas de dérogation à cette compétence de l'organe d'administration, ici, le libellé de la clause est différent.

- ◆ **Deux analyses ont été proposées :**

1. Selon une première analyse, l'organisation et le fonctionnement des personnes morales appartient à la loi ; par conséquent, il ne peut y avoir que des organes légaux et ces personnes ne sont pas des organes, en particulier des organes statutaires, mais seulement des mandataires. Cette thèse a été défendue par la doctrine favorable au caractère institutionnel de la société dotée de la personnalité morale, en particulier de la SA.

2. Selon un autre courant, ces personnes investies du pouvoir d'agir et de représenter la société comme l'organe d'administration légalement institué, se superposent à cet organe légal d'administration et de représentation et sont donc des **organes statutaires**. Cette thèse a été consacrée au moins deux fois par la Cour de cassation :

🕒 Cour de cassation, 08/01/1940 et 19/05/1972 : possibilité d'instituer des organes statutaires

◆ La qualification de ces personnes en tant qu'organes statutaires (et non mandataires) aura certaines **conséquences**, principalement deux. Elles découlent du fait qu'à la différence d'un mandataire (représentation contractuelle), l'organe (représentation organique) s'identifie, en vertu de la **théorie de l'organe**, avec la personne morale pour laquelle il agit. La personne de l'organe est absorbée par celle de la personne morale, l'organe fait corps avec elle, - tandis que le mandataire conserve une personnalité distincte de celle du mandant.

(1) Cela implique que si un organe commet une faute susceptible de sanction sur la base des articles 1382 et 1383 C. civ., le tiers qui subit un dommage causé par cette faute peut engager la **responsabilité de la personne morale directement sur base des articles 1382 et 1383 C. civ.** Il ne doit pas établir que l'organe est un préposé de la société pour engager la responsabilité de celle-ci sur base de l'art. 1384, al. 3 C. civ., ce qu'il doit précisément faire si la faute émane d'un mandataire, sauf si le mandat porte sur un acte qui constitue en soi une faute (sous réserve de la controverse sur la question de savoir si la représentation peut porter sur des faits juridiques).

(2) En droit judiciaire, cette distinction implique des différences sur le plan de la **représentation en justice**.

Digression : le monopole de plaidoirie des avocats

Une personne peut comparaître personnellement en justice et se défendre elle-même, sans avoir à recourir aux services d'un avocat. En d'autres termes, le monopole de plaidoirie des avocats n'empêche pas les justiciables de se défendre personnellement.

Une personne peut également désigner un mandataire pour la représenter en justice, mais cela ne signifie pas que le mandataire pourra développer lui-même des moyens au nom de cette personne : il pourra seulement décider d'introduire une action ou de se défendre contre une action, et donner des instructions ; mais il sera obligé, en vertu de l'art. 440 C. jud., de faire appel aux services d'un avocat pour le développement des moyens.

Mais en ce qui concerne les organes, ils s'identifient à la personne morale et peuvent donc se comporter comme s'ils étaient la personne morale. Par conséquent, ils peuvent non seulement décider d'introduire une action ou de se défendre contre une action, mais également comparaître personnellement et développer des moyens au nom de la personne morale.

Bref, l'article 440 C. jud. ne fait pas obstacle à la comparution de l'organe, alors qu'il fait obstacle à celle du mandataire.

- ◆ Cette situation créait une insécurité juridique. C'est pourquoi, le législateur est intervenu pour ouvrir d'autres portes susceptibles de simplifier la situation : la **loi du 6 mars 1973**, qui transpose la Première Directive européenne, modifie l'article 54 L.C.S.C. ; cette modification du système antérieur a été transposée dans l'**article 522, § 2 C. soc.** (relatif aux SA). L'idée était de faire en sorte que les organes statutaires deviennent, sous certaines conditions, des organes légaux et puissent par conséquent prétendre s'identifier à la société. Selon l'art. 522, § 2 C. soc., *“le conseil d'administration représente la société à l'égard des tiers et en justice, soit en demandant, soit en défendant [confirmation du droit commun]. Toutefois, les statuts peuvent donner qualité à un ou plusieurs administrateurs pour représenter la société, soit seuls, soit conjointement. Cette clause est opposable aux tiers. Les statuts peuvent apporter des restrictions à ce pouvoir, mais ces restrictions, de même que la répartition éventuelle des tâches dont les administrateurs auraient convenus, ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées”*.

- ↳ En substance, les statuts d'une SA peuvent comporter une clause accordant à un ou plusieurs administrateurs agissant seuls ou conjointement le pouvoir de représenter la société, donc de l'engager à l'égard des tiers, et ces personnes seront assimilées à des organes légaux, pour autant qu'il leur soit attribué un pouvoir général de représentation, et s'il advenait que les statuts comportent des restrictions au pouvoir de représentation de ces administrateurs, ces restrictions seraient inopposables aux tiers, à l'égard desquels il y aurait une clause attribuant un pouvoir général de représentation.

Cela résout tout, vis-à-vis des tiers en tout cas.

Mais cela ne signifie pas que les administrateurs qui dépassent les restrictions statutaires n'engagent pas leur responsabilité à l'égard de la société, si elle établit qu'il en résulte pour elle un dommage.

En conclusion, les organes “statutaires” sont désormais des organes légaux en vertu de l’art. 522, § 2 C. soc. Il ne reste, comme organes « statutaires », que l’AG dans les SNC et les SCS, ainsi que le comité de direction dans certaines formes sociales.

d. Les organes de fait

Il existe une dernière catégorie que le droit positif appréhende comme telle : il s’agit des organes de fait (dirigeants, administrateurs ou gérants de fait).

En principe, puisqu’il n’y a d’organes que légaux, ne sont des organes que ceux régulièrement appelés à ces fonctions conformément aux règles légales intéressant la désignation des organes.

Ex. Les SA ne peuvent être administrées que par les administrateurs régulièrement appelés à cette fonction par l’AG.

Mais il y a des cas dans lesquels le Code des sociétés assimile aux organes d’administration et de représentation certaines personnes qui ont pu, en fait, se comporter comme des organes.

Ex. : action en comblement de passif

- Art. 265, § 1^{er}, al. 1^{er} C. soc. en matière de SPRL : “*en cas de faillite de la société et d’insuffisance de l’actif et s’il est établi qu’une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout gérant ou ancien gérant, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales a concurrence de l’insuffisance d’actif*” ;
- art. 409 C. soc., équivalent de l’art. 265 C. soc. en matière de SCRL ;
- art. 530 C. soc., équivalent de l’art. 265 C. soc. en matière de SA.

Ces dispositions instituent l’action en comblement de passif (N.B. cette action spécifique organisée par le Code est à distinguer de l’action en comblement de passif contre le maître de l’affaire), qui peut être intentée, dans certaines conditions, contre “*tout gérant ou ancien gérant, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société*”. Certaines personnes intervenues dans le cadre du fonctionnement de la société peuvent donc avoir à subir les conséquences de la faillite de cette société, mais lesquelles ? QUI ?

- ★ Cette question s’est essentiellement posée à propos du **banquier dispensateur de crédit** et aussi à propos du **franchiseur**.

- Le **banquier qui dispense un crédit** a des droits et des obligations corollaires.

- Il a l'obligation de vérifier si l'entreprise est digne de crédit, c'est-à-dire si elle a la capacité de supporter les charges du prêt. Plus généralement, il doit veiller à ne pas créer un crédit fallacieux qui va amener les tiers à traiter avec la société alors que sans ce crédit, ils ne l'auraient pas fait, - il lui est interdit de contribuer au maintien d'une société en difficulté, alors qu'elle n'a pas de chances raisonnables de se redresser. Sinon, il est susceptible de devoir en répondre vis-à-vis du crédit et des tiers créanciers du crédit. En pratique, il est fréquent que le curateur agisse contre lui.
- Comme corollaire, le banquier dispensateur de crédit a le droit de se ménager, dans le contrat d'octroi du crédit, le pouvoir d'exiger du crédit des informations périodiques sur la manière dont ses affaires évoluent. Vont s'ajouter de possibles sanctions si le crédit ne respecte pas ses obligations ou perd sa dignité de crédit : si le contrat le prévoit, le contrat pourra être résilié dans ces cas.

⇒ D'une certaine façon, grâce à ce pouvoir de surveillance, le banquier **s'immisce dans l'administration de l'entreprise créditée**. Cette immixtion a une intensité variable selon les dispositions du contrat. Parfois, il est même prévu que le banquier peut recommander des mesures de restructuration et exiger la résiliation du contrat au cas où celles-ci ne seraient pas appliquées. Certains ont estimé qu'il en découlait que le banquier avait la qualité de dirigeant de fait : les administrateurs ou gérants perdent leur liberté d'action, c'est le dispensateur de crédit qui tire les ficelles ; il est le dirigeant de fait et peut avoir à répondre de ses actes et décisions à cet égard, notamment en cas de faillite de la société sous l'angle de l'action en comblement de faillite.

- Le même raisonnement a été appliqué à des **franchiseurs**.

Une franchise est un contrat aux termes duquel une partie, le franchiseur, autorise l'autre partie, le franchisé, à l'utilisation de certaines techniques de commercialisation d'un ou plusieurs produits, le(s) produit(s) franchisé(s). Les franchises sont fréquentes en matière de distribution (ex. Zara).

Le franchiseur se ménage certains pouvoirs de surveillance, en particulier pour préserver la réputation de la marque. A cette fin, le contrat comporte parfois des clauses qui lui permettent de donner des injonctions et de résilier le contrat au cas où elles ne seraient pas suivies.

⇒ Certains ont dès lors prétendu que le franchiseur serait le dirigeant de fait et pourrait avoir à répondre de ses actes et décisions à cet égard, notamment en cas de faillite de la société - sous l'angle de l'action en comblement de faillite.

Dans l'état actuel de la jurisprudence, ces thèses sont **REJETEES**.

Ex. Cour d'appel de Bruxelles, 12/02/1997 ; Cour d'appel de Mons, 13/01/2003

En effet, même s'ils se ménagent ce type de pouvoir, le banquier et le franchiseur ne sont pas des dirigeants de fait

- car ce sont des pouvoirs de droit qu'ils se ménagent par le moyen d'un contrat ;
- de plus, même si le contrat prévoit, en guise de sanction, la possibilité de résilier le contrat, cela n'entraîne pas pour autant un pouvoir de direction de l'entreprise, puisque l'organe d'administration reste juridiquement libre de prendre les décisions qu'il juge nécessaires ou opportunes. Il est libre de choisir de ne pas suivre les instructions du banquier ou du franchiseur, quitte à perdre le bénéfice du contrat. Le banquier ou franchiseur n'a pas le pouvoir d'*imposer* une décision, mais seulement de la recommander.

- ★ On a aussi prétendu que les **personnes physiques à l'intervention desquelles une personne morale peut exercer un mandat d'administration ou de gérant** dans une autre société étaient des dirigeants de fait.

Ainsi que nous l'avons vu plus haut, les personnes morales ont en principe la même capacité que les personnes physiques. En application de ce principe, la Cour de cassation a décidé, en 1962, qu'une personne morale pouvait être désignée comme gérant ou administrateur d'une autre personne morale.

Ex. Une SA peut être administrateur d'une autre SA ou gérant d'une SPRL, une SPRL peut être administrateur d'une SA.

Mais une personne morale appelée à des fonctions de gérant ou administrateur ne peut exercer son mandat qu'à l'intervention d'une personne physique. Traditionnellement (avant 2002), on considérait que cette personne

physique devait être un organe de la personne morale gérante ou administratrice.

Une fraction de la jurisprudence a considéré que la ou les personnes physiques en question étaient elles-mêmes des dirigeants ou administrateurs ou gérants de fait (l'administrateur ou le gérant de droit étant la personne morale). Ceci était une **ERREUR**, puisque la personne morale est le gérant ou administrateur, et que son représentant agit en qualité d'organe, voire de mandataire si l'on admet que cela est possible.

Depuis la **loi du 2 août 2002 de corporate governance**, la question est réglée différemment. Cette loi réorganise les méthodes suivant lesquelles une personne morale peut être appelée à une fonction d'administrateur ou gérant d'une autre personne morale. Il résulte désormais de l'art. 61, § 2 C. soc.²⁹

- ✓ que quand une personne morale est appelée à des fonctions de gérant ou administrateur d'une autre société, elle a l'obligation de désigner pour l'exercice de cette fonction un représentant permanent ;
- ✓ que le représentant permanent est "*soumis aux mêmes conditions et encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente*". C'est donc un **SYSTEME SUI GENERIS**, aux termes duquel le représentant permanent est responsable des décisions, actes ou omissions dont il se rend coupable comme s'il exerçait son mandat en son nom et pour son propre compte. Ce système institué par le législateur est à bien distinguer de la notion d'administrateur de fait.

²⁹ "Lorsqu'une personne morale est nommée administrateur, gérant ou membre du comité de direction, du conseil de direction ou du conseil de surveillance, celle-ci est tenue de désigner parmi ses associés, gérants, administrateurs, membres du conseil de direction, ou travailleurs, un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour le compte de la personne morale. Ce représentant est soumis aux mêmes conditions et encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente. Celle-ci ne peut révoquer son représentant qu'en désignant simultanément son successeur."

4. Le fonctionnement organique des personnes morales

Quels sont les pouvoirs des organes ? Quelles sont les relations entre les organes ?
Comment les organes fonctionnent-ils ?

- a. Nécessaire intervention d'un organe agissant dans les limites de ses compétences (sous réserve de la désignation de mandataires) pour que la société soit liée [par un acte accompli en son nom et pour son compte]

Un premier principe est que sauf dans la mesure où des mandataires ont été désignés, un acte ne peut être accompli au nom et pour le compte d'une personne morale que par un organe dans l'exercice de ses compétences.

❖ Cela implique la **nécessaire intervention d'un organe**.

Ce principe n'est pas toujours bien compris par la jurisprudence.

Ex.



Cour de cassation, 28/01/1985

Cet arrêt a été rendu dans une espèce assez caractérisée.

Les faits : les actionnaires de contrôle d'une SA vendent l'intégralité de leurs participations à une société tierce. On a donc un contrat de vente dont les parties sont les actionnaires de contrôle et la société cessionnaire. Dans le contrat de cession, est insérée une clause qui institue une garantie d'emploi au profit de certaines catégories de travailleurs employés par la société dont les actions sont cédées (c'est-à-dire l'obligation de les employer pendant un certain temps). Mais la promesse ne sera pas tenue par la société cessionnaire, qui, à l'intervention de de l'organe d'administration de la SA « cédée », procède au licenciement de certaines catégories de travailleurs visées par la clause ; ces licenciements s'effectuent par ailleurs dans le respect de la législation sociale. Les syndicats et les travailleurs concernés contestent la régularité du licenciement parce qu'ils sont contraires à la garantie d'emploi. Ils considèrent que cette clause de garantie d'emploi constitue une stipulation pour autrui.

Les juges du fond se trompent et leur donnent raison, en particulier au motif que la clause a pu engager la société cessionnaire, puisque les parties au contrat étaient les actionnaires de contrôle de la société cédée et le cessionnaire.

Certes, dans la conception contractuelle, cette solution serait valable parce que les mandants peuvent décider à la place du mandataire ; mais la situation est différente en matière de représentation organique.

La Cour de cassation casse donc l'arrêt au motif que la société fonctionne selon le mode organique, en ce sens qu'elle ne peut être engagée que par ses organes. Il fallait une décision

du CA, et peu importe que les actionnaires de la société cédée (donc la société cessionnaire) aient effectué une telle promesse : *“de la circonstance que tous les actionnaires d'une société, déclarant agir en leur nom propre et pour leur propre compte, sont intervenus à une convention ne se déduit pas que celle-ci lie la société elle-même”*.

Conclusion :

- la société cessionnaire était liée par le contrat, mais ce n'est pas elle qui a en réalité procédé au licenciement ;

- la société « cédée », à l'intervention de son CA, a procédé au licenciement « interdit », mais elle n'était pas liée elle-même par cette interdiction, puisque la partie qui a souscrit cet engagement de ne pas licencier est un actionnaire de la société, et non le conseil d'administration agissant au nom et pour le compte de la société.

 Bruxelles, 05/12/2003

On se demandait si une réclamation fiscale avait été valablement introduite pour compte d'une SPRL. La Cour estime que oui au motif qu'elle correspondait à la volonté de l'ensemble des associés. C'est une erreur ! Seul le gérant ou le collège de gérants peut prendre cette décision.

- ❖ En outre, un organe ne peut accomplir valablement sa mission **que dans la sphère de ses compétences**, c'est-à-dire des compétences qui lui ont été attribuées par la loi ou, en l'absence de dispositions légales à ce sujet, par les statuts.

Ainsi,

- dans les SA, le CA ne peut agir que dans les limites de l'administration générale de la société. Ce principe est aujourd'hui compris de manière large, puisque le CA a la plénitude de compétences pour tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société, à l'exception de ceux que la loi réserve à l'AG ;
- le délégué à la gestion journalière ne peut agir que dans les limites de la gestion journalière ;
- l'AG ne peut agir que dans les limites des compétences qui lui sont attribuées par la loi. Ce principe vaut pour les SA, SPRL, SCA et dans une certaine mesure dans les SC (plus spécialement les SCRL), les autres formes sociales (SNC et SCS) étant plus souples à cet égard.

En particulier, il faut avoir égard à la **répartition étanche des compétences** entre les organes, en tout cas dans les SA, les SPRL, les SCA et dans une certaine mesure dans les SC (plus spécialement les SCRL). En revanche, l'étanchéité entre les organes est moins nette dans les autres formes sociales (SNC et SCS).

C'est ainsi que

- l'AG ne peut pas se substituer à l'organe d'administration pour accomplir des opérations relevant de la gestion au sens large de la société, plus particulièrement dans les SA, SPRL, SCA et, dans une certaine mesure, les SC (SCRL en particulier).

A cet égard, dans ces formes sociales en tout cas, le fonctionnement organique *se distingue de la représentation par mandat* [le mandant a le droit de se substituer au mandataire et d'accomplir lui-même les actes dont il lui a confié la réalisation] ;

- et dans ces formes sociales, l'AG ne pourrait, en principe, adresser des injonctions à l'organe d'administration. Elle ne pourrait censurer sa gestion que lors de la reddition annuelle des comptes, à l'occasion de laquelle elle donne ou pas sa décharge à l'organe d'administration et à ses membres pour l'administration de la société durant l'exercice écoulé ;

N.B. cela ne va pas sans susciter des **questions**, en particulier dans les sociétés où cette répartition des compétences entre les organes est conçue avec l'étanchéité que nous venons de voir. Par exemple, dans les SA, l'AG ne pourrait se substituer au CA, ni lui adresser des injonctions. Pourtant, lorsque, par exemple, il s'agit de définir le contrôle d'une société, en particulier le contrôle conjoint d'une société, on évoque l'idée d'une convention entre actionnaires qui s'obligent à prendre de commun accord les décisions intéressant l'orientation de la gestion de la société. Telle est la définition du contrôle conjoint, qui est issue du droit comptable, qui a ensuite été reprise par le droit financier, et qui se trouve actuellement aux art. 5 et s. C. soc. Il y a là une incohérence à laquelle la doctrine n'a pas accordé suffisamment d'attention ;

- vice-versa, le CA ne pourrait s'arroger une compétence qui est attribuée à l'AG.

Ex.

- L'AG d'une SA, SPRL, SCA ou SCRL décide de procéder à une augmentation de capital ; cette augmentation de capital implique des apports en espèces ou en nature dont la libération est reportée dans le temps ; le CA ne pourrait, avant la libération des apports, modifier l'objet de l'augmentation de capital en concluant des conventions avec ceux qui ont consenti à effectuer un apport, par lesquelles ceux-ci s'engageraient à effectuer un apport en nature au lieu d'un apport en espèces, ou vice-versa (espèce de novation). Le CA ne pourrait, à tout le moins, modifier les éléments essentiels de l'augmentation de capital, notamment, comme dans cet exemple, son objet.

 Cour de cassation, 25 septembre 2003

C'est à l'AG ou, en l'absence d'AG, aux associés qu'il appartient de décider de mettre en œuvre les actions relatives à la responsabilité civile des administrateurs ou gérants. Par exemple, si l'organe d'administration est collégial, la majorité de

ses membres ne pourrait pas décider de mettre en cause la responsabilité civile d'un autre membre.

L'art. 561 C. soc. le rappelle en ce qui concerne les SA, mais on peut considérer qu'il s'agit de l'expression d'un principe général qui s'applique, conformément à la nature des choses, dans toutes les sociétés personnifiées. En effet, les membres de l'organe d'administration sont comme des mandataires, et c'est au mandant qu'il appartient de mettre en œuvre la responsabilité de son mandataire.

L'arrêt de la Cour de cassation du 25/09/2003 rappelle cette règle. Il ajoute qu'il ne suffit pas que la mise en cause de la responsabilité civile d'un administrateur ou gérant soit conforme à la volonté des associés ou actionnaires. Ce principe est également énoncé par un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 01/03/1999.

- Mais une ratification est possible, par l'AG (ou les associés, en l'absence d'AG), si une action relative à la responsabilité civile d'un administrateur ou gérant a été introduite par un organe incompétent.
- Et cela n'exclut pas que dans certaines formes sociales, le législateur puisse autoriser l'introduction d'une action en responsabilité contre un gérant ou un administrateur à l'initiative de certains associés ou actionnaires qui, ensemble, détiennent une certaine quote-part des parts sociales : c'est l'action sociale minoritaire.

b. Le fonctionnement interne des organes (légaux ou statutaires)

- ❖ A cet égard, il existe une **règle générale**, contenue dans l'**art. 63 C. soc.** : *“à défaut de dispositions statutaires, les règles ordinaires des assemblées délibérantes s'appliquent aux collèges et assemblées prévus par le présent code, sauf si celui-ci en dispose autrement”*.

Cette disposition concerne le fonctionnement interne des organes collégiaux

- donc pas le gérant ou le délégué à la gestion journalière ;
- donc le CA, le collège des gérants et les délégués à la gestion journalière s'ils agissent de manière collégiale.

- ❖ Pour ces organes, l'article 63 C. soc. institue une espèce de **hiérarchie** :
 - ✓ si le **Code des sociétés** énonce des règles particulières de fonctionnement, elles s'appliqueront et seront en principe considérées comme relevant de l'ordre public, sauf si la loi autorise des dérogations.

Ex. le Code contient des règles relatives

- aux conditions de majorité ;

- à la forme que doit revêtir la décision (par exemple, la forme authentique que doit revêtir la modification des statuts);
- aux conditions de participation aux délibérations (ex. pour le CA : obligation d'abstention ou de déclaration en cas de conflit d'intérêts ; pour l'AG : dépôt des titres ou accomplissement de formalités dont le but est de s'assurer que la personne est bien titulaire de parts ou actions de la société) ;
- aux modalités de convocation de l'AG.

✓ Le Code est muet sur certaines questions relatives au fonctionnement organique.

Ex. il ne contient pas de règles sur

- les modalités de convocation du CA dans les SA, du collège de gestion dans les SPRL ;
- les conditions de majorité pour la prise de décision dans le CA ou le collège de gestion.

Dans ce cas, c'est aux fondateurs qu'il appartient de déterminer les conditions de fonctionnement des organes.

Il appartiendra donc aux **statuts** ou au **contrat de société** d'énoncer les conditions de fonctionnement des organes qu'ils instituent, ou seulement sur les points non réglés par le Code.

✓ En outre, les **statuts** ou le **contrat de société** peuvent déroger à des dispositions du Code des sociétés à condition qu'elles ne soient pas d'ordre public.

Ex.

- les statuts ne pourraient dispenser les administrateurs de l'obligation de déclaration prévue par le Code en cas de conflit d'intérêts ;
- par contre, ils pourraient prévoir que l'AG ne pourrait modifier les statuts qu'à une majorité de 9/10, au lieu de la majorité des 3/4 prévue par le Code (quorum de 1/2, majorité de 3/4).

❖ Les règles ordinaires en matière de fonctionnement des organes délibérants ont été dégagées par la **pratique** et la **jurisprudence** ; l'on se référera également au **règlement d'ordre intérieur de la Chambre des représentants**, *mutatis mutandis*.

- ❖ Parmi ces règles, une distinction doit être établie entre deux catégories de règles :
 - ✓ les **règles de forme au sens large**, qui intéressent la forme des décisions et la procédure suivant laquelle elles peuvent être formées et adoptées ;
 - ✓ les **règles de fond**, qui concernent spécialement les mobiles, buts, finalités susceptibles de légitimer une décision prise par un organe.

c. L'intérêt social (condition de fond) et la théorie de l'abus de majorité

A cet égard (règles de fond), il existe un principe fondamental selon lequel les organes, quelles que soient les compétences que leur attribuent la loi ou les statuts, n'ont de pouvoirs qu'au service de l'intérêt de la société, c'est-à-dire de l'**intérêt social**³⁰. L'intérêt social est, en d'autres termes, la finalité exclusive de l'action des organes sociaux.

- ▶ Mais il y a, à cet égard, une nuance concernant certains organes, plus particulièrement l'AG. Traditionnellement, l'on a considéré que l'associé ou actionnaire pouvait exercer son droit de vote, en assemblée, pour des motifs ambivalents.
 - Comme tout organe, l'AG doit prendre des décisions dans l'intérêt social. Cela implique normalement que les associés ou actionnaires qui votent aient en vue l'intérêt social, ce qui a pour conséquence, par ricochet, que la décision vise l'intérêt social.
 - Mais traditionnellement, l'on considèrerait que l'associé ou actionnaire pouvait aussi rechercher la satisfaction de son intérêt patrimonial personnel.

Dans cette conception, le droit de vote serait donc subordonné à une ambition ambivalente.

Mais la doctrine classique n'a pas répondu à la question suivante : que se passe-t-il si l'intérêt social et l'intérêt patrimonial individuel d'un associé ou actionnaire s'opposent ? Dans ce cas, évidemment, c'est l'intérêt social qui doit l'emporter.

- ▶ Mais qui va décider, et sur base de quels critères, qu'une décision régulièrement adoptée dans le respect des règles de forme et de procédure par un organe collégial n'est pas conforme à l'intérêt social ? Et est-il légitime qu'une décision prise aux majorités requises puisse être jugée contraire à l'intérêt social ?

³⁰ Nous avons vu plus haut les controverses relatives à la définition de l'intérêt social.

Ces questions ont suscité beaucoup de discussions. Après la Deuxième Guerre Mondiale, les choses se sont décantées et les réflexions ont abouti à la théorie de l'**abus de majorité**. Ce n'est pas parce que les majorités requises ont été atteintes au sein d'un organe collégial que la décision est conforme à l'intérêt social et n'est pas susceptible de sanction.

Cette théorie a **d'abord constitué une réaction intuitive** à des situations caractérisées où il paraissait injuste de donner suite à des décisions prises par la majorité des administrateurs ou des associés ou actionnaires, sans que beaucoup de réflexions aient été menées sur son fondement juridique.

Ex.

Dans une SA, il y a 10 actionnaires, dont 2 détiennent des actions représentatives de plus de la moitié du capital social.

- Conformément au principe majoritaire, ils peuvent constituer le CA "à leur image". Par exemple, ils désignent 6 personnes de leur choix et repoussent les candidatures avancées par les autres actionnaires.
- C'est à l'AG qu'il appartient de décider, chaque année, de l'affectation des résultats, à l'occasion de la reddition annuelle des comptes, à la majorité simple. Ce sont donc nos deux actionnaires qui décident de distribuer ou non un bénéfice.
- C'est aussi, en principe, à l'AG, donc à nos deux administrateurs, qu'il appartient de déterminer si et comment rémunérer les administrateurs :
 - * mandat gratuit (rare)
 - * mandat rémunéré - modalités de rémunération :
 - jetons de présence
 - rémunération fixe
 - rémunération par tantièmes (rémunération liée aux bénéfices)
 - autres formes (ex. stock options))
- A l'issue de la première année, l'AG constate l'existence de bénéfices substantiels, mais ils sont mis en réserve dans le but de consolider les assises financières de la société et d'assurer son développement. Les administrateurs sont rémunérés par tantièmes.

A l'issue de la deuxième année, la société a doublé ses bénéfices, mais le sort de ces bénéfices reste le même, et les administrateurs continuent à être payés en tantièmes. A l'issue des troisième, quatrième et cinquième années, aucun bénéfice n'est distribué, et les administrateurs continuent à être rémunérés par tantièmes. Et les deux actionnaires sont eux-mêmes administrateurs !

Le juge considère que c'est une situation abusive : les actionnaires minoritaires sont privés de bénéfices, tandis que les actionnaires majoritaires sont rémunérés par tantièmes. Il y a une injustice criante, non parce que le bénéfice n'est pas distribué, ce qui engendre, en soi, les mêmes effets pour tous les actionnaires,

mais parce qu'ici, les actionnaires majoritaires ne subissent pas les mêmes effets que les actionnaires minoritaires.

C'est ainsi qu'est née la théorie de l'abus de majorité.

Par la suite, l'on a cherché le **fondement juridique** et les **sanctions** de ce principe, qui constitue une entorse au principe majoritaire, tel que la loi ou les statuts l'instituent.

Les **fondements juridiques** de la théorie de l'abus de majorité ont été trouvés dans 2 directions :

- (1) Une première tendance se fonde sur l'idée d'un principe général d'égalité entre actionnaires qui ne serait pas exprimé par les L.C.S.C. et aujourd'hui par le Code des sociétés, mais serait conforme à la nature des choses, en ce sens qu'il correspondrait aux attentes légitimes de tout investisseur dans une société. Selon ce principe, toute décision doit avoir les mêmes effets à l'égard de tous les actionnaires, proportionnellement à la quote-part du capital que leurs actions respectives représentent.
- (2) Une autre solution est plutôt ancrée dans le droit civil ; elle se fonde
 - sur le principe de bonne foi (ceux qui abusent de leur majorité trompent la bonne foi des investisseurs) ;
 - ou sur le concept d'abus de droit (l'abus de majorité constitue une collection d'abus de droit de ceux qui ont participé aux votes majoritaires) ;
 - ou sur les articles 1382-1383 C. civ. (ceux qui ont participé à la prise de la décision constitutive d'abus de majorité ont abusé de leur droit de vote).

Mais comment apprécier la faute, l'abus de droit ou le manquement à la bonne foi ? A ce sujet, la jurisprudence et la doctrine ont connu une évolution.

- Au départ et pendant longtemps, l'on considérait que l'abus de droit supposait la réalisation de 2 conditions : une condition objective et une condition subjective.
 - ✓ Condition objective : l'abus de majorité suppose que la décision ait été prise non dans l'intérêt de la société, mais en considération d'un autre intérêt, celui d'une majorité d'actionnaires ou associés ou celui d'un tiers (ex. d'une autre société du même groupe). On ajoute

que la décision doit porter un préjudice aux associés ou actionnaires minoritaires.

- ✓ Condition subjective : l'abus de majorité suppose soit l'intention de nuire aux associés ou actionnaires minoritaires, soit que la décision procède de la volonté ou de la conscience de poursuivre, au détriment de la société ou des autres associés, un intérêt tiers. (Cette condition était ajoutée au départ, car on était mal à l'aise du fait du caractère exceptionnel de cette théorie d'origine prétorienne.)
- Puis une évolution s'est produite, aux termes de laquelle la condition subjective a, en quelque sorte, disparu, au titre d'une application correcte des fondements juridiques possibles de la théorie de l'abus de majorité. Dans la plupart des cas, l'intention de nuire fait défaut et l'abus de majorité provient simplement d'une appréciation légère des conditions dans lesquelles l'intérêt de la société et des actionnaires minoritaires devait être pris en compte ; il résulte donc d'une négligence, qui *est* sanctionnée par les principes de bonne foi, d'abus de droit et de faute civile. Outre la réalisation de la condition objective, il faut donc démontrer un manquement à la bonne foi, ou un abus de droit, ou une faute.

Sanctions de l'abus de majorité : voir point suivant.

d. La sanction des règles de fond et de forme

En ce qui concerne la sanction des règles de fond et de forme, il faut distinguer la période antérieure à 1995 de la période postérieure à cette date.

(1) **Avant 1995**, il fallait faire une distinction entre les règles de fond et de forme.

★ **Règles de fond** : la jurisprudence considérait que l'**abus de majorité**

- entraînant la nullité de la décision entachée d'abus³¹,
- sans préjudice d'une action en responsabilité contre les membres du collège qui avaient contribué à la décision abusive, à supposer

³¹ Pour obtenir la nullité d'une décision de l'AG pour abus de majorité, les actionnaires minoritaires devaient attaquer la société, vu que l'AG est un organe, et que ses décisions sont donc celles de la société.

que la nullité n'eût pas réparé le préjudice, ou que la nullité n'eût pu être prononcée car elle aurait porté atteinte à des droits acquis de bonne foi par des tiers. N.B. : dans ce cas, des dommages-intérêts pouvaient être réclamés à ces membres, mais aussi à la société elle-même.

La justification de cette solution résidait dans le principe de la réparation en nature. Cette réparation se faisait donc par l'annulation de l'acte lorsque celle-ci était possible.

★ **Règles de forme** : c'était un peu plus compliqué. Certains avaient proposé de sérier les violations des règles de forme pour leur appliquer des sanctions différentes. Il en était résulté 3 catégories :

- les formes dont la violation entraînait la nullité "automatique" de la décision subséquente (solution radicale). Cette catégorie a très tôt été limitée à des règles considérées comme substantielles ;

ex. la règle selon laquelle un organe ne pourrait statuer sur un point qui ne figure pas à l'ordre du jour ;

- pour certaines règles, il fallait apprécier si leur violation avait pesé sur les délibérations de telle manière que la décision n'était pas celle qui aurait été prise sans la violation (solution appréciative) ;

ex. si un actionnaire minoritaire a été privé irrégulièrement du droit de participer à l'AG, il faut apprécier, au regard de toutes les circonstances de la cause, s'il aurait pu influencer la décision. En effet, l'AG est un organe délibérant et un actionnaire minoritaire pourrait utiliser de bons arguments pour convaincre la majorité de décider autrement ;

- pour certaines irrégularités, il fallait apprécier si la solution aurait pu être différente, compte tenu du nombre de voix que l'associé ou l'actionnaire privé du droit de participer aurait pu exercer (solution arithmétique).

(2) Les solutions étaient incertaines. C'est pourquoi, le législateur a estimé nécessaire d'intervenir, en 1995, en adoptant une disposition qui est devenue l'actuel **article 64 C. soc.**, mais qui ne concerne **que les AG** :

“Est frappée de nullité, la décision prise par une assemblée générale [c’est une bévue : pourquoi le législateur n’a-t-il pas visé le Conseil d’administration et les autres organes collégiaux, l’article 64 faisant d’ailleurs suite à l’article 63 ?] :

1° lorsque la décision prise est entachée d’une irrégularité de forme, si le demandeur prouve que cette irrégularité a pu avoir une influence sur la décision [on songe à la solution appréciative] ;

2° en cas de violation des règles relatives à son fonctionnement ou en cas de délibération sur une question étrangère à l’ordre du jour lorsqu’il y a intention frauduleuse;

3° lorsque la décision prise est entachée de tout autre excès de pouvoir ou de détournement de pouvoir;

4° lorsque des droits de vote qui sont suspendus en vertu d’une disposition légale non reprise dans le présent code, ont été exercés et que, sans ces droits de vote illégalement exercés, les quorums de présence ou de majorité requis pour les décisions d’assemblée générale n’auraient pas été réunis [on songe à la solution arithmétique];

5° pour tout autre cause prévue dans le présent code.”

C’est une espèce de patchwork des solutions qui ont été dégagées antérieurement.

L’article 64 fait une distinction entre

- ★ les **règles de fond**, visées par le 3°, qui confirme que la sanction de l’abus de majorité est la **nullité** [il ne faut plus passer par le droit civil et le principe de la réparation en nature : l’abus de majorité est un **excès de pouvoir** ou un **détournement de pouvoir**] ;
- ★ les **règles techniques ou de procédure** :
 - lorsque le Code des sociétés prévoit que telle règle est prévue à peine de nullité, la sanction sera la nullité (5°) ;
 - restent les autres cas :
 - le 4° vise l’hypothèse particulière où des droits de vote ont été exercés alors qu’ils étaient suspendus en vertu d’une disposition légale extérieure au Code des sociétés ;

ex. la loi de transparence de 1989 contient une disposition selon laquelle quiconque détient plus de 5 % des droits de vote dans une société cotée doit le déclarer à la CBFA et à la société elle-même ; sinon, ses droits de vote excédant les 5 % sont suspendus. Mais aujourd’hui, cette disposition se trouve également dans le Code des sociétés et cet exemple n’est donc plus valable ;

- pour comprendre les deux derniers cas (1° et 2°), il faut les rassembler. L'idée est
 - qu'une irrégularité de forme ou une violation de règles relatives au fonctionnement de l'AG commise avec une intention frauduleuse (volonté d'aboutir à un résultat prohibé par la loi) donne lieu à l'application de *Fraus omnia corrumpit* ; la décision doit donc être annulée ;
 - par contre, si l'irrégularité a été commise sans intention frauduleuse et concerne une règle non prescrite à peine de nullité, on applique la règle appréciative, en ce sens qu'il faut prouver que l'irrégularité a eu une influence sur le sens de la décision.

[La procédure et les effets de la nullité des décisions de l'assemblée générale sont maintenant réglés par les articles 178 à 180 C. soc.]

➔ ~~Actuellement, la nullité d'une décision pour violation des règles de fond (abus de majorité) ou de forme pourra donc être demandée~~

- ~~sur base de l'art. 64 C. soc. pour les décisions de l'AG ;~~
- ~~sur base des principes généraux de la responsabilité civile (réparation en nature) pour les décisions des organes collégiaux de gestion et d'administration.~~

Mais ce n'est pas la seule sanction :

- une **action en responsabilité** est ouverte contre les auteurs de la violation ;
- le cas échéant, des **mesures préventives** peuvent être octroyées par le président du tribunal de commerce du siège de la société siégeant en **référé**, à condition que l'urgence soit démontrée.

Ex. Il pourrait, le cas échéant, suspendre la tenue d'un Conseil d'administration ou d'une Assemblée générale dont on soupçonne qu'il ou elle prendra une décision irrégulière.

e. La théorie de l'abus de minorité

- ❖ Il existe une notion plus récente, un peu paradoxale, d'**abus de minorité**.

Au départ, des auteurs ont avancé que c'était une contradiction dans les termes : puisqu'une minorité n'a pas le pouvoir d'emporter la décision, comment pourrait-elle commettre un abus ?

L'abus de minorité n'est, bien sûr, concevable que si celle-ci a un certain pouvoir. Une minorité n'a, certes, jamais le pouvoir d'emporter la décision, mais dans certains cas, elle a le pouvoir de bloquer la prise d'une décision.

Ex. Dans une SA, une AG peut décider de modifier les statuts. Par exemple, elle peut procéder à une augmentation de capital pour autant qu'une majorité de 75 % soit acquise. Si un actionnaire majoritaire détient 60 % du capital, il a donc besoin de voix des minoritaires pour procéder à une augmentation de capital. Les actionnaires minoritaires ont donc, à cet égard, un pouvoir de blocage.

- ❖ La question des abus de minorité a connu une **évolution progressive**.

- (1) La notion d'abus de minorité a au départ été appliquée dans des cas où une minorité d'associés ou d'actionnaires titulaire de prérogatives particulières en vertu des statuts abusait de ces prérogatives.

Voici une des premières décisions à l'occasion desquelles cette notion a été dégagée.

 Tribunal de commerce de Bruxelles, 15 décembre 1984 (affaire Rossel)

Les faits étaient les suivants. Rossel est la société qui exploite Le Soir. Son actionnariat est morcelé en groupes dont aucun ne détient la majorité (ex. : 40% - 20% - 20% - 20%). Les statuts prévoient la **représentation proportionnelle des actionnaires au CA**, ce qui signifie que chaque mandat d'administrateur est attribué à une catégories d'actionnaires. Ainsi, lorsqu'un poste d'administrateur est vacant, l'AG ne peut procéder à ne nomination que sur proposition de la catégorie d'actionnaires dont le mandat est à pourvoir; sachant le groupe d'actionnaires concerné présente une liste double de candidats. En l'espèce, les mandats attribués à trois catégories d'actionnaires étaient vacants suite à un conflit. Ces groupes d'actionnaires ont proposé chacun deux candidats, mais se sont organisés pour présenter à chaque fois un candidat dont ils savaient que la majorité ne voudrait pas, escomptant que la majorité voterait pour l'autre candidat, la **privant donc d'un choix effectif** :

- pour le 1^e mandat : Mr X et Mr Hersant (soupçonné de collaboration !);
- pour le 2^e mandat : Mr Y et Mr Hersant ;
- pour le 3^e mandat : Mr Z et Mr Hersant ; Mr Z est inacceptable aussi (également soupçonné de collaboration). L'AG est dans l'impossibilité de faire un choix effectif.

Le tribunal a considéré qu'il y avait abus de minorité, et que la sanction était que l'AG pouvait désigner un candidat sur proposition de la majorité.

- (2) Ensuite, la théorie de l'abus de minorité a été transposée au fonctionnement même des organes, plus spécialement de l'AG, lorsqu'une minorité d'associés ou d'actionnaires, en utilisant son pouvoir de blocage pour des décisions nécessitant une majorité spéciale, pouvait être considérée comme en ayant abusé.

Ex. voir ci-dessus : augmentation de capital.

La minorité, lorsqu'elle bloque la prise une décision, peut être animée par un mobile licite.

Ex.

- Le CA d'une SA propose une augmentation de capital mais les actionnaires minoritaires utilisent leur pouvoir de blocage car ils ne sont pas en mesure de suivre et veulent éviter d'être dilués.
- Le CA propose une augmentation de capital assortie d'une suppression du droit préférentiel de souscription.

Mais le blocage peut conduire à une situation plus ou moins préjudiciable pour la société, pour l'entreprise qu'elle exploite, et pour les preneurs d'intérêts (stakeholders).

Peut-il dès lors être, dans certains cas, être considéré comme abusif ?

Prudemment, la jurisprudence a répondu positivement : il n'y a pas de raison juridique d'exclure la théorie de l'**abus de droit** dans ces circonstances particulières. Tout comme l'abus de majorité résulte de la conjugaison de votes abusifs, l'abus de minorité est constitué par l'usage abusif, par des associés ou actionnaires minoritaires, de leurs droits de vote respectifs.

Ce principe a été notamment appliqué par un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 9 novembre 1981 et un arrêt de la Cour d'appel de Mons du 23 mars 1989 (cas de recapitalisation bloquée).

❖ Quelle est la **sanction** de l'abus de minorité ?

En cas d'abus de majorité, la nullité de la décision qui en est entachée peut être demandée sur base de l'art. 64 C. soc. si l'organe est l'AG, et sur base des principes généraux en matière de responsabilité civile pour les décisions des autres organes collégiaux (en tant que réparation en nature). Mais en cas d'abus de minorité, il n'est pas question de prononcer une nullité, puisque par hypothèse il n'y a aucune décision.

- ★ Lorsque l'abus de minorité consiste en l'exercice **abusif d'une prérogative particulière** prévue par les statuts, comme dans l'affaire Rossel, la sanction peut consister dans la **déchéance** de cette prérogative, avec pour conséquence, dans l'affaire Rossel, que l'AG est libre de nommer un candidat proposé par d'autres actionnaires, en particulier par la majorité des actionnaires.
- ★ Mais cette sanction ne peut être appliquée si une minorité **bloque** l'adoption d'une décision requérant une majorité spéciale. Pour ce type de situation, **3 types de conceptions** sont possibles :

- (a) Soit l'on peut restreindre la sanction à l'allocation de **dommages-intérêts** à ceux qui sont préjudiciés par le fait que la décision n'a pas été prise.

Encore faut-il démontrer que les conditions de la responsabilité civile sont réunies, en particulier l'existence d'un dommage causé par l'absence de décision, ce qui rend l'action aléatoire.

- (b) Selon une autre conception, il faut, conformément aux principes de la responsabilité civile, sanctionner l'abus de minorité par une **réparation en nature**, qui consistera à **écarter les votes minoritaires du décompte des voix exprimées** à l'AG, en sorte que la décision puisse être adoptée par les voix restantes. Cette solution est intéressante, mais pas toujours suffisante pour arriver à l'adoption de la décision. C'est pourquoi, une troisième solution a été proposée.

- (c) Cette troisième solution est la suivante. Lorsque cela est nécessaire, le juge est en droit d'**imposer aux minoritaires de voter en faveur de la proposition du CA**

- ✓ sous peine d'**astreinte**,
- ✓ voire en assortissant sa décision d'un dispositif particulier selon lequel, au cas où les minoritaires ne voteraient pas dans le sens déterminé, la **décision du juge tiendrait lieu de vote** dans le sens déterminé.

Quelques observations s'imposent au sujet de cette troisième solution.

- C'est une conception qui *a priori* peut paraître assez choquante au regard des principes traditionnels du droit des sociétés, en

particulier du principe selon lequel l'AG est un organe délibérant. Cette solution implique, en effet, que le juge impose sa décision de l'extérieur, indépendamment de toute délibération.

Mais cette critique a fait long feu dans la mesure où il s'observe qu'en droit contemporain des sociétés, le caractère délibérant de l'AG ne tient plus à l'essence même du fonctionnement de l'AG. En témoigne l'évolution qu'a connu le régime des pactes de votation, qui montre que pour la Cour de cassation (depuis 1989) et le législateur (depuis 1991), le caractère délibérant de l'AG n'a plus la même portée qu'auparavant.

- Dans quelles hypothèses la solution qui consiste à écarter les votes minoritaires dans le décompte des voix exprimées à l'AG (solution (b)) n'est-elle pas suffisante ? Tel est le cas lorsqu'une proposition doit, pour pouvoir être adoptée, recueillir une majorité sur l'ensemble des droits de vote attachés à l'ensemble des parts ou titres émis par la société, même s'ils ne sont pas présents ou représentés à l'AG (ce qui est assez rare).

Ex. tel est le cas, selon la doctrine, pour une augmentation de capital.

En effet, il peut se produire que la loi ou les statuts, lorsqu'ils définissent la majorité qu'une proposition doit recueillir pour pouvoir être adoptée, précisent, par exemple, que cette majorité est calculée

- sur l'ensemble des votes exprimés à l'AG,
- ou sur l'ensemble des droits de vote présents ou représentés à l'AG ;
- ou, hypothèse qui vient d'être décrite, sur l'ensemble des droits de vote attachés à l'ensemble des parts ou titres émis par la société, même s'ils ne sont pas présents ou représentés à l'AG.

f. Les conflits d'intérêts

- ❖ La théorie des conflits d'intérêts peut tout d'abord être conçue comme une **application particulière de la théorie de l'abus de majorité**. Tel est le cas lorsque le conflit d'intérêts existe **dans le chef de personnes qui peuvent emporter la décision**.

➔ Lorsque

- une majorité d'administrateurs ou gérants dans un CA ou un collège de gestion,
- ou une majorité d'associés ou actionnaires d'une AG

en situation de conflit d'intérêts prennent une décision, cette décision est abusive car elle vise non l'intérêt général, mais

- le profit particulier des administrateurs ou gérants, ou des associés ou actionnaires qu'ils représentent,
- ou de la majorité des associés ou actionnaires.

Il existe un conflit d'intérêts entre leur intérêt particulier et l'intérêt général. L'abus est l'expression du conflit d'intérêts.

Dans ce cas, la sanction peut être recherchée dans la théorie de l'abus de majorité (nullité de la décision).

- ❖ Mais le conflit d'intérêts peut aussi exister **dans le chef d'un membre ou plusieurs membres d'un organe sans qu'ils disposent de la possibilité d'imposer leurs vues**. L'exemple-type en est l'administrateur en situation de conflit d'intérêts, qui n'a pas la possibilité d'emporter la décision au sein du CA. Cela suffit-il pour le tenir pour neutre ?

Plusieurs situations sont possibles.

- (a) Dans diverses formes sociales, le **législateur n'a rien prévu** de particulier à ce sujet :

- SNC, SCS, SCRI ;
- SA, SPRL et SCA en ce qui concerne l'AG.

Dans ce cas, il faut appliquer le **droit commun**, qui aboutit à ce que cette situation n'est susceptible d'**aucune sanction particulière**, parce qu'à considérer même que le membre de l'organe en situation de conflit d'intérêts, en participant aux délibérations et au vote, ait commis une faute (eu égard aux normes générales de bon comportement), jamais il ne

pourra être établi que le dommage subi (le cas échéant) est la conséquence de cette faute, puisque justement, à lui seul, le membre ne peut prendre la décision.

La Cour de cassation et la Cour d'appel de Bruxelles l'ont énoncé dans la situation particulière d'une OPA, mais par des expressions transposables aux autres types de situations qui peuvent se présenter.

Il n'existe **pas**, en d'autres termes, **de principe général de droit qui imposerait à quiconque en situation de conflit d'intérêts dans un organe de s'abstenir de prendre part aux délibérations et au vote.**

(b) Cela a poussé le législateur à intervenir, mais il ne l'a fait que très ponctuellement.

★ SA, SCA, pour le CA

- Dans les SA et les SCA, la matière a longtemps été réglée par l'art. 60 L.C.S.C., qui, **jusqu'en 1991**, imposait à tout administrateur en situation de conflit d'intérêts par rapport à une proposition de décision
 - ✓ de le déclarer au CA
 - ✓ et de s'abstenir de participer aux délibérations et au vote,

dans toutes les variétés de SA.

Cette disposition paraissait *a priori* rencontrer adéquatement la question, mais le problème était que l'art. 60 n'était pas assorti d'une sanction particulière, ce qui avait pour effet que dans la pratique, il était le plus souvent dépourvu de sanction effective. C'était donc, en définitive, une règle assez platonique.

En effet, puisqu'aucune règle particulière n'était prévue à cet égard, la sanction restait dépendante de l'application des principes généraux de la responsabilité civile. Le non-respect de l'art. 60 L.C.S.C. constituait un cas de violation d'une obligation légalement déterminée, variété de faute, mais il fallait aussi démontrer un dommage en lien causal avec la faute. Or, la décision avait été prise par la majorité, ce qui faisait qu'il était impossible d'établir un lien de causalité !

- C'est la raison pour laquelle en 1991, le législateur **aménage** l'art. 60 L.C.S.C..

- Aujourd'hui (à la suite encore d'une modification en 1995), la matière est réglée par l'art. 523 C. soc.³², qui prévoit un **système différencié** selon que la société envisagée est une société privée ou une société faisant publiquement appel à l'épargne.

- Dans les SA privées,

- ✓ l'administrateur en situation de conflit d'intérêts doit seulement le déclarer aux autres membres du CA avant la délibération au CA, mais il peut participer aux délibérations et au vote ;
- ✓ sa déclaration, et la nature du conflit d'intérêts, doivent figurer dans le procès-verbal du CA ;
- ✓ ce dernier sera reproduit dans le rapport de gestion.

Le but est que les autres administrateurs soient suffisamment vigilants et que le conflit d'intérêts ne puisse peser sur leur décision.

³² “§ 1^{er}. 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 le communiquer aux autres administrateurs avant la délibération au conseil d'administration. Sa déclaration, ainsi que les raisons justifiant l'intérêt opposé qui existe dans le chef de l'administrateur concerné, doivent figurer dans le procès-verbal du conseil d'administration qui devra prendre la décision. De plus, il doit, lorsque la société a nommé un ou plusieurs commissaires, les en informer.

En vue de la publication dans le rapport de gestion, visé à l'article 95, ou, à défaut de rapport, dans une pièce qui doit être déposée en même temps que les comptes annuels, le conseil d'administration décrit, dans le procès-verbal, la nature de la décision ou de l'opération visée à l'alinéa 1^{er} et une justification de la décision qui a été prise ainsi que les conséquences patrimoniales pour la société. Le rapport de gestion contient l'entièreté du procès-verbal visé ci-avant.

Le rapport des commissaires, visé à l'article 143, doit comporter une description séparée des conséquences patrimoniales qui résultent pour la société des décisions du conseil d'administration, qui comportaient un intérêt opposé au sens de l'alinéa 1.

Pour les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, l'administrateur visé à l'alinéa 1^{er} ne peut assister aux délibérations du conseil d'administration relatives à ces opérations ou à ces décisions, ni prendre part au vote.

§ 2. La société peut agir en nullité des décisions prises ou des opérations accomplies en violation des règles prévues au présent article et à l'article 524ter [relatif aux conflits d'intérêts au sein du comité de direction], si l'autre partie à ces décisions ou opérations avait ou devait avoir connaissance de cette violation.

§ 3. (...)”

- Dans les SA faisant publiquement appel à l'épargne, l'administrateur concerné doit en outre s'abstenir de participer aux délibérations et au vote.

Et dès 1991, il est prévu qu'indépendamment d'une éventuelle action en responsabilité contre l'administrateur (qui est difficile à mettre en œuvre, vu que le lien de causalité ne pourra, normalement, être établi), la violation des règles en matière de conflit d'intérêts peut justifier la **nullité** de la décision du CA.

En outre, une possibilité de **sanction** supplémentaire est prévue lorsque les **règles en matière de conflit d'intérêts ont été respectées**, mais qu'en dépit de cela, la société a subi un **préjudice "abusif"** du fait de la décision adoptée alors qu'un ou plusieurs administrateurs étaient en situation de conflit d'intérêts, pour autant qu'ils aient retiré un **avantage "abusif"**.

- ❖ Se pose la question du champ d'application de l'art. 523 C. soc. et de l'ex-article 60 L.C.S.C. quant à la **définition de la notion de conflit d'intérêts**.
 - ★ L'on invoque classiquement l'exemple d'une proposition faite au CA qui consiste en l'acquisition par la société d'un bien appartenant à l'un de ses membres. Dans ce cas, il existe un **conflit d'intérêts direct et d'ordre patrimonial** : l'administrateur a intérêt à ce que le prix soit le plus élevé possible, tandis que la société a intérêt à ce qu'il soit le plus bas possible. Le cas est simple, car si la décision est prise, elle aboutit à un contrat dont les parties sont l'administrateur et la société.

Il existe encore d'autres situations où sont confrontés les intérêts patrimoniaux de la société et de l'administrateur.
 - ★ Il existe d'autres situations où la solution est moins nette.
 - 1^{ère} hypothèse : les **clauses d'agrément** : présence, au sein du CA, d'un administrateur représentant un actionnaire qui a cédé des titres sous condition suspensive de l'agrément du CA (ou d'un "actionnaire-administrateur" qui a cédé des titres sous condition suspensive de l'agrément du CA).

Une clause d'agrément est une clause aux termes de laquelle une cession d'actions de la société ne peut se faire au profit d'un tiers que si le tiers candidat cessionnaire est

préalablement agréé par le CA. C'est une clause restrictive de cessibilité des titres, qui est en principe valable, pour autant qu'elle soit justifiée par des motifs légitimes.

Si un actionnaire représenté au CA, ou administrateur lui-même, vend des titres à un tiers sous condition suspensive de l'agrément, y a-t-il un conflit d'intérêts au sens de l'art. 523 C. soc. ?

- Il y a, certes, un conflit d'intérêts au sens large, puisque lui a intérêt à ce que le CA donne son agrément, alors qu'il se peut que la société ait intérêt à ce que le CA le refuse, par exemple parce que la politique de la société pourrait être modifiée à cause de l'entrée du cessionnaire dans la société, ou pour une autre raison.
- Mais alors que le patrimoine de l'administrateur cédant est concerné, tel n'est pas le cas de celui de la société, - en tout cas, celui-ci n'est pas directement concerné : la société n'est pas partie au contrat de vente de titres.
 - ➔ Pour ce motif, une partie de la jurisprudence estime que **l'ex-article 60 L.C.S.C. ne peut être appliqué à ce type de situation**, et que l'administrateur peut donc participer aux délibérations et au vote. Ce courant semble **dominant**.

Notamment :

- 🌐 Tribunal de commerce de Bruxelles, 24/07/1978, inspiré de :
- 🌐 Cour de cassation française, 24/05/1975 (dans le même sens) ;
- 🌐 Cour d'appel de Bruxelles, 19/01/2001, dans le cadre d'une OPA : même conception mais pour d'autres motifs (voir ci-dessous).

Mais cette solution ne va pas de soi et selon un autre courant, illustré par un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 15 mars 1991 (donc antérieur à l'arrêt du 19/01/2001 en matière d'OPA), estime que même si le patrimoine de la société n'est pas directement concerné lorsque le CA se prononce sur une demande d'agrément, il peut être indirectement concerné, spécialement en cas de cession de participations de contrôle ou de référence, celle-ci pouvant avoir pour conséquence de modifier la politique de gestion de la société, ce qui peut avoir un impact sur le patrimoine de la société. L'ex-article 60 L.C.S.C. doit donc être respecté.

Mais le premier courant semble l'emporter.

- 2^{ème} hypothèse : en matière d'OPA : présence, au sein du CA de la société cible qui tenu d'émettre un avis sur l'OPA, de représentants de l'offrant.

Une OPA (offre publique d'acquisition) est une offre par laquelle une ou plusieurs personnes offrent au public propriétaire de titres, plus particulièrement d'actions représentatives du capital d'une société, le plus souvent d'une SA, de lui acquérir ses titres moyennant une contrepartie en numéraire (offre publique d'achat) ou en titres émis par une autre société (offre publique d'échange). C'est une offre d'acquisition faite au public qui, si elle réussit, aboutit à une multitude de contrats de cession de titres.

Les OPA sont réglementées par une loi du 01/04/2007 et un A.R. du 27/04/2007, qui modifient le régime antérieur de la loi du 2 mars 1989 et l'A.R. du 8 novembre 1989.

Les OPA sont une technique de prise de contrôle des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, plus particulièrement des sociétés cotées. La société n'est pas partie à cette opération, mais en forme l'objet. Cependant, l'OPA, si elle réussit, est susceptible d'avoir un impact sur la politique de gestion de la société, et donc sur son patrimoine.

La loi du 1^{er} avril 2007 prévoit, comme le prévoyait déjà la loi du 8 novembre 1989, que suite au lancement de l'OPA, le CA de la société cible doit être invité à émettre (et *doit* émettre) un avis sur le projet d'offre. Ainsi, le public pourra apprécier les mérites de l'offre tout en disposant du point de vue des deux parties :


- point de vue de l'offrant : le prospectus ;
- point de vue de la société cible : avis de son CA.

Peut-il exister une situation de conflit d'intérêts dans le chef d'un administrateur de la société cible, lorsque le CA doit émettre l'avis sur le projet d'OPA, en particulier si dans le CA se trouvent des représentants de l'offrant, parce que l'offrant a déjà une participation dans la société qui lui a permis de se faire représenter au sein du CA de celle-ci ? On présume, en effet, que les administrateurs représentant l'offrant auront, du fait de cette qualité, tendance à dire du bien de l'offre (ils y ont en tous cas intérêt).

Ex. dans une société cotée, un actionnaire détient 24 % des actions et le solde est réparti dans le public ; l'actionnaire a en principe le contrôle de fait de la société, ce qui lui a permis de nommer le CA - pas tous ses membres, mais une majorité tout de même. Il veut cependant prendre le contrôle de droit et lance pour ce faire une OPA. Ainsi, il ne devra pas tenir compte des intérêts des actionnaires minoritaires.

Ex. OPA de Suez sur Tractebel.

En cette matière, on peut citer notamment un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 19 janvier 2001 rendu dans le cadre de l'affaire Suez-Tractebel.

 Cour d'appel de Bruxelles, 19 janvier 2001 (affaire Suez-Tractebel)

La solution de cet arrêt repose sur deux ordres d'observations :

- des observations relevant de la théorie des conflits d'intérêts en droit des sociétés
- et des considérations relevant du droit particulier des OPA.

(a) Observations relevant de la théorie des conflits d'intérêts en droit des sociétés

L'arrêt énonce qu'il n'existe pas, en droit des sociétés, de principe général suivant lequel en cas de conflit d'intérêts dans le chef d'un membre d'un organe collégial, ce membre devrait s'abstenir de participer aux délibérations et au vote au sein de ce collège. D'autre part, en droit des SA, l'article 523 C. soc. énonce une règle spécifique qui ne peut s'appliquer que si le patrimoine de la société est directement concerné. L'arrêt adopte donc une conception restrictive des conflits d'intérêts, comme la jurisprudence dominante en matière de clauses d'agrément.

(b) Considérations relevant du droit particulier des OPA

L'administrateur doit d'autant moins s'abstenir qu'en vertu du droit des OPA (sous l'empire de la loi de 1989 à l'époque de l'arrêt, mais également sous l'empire de la loi de 2007), chacun des administrateurs doit déclarer qu'il est ou non lui-même actionnaire de la société cible et, si oui, indiquer dans quel sens il va répondre à l'offre. Tel est le garde-fou : les administrateurs-actionnaires doivent déclarer comment ils se comporteront à propos de leurs propres titres. Ainsi, si les administrateurs-actionnaires représentant l'offrant disent "c'est une très bonne offre mais je ne vais pas

apporter mes titres à l'OPA", ou vice-versa, c'est suspect. Cela postule donc qu'ils doivent participer aux délibérations et au vote.

- ★ **SPRL pour l'organe de gestion** : système qui s'inspire de celui des SA (art. 259 à 261 C. soc.).

3 variétés de situations :

- (1) Si la SPRL est gérée par un **collège de gérants**, les **mêmes règles** s'appliquent en matière de conflits d'intérêts que dans les SA, sous réserve que puisqu'il n'existe pas de SPRL faisant publiquement appel à l'épargne, seul le régime prévu pour les sociétés privées est applicable (obligation de déclaration sur l'existence et la nature du conflit d'intérêts, qui doit être actée au procès-verbal et dans le rapport de gestion).
- (2) **En l'absence de collège de gérants** (la SPRL est gérée par un ou plusieurs gérants ne formant pas un collège), il faut distinguer deux situations.
 - La société n'est pas une SPRLU : le gérant impliqué dans un conflit d'intérêts doit en référer à l'AG, qui désignera un mandataire ad hoc pour que celui-ci prenne la décision. [C'est donc une forme d'abstention qui est prévue.]
 - Si la société comporte un seul associé et n'a donc pas d'AG (SPRLU), et qu'un gérant est en conflit d'intérêts avec la société, il peut lui-même prendre la décision, mais doit en rendre spécialement compte dans un rapport déposé en même temps que les comptes annuels.

- g. Règles concernant plus particulièrement la représentation organique des sociétés

Dans quelles conditions un organe peut-il engager la société, ou faire naître des droits dans son chef, au titre du pouvoir de représentation dont il est investi par la loi ou les statuts ?

- ◆ Il faut que la **nomination** de l'organe soit **opposable** aux tiers avec lesquels il entre en contact en agissant pour le compte de la société.

En vertu de l'art. 76 C. soc., la désignation d'un organe de représentation n'est opposable aux tiers qu'au jour de la **publication de cette désignation aux annexes du M.B.**, sauf à démontrer que le tiers avait connaissance de cette désignation avant pareille publication.

Ex. L'introduction d'un recours judiciaire par un organe régulièrement désigné dans l'ordre interne n'est pas opposable aux tiers contre lesquels le recours est introduit si, à ce moment, la désignation de cet organe n'a pas été publiée aux annexes du M.B. (sauf à démontrer la connaissance de la désignation par le tiers). Si au moment de l'expiration du délai pour agir, cette publication n'a toujours pas eu lieu, le recours ne pourra plus être utilement exercé.

Selon l'art. 77 C. soc., cette **publication rend toute irrégularité dans la nomination** des membres de l'organe de représentation **inopposable** aux tiers, à moins que la société ne prouve que ces tiers en avaient connaissance. C'est une application de la théorie de l'apparence.

- ◆ Pour ne pas être tenu personnellement de l'engagement qu'il conclut, il faut que l'organe **déclare agir au nom de la société** (c'est-à-dire en tant qu'organe de celle-ci). L'art. 61 C. soc. précise que "*les membres [des] organes ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société*". Il s'agit de la reproduction d'une règle qui existe en matière de mandat.

Il faut en outre (art. 78 C. soc.) que l'organe énonce la **forme** de la société pour le compte de laquelle il intervient ; sinon, il ne bénéficiera pas de l'exonération de responsabilité de l'art. 61 C. soc (en vertu de l'article 80 ?) !!

Ex. "société X, SA" : ainsi, les tiers seront informés qu'il n'ont de recours que contre le patrimoine de la société, et en particulier qu'ils n'ont pas de recours contre les associés.

Mais cette sanction a été nuancée par la jurisprudence.

Notamment, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 10/07/2003 énonce que le tiers avec lequel un organe a traité ne peut prétendre agir contre cet organe à titre personnel au motif que la forme sociale ne lui a pas été révélée au moment de la conclusion du contrat que s'il établit qu'il a été **abusé** par cette omission, de telle sorte qu'il n'aurait pas traité avec la société s'il l'avait su.

Cette sanction n'est donc pas automatique.

- ◆ Certaines **limitations** s'imposent aux pouvoirs des organes de représentation. Ces limitations diffèrent suivant les formes sociales envisagées.

(a) **Le principe de spécialité légale**

En vertu de ce principe, l'organe de représentation d'une société commerciale ne peut accomplir pour le compte de la société des actes à titre gratuit, des libéralités. Normalement, la société pourra prétendre, dans ces cas, ne pas être engagée. Cette limitation est **opposable aux tiers** par la société, et d'ailleurs également à **la société elle-même**.

(b) **Le principe de spécialité statutaire**

★ En matière représentation organique comme en matière de représentation contractuelle, le représentant ne peut pas engager le représenté au-delà des limites du mandat. En matière de sociétés, l'organe de représentation ne peut pas engager la société vis-à-vis des tiers au-delà de l'objet statutaire : c'est le principe de la spécialité statutaire.

 Cour de cassation, 31 mai 1957

Nous avons déjà examiné cet arrêt selon lequel **l'organe qui agit en dehors des limites de l'objet statutaire est sans pouvoir**

- pour engager le groupement
- ou pour lui conférer des droits à l'égard d'un tiers.

Le principe va donc dans les deux sens.

★ Mais dans certaines formes sociales (SA, SPRL, SCRL) existent des **exceptions pour protéger les tiers**.

➔ Dans ces formes sociales, un acte excédant l'objet social accompli par un organe de représentation **engage la société** (contrairement au droit commun), sauf si la société démontre

- *“que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet*
- *ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances³³, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve”*

(art. 526 C. soc. pour les SA, 258 pour les SPRL, 407 pour les SCRL).

➔ La question suivante s'est posée : est-il **aussi** dérogé au principe de spécialité statutaire **au désavantage des tiers** ?

³³ Cela suppose que la société démontre concrètement que le tiers ne pouvait ignorer le dépassement de l'objet social, par exemple, le cas échéant, au moyen d'un échange de lettres.

Les art. 526, 258 et 407 énoncent la règle selon laquelle les actes excédant l'objet social accomplis par l'organe de représentation engagent la société ; ces actes engagent-ils aussi les tiers ?

🕒 Cour de cassation, 12 novembre 1987

Cet arrêt souligne que les articles 526, 258 et 407 C. soc. sont l'expression d'une directive (la Première Directive, de 1968) qui est inspirée du droit allemand, où les restrictions découlant de l'objet statutaire sont considérées comme relevant de l'ordre interne des sociétés, et ne donnent donc lieu qu'à une responsabilité de l'organe vis-à-vis de la société. Ces restrictions ne produisent donc pas d'effets dans l'ordre externe, et par conséquent les tiers ne peuvent pas se prévaloir d'une méconnaissance de l'objet statutaire par l'organe avec lequel ils ont traité.

Ce principe vaut donc **aussi au détriment des tiers**.

- ★ Quel est l'objet social qui doit être pris en compte ? Est-ce l'objet social tel que défini dans les statuts, ou **aussi l'intérêt social** ? Il y a eu des hésitations à ce sujet. Certains ont prétendu que l'intérêt social était aussi concerné, en ce sens qu'il y avait violation du principe de spécialité statutaire lorsqu'un engagement n'était pas pris dans l'intérêt de la société et de la généralité des associés.

Ex. Une société faisant partie d'un groupe se constitue caution pour le crédit qu'une autre société du groupe obtient auprès d'un banquier. Il n'y a pas de dépassement de l'objet statutaire, mais ce contrat est-il conforme à l'intérêt social ?

Ex. Le CA conclut un acte qui rentre dans le cadre de l'objet social, mais à des conditions de prix sciemment mal négociées.

La jurisprudence a été amenée à se prononcer sur base d'un arrêt de la CJCE du 13 novembre 1990, selon lequel l'objet d'une société est l'objet social tel que décrit par les statuts ou l'acte de constitution de la société, ou tel qu'il découle des activités effectivement exercées par la société. Il en découle que l'objet de la société s'apprécie *ratione materiae* en fonction des dispositions des statuts, mais non de l'intérêt social.

Cette solution est conforme au droit commun du mandat, où le mandant n'est pas engagé en cas d'excès de pouvoir, mais est engagé en cas de détournement de pouvoir (le mandataire agit dans les limites de la procuration mais pas dans l'intérêt du mandant).

Donc, la **société** est **engagée**, sauf si elle prouve, conformément au droit commun, que le tiers est complice de l'opération.

(c) **Limites statutaires** aux pouvoirs de l'organe de représentation, autres que celles découlant du principe de spécialité statutaire

Ex.

- Les statuts de la société ou le contrat de société prévoient que le(s) gérant(s) ne pourront valablement engager la société, même dans les limites de l'objet social, qu'en deçà d'un certain montant.
- Les statuts de la société ou le contrat de société prévoient que telle ou telle catégorie d'opérations ne pourront être accomplies par les gérants qu'avec l'approbation préalable de l'AG ou des associés statuant à l'unanimité (en particulier dans des sociétés familiales).

★ **En principe**, conformément au droit commun du mandat, ces clauses sont **opposables** aux tiers.

★ Mais ce principe connaît des **dérogations dans certaines formes sociales**, en particulier dans les SA et les SPRL, où s'appliquent plusieurs règles spéciales.

- Si les statuts d'une SA restreignent les pouvoirs de représentation du CA en tant que tel, ces restrictions sont inopposables aux tiers.

- En matière de SA, l'art. 522, § 2 C. soc. prévoit, ainsi que nous l'avons vu, que *“les statuts peuvent donner qualité à un ou plusieurs administrateurs pour représenter la société, soit seuls, soit conjointement. Cette clause est opposable aux tiers. Les statuts peuvent apporter des restrictions à ce pouvoir, mais ces restrictions, de même que la répartition éventuelle des tâches dont les administrateurs auraient convenus, ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées”*.

- ➔ A l'égard des tiers, les administrateurs auxquels les statuts ont conféré le pouvoir de représenter la société, seuls ou conjointement, seront tenus pour avoir des pouvoirs étendus à l'ensemble des actes intéressant l'administration et la gestion de la société, quelles que soient les limitations que les statuts apportent à leurs pouvoirs.

- ➔ La seule restriction à leur pouvoir général de représentation que les statuts peuvent apporter et qui sera opposable aux tiers est l'exigence qu'ils agissent conjointement.

- ➔ Quid de la clause des statuts qui prévoirait, dans les termes généraux de l'article 522, § 2 C. soc. (ex-article 54, al. 4

L.C.S.C.), que la société serait valablement engagée dans les actes et en justice par un administrateur agissant conjointement non avec un autre administrateur, mais avec un directeur ? Cette restriction est-elle opposable aux tiers ? A priori non, puisque le régime vise à protéger les tiers, et que l'opposabilité des restrictions est l'exception. Mais curieusement, la Cour de cassation en a décidé autrement.

 Cour de cassation, 22 décembre 1977

“La loi permettant de confier le pouvoir de représenter une société anonyme dans les actes et en justice à un seul administrateur, rien ne s'oppose à ce que les statuts de la société prévoient, pour cette représentation une garantie supplémentaire consistant dans la signature d'un directeur”. C'est un contresens au regard du texte de l'art. 54, al. 4 L.C.S.C. et de l'art. 522, § 2 C. soc., ainsi que de celui de la directive de 1968.

- Il arrive que dans les **SPRL**, les statuts imposent aux gérants d'agir collégalement (voir ci-après), mais prévoient également que deux ou plusieurs gérants agissant seuls ou conjointement pourront valablement engager la société. Ces clauses analogues aux clauses de double, simple, triple, etc. signature que l'on trouve dans certaines SA sont valables. D'autre part, comme dans les SA, les restrictions, par les statuts, aux pouvoirs de ces délégataires sont inopposables aux tiers.
- ★ Certaines difficultés d'interprétation se sont posées pour les **SPRL**, qui sont liées au fait que la gestion de la société peut y être confiée à un gérant ou à des gérants, sans qu'il résulte automatiquement du fait que plusieurs gérants sont désignés que ceux-ci doivent agir en collège : en principe, chacun des gérants est à lui seul un organe d'administration et de représentation et peut donc accomplir seul tout acte engageant la société ou lui conférant des droits (gestion concurrente), mais selon l'art. 259 C. soc., les statuts peuvent prévoir que les gérants formeront un collège, auquel cas ils ne pourront qu'agir en collège, à l'instar des membres du CA dans les SA. Dans ce cas, les statuts imposent une certaine restriction au pouvoir de représentation de ces gérants. Cette restriction est-elle opposable aux tiers ? La doctrine et la jurisprudence ont répondu affirmativement, de manière unanime.

h. Ratification et représentation apparente

- ❖ Si un acte est accompli sans pouvoir ou au-delà des pouvoirs en vertu d'une restriction de compétences opposables aux tiers, l'acte n'engage pas la société et ne lui confère pas de droits, mais la société peut, en vertu du droit commun, **ratifier** l'acte. Cependant, si l'acte doit être accompli dans un délai prescrit à peine de nullité, la ratification doit intervenir dans ce délai. La ratification peut être tacite.

Ex. Elle pourra, le cas échéant, être déduite de l'absence de protestation contre les factures relatives à une opération accomplie sans pouvoir.

- ❖ La **représentation apparente** constitue une transposition de la théorie du mandat apparent en matière de sociétés personnifiées. Si un tiers se trompe légitimement sur l'étendue des pouvoirs de représentation de la personne ou de l'organe avec lequel il traite, la société sera engagée à son égard. Les conditions de l'apparence sont :

- ✓ une erreur légitime du tiers ;
- ✓ depuis un arrêt assez récent de la Cour de cassation, une imputabilité objective de l'apparence au pseudo-mandant.

Cette théorie reçoit de multiples applications en matière de sociétés.

i. Représentation en justice de la société

La représentation en justice des sociétés personnifiées pose des difficultés supplémentaires en raison de l'existence de principes particuliers à la représentation en justice. Il faut combiner les règles du droit des sociétés intéressant la représentation organique ou par mandataires des sociétés avec les règles découlant du Code judiciaire. Il en est résulté des hésitations dans la jurisprudence judiciaire et surtout dans celle du Conseil d'Etat au contentieux de l'annulation.

i. Représentation devant les juridictions judiciaires

◆ **La décision d'introduire ou de se défendre contre une action**

Quels représentants de la société sont aptes à prendre la décision d'introduire une action pour le compte de la société ou de se défendre contre une action introduite contre celle-ci ?

❖ L'article 703 C. jud. donne à cette question un commencement de solution : *“les personnes morales agissent en justice à l'intervention de leurs organes compétents”*.

- Cette affirmation renferme une vérité incontestable. Elle est cependant en partie inexacte, en ce qu'elle sous-entend que *seuls* les **organes** peuvent prendre une telle décision. Or, les **mandataires** institués le cas échéant à cette fin par l'organe de représentation peuvent également prendre la décision d'agir en justice pour le compte de la société, en demandant ou en défendant.
- Si la représentation en justice est réalisée par un **organe**, il faut vérifier si l'organe est collégial ou si ses membres peuvent agir individuellement. Dans le premier cas, la décision d'agir en justice ou de se défendre contre une action doit être une décision collégiale. Tel est le cas dans les SA, les SCA et les SPRL dotées d'un collège de gestion. D'autre part, si les statuts délèguent le pouvoir de représenter la société à un ou plusieurs gérants ou administrateurs agissant seuls ou conjointement, ces gérants ou administrateurs pourront, seuls ou conjointement selon le cas, décider d'agir en justice pour le compte de la société.
- Bref, on applique à la décision d'agir en justice au nom de la société les **règles générales de la représentation organique et contractuelle** des personnes morales.

❖ Cependant, une **controverse** est née au **Conseil d'État** et s'est répandue vers les **juridictions judiciaires**. Certains prétendent, à propos des SA et SPRL dont les statuts attribuent un **pouvoir de représentation à un ou plusieurs administrateurs ou gérants agissant seuls ou conjointement**, que l'action en justice ne peut être valablement introduite, ni les actes de procédure pour la défense être accomplis, par eux, que si en outre une décision préalable de l'organe d'administration a valablement été adoptée en ce sens.

Cette thèse est inexacte pour 2 raisons :


- Elle n'est pas souhaitable en opportunité. Si on admet cet thèse, on détruit une grande partie de l'intérêt de la clause instituant un tel organe statutaire, alors que précisément le législateur a voulu, lorsqu'il a adopté la loi du 6 mars 1973, assimiler cet organe à un organe légal par souci de simplification de la représentation de la société.
 - Depuis cette loi du 6 mars 1973, les clauses de double signature, ou simple, triple, quadruple, etc. signature ne s'analysent pas comme une présomption de délibération conforme préalable de l'organe d'administration, mais comme instituant des organes statutaires assimilés à des organes légaux. Pourquoi exiger cette délibération conforme de l'organe d'administration lorsqu'il s'agit de représenter la société en justice ?
- ❖ Une autre difficulté se pose en ce qui concerne l'**organe de gestion journalière**.

Digression : le(s) délégué(s) à la gestion journalière

Dans les SA et les SCA en particulier, il peut y avoir, à côté du CA, qui est en charge de l'administration générale de la société, un autre organe aux compétences limitées à la gestion journalière : un ou des délégués à la gestion journalière, qui peuvent être désignés parmi les administrateurs (administrateurs-délégués) ou être étrangers au CA. Si plusieurs délégués à la gestion journalière sont désignés, ils ne forment pas un collège sauf si les statuts le prévoient.

La question se pose de savoir si la gestion journalière peut emporter le pouvoir d'agir et de se défendre en justice.

- ★ La Cour de cassation a donné une définition de la gestion journalière qu'elle a confirmée par la suite.

 Cour de cassation, 17 septembre 1968 : définition de la gestion journalière

La gestion journalière comprend les actes commandés par la vie quotidienne de la société et ceux qui, en raison de leur peu d'importance et la nécessité d'une prompt solution, ne justifient pas l'intervention du CA.

Cette définition, un peu archaïque, ne correspond pas à la pratique, mais elle continue à prévaloir selon la Cour de cassation.

Il en découle que la gestion journalière comprend deux types d'actes :

1) les **actes de minime importance**, cette dernière s'appréciant par rapport à la taille de la société et à l'objet statutaire ;

2) les **actes urgents** ;

ex. introduction d'une action en justice avant que le délai pour agir ne s'écoule ; renouvellement d'un bail commercial.

★ **Habituellement** l'on considère, en matière judiciaire en tout cas, que l'introduction d'une action ou l'accomplissement des actes de procédure pour se défendre contre une action peuvent relever de la gestion journalière soit en raison de la minime importance de l'enjeu du litige, soit si une décision urgente est requise. Cette conception est conforme à l'art. 703 C. jud., puisque le délégué à la gestion journalière est un organe.

★ Cependant, des **controverse**s sont nées, notamment suite à un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 26 septembre 2001 qui, inspiré par la jurisprudence du CE (voir ci-dessous), a estimé que l'introduction d'une action dépassait en principe le cadre de la gestion journalière, sauf dans des circonstances exceptionnelles. Il ne faut pas retenir cette définition, qui ne concorde pas avec la définition de la gestion journalière donnée par la Cour de cassation. Celle-ci se base sur deux critères (minime importance et urgence) sans faire de distinction selon l'objet de l'acte, et en l'occurrence sans exclure les actions judiciaires.

◆ **La comparution en justice et le dépôt de conclusions**

Qui peut développer les moyens et arguments de la société dans le prétoire et déposer des conclusions pour la société en demandant ou en défendant ?

Le Code judiciaire comporte des règles particulières en ce qui concerne la comparution en justice, notamment les articles 728 et 758.

- Art. 728 C. jud. : *“lors de l'introduction de la cause et ultérieurement, les parties sont tenues de comparaître en personne ou par avocat (...)”*.
- Art. 758 C. jud. : *“les parties peuvent présenter elles-mêmes leurs conclusions et défenses, à moins que la loi n'en ait disposé autrement (...)”*.

Il en résulte que l'on ne peut, en principe, comparaître en justice que soit en personne, soit par avocat, sauf des exceptions, notamment en droit social et en droit de la famille.

- ❖ **Société comparaisant en personne** : un mandataire peut décider d'agir en justice au nom de la société si cela entre dans les pouvoirs qui lui ont été délégués, mais ne s'identifie pas à la société et ne peut, par conséquent, et en raison du monopole de plaidoirie des avocats (art. 440 C. jud.), prétendre comparaître et déposer des conclusions pour la société. Seul un **organe** peut prétendre comparaître en justice pour la société, ou un avocat. Un arrêt de la Cour de cassation du 17 janvier 2000 confirme cette solution traditionnelle.
- ❖ **Société comparaisant par avocat** : en vertu de l'art. 440 C. jud.³⁴, les avocats disposent du monopole de plaidoirie et sont en outre **présumés tenir leur mandat d'un organe compétent**. En d'autres termes, l'avocat n'a pas à prouver qu'il a été mandaté par la société. Cependant, ce n'est pas une présomption irréfragable et la partie adverse peut requérir que l'avocat produise une procuration ou d'autres documents établissant qu'il a été valablement chargé par la société de comparaître pour elle, à condition d'apporter des éléments probants qui rendent vraisemblable que l'avocat n'est pas valablement investi du mandat dont il se prévaut (cass. 17 avril 1997).

ii. Représentation devant le Conseil d'Etat

Ces questions se sont posées dans des termes semblables devant le CE, mais y ont reçu des réponses quelque peu différentes, le CE se prévalant du caractère objectif du contentieux en annulation pour justifier des aménagements.

❖ Première entorse au droit commun : **la gestion journalière**

La jurisprudence du CE avait, à cet égard, connu des hésitations, avant d'avoir été fixée par un arrêt rendu en Assemblée générale. C'est ainsi que certains arrêts avaient estimé que les règles de droit commun devaient s'appliquer, notamment que le délégué à la gestion journalière pouvait décider

³⁴ "Devant toutes les juridictions, sauf les exceptions prévues par la loi, seuls les avocats ont le droit de plaider.

L'avocat comparaît comme fondé de pouvoirs sans avoir à justifier d'aucune procuration, sauf lorsque la loi exige un mandat spécial".

d'introduire une requête en annulation si l'enjeu du litige était de minime importance, tandis que d'autres arrêts avaient considéré que l'introduction d'un tel recours dépassait en soi les limites de la gestion journalière, parce qu'il s'agissait de mettre en cause la légalité de l'ordonnancement juridique et que les arrêts d'annulation avaient des effets *erga omnes*.

🕒 C.E. siégeant en assemblée générale, 10 décembre 2002

Enfin, cet arrêt rendu en assemblée générale consacre la deuxième solution : *«la décision d'introduire un recours en annulation d'un acte administratif devant le Conseil d'Etat ne saurait être regardée comme relevant de la notion de gestion journalière, dans la mesure où, en raison même de son objet, elle excède les besoins de la vie quotidienne de la société et où il ne s'agit aucunement d'un «acte de peu d'importance», puisqu'un tel recours tend à faire disparaître de l'ordonnancement juridique, avec effet rétroactif, un acte exécutoire posé par une autorité publique»*. Le

CE se trompe : la gestion journalière est une notion du droit des sociétés définie par la Cour de cassation au moyen de deux critères alternatifs : l'urgence et la minime importance de l'acte par rapport à la taille et à l'objet statutaire de la société. En quoi les particularités du contentieux de l'annulation justifient-ils de ne pas tenir compte de ces critères ?

❖ Deuxième distorsion : le monopole de plaidoirie des avocats

Le Code judiciaire édicte des règles pour les procédures devant les tribunaux judiciaires, mais il contient un certain nombre de dispositions qui constituent l'expression de principes généraux et qui peuvent être transposées au contentieux de la légalité, en particulier si la loi organique du CE n'y déroge pas. L'article 440 C. J. compte parmi ces dispositions.


Mais pour ce qui concerne le renversement de la présomption de mandat de l'avocat, le CE adopte une position différente de celle de la Cour de cassation (notamment CE, 22 avril 1998) au nom de la spécificité du contentieux objectif confié à lui : il s'estime en droit d'exiger, même d'office, la production par l'avocat de la preuve qu'il a été régulièrement mandaté pour introduire la requête en annulation (il n'est donc pas requis, pour remettre en cause le mandat de l'avocat, que la partie adverse avance une preuve d'absence de mandat, ni même qu'elle conteste l'existence de ce mandat, puisque le CE peut exiger des preuves d'office). Est-ce pertinent comme justification ?

❖ AVANT! Une troisième difficulté concernait les pouvoirs des (co)titulaires d'un pouvoir de représentation au titre d'une disposition statutaire de double signature / simple signature / triple signature / ...

Dans plusieurs arrêts, le CE a estimé que les personnes investies par les statuts d'un pouvoir général de représentation de la société, notamment en justice, ne pouvaient valablement agir au contentieux de l'annulation que pour autant qu'ils fussent couverts par une délibération préalable du collège d'administration. Ceci était très dangereux, parce qu'en cas de dépassement du délai de recours en annulation, il était trop tard ! Ici, l'intérêt de telles clauses statutaires disparaissait.

[Rappel : cette thèse a été étendue par certains à la représentation des sociétés devant les juridictions judiciaires voir *supra*.]

Puis un arrêt du 10 décembre 1986 revient sur cette jurisprudence.

 Conseil d'Etat, 10 décembre 1986

Les titulaires d'un pouvoir de représentation au titre d'une disposition statutaire de double signature ou semblable sont de véritables organes et ne doivent donc pas se faire couvrir par l'organe d'administration afin d'introduire une requête en annulation au nom de la société.

- iii. Les dérogations légales au Code des sociétés et au Code judiciaire en ce qui concerne la représentation des sociétés en justice

On peut notamment citer la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la **Cour d'arbitrage**, dont l'art. 7, al. 3 oblige à la production à première demande de la décision de recours par l'organe d'administration et déroge par là à l'art. 440 C. jud.

5. La responsabilité des sociétés personnifiées et de leurs organes

a. Responsabilité civile extra-contractuelle des sociétés personnifiées

Des faits juridiques, plus particulièrement des fautes, sont-ils susceptibles d'engager la responsabilité extra-contractuelle de la société, et si oui, à quelles conditions ? Quand une société sera-t-elle appelée à répondre de dommages résultant de fautes commises dans le cadre de l'exploitation de ses activités ? C'est la question de la responsabilité civile extra-contractuelle des sociétés.

❖ Cette question reçoit une **réponse traditionnelle découlant de la théorie de l'organe**. La personne de l'organe est absorbée par celle de la société, il y a une unité entre l'organe et la société qu'il représente. De cette absorption de la personne de l'organe par la société, l'on déduit que les fautes commises par l'organe dans l'exercice de ses fonctions engagent directement la responsabilité de la société sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, sans qu'il soit nécessaire d'engager sa responsabilité sur base de l'art. 1384, al. 3 C. civ.

↳ Selon cette règle classique, **si une faute est imputable à un organe, la victime peut agir contre la société sur base des art. 1382 et 1383 C. civ.**

Des arrêts relatifs à la responsabilité des organes à l'égard des tiers confirment indirectement cette règle (notamment cass., 20 juin 2005).

❖ **3 commentaires :**

- Pour que la société ait à répondre de fautes commises pour son compte, il n'est pas nécessaire que la faute ait été commise par un véritable organe agissant dans le cadre de ses pouvoirs, mais il suffit qu'elle ait été commise par quelqu'un dont il était légitime de penser qu'il était un organe, ou par un organe dont il était légitime de penser qu'il agissait dans ses pouvoirs (not. cass., 19 décembre 1991). C'est une application de la **théorie de l'apparence**.
- Voici un commentaire qui met au jour les limites de cette institution en tant qu'elle repose sur une fiction (selon laquelle la personne de l'organe est absorbée par la société). En réalité, l'organe continue à exister. Il en

découle, ainsi que du fait que cette fiction est prévue dans l'intérêt des tiers, que le tiers a non seulement une action contre la société, mais **aussi, à certaines conditions, contre l'organe** (voir plus loin).

- Une question plus fondamentale et innovante, qui se trouve en latence dans le droit positif des personnes morales, est celle de savoir si la théorie de l'organe est la seule voie possible qui permet de justifier que la responsabilité civile de la personne morale sur base des art. 1382 et 1383 C. civ. puisse être engagée lorsqu'un dommage est causé à un tiers dans le cadre de l'exploitation des activités de la société. **Est-il toujours indispensable de pouvoir imputer le dommage à la faute d'une personne identifiée, comme un organe**, pour rendre la société responsable sur base des art. 1382 et 1383 C. civ. ? Si une société est à ce point **désorganisée** que cela entraîne un **dysfonctionnement** dans le cadre de l'exploitation des activités du groupement, dysfonctionnement qui cause des dommages à des tiers, cela ne pourrait-il pas justifier, en soi, la mise en cause de la responsabilité quasi-délictuelle de la société ?

Cette idée nouvelle a été consacrée en matière pénale par le législateur. C'est ainsi que selon l'**art. 5 du Code pénal**, "*toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte*". Les "infractions intrinsèquement liées à la réalisation de l'objet de la personne morale" désignent des infractions engendrées par un état de dysfonctionnement de la personne morale. Or, une faute pénale constitue une faute civile ; pourquoi celle-ci ne pourrait-elle donner lieu à réparation que si elle est imputable à un organe ?

b. Responsabilité pénale des personnes morales

Une personne morale peut-elle être pénalement condamnée pour des infractions commises dans le cadre de ses activités ?

- ❖ A cet égard, l'art. 5 du Code pénal constitue le point d'aboutissement d'une **longue évolution**.

- ★ **Première étape** : les personnes morales ne peuvent commettre d'infractions, notamment parce qu'il est impossible de leur imputer l'élément moral, - une personne morale ne peut avoir d'intention criminelle... : *societas delinquere non potest*.
- ★ **Deuxième étape** : deux arrêts de la Cour de cassation (cass., 8 avril 1946 et 16 décembre 1948) considèrent qu'une infraction peut être constatée dans le chef de et attribuée à une personne morale, mais que la peine qui sanctionne l'infraction ne peut être prononcée qu'à charge de la personne physique à l'instigation de laquelle l'infraction a été commise : *societas delinquere potest, sed puniri non potest*.

Il fallait donc identifier la personne physique à l'instigation de laquelle l'infraction avait été commise. L'arrêt de 1948 semble considérer que ce ne peut être qu'un organe.

- ★ **Troisième étape** : l'arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 1990 procède en quelque sorte à un affinement des deux arrêts de 1946 et 1948. Une personne morale peut commettre des infractions ; la peine ne peut être prononcée que dans le chef d'une personne physique à qui l'intention criminelle peut être attribuée ; mais l'arrêt élargit le cercle de ces personnes : il peut s'agir de toute personne physique, en ce compris un préposé, un mandataire ou un dirigeant de fait, à l'instigation de laquelle l'infraction a été commise. On détache donc la responsabilité pénale de la théorie de l'organe.
- ★ **Quatrième étape** : un arrêt de la Cour de cassation du 19 octobre 1992 se rapportant aux infractions continuées, mais dont les enseignements dépassent cette notion, opère une **révolution**. Une infraction continuée est une infraction qui résulte de plusieurs infractions matériellement distinctes mais unies par une même intention. Cet arrêt révolutionne la notion d'infraction continuée : en matière de personne morale, l'unité d'intention ne doit pas être établie dans le chef d'une ou plusieurs personnes physiques déterminées. Il faut et il suffit qu'on puisse constater cette unité d'intention dans le chef de la personne morale. Elle pourra résulter d'une répétition systématique de faits reprochés à la société, sans qu'il soit nécessaire de distinguer les personnes physiques à l'instigation desquelles les infractions ont été commises.

Il n'y a pas de raison de ne pas généraliser ces enseignements aux autres cas où un état de désorganisation d'une société a créé les conditions qui

ont permis la commission d'infractions, auquel cas ces infractions pourraient être attribuées à la personne morale sans qu'il soit nécessaire d'imputer les fautes à des personnes physiques déterminées. En effet, ce qui vaut pour une unité d'intention doit valoir aussi pour l'intention requise pour la constatation de toute infraction. Reste cependant que la peine ne pourra être prononcée qu'à charge de personnes physiques, auxquelles il demeure donc nécessaire d'imputer la faute.

★ **Cinquième étape : la loi du 4 mai 1999, franchissant le pas du *non puniri potest*, instaure une responsabilité pénale pleine et entière des personnes morales pour les infractions qui ont été commises pour leur compte. Cette formulation passive reflète l'évolution qui s'était produite depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 19 octobre 1992 : il suffit, pour qu'une personne morale puisse être condamnée, que des infractions aient été commises pour son compte, sans qu'il soit nécessaire que les fautes soient imputées à des personnes physiques déterminées.**

❖ Les personnes morales étant responsables pénalement, peut-on, - ou doit-on -, **condamner aussi les personnes physiques** à l'instigation desquelles l'infraction a été commise, si elles ont été identifiées ?

L'art. 5, § 2 C. pén. donne à cette question une réponse complexe : "*lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable*".

Plusieurs hypothèses sont envisagées :

★ Il n'est pas possible d'imputer l'infraction à une personne physique identifiée. Dans ce cas, seule la personne morale sera condamnée.

★ Il est possible d'imputer l'infraction à une personne physique déterminée.

- Dans ce cas, en principe, celle des personnes qui a commis la faute la plus grave est la seule à pouvoir être condamnée.

Il faudra donc déterminer qui a commis la faute la plus grave.

Ex. Un préposé en état d'ébriété commet une négligence dans les manœuvres d'un engin dangereux et provoque un accident ; il est, par ailleurs, établi qu'aucune mesure de sécurité n'a été prise au sein de la société pour prévenir ce genre d'accidents. Quelle est la faute la plus grave ?

- Mais si la personne physique a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale, même si celle-ci a commis la faute la plus grave. Un arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 2005 considère que dans cette hypothèse, le juge peut aussi ne condamner que la personne physique (ce qui revient à dire que la faute commise sciemment et volontairement est la faute la plus grave).
- ❖ Cette réglementation récente, qui permet de rendre les personnes morales pénalement responsables d'infractions résultant d'un état de désorganisation qui ne peut être attribué à des personnes physiques déterminées, est susceptible d'avoir un effet de ricochet sur la responsabilité civile des personnes morales (v. ci-dessus).

c. Responsabilité civile des organes

Les organes peuvent-ils, et à quelles conditions, être responsables, à l'égard de la société et à l'égard des tiers, des faits qu'ils commettent dans l'accomplissement de leurs missions d'administration et de représentation ?

En ce qui concerne la responsabilité civile des organes, il faut distinguer les cas où cette responsabilité est mise en cause par la société et les cas où elle est mise en cause par des tiers.

i. Responsabilité civile des organes à l'égard de la société : *actio mandati*

- ❖ En principe, on applique à cet égard les règles du mandat : pour les besoins des règles de responsabilité vis-à-vis de la société, les organes sont **assimilés à des mandataires** et doivent répondre des fautes de gestion qu'ils commettent dans la réalisation de leurs missions. La société peut intenter contre eux une action en responsabilité, l'*actio mandati*, pour obtenir réparation du dommage causé par une faute de gestion. Elle doit établir

- que l'organe a commis une **faute de gestion** ;

- que cette faute de gestion lui a causé un **dommage**, que son patrimoine social en a été affecté.

❖ La responsabilité civile de l'organe peut être mise en cause à **l'initiative de ceux auxquels il doit rendre compte** en vertu des règles relatives à la reddition des comptes, qui diffèrent suivant les formes sociales.

- Il existe des formes sociales où la reddition des comptes n'est pas organisée spécifiquement : les SNC et les SCS, ainsi que les SCRI si les fondateurs n'ont pas organisé un régime de reddition des comptes. S'y appliquent, à cet égard, les règles du mandat :
 - en l'absence d'AG, les gérants ou administrateurs doivent rendre compte aux associés, qui, sauf disposition contraire des statuts ou du contrat de société, statuent à l'unanimité pour mettre en cause ou non leur responsabilité. Cette responsabilité est considérée comme contractuelle en raison de l'assimilation au mandat du lien entre la société et l'organe de gestion ;
 - si les statuts organisent une AG et des conditions de majorité auxquelles celle-ci prend des décisions, la reddition des comptes s'effectuera auprès de cet organe, qui décidera de mettre en cause ou non la responsabilité des gérants ou administrateurs.
- Le Code des sociétés organise la reddition des comptes de manière plus spécifique dans les SPRL, les SA, et SCA et, de manière fragmentaire, dans les SCRL. Dans les trois premières formes sociales, tous les ans, à la clôture de l'exercice, le ou les gérants ou administrateurs doivent présenter à l'AG un rapport de gestion et des comptes. Sur cette base, l'AG est appelée à décider de mettre ou non en œuvre la responsabilité des administrateurs ou gérants. Dans la plupart des cas, elle accorde une décharge, qui empêche de mettre en cause cette responsabilité.

❖ En ce qui concerne la **décharge**, il existe deux types de situations :

- soit le **Code des sociétés et les statuts ne prévoient pas expressément** que la décharge doit être donnée. Dans ce cas, en vertu du **droit commun du mandat**, les gérants ou administrateurs ont **droit à la décharge**, et en cas de refus, ils peuvent intenter une action visant à se faire accorder la décharge. Telle est la situation dans les SNC, les SCS et les sociétés coopératives, faute de disposition statutaire contraire ;
- mais le législateur a prévu pour les **SA**, les **SCA** et les **SPRL** que l'AG annuelle à laquelle les comptes doivent être rendus **doit, par un acte spécial, se prononcer sur la décharge**. Cela confère une plus grande sécurité aux administrateurs ou gérants.

La décharge a pour effet d'**empêcher toute action en responsabilité de la société**, à tout le moins si les comptes ne dissimulaient aucune des opérations

accomplies en cours d'exercice. En cas de dissimulation, la décharge est viciée, entachée d'erreur, et une action en responsabilité reste possible.

- ❖ Dans les **SPRL**, les **SA** et les **SCA**, ainsi que les **SCRL**, l'*actio mandati* peut également être intentée au nom et pour le compte de la société sur base d'une décision prise par des associés ou actionnaires minoritaires, pour autant qu'ils détiennent un certain volume de parts ou actions défini par le Code (**action sociale minoritaire**). Une minorité d'associés ou actionnaires peut donc réagir efficacement si la majorité, pour protéger ses représentants, refuse de mettre en cause la responsabilité des gérants ou administrateurs (forme d'abus de majorité). (V. les art. 289 à 291 C. soc. pour les SPRL, les art. 561 et s. C. soc. pour les SA et, par ricochet, les SCA et les art. 416 et 417 pour les SCRL). En l'absence de ces dispositions, les minoritaires devraient attendre que la décharge soit donnée aux administrateurs ou gérants, et ensuite agir en annulation de cette décharge sur la base de la théorie de l'abus de majorité.

- ii. Responsabilités particulières organisées par le Code des sociétés pour certaines formes sociales, vis-à-vis de la société et des tiers

Pour certaines formes sociales, des dispositions particulières du Code des sociétés créent des **régimes particuliers de responsabilité** : elles **identifient des fautes de gestion particulières** et y attachent des **conséquences spécifiques** qui vont au-delà du droit commun du mandat et des règles générales applicables aux fautes de gestion.

Tel est le cas pour les **SPRL**, les **SA** et les **SCA**, ainsi que **partiellement pour les SCRL** ; tel n'est pas le cas pour les SNC, les SCS et les SCRI.

- (a) **Le régime de responsabilité spéciale pour violation du Code des sociétés ou des statuts (SPRL, SA, SCA, SCRL)**

Dans les SPRL (art. 263 C. soc.³⁵), les SA (art. 528 C. soc.), les SCA et les SCRL (art. 408 C. soc.), une faute de gestion qui consiste non seulement en une négligence par rapport aux standards de management, mais **aussi en une**

³⁵ *“Les gérants sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions du présent code ou des statuts sociaux.*

Ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance”.

violation d'une disposition particulière du Code des sociétés ou des statuts [cf. la distinction, faite dans le cadre de l'art. 1382 c. civ., entre la violation d'une norme précise et la violation de la norme générale de bon comportement],

ex. opération qui excède l'objet statutaire ; capital autorisé utilisé excédant les limites fixées par le Code

entraîne une responsabilité pour faute de gestion mais, par dérogation ou en complément du droit commun de la responsabilité pour faute de gestion,

- ✓ elle vaut **aussi à l'égard de tout tiers préjudicié** [→ cette responsabilité est également prévue par le Code des sociétés à l'égard de tout tiers quelconque qui subit un dommage en lien de causalité avec la violation du Code des sociétés ou des statuts] ;
- ✓ les administrateurs ou gérants en seront **solidairement responsables** vis-à-vis de la société et des tiers, ce qui implique la présomption qu'ils ont tous participé à la commission de la faute de gestion, présomption qui peut être renversée par un gérant ou administrateur si celui-ci prouve
 - qu'il n'a pas participé, pour un motif légitime, à la réunion au cours de laquelle la décision fautive a été prise
 - et qu'il a dénoncé cette dernière à la plus prochaine AG.

(b) L'action en comblement de passif (SPRL, SA, SCA, SCRL)

Elle a été introduite en 1978 dans les L.C.S.C. par une loi de réglementation économique qui tentait de maîtriser les conséquences des faillites de plus en plus fréquentes lors de la crise économique qui a suivi le choc pétrolier. Ainsi que nous l'avons déjà vu, la jurisprudence a, à cette occasion, développé la théorie de l'extension de la faillite au maître de l'affaire. Quant au législateur, il a ajouté une forme particulière d'action en comblement de passif inspirée du droit français.

L'idée est que les gérants ou administrateurs d'une SPRL, SA, SCA ou SCRL doivent répondre de leurs fautes en **supportant tout ou partie du passif de la société en cas de faillite** de celle-ci, pour autant que cette **faute soit grave et caractérisée** et ait **contribué à la faillite**.

Art. 265, § 1^{er}, al. 1 pour les SPRL : *“en cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout gérant ou ancien gérant, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif”*.

Les art. 409, § 1^{er}, al. 1 et art. 530, § 1^{er}, al. 1 énoncent la même règle pour les administrateurs ou anciens administrateurs ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société respectivement dans les SCRL et les SA (donc, par ricochet, pour les SCA).

Cette responsabilité spéciale est **dérogatoire au droit commun** de la responsabilité pour faute à plus d'un titre :

- elle est limitée au cas de la faillite de la société et d'insuffisance d'actif : il faut que le curateur, et le juge ensuite, constatent que les actifs réalisables qui se trouvent dans le patrimoine de la société faillie sont insuffisants pour désintéresser les créanciers ; une telle limitation n'existe pas en droit commun de la responsabilité ;
- il faut établir dans le chef du gérant ou administrateur une faute grave et caractérisée, alors qu'en droit commun de la responsabilité, une faute légère suffit ;
- les administrateurs ou gérants peuvent être déclarés personnellement obligés de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif social : même si une faute grave et caractérisée cause un préjudice, cela n'entraîne pas nécessairement la responsabilité des administrateurs ou gérants - cette responsabilité est facultative ;
- il faut, mais il suffit, que cette faute grave et caractérisée ait contribué à la faillite, et non qu'elle l'ait causée. C'est un assouplissement de la condition de lien de causalité, telle qu'elle est consacrée par la Cour de cassation à travers la théorie de l'équivalence des conditions ;
- les gérants ou administrateurs peuvent être déclarés responsables avec ou sans solidarité (responsabilité individuelle ou solidaire), alors qu'en droit commun de la responsabilité, une condamnation plurielle donne lieu à des obligations conjointes, sous réserve de faute commune (une seule faute est commise par tous les gérants ou administrateurs) ou concurrente (plusieurs fautes différentes ont contribué à créer le dommage tel qu'il s'est produit), qui donnent lieu à des obligations *in solidum* ;
- les administrateurs ou gérants sont condamnés à supporter tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif : alors qu'en droit commun de la responsabilité prévaut le principe de la réparation intégrale du dommage, ici, le juge peut procéder à un dosage de l'étendue de l'obligation de réparation selon les circonstances de la cause.

Cette responsabilité spéciale intéresse directement les tiers créanciers, représentés par le curateur : les administrateurs ou gérants répondent de leur faute non seulement à l'égard de la société, mais **aussi à l'égard des tiers créanciers**.

Le curateur **ne pourra**, toutefois, introduire l'action en comblement de passif dans **certaines petites SPRL ou SCRL** : selon l'art. 265, § 1^{er}, al. 2 C. soc. relatif aux SPRL et l'art. 407, § 1^{er}, al. 2 C. soc. relatif aux SCRL, elle n'est pas applicable "*lorsque la société en faillite a réalisé, au cours des trois exercices qui précèdent la faillite, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620 000 EUR, hors taxe sur la valeur ajoutée, et lorsque le total du bilan au terme du dernier exercice n'a pas dépassé 370 000 EUR*".

(c) **Responsabilité spéciale en matière de conflits d'intérêts en cas d'avantage financier abusif au détriment de la société (SPRL, SA, SCA)**

Nous avons vu qu'il existe dans le Code des sociétés un régime spécial de prévention des conflits d'intérêts dans ces trois formes sociales. Si les gérants d'une SPRL ou les administrateurs d'une SA ou SCA ne respectent pas ces règles, ils commettent une faute de gestion qui constitue en même temps une violation du Code des sociétés, passible du régime particulier de responsabilité qui s'attache à ce type de faute. Mais le problème des conflits d'intérêts est apparu comme tellement essentiel dans la réflexion contemporaine de la corporate governance que le législateur a pris le relais et a instauré un régime de responsabilité plus sévère, qui s'applique, de manière assez paradoxale, alors que les règles en matière de conflits d'intérêts *ont* été respectées.

Art. 264 C. soc. pour les SPRL : *“sans préjudice de l'article 263, les gérants sont personnellement et solidairement responsables du préjudice subi par la société ou les tiers à la suite de décisions prises ou d'opérations accomplies en conformité avec l'article 259 si la décision ou l'opération leur a procuré ou a procuré à l'un d'eux un avantage financier abusif au détriment de la société”*.

L'art. 529 C. soc. reprend la même règle pour les SA, et donc aussi les SCA.

La procédure prévue par le Code en cas de conflit d'intérêts a été observée, mais la **société ou un tiers démontre** qu'un ou plusieurs gérants ou administrateurs ont retiré de l'opération un **avantage financier abusif au détriment de la société**. Dans ce cas, ils sont **responsables solidairement** à l'égard du **tiers** ou de la **société**.

Cette règle est surprenante :

- elle établit un cas de responsabilité alors que les obligations légales ont été respectées ; mais l'on peut considérer qu'il ne suffit pas d'obéir aux dispositions légales qui imposent des obligations spécifiques : encore faut-il se conformer aux standards de bon comportement qui ne sont pas énoncés spécifiquement par des textes légaux ;
- ce qui est étrange est que cette disposition évoque un avantage financier abusif sans préciser s'il doit être procuré à celui qui se trouvait en conflit d'intérêts (*“si la décision ou l'opération leur a procuré ou a procuré à l'un d'eux un avantage financier abusif au détriment de la société”*).

En outre, qu'est-ce qu'un avantage financier abusif au détriment de la société ? Suffit-il qu'un avantage financier soit retiré au détriment de la société, ou faut-

il qu'en plus, il soit d'une importance suffisante pour être considéré comme abusif ? La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de le clarifier.

- (d) **Responsabilité spéciale en cas d'augmentation de capital (SPRL, SA, SCA, SCRL) : même type de responsabilité que les fondateurs lors de la constitution de la société, notamment pour la régularité de la souscription du capital.**

Dans ces formes sociales, le capital social est susceptible d'être augmenté en cours de vie sociale, pour assurer le développement ou le redressement de l'entreprise.

Les tiers (banquiers, fournisseurs...) qui contractent avec la société acceptent de le faire sur la foi du capital. Il était donc nécessaire de prévoir des règles visant à assurer la régularité et surtout l'effectivité de la constitution et de l'augmentation de capital. Il faut notamment qu'il soit intégralement souscrit, qu'à la constitution de la société ou dès le moment de l'augmentation de capital, il y ait des engagements d'apports couvrant la totalité du montant du capital ou de l'augmentation de capital.

Suite à la constitution de la société, les fondateurs sont solidairement responsables, notamment, de la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite.

Ex. Si un fondateur était incapable ou que son consentement était vicié, ou que pour toute autre raison sa souscription n'était pas valable, les autres fondateurs en sont solidairement responsables.

En cas d'augmentation de capital, les administrateurs ou gérants des SPRL, SCRL, SA et SCA sont responsables de la régularité de l'augmentation de capital.

Ex. Si un souscripteur était incapable, les gérants ou administrateurs sont responsables de la libération de la partie non valablement souscrite envers la société et les tiers (voy. art. 610 C. soc. pour les SA).

Cette responsabilité particulière des administrateurs ou gérants vaut **vis-à-vis de la société et des tiers**.

- (e) **Conclusion** : deux choses en ressortent.
- Au fil du temps et des réformes législatives, le régime de la responsabilité des gérants ou administrateurs, en particulier dans les sociétés à responsabilité limitée, s'est alourdi : la tendance est à une **sévérité croissante par rapport aux dirigeants des sociétés**.
 - Cette sévérité croissante dans l'appréciation de la responsabilité des dirigeants de sociétés se traduit non seulement par l'addition de devoirs

spéciaux de comportement dont la méconnaissance peut donner lieu à une mise en œuvre de la responsabilité des gérants ou administrateurs, mais aussi par une **extension de cette responsabilité à l'égard des tiers**. Normalement, un mandataire, partie à un contrat de mandat, n'est responsable des actes qu'il accomplit dans l'exécution du mandat qu'à l'égard de son mandant, sauf concours de responsabilités contractuelle et extra-contractuelle. Dans le cas des responsabilités particulières vues ci-dessus, il est dérogé à ce principe : la responsabilité vaut aussi à l'égard de tout tiers subissant un préjudice du fait des opérations visées.

➡ Ceci explique pourquoi la doctrine et la jurisprudence se sont si abondamment interrogées à propos d'une dernière question relative à la responsabilité des gérants ou administrateurs : v. point suivant.

iii. Les conditions de la mise en œuvre par des tiers de la responsabilité civile des administrateurs ou gérants de sociétés, en dehors des cas particuliers de responsabilité prévus par le Code

La doctrine et la jurisprudence se sont demandé si au-delà, d'une part, de la responsabilité pour faute de gestion simple et, d'autre part, des cas particuliers où le Code des sociétés aggrave le régime de responsabilité des dirigeants, il ne serait pas justifié de permettre en outre aux tiers d'agir en responsabilité contre les mandataires, administrateurs ou gérants d'une société sur base des principes généraux de la responsabilité civile (art. 1382 et 1383 C. soc). En d'autres termes, existe-t-il, pour des cas où les dispositions particulières impliquant l'extension de la responsabilité à l'égard des tiers ne sont pas applicables, un **principe général** (un « catch-all principle ») qui complète l'ensemble, **en vertu duquel les tiers pourraient agir contre les dirigeants sociaux sur base des art. 1382 et 1383 C. civ. ?**

Cette question est d'une importance considérable. Elle s'est posée en particulier dans le domaine des entreprises en difficultés, et plus spécialement dans les hypothèses de **poursuites fautives d'activités déficitaires**.

Digression : institutions et règles applicables à la société commerciale en difficultés (classées selon la gravité des difficultés susceptibles de s'y attacher - gravité décroissante)

- Faillite : elle peut être prononcée en cas de cessation durable de paiement et d'ébranlement du crédit.

- Concordat judiciaire : il peut être accordé si la société a des chances de redressement. A la différence de la faillite, il permet de préserver la continuité de l'entreprise.
- Dans les SPRL (art. 332 et 333) et SA (art. 633 et 634), si, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social, l'AG doit être réunie dans un délai n'excédant pas deux mois à dater du moment où la perte a été constatée ou aurait dû l'être, en vue de délibérer; le cas échéant, dans les formes prescrites pour la modification des statuts (quorum de moitié lors de la première réunion et majorité des trois quarts), de la dissolution éventuelle de la société et éventuellement d'autres mesures annoncées dans l'ordre du jour. Si l'actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social, les mêmes règles s'appliquent, sous réserve que l'AG peut dissoudre la société pour autant que 25 % des voix s'expriment en ce sens. Si l'actif net est réduit à un montant inférieur à 61.500 € pour les SA, ou à 6.200 € pour les SPRL, la dissolution de la société peut être demandée au tribunal par tout intéressé.
- Poursuite d'activités déficitaires : lorsque la société fait des pertes, il faut se poser la question de l'opportunité de poursuivre ses activités.

C'est dans le domaine de la poursuite d'activités déficitaires que la question de l'action en responsabilité des tiers s'est posée, dans les termes suivants : si les administrateurs ou gérants constatent que la profitabilité de l'entreprise est négative,

- mais poursuivent aveuglément les activités de la société sans s'interroger sur ses chances de revenir à meilleure fortune et sur les mesures qui pourraient permettre d'arriver à cette fin ;
- ou bien, - autre hypothèse, s'entourent d'avis d'experts et prennent les mesures de redressement qui leur sont suggérées, avec l'espoir raisonnable de retrouver une profitabilité acceptable ; mais que celle-ci ne revient pas, ~~au contraire, la situation s'aggrave et la société fait faillite.~~

Dans ces deux cas de difficultés, les tiers contractants de la société ont-ils une action en responsabilité contre les administrateurs ou gérants ? Cette question a donné lieu à d'**abondantes controverses**, en particulier dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

- Les tiers qui ont contracté postérieurement à la poursuite des activités déficitaires peuvent arguer qu'ils n'auraient pas contracté s'ils avaient connu la situation de la société ;
- les tiers qui ont contracté antérieurement à la poursuite des activités déficitaires peuvent arguer que cette poursuite a aggravé le passif de la société, et donc aussi leur propre situation.

Notons en premier lieu que la question ne se pose que si une faute est susceptible d'être reprochée aux administrateurs ou gérants : en tant que telle, la poursuite d'activités déficitaires n'est pas nécessairement fautive. Elle ne l'est pas si la société a des chances raisonnables de redressement et que la poursuite des activités s'accompagne de réflexions et de mesures adéquates, même si ces mesures ne sont pas couronnées de succès : en matière économique, par définition, les résultats sont aléatoires. Il faut établir que les dirigeants se sont comportés avec légèreté et ont conduit aveuglément les affaires de la société. Il faut en outre, si l'on admet que le recours d'un tiers est possible, que celui-ci fasse état d'un préjudice causé par cette faute.

1. **Première thèse**, consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1989 : **pas une pure faute de gestion** mais un manquement à l'obligation générale de prudence.

Il faut tenir compte du fait que les dirigeants mènent des activités pour le compte de la société, et non pour leur propre compte ; ils sont assimilés à des mandataires, en ce sens qu'il est **présupposé exister entre eux et la société un contrat de mandat**.

- ➔ Dès lors, nous retombons sur une question plus générale : à quelles conditions un tiers peut-il **invoquer la responsabilité d'une partie à un contrat qui a manqué à ses obligations** ?

 Cour de cassation, 29 juin 1989

Tout tiers préjudicié par un comportement, une décision, une opération accomplie par les gérants ou administrateurs d'une personne morale peut mettre en cause leur responsabilité sur base des articles 1382 et 1383 C. civ., pour autant que ce tiers établisse que la faute reprochée aux gérants ou administrateurs n'est **pas une pure faute de gestion, c'est-à-dire pas une faute purement contractuelle** par rapport au mandat censé exister entre les gérants ou administrateurs et la personne morale qu'ils représentent. En d'autres termes, le tiers ne peut agir que si les administrateurs ou gérants ont commis un **manquement** non seulement à une obligation découlant du mandat censé exister entre eux et la société, mais aussi **à une obligation qui s'impose à tout dirigeant d'entreprise indépendamment du contrat de mandat**, à une obligation qui s'impose à tout dirigeant exploitant des activités pour lui-même : l'action du tiers ne pourra être accueillie que si les administrateurs ou gérants ont manqué à **l'obligation générale de prudence**.

En l'espèce, il était reproché aux administrateurs d'une ASBL d'être restés inertes par rapport aux difficultés financières de l'association, en particulier d'avoir négligé de demander des

subventions, de sorte que l'association se trouvait dans l'impossibilité d'honorer ses dettes. Le juge du fond estime que les administrateurs ont commis non une pure faute de gestion, mais une négligence inadmissible eu égard aux intérêts légitimes d'autrui. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre cette décision.

- ➔ Le fait que l'organe agisse pour le compte de la société qu'il représente **n'exclut pas sa responsabilité personnelle** sur la base des art. 1382 et 1383 C. civ. à raison des quasi-délits qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions.
- ➔ Cette thèse était assez sévère à l'égard des dirigeants.
- ➔ Elle présentait en outre l'inconvénient de reposer sur un critère incertain, la notion de pure faute de gestion, qui relevait de l'appréciation souveraine en fait du juge du fond.

2. **Deuxième étape : assimilation** de l'organe qui exécute une obligation contractuelle au nom de la société qu'il représente **au préposé ou à l'agent d'exécution** de celle-ci (cass., 7 novembre 1997)

 Cour de cassation, 7 novembre 1997

Les faits : une société active dans le domaine du courtage était en relation d'affaires avec des clients dont elle gérait les dossiers en s'intermédiant entre eux et des compagnies d'assurances. Cette société agissait à l'intervention de gérants. A un moment, il est omis de rentrer, auprès d'une compagnie d'assurances, les documents souscrivant une police. Le sinistre se réalise et le tiers demande à la compagnie d'assurances de l'indemniser. Celle-ci refuse parce qu'il n'y a pas de contrat d'assurance. Le tiers se retourne contre l'intermédiaire et prétend aussi agir contre un gérant, car celui-ci l'avait rassuré plusieurs fois, de manière déloyale, que ses documents avaient été envoyés à la compagnie d'assurances.

Si l'on avait appliqué la jurisprudence de 1989, il aurait suffi de démontrer que la faute (le mensonge) ne constituait pas une pure faute de gestion pour que le tiers pût agir contre le gérant. Mais la Cour de cassation énonce d'autres critères : *“lorsqu'une partie contractante agit par un organe, un préposé ou un agent pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extra-contractuel que si la faute mise à sa charge constitue un manquement à l'obligation générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat”*. Ce faisant, la Cour transpose des règles qu'elle avait échafaudées pour la responsabilité des agents d'exécution et préposés, notamment dans l'arrêt de l'arrimeur du 7 décembre 1973. L'organe est assimilé, à cet égard, à un agent d'exécution ou préposé. [Analogie : société → transporteur ; gérant → arrimeur ; le tiers a contracté avec la société ou le transporteur mais veut engager la responsabilité du gérant ou de l'arrimeur].

Le tiers ne pourra donc engager la responsabilité d'un organe que s'il démontre

- (1) que la faute commise par lui n'est pas une pure faute de gestion, et ne se confond pas avec un manquement aux obligations découlant d'un contrat conclu entre le tiers et la société, mais constitue un **manquement à l'obligation générale de prudence** ;
- (2) et que cette faute lui a causé un dommage qui ne consiste pas en la privation d'un avantage qu'il pouvait normalement espérer de la conclusion d'un contrat avec la société (**dommage purement extra-contractuel**). Cette exigence est écartée lorsque la faute constitue une infraction pénale.

Les tiers ne peuvent donc engager la responsabilité aquilienne d'un organe pour une faute commise dans l'exercice de ses fonctions qu'aux conditions auxquelles ils peuvent engager la responsabilité extra-contractuelle de la société elle-même à raison de cette faute :

- si la faute de l'organe ne constitue pas un manquement à une obligation contractuelle de la société à l'égard du tiers, mais uniquement un manquement à l'obligation générale de prudence (quasi-délit), le tiers peut mettre en œuvre la responsabilité extra-contractuelle de la société et celle de l'organe ;
 - ex. faute dans les pourparlers préliminaires à la conclusion d'un contrat ;
- si la faute de l'organe constitue un manquement à une obligation résultant d'un contrat conclu entre le tiers et la société, le tiers pourra mettre en œuvre la responsabilité contractuelle de la société, et ne pourra engager la responsabilité extra-contractuelle de la société et celle de l'organe que
 - ✓ si cette faute constitue aussi un manquement à l'obligation générale de prudence et cause un dommage autre que celui qui consiste en la privation de l'avantage que le tiers devait normalement retirer de l'exécution du contrat ;
 - ✓ ou si la faute de l'organe constitue une infraction pénale ;

sinon (si la faute se confond avec une pure faute de gestion ou un manquement aux obligations découlant du contrat conclu entre le tiers et la société et/ou si le dommage est purement contractuel et si la faute ne constitue pas une infraction pénale), le tiers préjudicié ne peut engager que la responsabilité contractuelle de la société.

- ➔ Il en découle qu'il est pratiquement impossible aux tiers de mettre en cause la responsabilité d'un organe. On parle de "quasi-immunité" des organes des personnes morales. L'on peut notamment relever que les créanciers de la société qui se plaindraient du non-paiement de leur créance ne pourraient (sauf infraction pénale) agir contre les gérants ou administrateurs, même si ceux-ci ont commis une faute de gestion qui

constitue en même temps un quasi-délit, puisque leur dommage serait nécessairement purement contractuel.

3. **Troisième étape : immunité totale** des organes (et des mandataires agissant dans le cadre de leur mandat) (cass., 16 février 2001)

 Cour de cassation, 16 février 2001

Les faits : le gérant d'un SPRL négociant un contrat de bail pour un tiers pour le compte de la société omet de signaler que la façade sera ravalée dans un avenir assez proche, ce qui rendra le commerce inexploitable, ou en tout cas rendra cette exploitation très difficile. Le tiers invoque une faute (mensonge) dans les pourparlers.

La Cour de cassation se montre plus sévère encore : *“lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute ne constituant pas un délit au cours de négociations donnant lieu à la conclusion d'un contrat, cette faute engage non pas la responsabilité de l'administrateur ou du mandataire mais celle de la société ou du mandant”*.

Ici, la Cour balaye 70 ans de jurisprudence ! Il ne s'agit pas d'une quasi-immunité, mais d'une immunité totale. On a déduit de cet arrêt une extension de la représentation en matière aquilienne. De bons auteurs ont applaudi cet arrêt, qu'ils justifient par le fait que la personne de l'organe est absorbée par celle de la personne morale. Mais d'autres se sont interrogés sur l'opportunité d'un revirement aussi radical.

4. **Quatrième étape : retour à la jurisprudence de 1997 : assimilation** de l'organe qui exécute une obligation contractuelle au nom de la société qu'il représente **au préposé ou à l'agent d'exécution** (cass., 20 juin 2005)

 Cour de cassation, 20 juin 2005

“Si la faute commise par l'organe d'une société au cours de négociations préalables à la conclusion d'un contrat engage la responsabilité directe de cette personne morale, cette responsabilité n'exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l'organe mais coexiste avec celle-ci”.

Est-ce un retour à la solution de 1989 ou à celle de 1997 ? Il n'y a aucune raison de penser que la Cour ait voulu revenir à la solution de 1989. Cet arrêt n'exclut, en effet, pas la solution de 1997, puisqu'il se rapporte à une faute commise en dehors de toute relation contractuelle entre la société et le tiers préjudicié (faute commise au cours de négociations préalables à la conclusion d'un contrat).

5. **Conclusion** : c'est donc la solution de 1997 qui s'applique aujourd'hui.

6. Le statut personnel de l'organe d'administration lorsqu'il est individuel ou de ses membres lorsque l'organe est collégial

- ◆ En principe, la **nomination** et la **révocation** des administrateurs ou gérants appartient soit à l'AG, soit, en l'absence d'AG, aux associés, soit ceux à qui doit être faite la reddition annuelle des comptes. La nomination peut également être faite dans les statuts.

Mais il y a des différences suivant les formes sociales considérées :

- ★ **SA, SCA** : les membres de l'organe d'administration (administrateurs agissant en collège dans les SA, administrateurs agissant en collège ou gérant dans les SCA) sont

- **désignés par l'AG** des actionnaires statuant aux **majorités simples (ou par les statuts)**
- et toujours révocables inconditionnellement par l'AG statuant aux majorités simples (**révocabilité *ad nutum***), même si l'administrateur ou gérant a été désigné pour une durée indéterminée et même s'il a été désigné par les statuts (ce qui assez rare dans les SA).

Ce principe est même considéré comme relevant de l'**ordre public**, ce qui a un impact pour déterminer si un tel mandat peut être exercé sous le couvert d'un contrat de travail (v. plus loin).

- ★ **SNC, SCS** :

C'est aux **associés, ou** à l'AG si les statuts en organisent une, qu'il appartient de **nommer** le(s) gérant(s) ; en ce qui concerne sa (leur) révocation, le régime sera différent selon qu'il(s) est (sont) associé(s) ou pas.

- (a) Le(s) gérant(s) est (sont) nommé(s) alors qu'il(s) n'est (sont) **pas associé(s)** :

il(s) est (sont) **révocable(s) *ad nutum*** par les associés statuant à l'unanimité si une règle contraire n'est pas prévue par les statuts, qui peuvent organiser des régimes particuliers de majorités ; ce principe n'est **pas d'ordre public** - il est permis de déroger au principe de révocabilité *ad nutum*. Est-il permis pour autant d'exercer le mandat de gérant sous le couvert d'un contrat de travail ? Voir plus loin.

(b) Le gérant(s) est (sont) **nommé(s) parmi les associés** : 2 situations :

- le gérant-associé est **désigné par les statuts**.

Dans ce cas, on considère que sa personnalité et sa désignation étaient un élément essentiel aux yeux des parties quand la société a été fondée.

- Il en résulte que le gérant ne pourra être révoqué sauf du **consentement unanime** des associés, en ce compris le gérant. Le gérant est donc irrévocable et ne peut démissionner.

- Mais on réserve l'hypothèse de la **cause légitime de démission ou de révocation**, en prenant appui sur l'art. 33, al. 2 C. soc., qui prévoit cette hypothèse pour les sociétés de droit commun. L'existence ou non d'une telle cause doit être appréciée par justice. Si une telle cause existe, le juge prononce la dissolution du contrat de société ;

- le gérant-associé n'est **pas nommé par les statuts**, mais par une décision des associés ou de l'AG, si elle existe, postérieure à la fondation de la société.

Dans ce cas, on considère que cette désignation n'est pas un élément essentiel du contrat de société. Il en résulte que le gérant est **révocable ad nutum**, comme un gérant qui n'est pas un associé, par les associés statuant à l'unanimité, sauf si des majorités sont organisées statutairement pour ce type de décision [→ pas de différence avec la situation précédente si aucune majorité n'est prévue statutairement].

- ★ **SPRL** : un régime particulier résulte de l'**art. 256 C. soc.**, qui est rédigé de manière maladroite :

“Les gérants sont nommés par les associés pour un temps limité ou sans durée déterminée.

Sauf stipulation contraire des statuts, ou accord unanime des associés, les gérants, associés ou non, nommés par les associés dans l'acte de société sans limitation de durée sont réputés nommés pour la durée de la société; leurs pouvoirs ne sont révocables en tout ou en partie que pour motifs graves”.

Derrière cette disposition se profile une distinction :

- (a) Les gérants ne sont **pas désignés par les statuts**, mais par les fondateurs dans un acte postérieur à la fondation de la société ou par l'AG. Dans ce cas, ils sont **révocables *ad nutum*** au terme d'une décision de l'AG, mais ce principe n'est **pas d'ordre public**, ce qui ne signifie pas pour autant que ce mandat puisse s'exercer sous le couvert d'un contrat de travail (voir plus loin).
- (b) Les gérants sont **nommés dans les statuts**.
 - Dans ce cas, ils ne peuvent être révoqués sans que les **statuts** soient **modifiés**, mais à l'égard de cette modification des statuts, il faut un **consentement unanime des associés, sauf si les statuts en disposent autrement**. Il existe une controverse sur le point de savoir si, à cet égard, il faut une disposition spécifique des statuts, ou si une disposition générale sur les majorités requises pour une modification des statuts suffit. Mais en pratique, la clause sera spécifique à ce type de décision, parce que le Code prévoit qu'une modification des statuts ne peut avoir lieu que si un quorum de moitié est atteint à la première réunion et que trois quarts des voix s'expriment en faveur de la modification.
 - Cependant, ce régime ne s'applique pas en cas de **motif grave**. Mais qui va constater le motif grave ? Est-ce le juge, comme dans les SNC ? Non, la jurisprudence a décidé que le motif grave peut être constaté par l'AG statuant aux majorités légalement requises pour les modifications des statuts (quorum de moitié lors de la première réunion, majorité des trois quarts des voix).

◆ Le mandat d'administrateur, de gérant ou de délégué à la gestion journalière peut-il s'exercer sous le couvert d'un **contrat de travail**, de sorte que le titulaire du mandat bénéficierait des avantages du droit social ?

★ La question s'est d'abord posée pour les **administrateurs** des **SA** et des **SCA**.

- A l'origine, la Cour de cassation a considéré que le cumul d'un mandat d'administrateur et d'un contrat de travail était impossible en tant que tel, pour deux motifs essentiellement :

- 1) les administrateurs d'une SA sont révocables *ad nutum* aux termes d'une règle d'ordre public. Les dispositions d'un contrat de travail qui subordonneraient le licenciement d'un administrateur à l'octroi d'un préavis ou d'une indemnité compensatoire de préavis seraient donc inapplicables ;
- 2) un contrat de travail suppose un lien de subordination juridique, qui implique un pouvoir de surveillance et d'injonction. Un tel lien est incompatible avec la notion d'organe (une subordination d'un administrateur à la société voudrait dire en pratique que cet administrateur devrait être contrôlé par les autres administrateurs), outre le fait que l'AG ne peut donner d'injonctions au CA, n'ayant qu'un pouvoir de censure *a posteriori*, à l'occasion de la reddition annuelle des comptes.

- Mais très tôt, on s'est rendu compte que cette réponse n'épuisait pas le sujet, car des administrateurs peuvent également exercer, au sein de la société, d'autres fonctions de natures diverses (techniques, administratives, commerciales...), sous le couvert d'un contrat de travail.

Ex. directeur financier, ingénieur, agent commercial.

La jurisprudence a admis qu'un administrateur puisse conclure avec la société un contrat de travail, pour autant que son objet se rapporte à des missions autres que la fonction d'administrateur elle-même.

- ★ Une question semblable s'est posée à propos du **délégué à la gestion journalière** dans les SA : cette fonction peut-elle être exercée sous le couvert d'un contrat de travail ?
 - Traditionnellement, la jurisprudence a utilisé les mêmes distinctions qu'à propos des administrateurs dans les SA : le délégué à la gestion journalière, qu'il soit ou non administrateur, ne peut exercer ses missions de gestion journalière sous le couvert d'un contrat de travail, mais il peut être dans les liens d'un contrat de travail avec la société pour une autre fonction.
 - Puis, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence.

🕒 Cour de cassation, 22 janvier 1981

Pour un **délégué à la gestion journalière qui n'est pas administrateur de la société**, la règle de révocabilité *ad nutum* n'est pas d'ordre public, - les parties peuvent y déroger. Il en résulte, selon la Cour de cassation, qu'un contrat de travail **peut** être conclu entre la société et le délégué à la gestion journalière qui aurait pour objet la gestion journalière elle-même.

La Cour fait un pas de plus en 1984.

🕒 Cour de cassation, 28 mai 1984

Il en est **de même** lorsque le délégué à la gestion journalière est administrateur (**administrateur-délégué**) : les fonctions inhérentes à la gestion journalière, mais non la fonction d'administrateur, peuvent faire l'objet d'un contrat de travail, ce dont il résultera que l'administrateur-délégué ne pourra être licencié, comme délégué à la gestion journalière, que dans les conditions du droit social, mais qu'en tant qu'administrateur il pourra être révoqué *ad nutum*.

Ce faisant, la Cour dissèque les fonctions de l'administrateur-délégué en deux parties, contrairement à la jurisprudence traditionnelle, qui considérait que ces deux parties étaient indivisibles et que par conséquent la révocation du mandat d'administrateur entraînait la révocation du mandat de délégué à la gestion journalière.

La jurisprudence est fixée en ce sens depuis.

Ce revirement de 1981 d'abord, et son prolongement de 1984 ensuite, étaient-ils **justifiés** ?

- L'argument selon lequel la règle de la révocabilité *ad nutum* des délégués à la gestion journalière n'est pas d'ordre public est difficilement contestable. En effet, ces organes ont une mission limitée, la révocabilité *ad nutum* ne s'impose donc pas à leur égard comme à propos des administrateurs.
- Mais un lien de subordination dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions est-il concevable ? C'est plus délicat.

On peut considérer que l'exercice de la gestion journalière peut être accompli sous la surveillance et moyennant, le cas échéant, les injonctions du CA, qui a les pleins pouvoirs en ce

qui concerne l'administration de la société. Si l'on s'en tient au critère de la subordination juridique, un délégué à la gestion journalière peut donc être un employé de la société à travers le CA.

Mais si l'on étend le champ d'observation, la question devient plus complexe, parce que le délégué à la gestion journalière, dans la sphère de ses compétences, est, comme le CA, un organe, et que si l'on pousse la théorie de l'organe jusqu'au bout - la personne de l'organe est absorbée par la personne morale, cela revient à dire que la société exercerait un pouvoir de subordination sur elle-même. Mais c'est assez théorique et nous avons déjà vu que la jurisprudence ne tire pas toujours toutes les conséquences logiques susceptibles de s'attacher à la théorie de l'organe.

Ex. en matière de responsabilité, la jurisprudence considère que la société est directement responsable des faits de l'organe, mais qu'il est possible, dans certains cas, d'engager la responsabilité de l'organe en tant que tel.

En ce qui concerne les **conséquences** du revirement de jurisprudence, une question s'est posée dans le domaine de la responsabilité : le délégué à la gestion journalière, qu'il soit administrateur ou non, est un organe mais aussi, dans ses relations avec la société, un mandataire qui est responsable de ses fautes de gestion à l'égard de la société. A cet égard, les critères du droit commun du mandat s'appliquent ; en particulier, une faute légère, et même une *culpa levissima*, suffisent à engager cette responsabilité. Si le délégué à la gestion journalière est un employé de la société, peut-il bénéficier, à l'égard de celle-ci, et des tiers d'ailleurs, de la limitation de responsabilité découlant de l'article 18 de la loi sur les contrats de travail ? Selon cette disposition, "*en cas de dommages causés par le travailleur à l'employeur ou à des tiers dans l'exécution de son contrat, le travailleur ne répond que de son dol et de sa faute lourde. Il ne répond de sa faute légère que si celle-ci présente dans son chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel*". Sont-ce les critères du droit des sociétés, ou ceux du droit social, qui prévalent ? Les deux thèses ont été et sont soutenues. La tendance est, dans un souci de protection de la partie faible, à considérer que l'art. 18 de la loi sur les contrats de travail s'applique, mais cette primauté ne va pas de soi.

- ★ Les **gérants** d'une **SPRL**, d'une **SNC** ou d'une **SCS** peuvent-ils se trouver dans les liens d'un contrat de travail avec la société ?

Ici, la question se pose dans des termes différents, puisque dans les SPRL, les SNC et les SCS, comme dans les SCRL et les SCRI, le principe de la révocabilité *ad nutum* des gérants n'est rien d'autre que la transposition du droit commun du mandat et n'est pas d'ordre public. Les parties peuvent donc aménager cette règle. Cela rend la première objection inapplicable.

Il y a eu des hésitations. Par application des principes dégagés notamment par la jurisprudence relative au délégué à la gestion journalière, la jurisprudence semble admettre qu'un mandat de gérant dans ces formes sociales **puisse** être exercé dans les liens d'un contrat de travail. En ce qui concerne l'exigence d'un lien de subordination, il est vrai que le principe selon lequel les associés, ou l'AG, ne peuvent s'immiscer dans la gestion de la société, n'y est pas aussi fort que dans les SA. Enfin, en ce qui concerne la responsabilité du gérant, un problème semblable se pose, et il semble que l'art. 18 de la loi sur le contrat de travail doive prévaloir.

◆ **Contrepartie de l'exercice du mandat d'administrateur ou de gérant**

- En vertu du droit commun du mandat, en principe, sauf disposition contractuelle contraire, le mandat est gratuit. Il en résulte, selon la Cour de cassation, que le salaire excessif du mandataire peut être réduit.

Faut-il transposer ce principe dans le droit des sociétés ? Après des hésitations, on a considéré que non : les sociétés sont constituées dans un but de lucre et en principe, les administrateurs ou gérants ont droit à une rémunération. En droit des sociétés, la rémunération est donc la règle et la gratuité l'exception.

- **Qui va fixer la rémunération ?** Il revient à l'AG, ou aux **associés** si une AG n'a pas été instituée, de déterminer les critères de rémunération des administrateurs ou gérants.
- Quelques **particularités** sont susceptibles d'apparaître dans les SA, **voire** dans les SPRL.
 - Dans les SA, l'on admet que l'AG peut fixer des critères généraux de rémunération ou un packaging global pour l'ensemble des

administrateurs, à charge pour le CA de répartir ce dernier entre ses membres ou d'appliquer les critères ainsi définis.

- Si ni les statuts, ni une délibération de l'AG n'ont prévu de rémunération, le CA peut allouer une rémunération à ses membres, mais uniquement à titre de provision. Cette rémunération est inscrite dans les comptes, et l'approbation de ces derniers emporte l'approbation de la première.

7. Les organes de contrôle externe

- ❖ A côté de l'AG (dans les sociétés où elle existe) et des organes d'administration et de représentation, il existe une troisième variété d'organes, des organes de contrôle, en charge du contrôle externe de la société, en particulier de la gestion de la société par les administrateurs ou gérants.
- ❖ Aujourd'hui, ces organes font l'objet de **dispositions générales du Code des sociétés applicables à toutes les personnes morales**.
- ❖ **Missions des commissaires**
 - a. Selon l'art. 142 C. soc., "*le contrôle dans les sociétés [1] de la situation financière, [2] des comptes annuels [au regard du droit comptable] et [3] de la régularité au regard du présent code et des statuts, des opérations à constater dans les comptes annuels doit être confié à un ou plusieurs commissaires*". Cette disposition définit indirectement ce que recouvre le contrôle externe dans les sociétés personnifiées. Un ou des commissaires sont en charge de ce contrôle.
 - b. Le ou les commissaires sont aussi appelés à exercer d'autres fonctions, en particulier, ils sont en charge de missions spéciales à l'occasion de certaines opérations réalisées en cours de vie sociale dans les SA, les SPRL et, dans une moindre mesure, les SCRL.

Ex.

- Dans une SA, il ne peut être procédé à une augmentation de capital par apport en nature que sur rapport spécial du ou des commissaires sur la valorisation du bien et la rémunération de cet apport. Le but est d'éviter une surévaluation du bien, afin que le capital soit effectivement représenté par un bien de même valeur, et d'empêcher que des droits sociaux d'une valeur supérieure à celle de l'apport soient octroyés.

Cet exemple illustre les deux finalités essentielles du travail des commissaires aux comptes :

- ✓ protéger les créanciers, qui doivent pouvoir compter sur ce que le capital soit représenté par des valeurs équivalentes au montant annoncé dans les statuts ;
 - ✓ protéger les actionnaires, pour éviter que celui qui fait un apport ne reçoive des titres d'une valeur supérieure à son apport, ce qui entraînerait une inégalité entre actionnaires du point de vue patrimonial et au regard des droits de vote.
- Dans les SA, une augmentation de capital avec suppression du droit préférentiel de souscription ne peut avoir lieu que sur rapport du ou des commissaires.

c. Enfin, le ou les commissaires ont une troisième variété de missions : ils sont en charge d'un contrôle qui intéresse la continuité de la société. Nous avons déjà vu l'échelle dans la gravité des difficultés qu'une société peut connaître dans diverses situations, eu égard aux conséquences juridiques y attachées : faillite, concordat judiciaire, actif net inférieur à la moitié ou au quart du capital social, enfin, difficultés qui ne sont pas (encore) suffisamment caractérisées pour donner lieu à une faillite ou un concordat, et qui n'ont pas (encore) entraîné de pertes telles que l'actif net soit inférieur à la moitié du capital social. C'est dans ce dernier cas de figure que s'inscrit le contrôle prévu par l'**art. 138 C. soc.**, selon lequel "*les commissaires qui constatent, au cours de leurs contrôles, des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, en informent l'organe de gestion par écrit et de manière circonstanciée*". Dans un délai d'un mois à dater de cette communication, l'organe de gestion doit informer les commissaires des mesures qu'il a prises ou envisagées pour assurer la continuité de l'entreprise. Si cela n'est pas fait, les commissaires peuvent communiquer leurs constatations au président du tribunal de commerce.

❖ Qui peut être commissaire ?

Selon l'art. 130 C. soc., "*les commissaires sont nommés, par l'assemblée générale, parmi les réviseurs d'entreprises, inscrits au registre public de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises*". Seuls les membres de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises (personnes physiques ou morales) peuvent donc être nommés commissaires. Lorsque cette fonction est exercée par une personne morale (cabinet de révision), l'art. 132 impose de désigner celui de ses associés, lui aussi réviseur, qui exercera la mission de révision ; celui-ci répondra personnellement des fautes éventuelles qu'il commettra dans le cadre de sa mission.

❖ **Le statut des commissaires : nomination, révocation, forment-ils un collège ou non ?, responsabilité**

- Les commissaires sont **nommés** par l'**AG** ou, en l'absence d'AG, par les **associés**, pour un **mandat de 3 ans renouvelable**. Ils ne peuvent être **révoqués** en cours de mandat sauf **juste motif**, ni **démissionner** sauf **juste motif** (art. 135).

Digression : l'indépendance des commissaires

Cette règle est une première illustration d'un concept plus fondamental, qui a été amplement développé en droit contemporain : l'indépendance du commissaire, chargé d'une mission de contrôle externe. C'est une règle classique, mais qui a été fort circonstanciée récemment, notamment suite à des scandales qui ont eu lieu aux Etats-Unis et en Europe, où l'on a soupçonné des commissaires de connivence avec des sociétés qu'ils étaient chargés de contrôler (affaires Enron, Worldcom, Parmalat). Dans ces affaires, des états financiers et des comptes censés contrôlés par des firmes d'audit avaient été flattés avec la bienveillance des commissaires. Suite à la faillite d'Enron et Worldcom, la firme d'audit Arthur Andersen, qui était une des cinq grandes firmes d'audit³⁶, a définitivement perdu sa réputation et a été démantelée.

Des réactions ont donc eu lieu pour renforcer l'indépendance des commissaires. Notamment, on voulait éviter qu'ils subissent des pressions au moyen de menaces de révocation ou de démission forcée.

- Si les commissaires sont plusieurs, selon l'art. 137, § 2 C. soc., ils exercent leurs pouvoirs conjointement (en collège) ou individuellement selon ce qui est prévu aux statuts ; à défaut de telle disposition statutaire, la décision qui les nomme peut le déterminer.
- En ce qui concerne la **responsabilité** des commissaires, l'art. 140 C. soc. prévoit des règles inspirées du régime de responsabilité des administrateurs dans les SA (mais, pour rappel, l'art. 140 est applicable, quant à lui, à toutes les formes sociales) :

“Les commissaires sont responsables envers la société des fautes commises par eux dans l'accomplissement de leurs fonctions.

Ils répondent solidairement tant envers la société qu'envers les tiers de tout dommage résultant d'infractions aux dispositions du présent code ou des statuts. Il ne sont déchargés de leur responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que s'ils prouvent qu'ils ont accompli les diligences normales de leur fonction et qu'ils ont dénoncé ces infractions à l'organe de gestion et, le cas échéant, s'il n'y a pas été remédié de façon adéquate, à l'assemblée générale, la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance”.

³⁶ Avec PricewaterhouseCoopers, Deloitte Touche Tohmatsu, Ernst & Young et KPMG.

Donc :

- ✓ les commissaires sont responsables **envers la société** des fautes qu'ils commettent dans l'accomplissement de leurs fonctions ;
- ✓ si une faute est commise au sein de la société, qui constitue simultanément un **manquement au Code des sociétés** ou une **violation des statuts**, les commissaires en répondent en principe, **solidairement**, envers la **société** et les **tiers**. Cette responsabilité est dérogatoire au droit commun non seulement parce qu'elle est solidaire, mais, plus fondamentalement, parce qu'elle implique une **responsabilité pour autrui**. Si un administrateur ou un gérant viole les statuts ou le Code de sociétés, il en est responsable, mais aussi les commissaires. ~~Cette responsabilité rappelle la responsabilité de l'art. 1384, al. 3. Elle est, de même que cette dernière, justifiée par la surveillance~~ que la personne responsable est tenue d'exercer sur la personne qui commet la faute. **Mais** l'art. 140 spécifie les conditions dans lesquelles la présomption de responsabilité ou de faute peut être **renversée** : à cette fin, il faut seulement prouver

- que la faute n'est pas imputable au commissaire (ce qui est normalement le cas, car les commissaires n'ont pas à s'immiscer dans la gestion de la société),
- qu'il a accompli les diligences normales de sa fonction,
- et qu'il a dénoncé ces infractions à l'organe de gestion et, le cas échéant, s'il n'y a pas été remédié de façon adéquate, à l'assemblée générale, la plus prochaine après qu'ils en ait eu connaissance.

❖ **L'art. 133 C. soc. : indépendance des commissaires**

L'art. 133 C. soc. prévoit un nouveau régime qui complète le principe de l'irrévocabilité et de l'impossibilité de démission des commissaires, sauf juste motif, en vue de renforcer l'indépendance des titulaires de cette fonction. C'est le pendant de la loi américaine Sarbanes-Oxley, qui, suite aux affaires Enron et Worldcom, alourdit le régime de responsabilité des contrôleurs aux comptes.

L'art. 133 s'articule comme suit.

- Rappel du principe selon lequel *“ne peuvent être désignés comme commissaire ceux qui se trouvent dans des conditions susceptibles de mettre en*

cause l'indépendance de l'exercice de leur fonction de commissaire, conformément aux règles de la profession de réviseur d'entreprises. Les commissaires doivent veiller à ne pas se trouver placés, postérieurement à leur désignation, dans de telles conditions". Les conditions susceptibles de mettre en cause l'indépendance de l'exercice de la fonction de commissaire sont fixées par l'Institut des Réviseurs des Entreprises (sortes de règles déontologiques).

↳ “*En particulier, les commissaires ne peuvent accepter, ni dans la société soumise à leur contrôle ni dans une société (...) liée à celle-ci (...), aucune autre fonction, mandat ou mission à exercer au cours de leur mandat ou après celui-ci et qui serait de nature à mettre en cause l'indépendance de l'exercice de leur fonction de commissaire*”.

Ex. un commissaire ne peut être nommé directeur des services comptables, directeur financier, directeur du personnel dans la société qu'il contrôle ou une société liée, ou être mandaté pour des missions de représentation pour le compte de ces sociétés.

Cette interdiction d'accepter d'autres missions “*est également applicable aux personnes avec lesquelles le commissaire a conclu un contrat de travail, avec lesquelles il se trouve, sous l'angle professionnel, dans des liens de collaboration*” et à la société à laquelle il appartient [si le commissaire exerce ses missions en société, les associés de celle-ci ne peuvent accepter d'autres fonctions au sein de la société en question].

- Certaines activités sont interdites, sans préjudice de cette règle générale : les commissaires ne peuvent se déclarer indépendants lorsque la société qu'ils contrôlent a bénéficié, pendant leur mandat, d'une ou plusieurs prestations expressément visées par l'A.R. du 30/01/2001 portant exécution du Code des sociétés. Les fonctions, missions énumérées dans cet A.R. sont présumées irréfragablement porter atteinte à l'indépendance des commissaires.

Ex. Un commissaire, ou des personnes liées à lui, ne peuvent être chargés d'établir la déclaration fiscale de la société contrôlée, ou lui procurer des conseils fiscaux.

- Enfin, les autres activités exercées par le commissaire (ou une personne liée à lui) au sein de la société contrôlée sont permises, mais réglementées : s'y applique le principe “one to one”. En vertu de ce principe, lorsque le commissaire (ou une personne liée à lui) exerce pour la société des activités autres que de contrôle, qui ne lui sont pas interdites et qui ne mettent pas en cause son indépendance, et que ces

activités sont rémunérées, cette rémunération ne peut être supérieure à la rémunération pour l'exercice des missions de contrôle (cette dernière est fixée par l'AG).

Il existe toutefois 3 dérogations à ce principe (art. 133, § 6) :

- “*si un collège de commissaires, indépendants l'un de l'autre, a été institué au sein de la société” [on estime que le principe de collégialité suffit à garantir l'indépendance des commissaires] ;*
- sur autorisation d'un comité d'avis spécial institué par la loi ;
- sur délibération favorable du comité d'audit de la société, s'il existe au sein de la société.

Digression : le comité d'audit (et les comités du conseil en général)

Il peut être institué, dans les statuts ou au moyen d'un règlement du CA, des comités du conseil, composés en tout ou en partie d'administrateurs de la société. Parmi eux, on peut citer

- le comité des rémunérations, qui donne des avis au CA quant à la manière de rémunérer les mandats d'administrateur ;
- le comité de nomination, qui donne au CA des avis sur les propositions à faire pour la désignation des administrateurs ;
- le comité d'audit, chargé du contrôle interne de la société (contrôle de la régularité des opérations accomplies par le CA). Il donne notamment son avis sur le projet de comptes annuels. Eventuellement, il donne son avis sur les dérogations au principe one to one.

8. Conclusion

Le fonctionnement des organes des sociétés personnifiées vise à réaliser un système de checks and balances.

§5. Nationalité, dénomination, siège

- La nationalité de la société n'est rien d'autre que la détermination de la loi applicable à celle-ci (voir plus haut, les observations sur le droit international privé en matière de sociétés).
- La société personnifiée a une dénomination.
- La société personnifiée a un siège, qui remplit la fonction de domicile et de résidence.

Chapitre 5

Statut des sociétés sans personnalité morale

§1. Introduction

Ces sociétés sont moins importantes que les sociétés dotées de la personnalité juridique. Cependant, elles jouent un rôle non négligeable dans certains secteurs, notamment celui de la construction ; d'autre part, les sociétés de droit commun ont une présence parmi les PME et les entreprises familiales et sont parfois utilisées pour la gestion d'un patrimoine.

§2. Le patrimoine commun affecté aux activités sociales

1. Introduction

La société non personnifiée n'a pas de patrimoine, puisqu'elle n'a pas la personnalité juridique. La constitution d'une telle société n'entraîne donc pas de division patrimoniale.

Mais dans la réalité des choses, une partie du patrimoine de chaque associé est apportée *en société* (et non pas, ici, « à la société » !). C'est d'ailleurs une des

conditions d'existence de la société. Le patrimoine commun se compose en outre des biens, droits et obligations acquis en commun par les associés dans le cadre des activités communes. Ces actifs et passifs sont en principe ceux des associés, mais sont d'une nature particulière, puisqu'ils ont été apportés en société ou sont le produit de l'exploitation commune.

Quel sort faut-il réserver à ce patrimoine commun composé des apports ainsi que des revenus et des dettes acquis dans le cadre de l'exploitation des activités communes ?

2. Rejet de l'analyse du patrimoine commun en une indivision

S'agit-il d'une **indivision**, d'une copropriété ? Cette idée a été combattue et est aujourd'hui le plus souvent **rejetée**, pour plusieurs raisons :

- elle n'explique pas le sort des dettes communes ;
- les règles relatives à l'indivision (Code civil) sont incompatibles avec la nature et les finalités du patrimoine affecté dans le cadre d'une société sans personnalité juridique.

En réalité, le Code civil (art. 577) traite de deux variétés d'indivision :

- l'indivision des immeubles ou groupes d'immeubles bâtis (copropriété forcée et organisée), qui n'est clairement pas applicable ici ;
- la copropriété forcée, fruit du hasard. Cette notion est incompatible avec la notion de la société, qui implique la volonté des associés de mettre en commun des actifs pour l'exploitation d'activités en commun.

Une réserve très limitée est que si la société est dissoute, la situation qui s'ensuit pour les associés est analogue à celle des cohéritiers au décès de leur auteur (indivision successorale) : en vertu de l'art. 55 C. soc., les règles concernant le partage des successions s'appliquent dans ce cas (l'article 815 du Code civil en particulier).

3. Autres thèses relatives au patrimoine commun constitué dans le cadre des sociétés non personnifiées

Plusieurs thèses ont été avancées.

a. Première analyse : propriété collective

Selon une thèse d'inspiration allemande, qui a été soutenue par H. De Page notamment, le patrimoine commun constitué dans le cadre d'une société sans personnalité juridique fait l'objet d'une forme originale de propriété, la propriété collective, qui est le reflet d'une communauté d'intérêts. Mais cette théorie reçoit peu d'appui dans les textes légaux, ce qui explique qu'elle n'a pas eu beaucoup d'échos.

b. Deuxième analyse : universalité de fait

Selon un deuxième courant, la communauté d'intérêts résultant de la constitution d'une société sans personnalité juridique donnerait lieu à une sorte d'universalité de fait découlant de la nature des choses, de la mise en commun d'actifs en vue de l'exercice d'activités communes. [Remarque : selon certains, le fonds de commerce serait également une universalité de fait.]

Cette solution explique l'identité d'un ensemble d'actifs affectés à des fins déterminées, qui consistent en l'exploitation de l'objet social. Mais cette explication n'est que partielle, puisqu'une universalité de fait ne comprend pas les passifs attachés aux actifs.

c. Troisième analyse : fiducie-gestion

On tente de transposer au patrimoine commun des sociétés sans personnalité juridique la notion de fiducie, plus particulièrement celle de fiducie-gestion.

Le concept de fiducie est d'inspiration germanique et correspond, en droit anglo-américain, à l'institution du trust : la propriété d'un ou plusieurs biens envisagés individuellement ou collectivement peut être affectée à une fin déterminée dont vont résulter des limitations à l'exercice du droit de propriété concerné. Le trustee est celui à qui les biens sont remis, tandis que les bénéficiaires sont les propriétaires ou d'autres personnes désignées à l'occasion de la constitution du trust, pour le compte desquelles le trustee, qui détient un véritable droit réel sur les biens confiés, exercera ses droits.

Le droit réel qui résulte d'un trust ou d'une fiducie-gestion est en quelque sorte une propriété pour le compte d'autrui, le bénéficiaire du trust ou le fiduciaire.

Dans le cas d'une société sans personnalité juridique, le patrimoine commun est affecté à une fin déterminée, et celui qui est en charge du patrimoine commun le gère pour le compte d'autrui, pour le compte des associés.

Cette analyse est intéressante, mais la situation diffère d'une fiducie-gestion, car dans une société sans personnalité juridique, celui ou ceux qui ont la charge d'administrer le patrimoine commun ne détiennent aucun droit réel sur les biens du patrimoine commun, mais sont de simples mandataires.

Ceci dit, il existe une hypothèse plus proche de la gestion-fiducie : c'est le cas de la société en participation (aujourd'hui société interne), qui comporte une dualité d'associés, les associés participants et les associés gérants, les seconds administrant le patrimoine commun pour le compte des premiers et étant censés être les seuls avec lesquels les tiers contractent (ils contractent donc en leur propre nom, ce ne sont pas des mandataires). Cette situation est plus proche d'une fiducie-gestion, mais n'en possède pas tous les caractères.

d. Quatrième analyse : opposabilité des effets externes des contrats

Une analyse qui a de plus en plus de succès tient à deux éléments :

- (1) les actifs qui composent le patrimoine social sont affectés à une finalité déterminée, la réalisation de l'objet social ; les passifs compris dans le patrimoine commun sont les dettes contractées par les associés ou ceux qui administrent le patrimoine commun : c'est le résultat de l'exploitation de l'objet social ;
- (2) en vertu du droit commun des obligations, les effets externes des contrats sont opposables aux tiers, qui doivent subir les conséquences des actes ou contrats passés par leurs débiteurs. L'affectation, par les associés, de certains de leurs actifs à la société est une opération juridique qui s'explique par le contrat de société, qui est opposable en tant quel tel aux tiers. Il en est de même de l'affectation au fonctionnement de la société des actifs et passifs résultant de l'exploitation des activités communes.

Il en résulte des **conséquences** concrètes sur le régime des actifs et passifs du patrimoine commun, **déduites du droit commun des obligations** :

- en ce qui concerne les **relations des associés entre eux** :
le contrat de société emporte une affectation des actifs et passifs à une fin déterminée. Il en résulte qu'aucun des associés ne peut prétendre faire usage ou mettre en œuvre un droit social à des fins personnelles, cet usage ou cette mise en œuvre ne pouvant être faits qu'en vue de la réalisation de l'objet social. Ceci est la conséquence entre parties du contrat de société, par lequel elles sont liées en vertu du principe de la convention-loi (art. 1134 C. civ.) ;
- en ce qui concerne les **relations des associés avec les tiers**, il faut distinguer deux catégories de créanciers :
 - ✓ les créanciers sociaux, qui détiennent des droits qui ont été constitués dans le cadre de l'exploitation de l'objet social ;
 - ✓ les créanciers individuels, dont la créance est née en dehors de l'exploitation, par le groupement, de son objet.
- ↳ En ce qui concerne les **créanciers sociaux** : il existe trois masses, en quelque sorte, - une masse de biens, une masse de droits et une masse de dettes composant le patrimoine commun des associés. Il y a au moins deux autres masses de biens, qui sont le reflet du patrimoine personnel

de chaque associé : il s'agit des éléments de ce patrimoine qui n'ont pas été affectés à la réalisation de l'objet social.

- Les créanciers sociaux peuvent faire valoir leurs droits [sur les actifs communs](#). C'est logique, puisque ces actifs ont été affectés à la réalisation de l'objet social.
- Ce recours sur le patrimoine commun n'est pas affecté par le recours des créanciers sociaux [sur les actifs du patrimoine personnel](#) des associés.

En fait, les créanciers sociaux sont comme les créanciers d'une succession. Comme la société n'a pas de personnalité juridique, et comme ce n'est pas une société à responsabilité limitée, les créanciers sociaux peuvent aussi exercer leurs droits sur le patrimoine des associés.

Lorsqu'ils agissent sur le patrimoine des associés, les créanciers sociaux peuvent saisir les biens appartenant aux associés [en fonction de la part de chacun dans le contrat de société](#), qu'elle soit déterminée ou non par le contrat de société. Cette responsabilité sera [solidaire si l'objet de la société est commercial](#) et ne le sera pas si l'objet est civil.

- * Si la responsabilité des associés n'est pas solidaire, les créanciers sociaux peuvent agir sur leur patrimoine personnel à concurrence de la part de chacun d'eux dans le passif social, déterminée par le contrat de société ou, si rien n'y est prévu à ce sujet, par le droit commun des obligations ;
- * si la responsabilité des associés est solidaire, les créanciers sociaux ont un recours sur le tout sur le patrimoine de chacun des associés, qui pourront, le cas échéant, exercer entre eux des recours contributifs en vertu du droit commun des obligations.

↳ En ce qui concerne les [créanciers personnels des associés](#), la question du sort à leur réserver se pose en particulier parce que la société n'a pas la personnalité juridique [lorsqu'une société a la personnalité morale, elle entraîne un effet de division patrimoniale qui empêche les créanciers personnels des associés d'agir sur le patrimoine social]. Les créanciers personnels ont un [recours sur le patrimoine de leur débiteur](#) ; ont-ils

aussi un recours sur les actifs composant le patrimoine commun, puisqu'il n'a pas la personnalité juridique ?

- C'est ce qu'on a longtemps pensé. = **COURANT CLASSIQUE**
- **COURANT CONTEMPORAIN** : Mais cela a été remis en cause par la pratique jurisprudentielle et les réflexions doctrinales contemporaines, au nom de l'opposabilité aux tiers des effets externes des contrats, qui implique en particulier que les créanciers d'une partie à un contrat doivent subir les effets que ce contrat produit à l'encontre de cette partie, en particulier au point de vue patrimonial, sauf exception (ex. fraude paulienne (art. 1167 C. civ.)).

Ex. En cas de vente d'un bien, les créanciers du vendeur sont tenus des effets de ce contrat et ne peuvent donc saisir le bien ; mais si le prix de vente est tellement bas qu'il est révélateur d'une fraude paulienne, ils peuvent remettre en cause l'opération.

Le principe est donc l'opposabilité aux tiers créanciers des associés de l'affectation à la réalisation de l'objet social des biens composant le patrimoine commun. Ils ne peuvent donc saisir un bien affecté à la réalisation de l'objet social, puisque leur débiteur ne peut plus en disposer lui-même, qu'il ne peut plus reprendre son apport (tel est l'effet du contrat de société).

Contrairement à la doctrine classique, ce courant contemporain considère donc que les créanciers personnels des associés ne peuvent, en cours de vie sociale, saisir les biens qui ont été apportés à la société. Tout au plus peuvent-ils pratiquer une saisie-arrêt pour bloquer ce qui revient, le cas échéant, aux associés à la clôture de la liquidation (revenus en cas de bénéfices, restitution de l'apport, boni de liquidation).

↳ A ce propos, suite à la dissolution de la société, les créanciers personnels sont-ils en quelque sorte libérés de l'entrave que constituait le contrat de société et peuvent-ils dès lors saisir les actifs sociaux ? Lorsque le contrat a pris fin, que la société a été dissoute, la situation change-t-elle ? ~~Non, en tout cas pas fondamentalement. En effet, il~~ II faut appliquer *mutatis mutandis* les règles applicables au partage des successions (art. 55 C. soc.). Dans ce domaine, l'art. 826, al. 2 C. civ. prévoit qu'il faut d'abord payer les dettes successorales, puis répartir entre les héritiers le solde net du compte de liquidation de la succession. Les mêmes règles s'appliquent, *mutatis mutandis*, à la liquidation qui suit la dissolution d'une société non personnifiée. Les créanciers sociaux devront donc être payés d'abord. Quant aux créanciers personnels des associés, ils suivent le sort de leur débiteur et n'ont donc de droits sur les actifs sociaux que dans la mesure

où leur débiteur lui-même a des droits sur ces biens. Or, ce dernier ne peut prétendre qu'à sa part dans le solde qui reste après désintéressement des créanciers sociaux. C'est seulement cette part du solde qui pourra être saisie par ses créanciers personnels.

En d'autres termes, si la société de droit commun, la société momentanée et la société en participation n'ont pas la personnalité juridique, elles ont néanmoins, dans une certaine mesure, une personnalité comptable.

Cette solution a été consacrée par un arrêt de la **Cour de cassation** du 28 février 1985 et notamment par un jugement du tribunal de commerce de Huy du 22 avril 1998.

Donc, en définitive, il s'agit de conséquences voisines à celles attachées à la personnalité morale, mais auxquelles on aboutit par d'autres voies.

§3. La gestion du patrimoine commun

Qui peut représenter, administrer, gérer le patrimoine commun ? Qui peut prendre des décisions à son égard ? Qui peut engager le patrimoine commun ?

Deux situations peuvent se présenter :

1. le contrat de société ou un acte postérieur organise la gestion et la représentation du groupement (c'est le cas de figure le plus fréquent) ;
2. le contrat de société est muet à cet égard.

1. Les associés instituent un ou plusieurs gérants (associés ou tiers) dans le contrat de société ou un acte postérieur à celui-ci

a. La qualification du contrat de gérance

- **TRADITIONNELLEMENT**, on considère que si les associés font usage de cette faculté, conformément à l'art. 33 C. soc., le gérant est un mandataire, mais que le gérant ~~d'une société, qu'elle ait ou non la personnalité juridique,~~ va non seulement représenter le groupement comme mandataire, mais également accomplir d'autres actes, des opérations matérielles, pour la gestion du patrimoine commun. Certains en ont déduit que la situation était, sous cet angle, analogue au contrat d'entreprise.
- Mais la **DOCTRINE CONTEMPORAINE** rejette cette distinction et estime que le contrat de gérance est un **contrat sui generis**. D'ailleurs, en ce qui concerne le statut du gérant, il est impossible de déroger au droit commun du mandat.

b. Le statut des gérants désignés par les associés

i. Révocation du ou des gérants nommés par les associés

En ce qui concerne la révocation de ces gérants, l'art. 33, al. 2 C. soc. prévoit que leur pouvoir "*ne peut être révoqué sans cause légitime tant que la société dure ; mais, s'il n'a été donné que par acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple mandat*". Il faut donc distinguer deux cas, comme dans les SNC :

- soit, le gérant est **désigné dans le contrat de société** : dans ce cas, il est **irrévocable** sauf du **consentement unanime** des associés, dont lui-même s'il est associé, à moins que la révocation intervienne pour **cause légitime** ;
- soit, il est **nommé dans un acte postérieur** au contrat de société : dans ce cas, il est **révocable** du **consentement unanime** des associés, **sauf si des majorités**

particulières ont été prévues. La situation ne sera donc, en définitive, pas différente si les associés n'ont pas prévu des majorités particulières.

- ii. Etendue des pouvoirs du ou des gérants nommés par les associés

Le droit des sociétés s'écarter du droit commun du mandat en ne faisant pas de distinction entre actes de disposition et d'administration : le gérant peut accomplir les deux. L'art. 33, al. 1 C. soc. prévoit en effet que le gérant peut accomplir **tous les actes, y compris les actes de disposition, utiles ou nécessaires à la réalisation de l'objet social, nonobstant toute opposition des associés.** Les seules limites au pouvoir du gérant découlent du fait qu'il ne peut agir **qu'en vue de la finalité à laquelle le patrimoine commun a été affecté.**

- iii. Pouvoir d'opposition des associés pour certains actes ; absence totale de pouvoir d'opposition si le ou les gérants ont été nommés dans les statuts

Le gérant peut accomplir tous les actes utiles ou nécessaires à la réalisation de l'objet social, nonobstant toute opposition des associés. Un **pouvoir d'opposition** est malgré tout réservé aux associés par le Code des sociétés à l'égard de **certains actes** que le gérant a accomplis ou voudrait accomplir.

- Mais si le **gérant** est **statutaire**, ce pouvoir d'opposition **n'existe pas**, car il reviendrait à révoquer le gérant pour ce qui concerne l'acte en question.
- En revanche, si le **gérant** est **non statutaire**, ce pouvoir d'opposition **existe**, même si l'acte a été accompli dans les limites de l'objet social. Il s'agit d'une révocation partielle, qui ne doit avoir lieu qu'aux mêmes conditions qu'une révocation "totale" (décision prise par les associés à l'unanimité, sauf si une majorité spéciale a été prévue).

iv. Pouvoirs de gestion concurrents ou collégiaux ?

Si les associés ont nommé plusieurs gérants, ceux-ci ont des pouvoirs de gestion **concurrents**, sauf clause de collégialité.

2. Les associés ne désignent pas de gérant ni dans le contrat de société ni dans un acte postérieur à celui-ci

Dans ce cas, un régime subsidiaire s'applique : en vertu de l'art. 36 C. soc., **chaque associé** dispose d'un **pouvoir de gestion** de la société et peut contracter des dettes à charge du patrimoine commun, mais dans des **limites plus étroites** qu'un gérant.

- Tout comme le gérant, l'associé doit respecter les finalités de la société dans les actes qu'il pose au nom de celle-ci.
- Un gérant peut disposer des biens communs dans le respect des fins auxquelles le patrimoine a été affecté, tandis que dans notre hypothèse, un associé **ne peut accomplir d'actes de disposition**, même s'ils concernent un bien meuble.
- En outre, chaque associé a le **droit de s'opposer** à un acte (d'administration) qu'un autre s'apprête à accomplir. Mais ce droit de veto n'a **d'effet que dans l'ordre interne** ; dès lors, s'il n'est pas exercé antérieurement à la réalisation de l'acte, ou s'il est exercé antérieurement à la réalisation de l'acte mais que l'associé passe outre, l'acte engage le patrimoine commun à l'égard des tiers, sous réserve de tierce complicité (le tiers savait ou ne pouvait légitimement ignorer l'opposition). L'associé qui a passé l'acte engage, quant à lui, sa responsabilité.

Chapitre 6

Règles particulières applicables aux formes sociales organisées par le Code des sociétés

§1. Règles particulières aux sociétés de personnes (SNC et SCS)

1. Règles particulières aux SNC

La SNC est une société de personnes, à responsabilité illimitée même si elle a la personnalité morale.

Elle est régie spécialement [ainsi que la SCS] par les articles 201 à 209 C. soc., qui spécifient ou détaillent

- ✓ la responsabilité illimitée des associés en nom
- ✓ et l'inaccessibilité des parts (puisque c'est une société de personnes).

a. La responsabilité illimitée et solidaire des associés en nom

La responsabilité des associés pour les dettes contractées dans le cadre de l'exploitation des activités du groupement est **indéfinie et solidaire avec la société et entre eux**. Une règle particulière est prévue à cet égard, selon laquelle aucun jugement ne peut être prononcé à l'égard des associés avant qu'un jugement contre la société soit prononcé [la même règle vaut pour les commandités dans les SCS].

En réalité, société et associés peuvent être condamnés dans un même jugement, pourvu que la société soit condamnée dans un dispositif préliminaire à celui qui se rapporte à la responsabilité des associés.

b. L'incessibilité et l'intransmissibilité à cause de mort des parts sociales

Les parts sociales sont **incessibles entre parties et aux tiers**,

- sauf consentement unanime des associés.
- D'autre part, elles peuvent être rendues cessibles par le contrat de société, mais jamais celui-ci ne pourrait prévoir leur matérialisation dans des titres négociables.

La cession des parts sociales est soumise au droit commun des cessions de créances.

Comme le contrat de société est un contrat *intuitu personae*, les parts sont **en principe intransmissibles à cause de mort** et la société est dissoute par le décès d'un associé. Mais le contrat de société peut y déroger, en pratique essentiellement par deux types de clauses :

- une clause de continuation de la société entre les associés survivants : une telle clause est licite, mais n'est efficace que si la société comporte plus de deux associés, puisque si un seul associé survit, la société est dissoute automatiquement ;
- une clause de continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé : cette clause est valable, mais son application peut donner lieu à des problèmes si un héritier est incapable d'exercer le commerce (ex. mineur). En effet, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, les associés en nom sont réputés faire le commerce sous le couvert de la société, la personnalité juridique de la SNC est dite transparente. Par conséquent, l'héritier qui devient associé acquiert la qualité de commerçant ; la clause ne pourra donc jouer à l'égard de l'héritier incapable de faire le commerce. Il est dès lors prudent de prévoir que la société devient une société en commandite à l'égard de l'héritier incapable de faire le commerce.

2. Règles particulières aux SCS

Les SCS comportent deux catégories d'associés :

- les **commandités**, qui sont traités comme des associés en nom ; eux seuls peuvent gérer et représenter la société à l'égard des tiers (les gérants sont soit des tiers, soit des commandités, mais jamais des commanditaires), et sont solidairement responsables des dettes sociales ;
- les **commanditaires**, simples associés, qui n'engagent que leurs apports, ce qui ne signifie pas que les tiers soient sans recours aucun contre eux : ils peuvent agir contre eux pour les contraindre à libérer l'apport qu'ils ont promis. En effet, la libération des apports peut être différée dans le temps. Par ailleurs, dans la SCS, la libération des apports n'est pas réglementée par le Code des sociétés. L'apport est une simple promesse faite à la société. Si la SCS est dans l'impossibilité d'honorer ses dettes et que les associés commandités sont incapables de supporter le passif social, les tiers créanciers de la société peuvent agir contre les commanditaires pour les contraindre de libérer l'apport qu'ils ont souscrit.
 - ↳ C'est une action directe découlant des articles 203 et 206 C. soc. Dès lors, le commanditaire ne peut se prévaloir d'exceptions déduites de ses rapports avec la société ou avec d'autres associés, sauf l'exception de compensation.
 - ↳ Mais cette action directe est imparfaite, de sorte que si l'associé commanditaire est condamné, le bénéfice en va à la société, et non au tiers agissant : l'apport sera fait à la société et profitera à l'ensemble des créanciers de la société.

Pour le reste (régime des parts et fonctionnement), voir la partie relative aux SNC.

§2. Règles particulières aux SA

1. La constitution des SA

a. Les modes de constitution des SA

Une SA peut être constituée de 2 façons :

- soit **par un acte authentique** auquel sont parties tous les actionnaires, en personne ou par procuration.

Une distinction peut cependant être faite entre deux catégories de comparants :

- ✓ ceux qui sont seront aussi considérés comme des fondateurs,
- ✓ et ceux auxquels cette qualité ne sera pas attribuée.

Si cette distinction n'est pas faite, tous les comparants seront considérés comme fondateurs, ce qui fera peser sur eux les responsabilités susceptibles d'être attachées à l'acte de fondation (v. ci-après).

Comment cette distinction peut-elle être faite ? C'est l'acte de fondation qui peut prévoir que seuls tels ou tels comparants détenant ensemble au moins un tiers du capital social se verront attribuer la qualité de fondateurs (art. 450 C. soc.) ;

- soit **par souscriptions**, dans les conditions décrites à l'art. 451 C. soc. (voir plus haut). Dans ce cas, seuls les comparants à l'acte authentique établi pour constater le projet de statuts seront considérés comme fondateurs (art. 451).

b. Règles particulières relatives à la formation du capital de la SA

Des règles particulières concernent la formation du capital social en vue d'assurer qu'il soit suffisant, intégralement souscrit, et libéré dans des proportions

suffisantes, dans le but de protéger les intérêts des tiers, dont la garantie exclusive est, en principe, le capital social.

i. Le montant minimal et le montant suffisant du capital dans les SA

- ◆ Dans les SA, le capital ne peut être inférieur à **61.500 EUR** et doit être intégralement souscrit.
- ◆ En 1978, le législateur intervient à la faveur d'une loi de réorientation économique. [Rappel : cette loi, qui fait suite à la crise pétrolière de 1973, institue une nouvelle variété d'action en responsabilité, l'action en comblement de passif.] Cette loi prévoit que préalablement à la constitution d'une SA, les fondateurs doivent remettre un **plan financier** au notaire instrumentant, dans lequel ils justifient le montant du capital qu'ils estiment adéquat en relation avec les activités auxquelles ils destinent la future SA : c'est le **capital suffisant** au sens large, qui donne lieu à une responsabilité particulière des fondateurs.

ii. Règles concernant la souscription du capital dans les SA

Il existe des règles relatives à la souscription du capital, c'est-à-dire aux engagements d'apport.

- ❖ Un premier principe est que le capital doit être **inconditionnellement et intégralement souscrit** à la constitution de la société, ce qui signifie que le montant du capital déterminé dans les statuts doit être concrétisé par des engagements des fondateurs de même valeur. Ces engagements ne peuvent être soumis à aucune condition.
- ❖ Une règle complémentaire prévoit, pour l'assurer l'effectivité de la souscription, que **la société ne peut souscrire ses propres parts**
 - ni directement,
 - ni par une filiale,

- ni par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société ou d'une filiale de celle-ci.

Dans ces cas, en effet, ce capital serait fictif.

[De telles situations sont envisageables car il existe un régime particulier pour les engagements pris au nom d'une société en formation.]

- ❖ Le Code des sociétés se préoccupe des apports en fonction de leur objet, et plus particulièrement des **apports en nature**, parce que, à la différence des apports en numéraire, ils appellent une évaluation pour déterminer le montant qu'ils représentent dans le capital de la société.

[Quant aux apports en industrie, ils ne peuvent être pris en compte pour la formation du capital social dans les SA et ne peuvent, dès lors, être rémunérés par des actions représentatives du capital.]

Cette évaluation est simple si l'apport en nature consiste en des devises, puisqu'il ne s'agit que d'effectuer une conversion en euros. Mais en cas de véritable apport en nature, il faut évaluer la valeur que l'apport a en numéraire, et il existe un risque que les fondateurs surévaluent l'apport soit pour créer un crédit fictif, soit pour atteindre le montant minimum du capital social. Dans le cas d'une telle surévaluation, le capital est fictif. Pour éviter ce type de situation, le législateur (art. 444 C. soc.) a prévu certaines **contraintes** :

- les fondateurs doivent établir un rapport spécial où ils justifient de l'intérêt pour la société des apports en nature ; ce rapport est déposé au greffe du tribunal de commerce ;
- un réviseur d'entreprises désigné par les fondateurs fait un rapport sur l'apport en nature : ce rapport, qui doit être déposé au greffe du tribunal de commerce, décrit l'apport en nature, les modes d'évaluation adoptés et la rémunération à attribuer en contrepartie de l'apport en nature.

Les fondateurs peuvent ne pas en tenir compte, mais dans ce cas, ils doivent s'en expliquer dans leur rapport spécial.

Ainsi, les tiers pourront apprécier en connaissance de cause si l'évaluation des apports en nature est ou non excessive.

- ❖ Pour éviter de devoir respecter ces règles, des praticiens ont recouru à des contournements, de sorte qu'il a aussi fallu réglementer les **quasi-apports en nature** (art. 445 et s. C. soc.).

Ex. Une personne convient de faire à une SA un apport en numéraire d'un million d'EUR. En tant que tel, cet apport est valable, n'appelle pas d'évaluation et ne doit être immédiatement libéré qu'à concurrence d'un quart (250 000 EUR, soit un montant plus élevé que le montant minimal du capital (61 500 EUR)). Il est effectivement libéré à concurrence de 250 000 EUR, et l'apporteur reste potentiellement débiteur de la société : le CA peut exiger la libération de l'apport en fonction des besoins qui apparaîtront en cours de vie sociale. Mais en réalité, cet apport en numéraire est destiné à dissimuler un apport en nature d'un immeuble. C'est pourquoi, deux jours plus tard, l'immeuble est vendu à la société pour 1 500 000 EUR. Simultanément, la société appelle le solde de l'apport (750 000 EUR), ce qui donne lieu à une compensation : les deux dettes sont éteintes à concurrence du montant de la dette la moins élevée. La société doit donc payer 750 000 EUR. Si l'immeuble vaut moins de 1 500 000 EUR, la société l'aura payé plus cher, sans contrôle aucun ; et si l'immeuble vaut 500 000 EUR, la société aura en définitive payé elle-même l'intégralité de l'apport en numéraire !

Le législateur assimile ce type d'opérations à des apports en nature et les soumet à un **contrôle renforcé** (art. 445 et s. C. soc.).

- Ce régime spécial s'applique à toute acquisition d'un bien appartenant à un fondateur, un administrateur ou un actionnaire effectuée par la société dans un délai de 2 ans à compter de sa constitution pour une contre-valeur au moins égale à 1/10 du capital souscrit.
- Le CA établit un rapport spécial où il justifie de l'intérêt de la société à l'opération envisagée et où il décrit la rémunération qu'il propose en contrepartie de l'aliénation du bien.
- Un commissaire établit un rapport décrivant le bien, son évaluation et la contrepartie offerte pour l'acquisition du bien en question. Ce rapport ne lie pas les administrateurs, mais ceux-ci doivent exposer les raisons pour lesquelles, le cas échéant, ils s'en écartent.
- Ces deux rapports sont déposés au greffe du tribunal de commerce.
- L'acquisition est soumise à l'autorisation préalable de l'AG.

Le régime applicable aux quasi-apports en nature est donc plus dur que celui applicable aux véritables apports en nature, puisque ces opérations sont subordonnées à une autorisation préalable de l'AG.

iii. Règles relatives à la libération des apports

- ★ Dès la constitution de la société, le capital doit être libéré intégralement à concurrence de **61 500 EUR**.

- ★ Les **apports en numéraire** doivent être libérés dès la constitution de la société à concurrence d'**un quart**.

Le montant des apports à libérer lors de la passation de l'acte authentique doit être préalablement **bloqué sur un compte spécial** ouvert au nom de la société en formation auprès de La Poste ou d'un établissement de crédit. Les fonds ne pourront être libérés qu'à la demande des personnes habilitées à engager la société et après que le notaire instrumentant ait informé la banque de la passation de l'acte, sauf si la société n'est pas constituée dans les trois mois de l'ouverture du compte spécial, auquel cas les fonds sont restitués à leur demande à ceux qui les ont déposés (art. 449 C. soc.).

- ★ Quant aux **apports en nature**, ils doivent être
 - ✓ immédiatement libérés à concurrence d'**un quart** [bien entendu, si le bien est indivisible, il doit être libéré immédiatement]
 - ✓ et **intégralement libérés dans les 5 ans** de la constitution de la société. Le motif de cette règle est que la valeur des biens évolue dans le temps, mais il est assez arbitraire de fixer une limite de 5 ans quel que soit le type de bien concerné.

c. Sanctions des violations des règles de constitution des SA

Elles sont de deux ordres.

- ◆ La **nullité de la SA** peut être prononcée dans certains **cas limitativement énumérés** depuis la loi du 6 mars 1973 (actuel art. 454 C. soc.) :

“La nullité d'une société anonyme ne peut être prononcée que dans les cas suivants :

1° si la constitution n'a pas eu lieu dans la forme requise;

2° si cet acte ne contient aucune indication au sujet de la dénomination sociale, de l'objet social, des apports ou du montant du capital souscrit;

3° si l'objet social est illicite ou contraire à l'ordre public;

4° si le nombre d'actionnaires valablement engagés, ayant comparu à l'acte en personne ou par porteurs de mandats, est inférieur à deux”.

Cette nullité n'est **pas rétroactive**. Elle ne produit ses effets

- entre parties qu'à dater de la décision qui la prononce ;
- à l'égard des tiers qu'à partir de la publication de cette décision.

◆ Responsabilité des fondateurs

Les fondateurs sont responsables si un préjudice est subi par la société ou un tiers du fait d'une irrégularité entachant la constitution de la société, dès lors que cette irrégularité

- est sanctionnée de nullité de la société
- ou parce qu'elle est énumérée aux art. 456 à 459 C. soc.

Ces dispositions énoncent des cas où la formation d'une SA est irrégulière sans que cette irrégularité entraîne la nullité de la société.

Ex.

- Deux fondateurs sont valablement engagés, mais quatre autres sont **incapables** ou victimes d'un **vice de consentement**. Dans ce cas, les deux fondateurs valablement engagés sont responsables solidairement de la souscription faite par les quatre autres, en sorte qu'une garantie est conférée à la société et aux tiers quant à l'effectivité de la souscription.
- Un **apport en nature** est **surévalué**. Il peut en résulter un préjudice pour la société, qui a octroyé une rémunération trop élevée en contrepartie de l'apport, et pour les tiers qui ont traité avec la société sur la foi d'un capital flatté. Les fondateurs en sont responsables, à l'égard de la société et des tiers.
- L'établissement du plan financier intervient dans le cadre d'une responsabilité particulière : si la société est déclarée en **faillite dans les trois ans de la constitution** et qu'il apparaît que le capital social était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins, les fondateurs sont responsables des engagements de la société à l'égard des tiers dans une proportion à fixer par le juge. Il s'agit d'un autre type d'action en comblement de passif. Pour déterminer si le capital social était ou non manifestement insuffisant pour permettre à la société de survivre pendant deux ans, le juge examine si le plan financier était ou non suffisamment pensé.

2. Règles particulières au fonctionnement organique des SA

a. Rappel concernant la structure organique des SA

❖ Organes légaux :

- ✓ Assemblée générale des actionnaires
- ✓ Conseil d'administration
- ✓ Commissaire(s), organe de contrôle externe [il est rare que des SA soient dispensées de l'obligation de désigner un commissaire parce qu'en général elles exploitent des entreprises de taille]

❖ Organes facultatifs :

- ✓ organe particulier de représentation institué en vertu de l'art. 522 C. soc. : celui ou ceux des administrateurs qui reçoivent en vertu des statuts le pouvoir de représenter la société ;
- ✓ délégué(s) à la gestion journalière, investi(s) de cette mission par le CA, sans qu'une autorisation par les statuts soit nécessaire à cette fin, contrairement à ce qui est parfois soutenu ;
- ✓ comité de direction, que le CA peut instituer sur autorisation des statuts ;
- ✓ AG des obligataires, qui sera instituée si la société émet un ou des emprunts obligataires.

b. Quelques particularités concernant le fonctionnement du Conseil d'administration (composition du CA et statut des administrateurs)

- La SA est gérée, administrée et représentée par un collège d'administrateurs, personnes physiques ou morales, qui forment le Conseil d'administration. Celui-ci doit être composé de **3 administrateurs au moins**, sauf si la SA ne comporte que 2 actionnaires, auquel cas le CA peut ne compter que 2

administrateurs (art. 518 C. soc.). Dans cette dernière hypothèse, si les statuts attribuent une voix prépondérante au président du CA en cas de partage des voix³⁷, cette clause est suspendue, parce que sinon, l'un des deux administrateurs pourrait toujours emporter la décision, ce qui stériliserait le caractère délibérant du CA.

- Le **mandat** des administrateurs **ne peut excéder 6 ans**, mais est **renouvelable** sans limitation quant au nombre de renouvellements.
- En cas de vacance d'une place d'administrateur (**vacance en cours de mandat**), les administrateurs restants peuvent y pourvoir provisoirement, en attendant que l'AG procède à l'élection définitive (art. 519 C. soc.).

c. Le comité de direction

La loi du 2 août 2002 de corporate governance prévoit la possibilité d'ériger, dans les SA, un système d'administration dualiste, à la faveur de la constitution d'un comité de direction. Le nouvel article 524bis C. soc. prévoit que les **statuts** peuvent autoriser le CA à **déléguer tout ou partie de ses pouvoirs à un comité de direction**, sous réserve de 2 types de compétences :

- la détermination de la politique générale de la société ;
- et les compétences que le Code des sociétés réserve au CA ;

ex.

- utilisation du capital autorisé en vue d'une augmentation du capital ;
- reddition annuelle des comptes.

Si un comité de direction est institué, le conseil d'administration est chargé de **surveiller** celui-ci.

La philosophie du système est que le CA délègue le plus grand nombre de compétences possible au comité de direction, qui les exercera sous sa surveillance.

³⁷ En effet, les statuts peuvent organiser les conditions de fonctionnement et de majorité au sein du CA.

Il en résulterait alors un système dualiste comme en droit allemand, néerlandais et français.

Le CA jouerait alors le rôle

- des commissarissen en droit néerlandais,
- de l'Aufsichtsrat en droit allemand,
- du comité de surveillance en droit français,

tandis que le comité de direction serait l'équivalent

- des bestuurders en droit néerlandais,
- du Vorstand en droit allemand,
- du directoire en droit français.

La **doctrine majoritaire**, se basant sur les travaux préparatoires de la loi bancaire, qui prévoyait déjà un système dualiste dont l'art. 524bis C. soc. s'inspire, estime que lorsque le CA délègue des pouvoirs au comité de direction, il **ne peut plus concurremment exercer ces pouvoirs**.

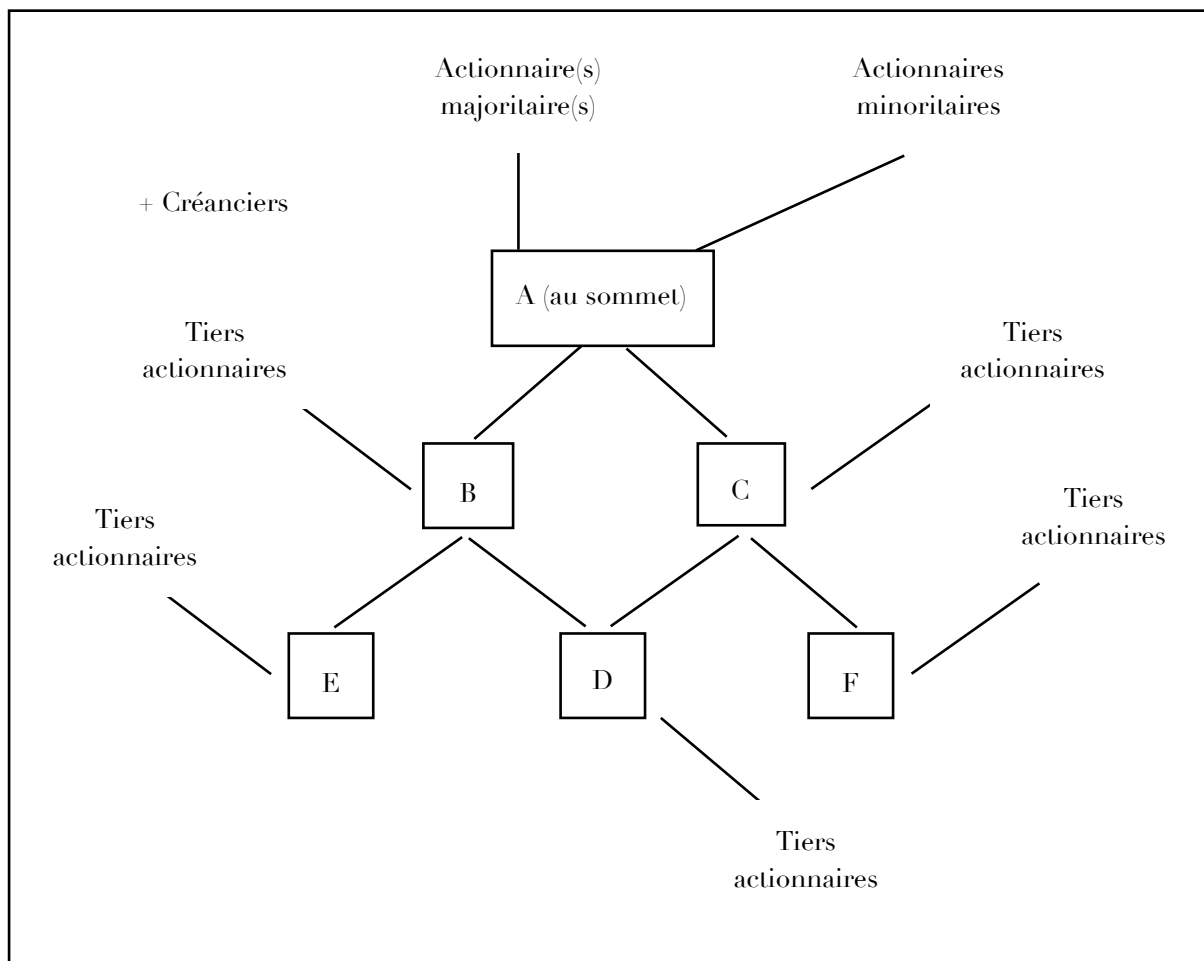
Le comité de direction **fonctionne comme le CA**. En particulier,

- les statuts peuvent conférer à un ou plusieurs de ses membres le pouvoir de représenter la société ;
- le régime des conflits d'intérêts de l'art. 523 C. soc. a été transposé aux membres du comité de direction, avec cette différence toutefois que les statuts peuvent prévoir qu'en cas de conflit d'intérêts, la décision ne peut plus être prise par le comité de direction mais doit remonter au CA.

d. La réglementation des conflits d'intérêts entre sociétés d'un groupe (art. 524 C. soc.)

i. Introduction

L'art. 524 C. soc., introduit par la loi du 2 août 2002 de corporate governance, est une disposition spéciale qui aborde la problématique des groupes de sociétés sous un aspect très particulier, en donnant une **ébauche de réponse**. La problématique qu'il tente de rencontrer est celle des conflits d'intérêts possibles entre sociétés d'un même groupe.



A a des participations directes dans B et C et des participations indirectes dans E, D et F. A contrôle B et C, B contrôle E, C contrôle F, et B et C contrôlent D. Des actions de ces sociétés sont en outre détenues par des tiers actionnaires.

La société mère peut être en conflit d'intérêts

- avec les actionnaires tiers d'une filiale
- ou avec les créanciers d'une filiale

en cas d'opération qui sacrifie les intérêts d'une filiale au profit de l'intérêt d'une autre société du groupe.

Ex.

- B fait un prêt à C à des conditions avantageuses car celle-ci éprouve des situations financières ;
- B décide de fermer une branche d'activités pour ne pas faire concurrence à C ;

- B, qui est une société active dans le secteur bancaire, ouvre ses guichets à C pour lui permettre d'exercer des activités d'assurances ; une telle synergie réalisée avec une autre société active dans les assurances n'aurait-elle pas été plus profitable ? BBL, contrôlée par GBL, avait-elle bien fait d'ouvrir ses guichets à la Royale belge (filiale de GBL) ?

Une première réforme a lieu en 1991, par l'insertion d'un article 60bis dans les L.C.S.C., disposition qui est devenue, après des adaptations, l'actuel art. 524 C. soc.

Si une filiale se sacrifie au profit d'une autre société du groupe, des **sanctions a posteriori** sont possibles : abus de majorité, action sociale minoritaire, responsabilité des administrateurs, infraction d'abus de confiance ou d'abus de biens sociaux.

En outre, des **systèmes préventifs** peuvent être imaginés (et se rencontrent en droit comparé) pour éviter que de telles situations se produisent :

- ✓ on pourrait envisager de dresser une liste d'opérations interdites dans la mesure où elles porteraient préjudice à l'une des sociétés du groupe : une telle mesure est assez rare parce qu'elle ne permet pas de tenir compte des circonstances particulières de chaque espèce ;
- ✓ on pourrait ériger les filiales en sociétés autonomes, en ce sens qu'elles seraient administrées par un CA indépendant de l'actionnariat majoritaire : c'est assez rare ;
 - ex. en Hollande, les *bestuursvennootschappen* ;
 - vers la fin des années 90, un avant-projet de loi qui reprenait ce principe a été abandonné, car il a été considéré comme incompatible avec le principe majoritaire qui domine le droit des SA ;
- ✓ on pourrait prévoir la conclusion d'un contrat de domination entre la société mère et la filiale : pareil contrat, organisé en droit allemand, prévoit des contreparties à la reconnaissance de la domination des filiales par leur société mère, sous la forme de garanties données par cette dernière ;
- ✓ enfin, on pourrait envisager des systèmes moins draconiens, de deux ordres :
 - les opérations conclues au sein du groupe devraient faire l'objet d'une information particulière dans le rapport de gestion ;
 - les projets de décision qui intéressent les relations entre les sociétés d'un groupe devraient être déférés pour avis à un comité indépendant de l'actionnariat de contrôle.

Ces deux systèmes peuvent être combinés.

Cette combinaison est traduite par l'**art. 524 C. soc.**, même si son champ d'application est conçu en des termes plus étroits.

- ii. Le champ d'application de l'art. 524 C. soc. (sociétés et opérations visées)

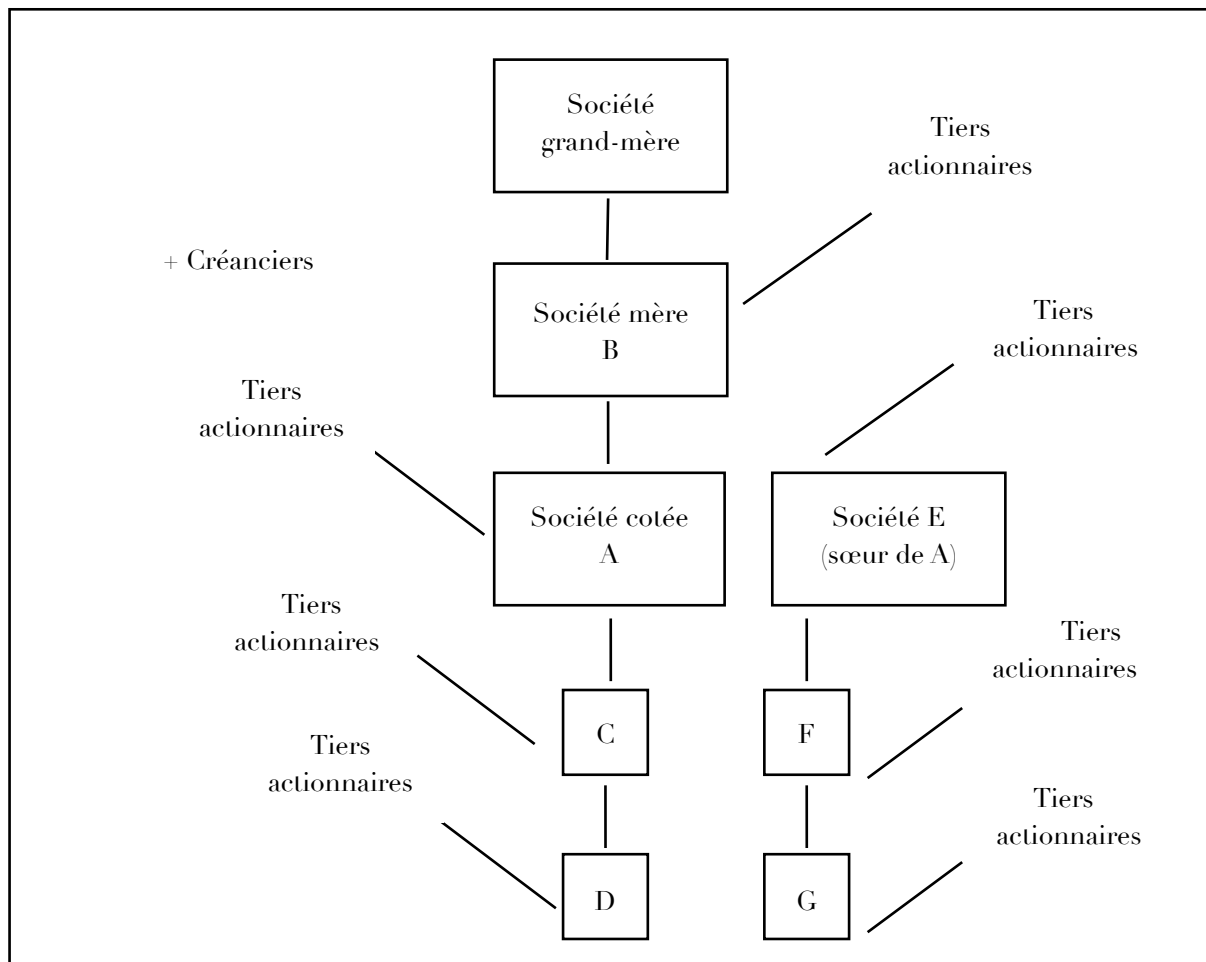
En réalité, l'art. 524 C. soc. apporte à la problématique des opérations intéressant les relations entre sociétés d'un groupe une réponse ponctuelle : il ne réglemente **que certaines opérations intragroupe**.

Il vise *“toute décision ou toute opération accomplie en exécution d'une décision prise par une société cotée (...) lorsqu'elle concerne :*

1° les relations de ladite société avec une société liée à celle-ci, à l'exception de ses filiales;

2° les relations entre une filiale de ladite société et une société liée à celle-ci, autre qu'une filiale de ladite filiale”.

- ❖ Tout d'abord, la procédure prévue par l'art. 524 C. soc. n'intéresse donc **que les sociétés cotées** : elle vise à protéger les actionnaires du public. Cette limitation n'est susceptible d'aucune justification rationnelle ; la raison en est que le législateur belge est plus attentif aux sociétés cotées qu'aux autres sociétés dans la mesure où il s'agit de préserver la confiance des marchés financiers.
- ❖ Ensuite, **seules certaines opérations intragroupe** sont visées.



Sont visées

- (1) les **décisions prises au niveau de la société cotée A** ou l'exécution de telles décisions qui **intéressent les relations entre elle et des sociétés liées à elle mais qui ne sont pas ses filiales** = des relations entre elle-même (A) et sa mère (B), sa grand-mère, sa sœur (E), ses nièces et ses petites-nièces (F et G). Parce que l'intérêt de A ne doit pas être sacrifié au profit de ces sociétés. Il s'agit de protéger les intérêts des tiers actionnaires de A.

Pourquoi les filiales de A (C et D) sont-elles exclues ? Parce que, justement, A les contrôle et que donc ce ne sera pas un véritable sacrifice : les actionnaires tiers de A profiteront indirectement du sacrifice ;

- (2) les **décisions prises au niveau de la société cotée A** ou l'exécution de telles décisions qui **intéressent les relations entre une filiale de la société cotée A et des sociétés liées à celle-ci autres que des filiales de celle-ci**.

Ex. C procède sur la base d'une décision prise par le CA de A, à une opération avec B, la grand-mère, E, F ou G (sociétés liées à elle mais qui ne sont pas ses filiales) : dans ce cas, il faut aussi appliquer la procédure prévue par l'art. 524 C. soc.

Il est question d'opérations accomplies par une filiale en exécution d'une décision prise par le CA de la société mère cotée. On part donc du principe que la société mère peut donner des injonctions, des instructions au CA de sa filiale. Ceci illustre le fait qu'il existe certaines nuances au principe selon lequel l'AG ne peut pas s'immiscer dans l'exercice par le CA de ses compétences, qui est un principe fondamental en corporate governance et constitue une règle d'or depuis 1973, date à laquelle le CA a reçu la plénitude de compétence pour l'administration de la société.

La notion de contrôle conjoint, définie comme étant "*le contrôle exercé ensemble par un nombre limité d'associés, lorsque ceux-ci ont convenu que les décisions relatives à l'orientation de la gestion ne pourraient être prises que de leur commun accord*" (art. 9 C. soc.), fournit une autre illustration du fait que cette règle d'or connaît certaines nuances.

iii. La procédure particulière prévue par l'art. 524 C. soc.

❖ Le CA doit transmettre le projet de décision à l'appréciation d'un **comité composé de 3 administrateurs indépendants**, qui doit se faire assister par un ou des experts indépendants qu'il lui appartient de désigner. Avec l'assistance de ce(s) expert(s), le comité rédige à l'attention du CA un **avis** très circonstancié qui

- décrit la décision ou l'opération,
- évalue le gain ou le préjudice que la décision ou l'opération est susceptible de porter à la société,
- se prononce sur le caractère éventuellement abusif de ce préjudice ;
- s'il décide que qu'il existe un préjudice mais que celui-ci n'est pas manifestement abusif, il identifie quel avantage la société retire en contrepartie de ce préjudice.

Les administrateurs indépendants présentent leur avis au CA, qui peut ensuite prendre la décision librement : il n'est **pas tenu de suivre** cet avis ; cependant, s'il s'en écarte, il doit **en expliquer les raisons dans le procès-verbal**. Le **commissaire** rend une **appréciation** quant à la fidélité des données figurant dans l'avis du comité et dans le procès-verbal du conseil d'administration. Cette appréciation est jointe au procès-verbal du conseil d'administration. L'avis du comité, l'extrait du procès-verbal du conseil d'administration et

l'appréciation du commissaire doivent **figurer dans le rapport de gestion** (qui sera présenté à l'AG).

- ❖ Les administrateurs indépendants **participent-ils à la décision du CA ?** La loi ne prévoit rien à cet égard, donc **oui !**
- ❖ Qui sont ces **administrateurs indépendants ?**

Cette notion a été importée sur le continent, et notamment en Belgique, du droit anglo-américain. Mais en réalité, la situation est très différente ici et là.

En effet, dans les sociétés cotées anglo-américaines, l'actionnariat est en général tellement dispersé que l'AG n'exerce pas de véritable contrôle sur la société. Il n'y a pas d'actionnaire de contrôle ou de référence qui exerce une influence sur la politique de la société, mais uniquement des majorités de circonstance. Il en résulte que l'organe d'administration reste, en quelque sorte, le seul acteur du jeu. C'est pourquoi on s'est dit qu'il devrait y avoir au sein de l'organe d'administration, à côté des executive directors, des non-executive directors, indépendants des premiers et qui seraient censés les surveiller (dualisme fonctionnel).

Dans les années 90, sur le continent, notamment en Belgique, on se dit qu'il faudrait appliquer ce système, mais la situation n'est pas comparable ici et là, parce que dans les sociétés cotées continentales, il y a souvent un actionnariat de référence ou de contrôle. Il devrait y avoir des administrateurs indépendants, mais par rapport à qui ? En réalité, cette **indépendance** doit exister non seulement **par rapport au management**, mais aussi **par rapport à l'actionnariat de contrôle** (selon le code Lippens).

L'art. 524 C. soc. légalise pour la première fois la notion d'administrateur indépendant. Implicitement, il impose que les sociétés cotées faisant partie d'un groupe comportent au moins 3 administrateurs indépendants. C'est un progrès dans le domaine de la corporate governance.

Il énonce 4 critères auxquels doivent, en tout cas, répondre les administrateurs indépendants :

- (1) ils ne peuvent pas, durant une période de deux années précédant leur nomination, avoir exercé de fonction exécutive (administrateur, délégué à la gestion journalière, membre du comité de direction, ...) ni auprès de la société, ni auprès d'une société liée ;
- (2) ils ne peuvent être mariés à, ni cohabiter légalement avec, ni avoir de relations de famille avec une personne qui exerce au sein de la société ou d'une société liée à celle-ci de telles fonctions exécutives ;
- (3) ils ne peuvent détenir des actions représentant plus de 10 % du capital social ;

- (4) disposition catch-all : ils ne peuvent entretenir aucune relation avec la société qui est de nature à mettre en cause leur indépendance.

iv. Art. 524, § 7 C. soc. concernant les corporate opportunities

“La société cotée indique dans son rapport annuel les limitations substantielles ou charges que la société mère lui a imposées durant l'année en question, ou dont elle a demandé le maintien” (art. 524, § 7 C. soc.).

Cette règle concerne les corporate opportunities (opportunités d'affaires) que la société mère a ordonné à sa filiale de déplacer vers une autre société du groupe. De telles situations peuvent se présenter si des sociétés d'un même groupe exercent des activités semblables, voire concurrentes.

La filiale société cotée doit, dans son **rapport annuel**, en quelque sorte **dénoncer** la société mère au cas où elle lui a ordonné de déplacer une opportunité d'affaires vers une autre société du groupe.

Ex. Une fusion de B, filiale de A, avec une autre société est envisagée, mais A préfère que la fusion se fasse au niveau de F (sous-filiale de A) plutôt que de B.

N.B. Cette disposition est encore une reconnaissance par le législateur de ce qu'une société mère pourrait donner des injonctions à sa filiale, qui vient nuancer le principe selon lequel l'AG ne pourrait pas s'immiscer dans les pouvoirs du CA.

e. Le fonctionnement de l'Assemblée générale des actionnaires

Le Code des sociétés distingue trois catégories d'AG en fonction de l'objet des décisions qu'elle va prendre :

- ✓ l'AG ordinaire,
- ✓ l'AG extraordinaire
- ✓ et l'AG spéciale.

Chacun de ces AG est en principe composée des mêmes personnes et elles sont soumises à certaines règles communes.

i. L'AG ordinaire (art. 552-555 C. soc.)

L'AG ordinaire est compétente pour adopter toutes les décisions qui relèvent des compétences de l'AG autres que celles qui relèvent de la compétence de l'AG extraordinaire ou de l'AG spéciale.

En particulier, elle est compétente pour

- désigner les administrateurs et les commissaires ;
- révoquer les administrateurs ;
- révoquer les commissaires pour de justes motifs ;
- approuver les comptes annuels sur la base du rapport de gestion et donner ou non la décharge aux administrateurs ;
- affecter le résultat de l'exercice écoulé : s'il y a des bénéfices, elle peut soit les distribuer en tout ou en partie, soit les mettre en réserve, soit les reporter, ce qui équivaut à une absence de décision ;

en principe, à la **majorité simple** des voix présentes ou représentées, sans condition de quorum, mais les statuts peuvent prévoir des majorités qualifiées.

ii. L'AG extraordinaire (art. 558-560 C. soc.)

L'AG extraordinaire est compétente pour **modifier les statuts**. Ces modifications

- ▶ doivent faire l'objet d'un **acte authentique**
- ▶ et ne peuvent être adoptées que dans le respect de certaines **conditions de quorum et de majorité** :
 - **en tout cas**,
 - ✓ l'AG ne peut valablement statuer sur une modification des statuts que si 50 % au moins des voix attachées aux actions sont présentes ou représentées
 - ✓ et la décision doit recueillir 3/4 des voix présentes ou représentées.
 - ✓ Mais si le quorum n'est pas atteint, une deuxième AG peut être convoquée, qui pourra décider sans condition de quorum.

- Mais il existe des **règles spécifiques** pour certaines (3) modifications statutaires :

1. **augmentation ou diminution du capital social**, où il s'agit de protéger les actionnaires et les créanciers (voir plus loin) ;

2. **modification de l'objet statutaire** (véritable "novation") :

- comme pour toute modification des statuts, acte authentique ;
- comme pour toute modification des statuts, quorum de moitié et, si cette condition n'est pas remplie, possibilité de convoquer une deuxième AG où aucun quorum ne devra être atteint ;
- majorité des 4/5 ;
- la décision ne pourra être prise que sur la base d'un rapport spécial où le CA justifie de sa proposition, auquel est annexé un rapport sur la situation financière de la société établi par le CA et un rapport sur la situation financière de la société établi par le(s) commissaire(s). L'absence des rapports entraîne la nullité de la décision de l'AG ;
- non seulement les actionnaires peuvent participer à l'AG, mais aussi les titulaires de parts bénéficiaires (octroyées en contrepartie d'un apport en industrie).

3. **modification des droits attachés aux titres** : une SA peut émettre des actions, des parts bénéficiaires (en contrepartie d'un apport en industrie), des actions en jouissance (à l'occasion d'un amortissement du capital), des obligations de diverses natures, des valeurs mobilières innommées (ex. des CVG) ; elle peut, en outre, émettre des actions de catégories différentes.

Ex. actions de catégorie A donnant droit à une part prioritaire dans les bénéfices distribuables et/ou donnant la possibilité de présenter des candidats pour un certain nombre de postes vacants au CA (ex. 3 postes sur 4) ; actions de catégorie B.

Lorsque l'AG modifie les statuts dans ses dispositions qui identifient les droits attachés aux différentes catégories de titres (par exemple pour supprimer le droit à un dividende prioritaire prévu par les statuts), certaines règles spéciales doivent être respectées :

- comme pour toute modification des statuts, acte authentique ;

- comme pour toute modification des statuts, quorum de moitié et, si cette condition n'est pas remplie, possibilité de convoquer une deuxième AG où aucun quorum ne devra être atteint ;
- comme pour toute modification des statuts, majorité des 3/4 ;
- mais les conditions de quorum et de majorité s'apprécient dans chaque catégorie de titres ;
 - ex. s'il existe des actions de catégorie A et des actions de catégorie B, les conditions de quorum et de majorité doivent s'apprécier au sein de chacune de ces catégories ;
- et le CA doit établir un rapport spécial. L'absence du rapport entraîne la nullité de la décision de l'AG.

iii. L'AG spéciale (art. 556 et 557 C. soc.)

L'AG spéciale résulte de considérations relevant à l'origine du droit financier, plus particulièrement d'un arsenal de règles concernant les **mesures de défense anti-OPA**.

Les sociétés qui font l'objet d'une OPA essaient en général de se défendre au moyen de certaines mesures. Une de ces mesures consiste à disperser de manière plus ou moins voyante et consistante les bijoux de la couronne (**crown jewels**) : la société cède à un ami (white knight), à un prix avantageux, ses actifs les plus précieux, sous la condition suspensive d'une OPA. En principe, une telle opération est possible, sous réserve du respect de dispositions de droit financier ; mais elle est normalement défavorable aux actionnaires du public, pour lesquels une OPA est une occasion de retirer une plus-value par rapport au cours des actions en bourse. Pour les protéger, le législateur est intervenu de manière globale, d'une part, et, d'autre part, de manière spécifique, en réglementant les opérations qui consistent à disperser les bijoux de la couronne. Selon l'**art. 556 C. soc.**, "seule l'assemblée générale peut conférer à des tiers des droits affectant le patrimoine de la société ou donnant naissance à une dette ou à un engagement à sa charge, lorsque l'exercice de ces droits dépend du lancement d'une offre publique d'acquisition sur les actions de la société ou d'un changement de contrôle exercé sur elle". On le voit, cette disposition vise non seulement les OPA, mais aussi les changements de contrôle de sociétés privées.

Quant à l'**art. 557 C. soc.**, il vise une hypothèse voisine : "dès la réception par une société de la communication faite par la Commission bancaire et financière selon laquelle elle a été saisie d'un avis d'offre publique d'acquisition la visant et jusqu'à la clôture de l'offre, seule l'assemblée générale peut prendre des décisions ou procéder à des opérations qui auraient pour effet de modifier de manière significative la composition de l'actif ou du

passif de la société, ou assumer des engagements sans contrepartie effective. Ces décisions ou opérations ne peuvent être prises ou exécutées sous condition de la réussite ou de l'échec de l'offre publique d'acquisition". Ici, la société n'a pas cédé les joyaux de la couronne sous la condition suspensive d'une OPA. L'art. 557 interdit au CA de procéder à cette opération lorsqu'il est informé officiellement de ce qu'une OPA a été lancée sur la société : cette décision revient à l'AG.

L'AG spéciale statue à la **majorité simple** des voix présentes ou représentées, sauf si les statuts en disposent autrement.

iv. Règles communes applicables aux AG

Ces trois types d'AG sont soumises à certaines règles communes.

❖ **Convocation de l'AG** (art. 532 à 535 C. soc.)

Deux idées majeures :

- C'est en principe au **CA** qu'il appartient de convoquer l'AG s'il l'estime nécessaire, cette appréciation étant laissée à sa discrétion, sauf dans certains cas :
 - il est tenu de convoquer annuellement une AG ordinaire à laquelle il présentera les comptes annuels et le rapport annuel et qui accordera ou non la décharge aux administrateurs ;
 - il est tenu de convoquer une AG sur la demande d'actionnaires représentant au moins 20 % du capital.

Les **commissaires** peuvent aussi convoquer une AG et sont tenus de le faire à la demande d'actionnaires représentant au moins 20 % du capital.

- La **convocation** portée à la connaissance des actionnaires doit **contenir l'ordre du jour** de l'AG. L'ordre du jour doit contenir
 - ✓ l'indication des sujets à traiter
 - ✓ ainsi que, pour les **sociétés faisant publiquement appel à l'épargne**, les **propositions de décision.**

Ex. proposition d'augmenter le capital de tel montant, proposition de nommer Monsieur X ou Monsieur Y à un poste d'administrateur vacant.

❖ Règles concernant la **participation à l'AG** (essentiellement définies aux art. 536-538 C. soc. + règles spécifiques pour certaines décisions)

- En principe, les **actionnaires** ont le droit de participer aux AG et d'y prendre part au vote, mais les **statuts** peuvent subordonner l'accès à l'AG à l'accomplissement de **formalités préalables**, pour garantir que ceux qui y participeront sont bien des actionnaires de la société.

Ex.

- dépôt des actions au porteur ;
- dépôt d'une attestation, établie par le teneur de comptes agréé ou l'organisme de liquidation constatant l'indisponibilité, jusqu'à la date de l'assemblée générale, des actions dématérialisées ;
- en cas d'actions nominatives, inscription de l'actionnaire sur le registre des actions nominatives de la société.

Dans les **sociétés faisant publiquement appel à l'épargne**, le Code des sociétés **impose** l'accomplissement de ces formalités dans un délai à prévoir par les statuts, sans que celui-ci puisse être supérieur à 6 jours ni inférieur à 3 jours ouvrables avant la date fixée pour la réunion de l'AG. En cas de silence des statuts, ce délai expirera le troisième jour avant la date fixée pour la réunion de l'AG.

- A côté des actionnaires, les **porteurs d'obligations** et **titulaires d'un droit de souscription** peuvent assister aux AG, mais avec **voix consultative** seulement.

En outre, les **porteurs de parts bénéficiaires** peuvent assister au AG

- si les statuts leur attribuent un droit de vote,
 - et en tout cas, même à défaut de dispositions statutaires, si l'AG statue sur une modification de l'objet social ou des droits attachés aux différentes catégories de titres.
- Les **commissaires** et **administrateurs** doivent participer à l'AG pour répondre aux questions des actionnaires.

❖ **Tenue de l'AG et modalités d'exercice du droit de vote** (art. 539-551 C. soc.)

▸ Le **principe** est le suivant :

- lorsque les **actions** sont de **valeur égale**, **chacune** donne droit à **une voix** ;

- lorsqu'elles sont de valeur inégale, chacune d'elles confère un nombre de voix proportionnel à la partie du capital qu'elle représente, étant entendu qu'à l'action qui a la valeur la moins importante est attachée une voix.

Le principe est donc que si les actions sont de valeur égale, 1 action = 1 voix.

- ▶ Est-il possible d'y déroger et d'instaurer des droits de vote multiples ?
 - C'est une controverse d'actualité, en relation notamment avec la problématique des OPA.
 - Traditionnellement, on considère que c'est impossible, au nom d'un certain principe d'égalité entre actionnaires.
 - Depuis une dizaine d'années, on discute sur la question de savoir s'il ne faudrait pas introduire cette possibilité, comme cela a été fait dans d'autres pays.

Ex. droits de vote double en France pour ceux qui sont actionnaires depuis un certain temps (sorte de prime de fidélité accordée aux actionnaires stables).

- Le législateur belge n'est pas intervenu directement pour régler la question. Cependant, il vient de **légaliser implicitement** la possibilité de prévoir des droits de vote multiples, **par inadvertance** ! En effet, l'art. 46 de la nouvelle loi du 1^{er} avril 2007 sur les OPA, qui traite des mesures de défense anti-OPA en général, dispose que les statuts peuvent notamment prévoir "*que les restrictions au transfert de titres ou au droit de vote, en ce compris le droit de vote multiple, (...) ne s'appliqueront pas lors de la première assemblée générale convoquée à la demande de l'offrant au plus tôt deux semaines, et au plus tard deux mois, après la publication des résultats de l'offre publique aux fins de modifier les statuts (...), pour autant que l'offrant détienne au moins 75% du capital assorti de droits de vote*".
 - La question reste cependant encore discutée.
 - Notons que la Commission européenne, traditionnellement attachée au principe « une action – une voix », a depuis un certain temps été amenée à revoir quelque peu sa position.
- ❖ En 1991, le législateur a légalisé les **pactes de votation** (conventions portant sur l'exercice du droit de vote à l'AG), qui sont valables sous certaines conditions (actuel art. 551 C. soc.).

f. L'Assemblée générale des obligataires

L'Assemblée générale des obligataires a des compétences très spécifiques, relatives à la gestion des droits attachés aux emprunts obligataires (v. *infra*).

3. Régime des titres et du capital social

a. Introduction

Le régime du capital social (opérations au terme desquelles celui-ci est susceptible d'évoluer, ...) et des titres (émis par la société en représentation des droits conférés à ceux qui contribuent au financement de ses activités) concerne en premier lieu les sociétés anonymes, et plus généralement les sociétés à capitaux. En outre, certaines règles ont été étendues à d'autres formes sociales, notamment les SPRL et les sociétés coopératives.

b. Variété de titres susceptibles d'être émis par une SA

i. Généralités

Selon l'art. 460 C. soc., "*il peut exister dans les sociétés anonymes des actions, des parts bénéficiaires, des obligations et des droits de souscription".*

- ↳ Il n'existerait que 4 variétés de titres susceptibles d'être émis par les SA.
- ↳ En réalité, cette liste n'est pas exhaustive et il est possible pour une SA d'émettre des titres innommés (titres qui proviennent de l'imagination des praticiens).

- ↳ En outre, il existe dans le Code des sociétés une disposition qui légalise la certification des actions, qui donne lieu à des certificats (titres nommés) (art. 503 C. soc.).

ii. Les actions : définition (art. 476 C. soc.)

L'art. 476 C. soc. dispose que “*le capital des sociétés anonymes se divise en actions librement cessibles, assorties ou non du droit de vote, avec ou sans mention de valeur*”. Les actions sont donc **censées représenter le capital social** (chaque action représente une fraction du capital social). C'est en ce sens qu'on parle d'actions représentatives du capital. Cependant, la coïncidence de la valeur des actions et du capital social n'est toujours totale. Des évolutions sont, à cet égard, possibles en cours de vie sociale.

iii. Les parts bénéficiaires (art. 483 et 484 C. soc.)

Les principes suivants s'appliquent aux parts bénéficiaires :

- (1) A la différence des actions, les parts bénéficiaire **ne représentent pas le capital social**. Elles sont émises en rémunération d'un apport qui ne peut être pris en considération pour la formation du capital social, qui sera le plus souvent un apport en industrie.
- (2) C'est aux **statuts** qu'il appartient de **déterminer les droits qui y sont attachés** (droit de vote ? droit à des dividendes et si oui, dans quelle mesure ? droit à une quote-part dans le boni de liquidation et si oui, dans quelle mesure ?). [C'est aussi une différence avec les actions puisque ces dernières connaissent des droits légalement attachés.]

Ce principe connaît toutefois quelques nuances : il y a des cas où le **Code des sociétés** reconnaît lui-même certains droits aux titulaires de parts bénéficiaires.

Ex. :

- art. 559 C. soc. : lorsqu'une AG (extraordinaire) est convoquée pour apporter une modification à l'objet social, les titulaires de parts bénéficiaires ont (légalement) le droit d'y participer et voter ;

- art. 560 C. soc. : lorsqu'une AG (extraordinaire) est convoquée pour modifier les droits respectifs attachés à des catégories de titres émis par la société, les titulaires de parts bénéficiaires ont le droit de participer dans leur catégorie, à côté des autres catégories.

L'art. 542 C. soc. prévoit des limitations au nombre de voix que peuvent exercer les titulaires de parts bénéficiaires pour empêcher que les actionnaires soient dominés par ceux-ci.

(3) Une **variété particulière** de parts bénéficiaires a été **légalisée à contre-sens** par le législateur. L'**art. 484** dispose que "*pour les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, les parts bénéficiaires, si elles sont souscrites en numéraire, doivent être entièrement libérées lors de la souscription. L'article 449 est applicable à cette souscription* [le montant des apports concernés doit être bloqué sur un compte spécial]" → **parts bénéficiaires souscrites en numéraire**.

- Cette disposition semble curieuse car il y est question de parts bénéficiaires émises en rémunération d'un **apport en numéraire** (or, des parts bénéficiaires ne peuvent être émises qu'en rémunération d'un apport qui ne peut être pris en compte pour la formation du capital social).
- En réalité, l'**origine** de cette disposition se trouve dans l'émission, à une époque où la loi ne la reconnaissait pas expressément, d'une variété de titres innommés appelés certificats de participation, le plus souvent convertibles en actions (CPC).
 - ↳ Il s'agit de valeurs mobilières émises en rémunération d'un "apport" en numéraire non pris en considération dans la formation du capital social. N.B. Il faut ici nuancer l'utilisation du terme « apport » car cette souscription n'est pas portée au capital social. Cependant, fondamentalement, cela reste un apport qui est soumis, sauf prévision contraire (prévue lors de l'émission), aux aléas sociaux.
 - ↳ Cette situation, à savoir l'exclusion de certains apports en numéraire du capital social, est possible car elle n'est pas interdite par la loi (tout ce qui n'est pas interdit est permis !).
 - ↳ Comme ces titres sont innommés, il appartient à l'entité émettrice (en l'occurrence, la SA) d'en déterminer les conditions d'émission et les droits qui y sont attachés, à l'instar de ce que l'art. 483 C. soc. prévoit pour les parts bénéficiaires.

- ↳ Les certificats de participation ont été introduits, par assimilation, dans la partie sur les parts bénéficiaires. Ils sont devenus des titres nommés, - des parts bénéficiaires souscrites en numéraire.
- L'apport en numéraire rémunéré par une part bénéficiaire est porté, non dans le compte capital, mais dans un **compte de réserves indisponibles**.
- **Pourquoi** les praticiens ont-ils imaginé des certificats de participation, le cas échéant convertibles (en actions), dans les SA, plus particulièrement dans les SA faisant publiquement appel à l'épargne, et plus particulièrement encore dans les SA cotées ?
 - ↳ Une SA peut souhaiter renforcer ses fonds propres par des souscriptions nouvelles en numéraire sans que l'opération ne produise, pour ses actionnaires, un effet dilutif, et plus spécifiquement sans mettre en péril l'actionnariat de contrôle ou de référence, qui imprime à la gestion de la société sa politique : il s'agit d'éviter que parce que la société a besoin de capitaux nouveaux, elle s'expose à une OPA hostile parce que son actionnaire de référence est incapable de souscrire à l'augmentation de capital.
- L'article 484 C. soc. prévoit une contrainte : pour les **sociétés faisant publiquement appel à l'épargne**, les parts bénéficiaires souscrites en numéraire doivent être **entièrement libérées lors de la souscription** (à la différence des actions, qui ne doivent être libérées, au moment de la souscription, qu'à concurrence d'un quart de leur valeur). Cette contrainte ne s'applique pas aux sociétés privées, où la libération des apports est organisée librement dans les conditions d'émission.

iv. Les obligations (art. 485 et s. C. soc.)

(a) Définition - obligations ordinaires - généralités

Selon l'art. 485 C. soc., "*les sociétés anonymes peuvent contracter des emprunts par voie d'émission d'obligations, éventuellement convertibles en actions*".

Les obligations sont des valeurs mobilières, des instruments financiers, des titres émis par la SA en représentation des droits reconnus à ceux qui prêtent à la société

de l'argent sous la forme d'un prêt de consommation classique. Ces valeurs mobilières peuvent circuler selon les règles correspondant à la forme qu'elles adoptent.

Il existe également des obligations d'Etat (analogues aux obligations émises par les SA), qui matérialisent des emprunts d'Etat.

L'**obligation ordinaire** incorpore donc deux variétés de droits que son titulaire exercera, conformément au Code civil (prêt de consommation), à l'encontre de la société émettrice :

- ✓ le droit à un intérêt aux échéances prévues par les conditions de l'émission ;
- ✓ le droit au remboursement de l'emprunt à l'échéance prévue par les conditions de l'émission.

Mais il existe des variétés plus ou moins sophistiquées d'obligations, soit légalement reconnues, soit innommées.

(b) Les obligations nommées

Le Code des sociétés reconnaît et organise...

- ★ les **obligations ordinaires** (v. ci-dessus) ;
- ★ les **obligations hypothécaires** : obligations dont le remboursement est garanti par une hypothèque consentie par la société ou un tiers (art. 493 à 495 C. soc.) ;
- ★ les **obligations convertibles** [en actions] : leur titulaire a le droit de prendre l'initiative de transformer son obligation en action, de consolider sa créance en capital.
 - ↳ L'opération de conversion implique :
 - une augmentation du capital de la société ;
 - un apport en nature réalisé par le titulaire de l'obligation convertible, dont l'objet est la créance que l'obligation matérialise. [Tout créancier d'une SA peut apporter sa créance au capital social. Dans ce cas, la créance est éteinte par l'effet de la confusion qui résulte de l'apport. L'ex-créancier reçoit des actions en rémunération de son apport.]
 - ↳ Pourquoi un obligataire renoncerait-il au droit au remboursement de son prêt à l'échéance prévue par les conditions de l'émission pour s'exposer

aux aléas sociaux ? Il le fera s'il a des espoirs de plus-value ou de dividendes plus intéressants que la rémunération de l'obligation, qui n'est généralement pas très élevée (taux d'intérêt de 3 %, 4 %, rarement 5 %).

↳ Le Code des sociétés organise de manière spécifique les obligations convertibles, sous divers aspects :

- (1) la période de conversion (période durant laquelle le droit de conversion peut être exercé) ne peut excéder 10 ans à dater de l'émission [parce que le droit de conversion expose les actionnaires à un effet dilutif] ;
- (2) à partir de l'émission, la société ne peut plus adopter de mesures qui auraient pour effet de diminuer les droits et avantages reconnus aux obligataires par les conditions d'émission ;

ex. le public accepte de souscrire à un emprunt obligataire à un taux d'intérêt déterminé par les conditions d'émission ; un droit de conversion est prévu ; la rentabilité future de la société est estimée à certains volumes qui rendent l'opération attrayante (le public apprécie les intérêts et la possibilité de convertir les obligations en actions). Puis, pendant la période de conversion, une AG des actionnaires est convoquée en vue de reconnaître à certains actionnaires un droit de priorité en matière de dividendes (actions à dividende prioritaire : en cas de bénéfice distribuable, les porteurs de ces catégories d'actions ont droit à une quote-part de ce bénéfice avant toute distribution aux autres actionnaires ; les statuts peuvent, par exemple, prévoir une distinction entre des actions de catégorie A et des actions de catégorie B, les premières donnant droit à un dividende prioritaire de 10 % sur les bénéfices distribuables réalisés chaque année par la société ; cela est licite). Si les statuts ne prévoient pas que la conversion des obligations a lieu en actions à dividende prioritaire, celle-ci ne peut se faire qu'en actions ordinaires, ce qui est moins intéressant que ce que les obligataires escomptaient. Une telle opération est dès lors interdite ;

- (3) le fait qu'une société émette un emprunt convertible ne peut la paralyser, l'empêcher de procéder à des opérations de refinancement, à des modifications de ses fonds propres, en particulier à une augmentation de capital. La société peut décider d'augmenter son capital, mais dans la mesure où cette augmentation de capital est susceptible de diluer les obligataires au cas où ils décideraient d'exercer leur droit de conversion, le législateur a prévu un droit de préférence (droit de souscription préférentielle) [en cas d'augmentation de capital par apports *en*

numéraire] au profit des porteurs d'obligations convertibles, ainsi qu'un droit immédiat de conversion par anticipation (par rapport au terme prévu dans les conditions de l'émission) pour qu'ils puissent exercer leur droit de préférence dans le cadre de l'augmentation de capital (art. 491 C. soc.).

[Un des droits reconnus aux actionnaires est le droit de préférence = droit de souscription préférentielle = droit reconnu à chaque actionnaire de prendre part à toute augmentation du capital social en numéraire décidée en cours de vie sociale par préférence à tout tiers quelconque ; but : neutraliser l'effet dilutif. Ce droit est reconnu aux titulaires d'obligations convertibles par l'art. 491 C. soc., mais l'exercice de ce droit suppose qu'ils deviennent d'abord actionnaires. C'est pourquoi, cette disposition leur permet d'anticiper la conversion en actions par rapport à ce que prévoient les conditions de l'émission.]

★ **les obligations à prime [remboursables par voie de tirage au sort] :**

- elles sont remboursables par voie de tirage au sort à un taux supérieur au prix d'émission [le tirage au sort vise à garantir l'égalité entre les porteurs d'obligations] ;

ex. de prime : une obligation émise à 100 est remboursée à 105. Le porteur reçoit donc, en plus de la restitution du capital prêté (100), une prime (5) ;

- elles sont remboursables par anticipation.

(c) Les obligations innommées

Les obligations innommées les plus connues sont...

- ★ **les obligations à prime (pas remboursables par voie de tirage au sort) ;**
- ★ **les obligations remboursables anticipativement par voie de tirage au sort (sans prime) ;**
- ★ **les obligations subordonnées : elles ne sont remboursables qu'après désintéressement de tous les créanciers ou certaines catégories de créanciers identifiées dans les conditions d'émission (mais avant le désintéressement des actionnaires). On parle de *quasi-capital* ou de *quasi-fonds propres*, car l'obligataire, en acceptant de n'être remboursé qu'après désintéressement de tous ou certains des créanciers, se place dans une situation proche de celle d'un actionnaire ou d'un apporteur, - les fonds prêtés sont en quelque sorte soumis aux aléas sociaux ;**

- ★ les **obligations participantes** : elles sont rémunérées par une quote-part dans les bénéfices distribuables de la société emprunteuse. Soit, ce droit à une quote-part dans les bénéfices distribuables est la seule rémunération du prêt (rare), soit, il s'ajoute à un intérêt à taux fixe (ou variable) prévu par les conditions d'émission (situation la plus fréquente). Le plus souvent, l'obligation participante est aussi une obligation subordonnée (idée de quasi-capital ; le droit aux bénéfices peut être considéré comme la rémunération du risque engendré par la subordination) ;
- ★ les **obligations échangeables en actions** : économiquement, comme dans une conversion d'une obligation en action, ... une obligation devient une action, mais les conditions juridiques des deux opérations sont différentes : alors que la conversion d'une obligation suppose une augmentation de capital et un apport en nature de la créance matérialisée dans l'obligation, l'échange d'une obligation est possible si les conditions d'émission prévoient qu'à certaines époques, le titulaire de l'obligation a le droit d'échanger celle-ci contre des actions, ce qui suppose qu'un tiers se soit engagé à contribuer à l'échange, ou que la société émettrice dispose d'une réserve d'actions propres qui puissent servir d'assiette aux échanges lorsque ceux-ci sont activés par les propriétaires d'obligations échangeables.

[Une SA peut racheter des actions à ses actionnaires. Cette opération semble inconcevable en droit "pur" des contrats et la Cour de cassation s'est ralliée à cette opinion à une certaine époque. Suite à une évolution, le législateur reconnaît la validité de cette opération en 1984].

- ★ les **obligations remboursables en actions** : l'obligataire ne pourra exiger la délivrance d'actions qu'à l'échéance de l'emprunt obligataire, en lieu et place du remboursement en numéraire. Soit, le remboursement en actions est prévu dès l'origine par les conditions d'émission comme la seule modalité de remboursement possible ; soit, le choix du remboursement en actions ou en numéraire est laissé à la société émettrice ; soit, ce choix est laissé à l'obligataire.

Ce type d'obligations a suscité des controverses en raison d'une protestation de civilistes, qui ont invoqué l'article 1902 C. civ. prévoyant que l'emprunteur doit restituer la chose prêtée à l'échéance du contrat en même quantité et qualité [la restitution de l'obligation ne pourrait donc avoir lieu qu'en numéraire]. A cela, il a été répondu que cette disposition archaïque n'était pas d'ordre public (les parties peuvent donc y déroger dans le contrat).

Le remboursement en actions suppose soit qu'un tiers ait accepté de s'inscrire au capital social pour former une assiette en vue dudit remboursement, soit que la société émettrice dispose d'actions propres suffisantes aux fins dudit remboursement.

★ **les obligations avec droit de souscription :**

- l'article 460 C. soc. prévoit que les SA peuvent émettre des droits de souscription (warrants « secs », - droits de souscription émis seuls), qui sont donc des titres nommés. Les obligations avec droit de souscription sont, quant à elles, des titres innommés. Cependant, précisons que les conditions d'exercice du droit de souscription sont soumises aux conditions prévues par la loi pour le cas où le droit de souscription est émis seul (art. 496 à 502 C. soc.).
- Les obligations avec droit de souscription sont des obligations auxquelles sont attachés tous les droits normalement attachés à une obligation ordinaire (intérêts, remboursement) mais en plus, l'obligataire a le droit d'être traité comme un actionnaire lorsque la société procède à des augmentations de capital en numéraire. Plus spécifiquement, l'obligataire pourra, sans devoir convertir son obligation en action, souscrire à une augmentation de capital que la société déciderait pendant la durée du droit par préférence à tout tiers quelconque, comme s'il était actionnaire. [S'il exerce ce droit, il devient donc obligataire et actionnaire, alors que si le titulaire d'une obligation convertible exerce son droit de préférence, - ce qui suppose qu'il convertisse au préalable son obligation, il perd sa qualité d'obligataire et devient actionnaire.]
- Certaines contraintes découlent des articles 496 à 502 C. soc. :
 - (1) la période pendant laquelle le droit de souscription pourra être exercé ne peut excéder 10 ans à dater de l'émission (même philosophie que pour la limitation de la durée de conversion en ce qui concerne les obligations convertibles) ; une règle complémentaire est prévue : lorsque le droit de souscription (attaché ou non à une obligation) a été émis dans le cadre d'une émission réservée à titre principal à une ou plusieurs personnes déterminées autres que des membres du personnel de la société ou d'une ou de plusieurs de ses filiales, la durée d'exercice du droit ne peut excéder 5 ans ;

- (2) à partir de l'émission des droits de souscription et jusqu'à la fin de la période de l'exercice du droit de souscription, la société ne peut effectuer aucune opération dont l'effet serait de réduire les avantages attribués aux titulaires de droits de souscription par les conditions d'émission ;
- (3) en cas d'augmentation du capital social par apports en numéraire [même en dehors des périodes prévues pour l'exercice du droit de souscription], les titulaires de droits de souscription peuvent exercer leur droit de souscription et participer éventuellement à la nouvelle émission en qualité d'actionnaires dans la mesure où ce droit appartient aux actionnaires anciens.
- ★ les OCEANE (obligations imaginées par le groupe Vivendi) : “obligations convertibles ou échangeables en actions nouvelles ou existantes” : à l'échéance de l'emprunt, il peut, au choix de l'émetteur ou de l'obligataire, selon ce qui est prévu dans les conditions d'émission, être procédé à une conversion des obligations en actions nouvelles ou à un échange entre obligations et actions existantes détenues par la société émettrice ou un tiers (ou éventuellement d'une filiale de la société émettrice) ;
- ★ les **obligations reverse convertible** : elles ont cessé d'être considérées comme des obligations sous la pression de la CBFA.

La société émettrice emprunte auprès du public une somme d'argent remboursable à une certaine échéance, moyennant le paiement d'un intérêt aux échéances prévues par les conditions d'emprunt. Les obligations sont liées à un produit sous-jacent, en ce sens que l'emprunteur, en contrepartie d'un taux d'intérêt largement supérieur aux conditions habituelles du marché, se réserve la possibilité de rembourser le prêt, à l'échéance du terme prévu par les conditions de l'émission, non pas en numéraire, mais en titres émis par une société cotée, pour autant qu'à une date déterminée dans les conditions de l'émission, date qui ne peut être trop éloignée de la date de l'émission, le cours de ces titres soit inférieur à un cours de référence.

Ex. Fortis emprunte au public à un taux d'intérêt de 18 % par an sur trois ans. Il est prévu que si 10 jours avant l'échéance de l'emprunt, l'action de Dexia ne vaut pas moins que x (cours de référence), Fortis rembourse en numéraire. Sinon, le remboursement aura lieu en titres de Dexia.

La CBFA a insisté pour que l'on ne considère pas ce type de produit comme des obligations, qui impliquent la certitude d'un remboursement à l'échéance prévue à cet effet.

(d) L'Assemblée générale des obligataires (art. 568 à 580 C. soc.)

L'Assemblée générale des obligataires est compétente pour prendre certaines décisions qui intéressent les conditions des emprunts obligataires et leurs éventuelles modifications (modification du taux d'intérêt, prorogation de l'échéance de l'emprunt, transformation des obligations en actions si la société le propose, ...).

- ↳ **But** : faciliter les restructurations financières de la société émettrice lorsque celle-ci en a besoin - il est bien plus simple de s'adresser à une AG d'obligataires qu'à chaque obligataire séparément pour rediscuter les conditions de l'emprunt !
- ↳ **Limite** : l'AG des obligataires ne peut prendre de décisions que si le capital social a été entièrement appelé : l'on ne peut exiger des obligataires qu'il consentent à des sacrifices si les actionnaires n'ont pas intégralement libéré le capital.
- ↳ **Contraintes** en termes de majorité :
 - condition de quorum : l'assemblée ne peut valablement être tenue que si ses membres représentent la moitié au moins du montant des titres en circulation ; si cette condition n'est pas remplie, une nouvelle convocation est nécessaire et la deuxième assemblée délibère et statue valablement, quel que soit le montant représenté des titres en circulation ;
 - condition de majorité spéciale : une décision ne peut être prise que si elle est votée par des membres représentant ensemble les trois quarts au moins du montant des obligations représentées à l'assemblée ;
 - le cas échéant, tutelle judiciaire : dans les cas où une décision n'a pas réuni une majorité représentant au moins le tiers du montant des obligations en circulation, elle ne peut être mise à exécution qu'après avoir été homologuée par la cour d'appel dans le ressort de laquelle se trouve le siège de la société.

v. Les droits de souscription (warrants secs)

Si le droit de souscription n'est pas greffé à un titre (une obligation), on parle de warrant sec.

Sur le régime juridique applicable aux droits de souscription, v. plus haut la partie relative aux obligations avec droit de souscription.

vi. Les certificats représentatifs d'actions (art. 503 C. soc.)

Les certificats représentatifs d'actions sont prévus par l'art. 503 C. soc. ; ils ne sont pas compris dans l'énumération de l'art. 460 C. soc. En effet, l'art. 503 C. soc. est le résultat d'un ajout dans les anciennes L.C.S.C. qui a été fait par une loi qui a importé en 1998 la technique de certification, inspirée du droit hollandais notamment.

- ↳ La loi du 15 juillet 1998, dont résulte l'institution de la certification, prend appui dans certaines **institutions comparables** qui existaient en Hollande, en Suisse, en Allemagne, aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne (administratiekantoor, fiducie-gestion, trust). L'idée de ces institutions est de faire une distinction entre l'entité propriétaire d'un bien - en l'occurrence, d'actions représentatives du capital d'une SA, et les ayants-droit économiques, soit ceux à qui reviennent en définitive les revenus (dividendes) des actions ainsi que tout montant payé en raison des droits attachés aux titres à la clôture de liquidation de la société (restitution de l'apport, quote-part dans le boni de liquidation) ou en cours de vie sociale (produit d'un amortissement du capital, d'un rachat d'actions propres, ...). L'entité propriétaire des actions exerce le droit de vote à l'AG et perçoit les montants susceptibles d'être répartis entre actionnaires, - elle gère et exerce les droits attachés aux actions, mais pour le compte d'autres personnes, les ayants-droits économiques, qui étaient actionnaires de la SA avant que l'opération de certification ait été réalisée et qui se sont, à cette occasion, dépouillés de la propriété juridique des actions concernées au profit de l'entité intermédiaire.
- En Grande-Bretagne et aux Etats-Unis, ce type d'opération peut se réaliser sous la forme de la constitution d'un **trust**. Le trustee est l'entité propriétaire des biens, les cestuy que trust (ou bénéficiaires du trust) sont les ayants-droits économiques. Aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne, ce

type d'opération est possible parce que la notion de propriété n'y est pas définie de la même manière que dans les systèmes de droit civil. L'institution du trust repose sur un démembrement original du droit de propriété en deux droits réels : le droit réel du trustee et le droit réel des bénéficiaires sur le bien (en plus de leur droit personnel vis-à-vis du trustee).

- En Allemagne et en Suisse, il existe une institution semblable, appelée **fiducie-gestion**. L'entité fiduciaire est un équivalent du trustee, tandis que les fiduciants sont les bénéficiaires économiques de l'opération. L'entité fiduciaire détient un droit de propriété dite fiduciaire sur les actions. Elle exerce les droits y attachés pour le compte des fiduciants. Ici encore, nous avons une forme originale de démembrement du droit de propriété.
- Le droit hollandais connaît des opérations semblables, qui se réalisent à l'intervention d'une **administratiekantoor**, gérée en général par une stichting (fondation de droit privé). L'administratiekantoor reçoit, par exemple, des actions, qu'elle gère pour le compte d'ayants-droits économiques. Une particularité dont le droit belge s'inspire est que les droits des bénéficiaires économiques à l'encontre de la stichting, de l'administratiekantoor sont représentés par des certificats, nouvelle variété de titres négociables.

Quel est l'**intérêt** de ces institutions ? Ces institutions sont utilisées pour stabiliser l'actionnariat [de référence ou de contrôle] de la société émettrice sans que cette stabilisation n'entraîne d'inconvénients sur le plan fiscal. En effet,

- c'est à l'entité intermédiaire qu'il appartient, par exemple, d'exercer le droit de vote attaché aux actions ;
- c'est aussi à l'entité intermédiaire qu'il appartient de décider d'apporter ou non les actions à une OPA ;
- souvent, il est prévu qu'elle ne pourra répondre favorablement à l'OPA sauf dans certaines conditions ;
- la certification des actions permet donc de se prémunir contre les raiders ;
- on pourrait réaliser l'opération autrement, - en apportant les actions concernées à une SA, qui deviendrait un holding de contrôle ;

- si l'on a imaginé la technique originale de la certification, c'est essentiellement pour des raisons fiscales : l'opération de certification est transparente, en ce sens que c'est comme si les sommes étaient versées directement aux actionnaires initiaux, alors que le recours à un holding entraîne des frottements fiscaux (même si le droit fiscal prévoit certains aménagements).

Le législateur belge s'est inspiré de ces trois techniques, surtout du droit hollandais, lorsqu'il a adopté la **loi du 15 juillet 1998**.

↳ La substance de la loi du 15 juillet 1998 se retrouve aujourd'hui dans l'**article 503 C. soc.** Cette disposition se lit comme suit :

“§1er. Des certificats se rapportant à des actions, parts bénéficiaires, obligations convertibles ou droits de souscription peuvent être émis (...) par une personne morale [ex. une fondation d'intérêt privé] qui conserve ou acquiert la propriété des titres auxquels se rapportent les certificats et s'engage à réserver tout produit ou revenu de ces titres au titulaire des certificats. (...)

L'émetteur de certificats exerce tous les droits attachés aux titres auxquels ils se rapportent, en ce compris le droit de vote (...)”.

Il a l'obligation de retransférer immédiatement, sauf disposition contraire, au titulaire des certificats *“les dividendes, l'éventuel produit du droit de souscription et le produit de liquidation éventuellement distribués par la société ainsi que toute somme provenant de la réduction ou de l'amortissement du capital”*.

Il s'agit pratiquement d'une réplique du modèle hollandais.

Ensuite, l'art. 503 C. soc. prévoit des **règles spécifiques au droit belge**, règles qui intéressent la cession des actions certifiées, l'échange entre actions et certificats et les conséquences de l'éventuelle faillite de l'entité.

- L'entité intermédiaire doit-elle pouvoir à sa discrétion **aliéner** des actions qui font l'objet d'un certificat ? Cette question est réglée différemment selon que les certificats sont émis par une société faisant publiquement appel à l'épargne ou non :
 - si l'émetteur est une société faisant publiquement appel à l'épargne, il ne peut en aucun cas céder les actions, ce qui est conforme au but de l'institution, qui est de stabiliser l'actionnariat de sorte à le prémunir contre une OPA hostile ;
 - si l'émetteur est une société privée, il ne peut céder les actions sauf disposition contraire arrêtée entre les parties (qui peuvent, par

ailleurs, prévoir que la cession est possible à certaines conditions seulement).

- Les **porteurs** des certificats peuvent-ils décider **librement** de **mettre fin** à la certification en exigeant la restitution des actions contre les certificats ? Une telle opération semble contraire au but de l'institution, mais le législateur a adopté à ce propos une solution nuancée : les certificats sont échangeables en actions *sauf disposition contraire*, - disposition contraire qui se retrouvera le plus souvent en pratique si le but de la certification est la stabilisation du contrôle de la société. L'art. 503 précise par ailleurs que les clauses interdisant l'échange peuvent être limitées dans le temps.

Cette prise de position témoigne d'un malaise du droit belge en ce qui concerne les mesures de défense anti-OPA : lorsque la certification est réalisée sur une société faisant publiquement appel à l'épargne, elle peut être considérée comme une telle mesure. L'effet en est que les actionnaires du public sont privés de la possibilité de réaliser la plus-value qu'une OPA leur procurerait.

La problématique des mesures anti-OPA suscite des controverses très vives. Faut-il favoriser la continuité du contrôle exercé sur les sociétés cotées et à cette fin lui permettre de se défendre contre une OPA, ou faut-il au contraire faire en sorte que les actionnaires du public puissent profiter des opportunités de marché que les OPA sont susceptibles de leur procurer ?

Rendre les certificats non échangeables contre les actions qu'elles représentent reviendrait à renforcer la certification comme mesure anti-OPA. A l'inverse, si l'on modalise l'échangeabilité des certificats, on restitue dans une certaine mesure aux actionnaires du public la possibilité de voir une OPA lancée.

La solution retenue par le législateur belge constitue un compromis.

Cependant, il existe un cas où les dispositions sur la non-échangeabilité des actions ne peuvent être appliquées, - lorsque l'émetteur n'a pas exécuté ses obligations vis-à-vis des porteurs de certificats (application de l'article 1184 C. civ. - résolution des contrats pour inexécution).

- Si aucune règle n'était prévue pour le cas où l'**émetteur** serait déclaré en **faillite**, les porteurs de certificats risqueraient d'être en concours avec les autres créanciers de l'émetteur. En effet, en droit belge, le droit des porteurs de certificats à l'encontre de l'émetteur en ce qui concerne les actions certifiées ne sont pas des droits réels : le porteur du certificat a un droit à la restitution des actions à la fin de l'opération de certification, ou au moment de l'échange, si celui-ci est autorisé. En cas de faillite de l'émetteur, ils ne pourraient donc prétendre, conformément au droit commun de la faillite, exercer une action en revendication des actions dans le patrimoine de l'émetteur. Il en découlerait que l'opération de

certification risquerait d'être peu attrayante, les porteurs de certificats n'étant pas sûrs que leurs actions leur seraient restituées ! C'est pourquoi, le législateur a prévu un régime spécial : en cas de faillite de l'entité intermédiaire, les certificats sont échangeables de plein droit et les titulaires de certificats exercent collectivement leur revendication sur l'universalité des titres certifiés appartenant à l'émetteur de certificats. Si cette universalité est insuffisante pour assurer la restitution intégrale des titres, elle sera répartie entre les titulaires de certificats en proportion de leurs droits.

- ↳ Il en résulte que les actions certifiées forment une masse distincte dans le patrimoine de l'émetteur sur laquelle *tous* les porteurs de certificats peuvent exercer un droit de revendication. Ceux-ci échappent donc à tout concours avec les autres créanciers de l'entité intermédiaire.
- ↳ Ceci n'élimine toutefois pas tout risque, puisque le cas échéant, l'entité intermédiaire peut avoir cédé certains titres, dans la mesure où les conditions d'émission le lui permettent (rappel : si l'émetteur est une société privée, il ne peut céder les actions sauf disposition contraire arrêtée entre les parties). Dans ce cas naît un concours, entre porteurs de certificats uniquement.

vii. Les titres innommés

Ex. 1 : les reverse convertible, qui ne sont plus considérés comme des obligations (v. plus haut).

Ex. 2 : les CVG (certificats de valeur garantie), émis à l'occasion de certaines OPA notamment. Ce type de titre innommé a vu le jour en Belgique lorsque Fortis a lancé une OPA sur la Générale de Banque, il y a dix ans environ.

Digression : l'OPA de Fortis sur la Générale de Banque

La Générale de Banque, société cotée, était la plus grande banque belge ; elle était une filiale de la Société Générale de Belgique.

L'OPA de Fortis prenait la forme d'une offre publique en souscription au sens du droit des sociétés et d'une OPE (offre publique d'échange) au sens du droit financier : Fortis offrait à l'échange des actions dans son propre capital, actions qu'elle émettrait à l'occasion d'une augmentation de son capital. L'opération se traduirait donc en apports en nature au sens du droit des sociétés et en OPE en droit financier.

Cependant, ABN Amro lance une contre-offre moyennant une surenchère, en offrant des actions dans son propre capital dont la valeur est, conformément à la loi, supérieure de plus de 5 % à celles offertes par Fortis.

A son tour, Fortis lance une contre-offre ; elle décide d'offrir une surenchère en cash (offre publique mixte : *partim* une OPA, *partim* une OPE, ou, selon une autre qualification, OPE avec souste). Mais encore faut-il avoir des moyens financiers suffisants... Dès lors, Fortis décide d'offrir un produit plus compliqué pour arriver aux 5 % nécessaires pour valider la surenchère : cash + CVG, instrument financier coté, qui aura une valeur. Les CVG consistent à garantir que le cours du titre Fortis va conserver un niveau minimal sur une certaine période ; en l'occurrence, si un an plus tard, le cours du titre Fortis n'atteint pas un seuil déterminé, Fortis payera la différence.

Suite à cette contre-offre, ABN Amro abandonne.

c. Les formes des titres émis par les SA / modes de circulation des titres

La forme d'un titre a un impact en particulier sur les modes de circulation de celui-ci.

i. Titres nominatifs (art. 462 et s. C. soc.)

Les titres nominatifs consistent en une **inscription au nom du propriétaire** du titre porté avec le **nombre** des titres en question dans un **registre** tenu à cette fin par l'émetteur (en l'occurrence, une SA). Les modalités de l'inscription sont décrites aux art. 462 à 464 C. soc.

ii. Titres au porteur (art. 466 et 467 C. soc.)

Les titres au porteur consistent en un **document** (feuille de papier) sur lequel un certain nombre de **mentions** sont portées, conformément à l'art. 466 C. soc, et qui matérialise les droits attachés au titre en question.

- En principe, ils sont remis par l'émetteur à ceux qui y ont souscrit : dans ce cas, on parle de titres en vif ;
- mais les titres au porteur ne sont pas toujours émis en vif : il est aussi possible de les déposer en compte (compte-titres) de manière à en faciliter la circulation, qui aura lieu par virement de compte en compte.

iii. Titres dématérialisés (art. 468 - 475ter C. soc.)

Normalement, un titre matérialise des droits, mais le titre peut être dématérialisé (!).

Un titre dématérialisé est un titre directement émis sous la forme d'une **inscription en compte**, qui va circuler par virement de compte à compte.

Le régime des titres dématérialisés se trouve aux art. 468 à 475ter C. soc., qui décrivent les organismes qui peuvent être choisis comme teneurs de comptes et la manière dont les virements peuvent avoir lieu.

Attention : il ne faut pas confondre les titres dématérialisés avec les titres au porteur déposés dans un compte-titres ; ces derniers restent une variété de titres au porteur.

iv. Intérêt de cette distinction

La forme d'un titre **détermine la manière dont il peut circuler**, la manière dont le transfert de propriété du titre peut avoir lieu.

- **Titres nominatifs :**

- la propriété en est transférée à l'égard des tiers et de la société par l'inscription du transfert dans le registre des titres nominatifs ; avant cette inscription, la société est en droit de considérer que ce transfert n'existe pas et donc de traiter le cédant comme le propriétaire du titre. L'inscription se fait par l'ouverture d'un nouveau feuillet au nom du cessionnaire avec mention du nombre de titres cédés ;
- entre parties contractantes, le transfert de propriété peut s'opérer *solo consensu*, conformément aux règles de droit civil, dès lors que les titres nominatifs sont identifiés, forment des *speciès* (par opposition à des *genera*).

- **Titres au porteur :**

- à l'égard des tiers et de la société, en vertu de l'art. 504 C. soc., la propriété des titres au porteur est transférée par la seule tradition des titres en question ; les titres au porteur sont des meubles corporels qui incorporent les droits qui y sont attachés ;

- entre parties contractantes, le transfert de propriété peut se réaliser *solo consensu*, pour autant que le titre soit identifié, en l'occurrence par un numéro.
- **Titres dématérialisés** : le transfert de propriété se réalise par virement de compte à compte.
 - v. Etendue de la liberté des parties quant au choix de la forme, en particulier la suppression des titres au porteur

★ Le **principe** est la liberté : l'émetteur est libre de choisir la forme des titres qu'il propose à la souscription.

★ Mais ce principe connaît certains **aménagement**s.

- (a) Un aménagement majeur résulte de la loi du 14 décembre 2005 portant suppression des titres au porteur. Cette mesure radicale vise notamment à mettre fin aux fraudes fiscales auxquelles les titres au porteur se prêtent plus aisément que les autres titres. Après la disparition des titres au porteur, tout propriétaire d'un titre sera connu, car son nom sera porté dans un registre ou sur un compte.

Une période de transition est prévue, au terme de laquelle il n'existera plus de titres au porteur. Cette période de transition est organisée de manière différente suivant que le titre est coté ou non :

- en ce qui concerne les titres cotés déjà inscrits au 1^{er} août 2008 dans un compte-titres [soit qu'ils n'aient pas été émis en vif, soit qu'ils aient été émis en vif mais déposés dans un compte-titres par la suite], leur dématérialisation a lieu de plein droit au 1^{er} août 2008 (la situation de fait deviendra donc obligatoire en droit) ;
- pour le reste, un régime uniforme est prévu pour les titres cotés et les titres non cotés :
 - à partir du 1^{er} août 2008, il ne peut être émis de nouveaux titres au porteur ;
 - les propriétaires de titres au porteur doivent en demande la conversion en titres nominatifs ou en titres dématérialisés avant le 31 décembre 2013 (période transitoire) ; à défaut, leurs titres seront convertis de plein droit en titres dématérialisés et

inscrits en compte-titres au nom de l'émetteur (puisqu'on ne connaît pas les propriétaires / porteurs des titres en question). Un nouveau délai court jusqu'au 31 décembre 2014. A partir du 1^{er} janvier 2015, les titres non réclamés sont vendus à l'initiative de l'émetteur ; les sommes issues de la vente sont déposées à la Caisse des dépôts et consignations jusqu'à réclamation par l'ex-titulaire du titre ; cependant, ce dernier sera redevable d'une amende égale à 10 % de la somme réclamée par année de retard.

(b) Certaines restrictions assez traditionnelles sont prévues par le Code des sociétés :

- art. 462 C. soc. : les propriétaires de titres au porteur ou dématérialisés peuvent en demander la conversion en titres nominatifs ;
- art. 477 C. soc. : les actions sont obligatoirement nominatives jusqu'à complète libération (c'est logique : il faut que l'émetteur puisse agir contre le souscripteur en vue de la libération de son apport) ;
- lorsque l'action ou le titre certifié est nominatif, le certificat ne peut être au porteur, mais doit être dématérialisé ou nominatif ;
- les obligations à primes remboursables par tirage au sort ne peuvent être dématérialisées (pourquoi ? Dieu seul le sait) ;
- les droits de souscription doivent être nominatifs lorsqu'ils sont émis dans le cadre d'une émission réservée à titre principal à une ou plusieurs personnes déterminées autres que des membres du personnel de la société ou d'une ou de plusieurs de ses filiales (art. 500, al. 2 C. soc.).

c. Les actions

i. Les actions : définition ; le capital social

Une action est un instrument financier émis par une SA en rémunération d'un **apport** en capital lors de la constitution de la société ou à l'occasion d'une augmentation de son capital. On comprend donc la définition de l'art. 476 C. soc., selon lequel "*le capital des sociétés anonymes se divise en actions (...)*". C'est en ce sens que l'on dit aussi que le capital des SA est représenté par les actions et que les actions sont **représentatives du capital**. Il faut cependant **nuancer** cette idée : c'est exact au départ, - au moment où la SA est constituée, le volume des actions émises doit correspondre à la somme des engagements d'apport pris en considération pour la formation du capital social [souscrit³⁸]. Mais en cours de vie sociale, **certaines opérations peuvent entraîner une déconnection entre le capital social *inter partes* (entre associés) et le capital social en tant que garantie des tiers.**

- **Capital social en tant que garantie des tiers**

L'art. 617 C. soc. énonce le principe de l'intangibilité du capital social dans les SA, en vertu duquel l'on ne peut pas procéder à une répartition d'actifs entre associés, notamment sous forme d'une distribution de dividendes, si elle aurait pour effet de faire descendre l'actif net comptable (actif brut sous déduction des provisions et dettes) de la société en-dessous du capital social libéré ou appelé augmenté des réserves indisponibles.

- **Capital social *inter partes***

Lors de la constitution de la société, le capital social *inter partes* correspond au capital social en tant que garantie des tiers. Il peut cependant varier en cours de vie sociale, notamment en cas d'amortissement du capital (art. 615 C. soc.).

↳ L'art. 615 C. soc. prévoit que si les statuts l'autorisent, le remboursement anticipé de certaines actions (déterminées par tirage au sort) ou d'une fraction de la totalité des actions est possible au moyen des bénéfices et des réserves disponibles³⁹. Si une opération de cette nature a lieu, le

³⁸ Le capital souscrit ne correspondant pas nécessairement au capital libéré.

³⁹ "Au moyen des bénéfices et des réserves disponibles" : pour que le principe de l'intangibilité du capital social soit respecté.

capital ne sera plus représenté par des actions d'une valeur qui lui est égale.

ii. Variétés d'actions

Les **actions ordinaires** présentent tous les caractères de l'action au sens général du terme, sans qu'y soit attaché aucun droit particulier. Y sont attachés les droits suivants :

- ✓ droit de vote aux AG des actionnaires ;
- ✓ droit aux dividendes en cas de distribution des bénéfices ;
- ✓ droit à la restitution de l'apport à la clôture de la liquidation ;
- ✓ droit à une quote-part s'il reste un reliquat à la clôture de la liquidation ;
- ✓ certains autres droits, notamment le droit de souscription préférentielle en cas d'augmentation de capital en numéraire.

Mais il existe des actions auxquelles sont attachés des droits supplémentaires et inversement, des actions auxquelles tous ces droits ne sont pas attachés.

★ **Actions privilégiées ou à dividende prioritaire** : leurs propriétaires ont droit à une quote-part dans les bénéfices par priorité sur tous les autres actionnaires. Ce droit peut avoir **2 origines** :

- il peut être le fruit de l'exercice de la liberté statutaire : les **statuts** peuvent comporter une clause reconnaissant aux titulaires de certaines actions un droit à un dividende prioritaire, ce dont il résultera que ces actions formeront une catégorie particulière ;
 - ex. clause statutaire prévoyant que les actions 1 à 100 donnent droit à 10 % des bénéfices distribuables s'il résulte des comptes annuels approuvés par l'AG qu'il existe un bénéfice distribuable ; clause statutaire prévoyant que les actions 1 à 100 donnent droit à 10 % des bénéfices distribués s'il résulte des comptes annuels approuvés par l'AG qu'il existe des bénéfices distribuables ET que l'AG décide de procéder à une distribution du bénéfice ;
- dans certains cas, la **loi** réserve un dividende prioritaire à certains actionnaires :
 - en cas d'amortissement du capital par tirage au sort d'actions entièrement remboursées, les statuts doivent réserver un droit à un

dividende prioritaire aux actions non remboursées par rapport aux actions en jouissance qui remplacent les actions remboursées ;

- les actions sans droit de vote (art. 480 C. soc.) : il est possible d'émettre des actions sans droit de vote à concurrence d'un certain pourcentage du capital (pour accroître les fonds propres de la société sans que cela entraîne la dilution des actionnaires en place, en particulier du point de vue de leur influence sur la gestion de la société). Les actions sans droit de vote sont... amputées du droit de vote. En contrepartie, l'art. 480 C. soc. prévoit notamment qu'elles ne peuvent être émises que si elles donnent droit à un dividende prioritaire à concurrence d'un certain pourcentage déterminé au moment de l'émission. Plus précisément, en vertu de l'art. 480 C. soc., les actions sans droit de vote
 - ne peuvent représenter plus d'un tiers du capital social;
 - doivent conférer, en cas de bénéfice distribuable, le droit a un dividende privilégié et, sauf disposition contraire des statuts, récupérable [= si lors de la clôture de l'exercice, il n'est pas possible de distribuer ce dividende prioritaire, faute de bénéfices distribuables suffisants, il sera récupérable sur les exercices suivants, sauf disposition contraire des statuts] dont le montant est fixé au moment de l'émission, ainsi qu'un droit dans la répartition de l'excédent des bénéfices qui ne peut être inférieur à celui attribué aux actions avec droit de vote;
 - doivent conférer un droit privilégié au remboursement de l'apport en capital et un droit dans la distribution du boni de liquidation qui ne peut être inférieur à celui attribué aux titulaires d'actions avec droit de vote.

Dans certaines hypothèses, les titulaires d'actions sans droit de vote recupèrent un droit de vote ; il en existe essentiellement 4 :

- ✓ lorsqu'une des conditions fixées à l'article 480 n'est pas remplie, pour quelque raison que ce soit ;
- ✓ lorsque l'AG est appelée à statuer sur des modifications aux droits attachés aux différentes catégories de titres, en application de l'art. 560 C. soc. ;

- ✓ dans une série d'hypothèses où l'AG est appelée à prendre des décisions intéressant le capital social et les relations entre actionnaires en tant que leurs actions représentent une quote-part de ce capital (ex. suppression du droit préférentiel de souscription) ;
- ✓ dans les cas où, pour quelque cause que ce soit, les dividendes privilégiés et récupérables n'ont pas été entièrement mis en paiement durant trois exercices successifs et cela jusqu'au moment où ces dividendes auront été entièrement récupérés.

★ **Actions en jouissance** : v. plus haut.

★ **Actions sans valeur nominative** : la quote-part de capital que l'action représente n'est pas mentionnée sur le titre.

iii. Obligations de l'actionnaire

L'actionnaire est essentiellement débiteur de deux variétés d'obligations :

- ★ conformément au droit commun des obligations, il a l'obligation d'exercer ses droits, particulièrement son droit de vote, de **bonne foi** ; il ne peut concourir à un abus de majorité ou de minorité, selon le cas ;
- ★ l'actionnaire a une obligation de type patrimonial : les actions sont émises en contrepartie d'une souscription, d'un engagement d'apport. Cet apport ne doit pas nécessairement être libéré à la souscription. On a disserté sur la nature juridique de l'obligation de libérer l'apport et des conditions de son exigibilité : quand, suite à quelle décision, un actionnaire est-il tenu de libérer l'apport à concurrence du montant non libéré au moment de la souscription ?

Sauf disposition statutaire contraire, c'est au CA, organe qui, depuis 1973, a la peut accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social, sous réserve des compétences que la loi réserve à l'AG, qu'il appartient d'appeler la libération de tout ou partie des apports non encore libérés, en fonction des besoins de la société. L'**obligation de libérer l'apport** est donc une **obligation éventuelle**, puisqu'elle dépend d'un événement intrinsèque au fonctionnement de la société elle-même.

Quid en cas de **cession** d'une action non libérée ? Qui sera, dans ce cas, débiteur de l'obligation de libérer l'apport, - le cédant, le cessionnaire, ou les

deux ? L'art. 507 C. soc. fournit une réponse ambiguë : *“la cession des actions non libérées ne peut affranchir leurs souscripteurs de contribuer, à concurrence du montant non libéré, aux dettes antérieures à la publication. L'ancien propriétaire a un recours solidaire contre celui à qui il a cédé son titre et contre les cessionnaires ultérieurs”*. La Cour de cassation a interprété l'ancien article 52 L.C.S.C., devenu article 507 C. soc., dans deux anciens arrêts du 31 janvier 1869 et du 14 juillet 1892. Il faut savoir que chaque année, une liste des actions non entièrement libérées est publiée aux annexes du Moniteur belge, de sorte que les tiers soient informés de la situation du capital social. Un premier principe est que le cédant n'est pas tenu de répondre aux appels de fonds décrétés postérieurement à la cession : c'est le cessionnaire qui est débiteur des sommes devenues ainsi exigibles. Mais ce principe connaît certaines nuances découlant de l'art. 507 C. soc.

- [C'est seulement pour l'avenir que le cédant est libéré ; en revanche, il est tenu si un appel de fonds est décidé avant la cession, auquel cas la société a deux débiteurs : le cessionnaire et le cédant ;]
- le cédant reste aussi tenu de libérer les fonds appelés, même en cas d'appel de fonds postérieur à la cession, pour autant que les sommes appelées soient nécessaires pour l'apurement de dettes de la société antérieures à la publication de la liste des actions non libérées, auquel cas la société a également deux débiteurs (le cessionnaire et le cédant).

Dans tous les cas où le cédant est tenu de la libération de l'apport, il a un recours contributoire contre le cessionnaire.

Les **sanctions** de l'obligation de libérer l'apport sont de plusieurs ordres :

- sanction de droit commun : la société dispose d'une action pour contraindre l'actionnaire à libérer son apport (action en exécution forcée) ;
- sanctions spécifiques :
 - suspension du droit de vote attaché à l'action (art. 541, al. 3 C. soc.) ;
 - les statuts peuvent comporter une clause d'exécution en bourse, auquel cas la société dispose du droit de faire vendre en bourse pour le compte de l'actionnaire propriétaire les actions non libérées et de consacrer tout ou partie du produit de l'opération à la libération de l'apport, le solde étant remis à l'actionnaire pour le compte duquel l'opération a été réalisée. Cette sanction s'apparente

à l'article 1184 C. civ. en ce qu'elle emporte rupture de la relation entre la société et l'actionnaire fautif.

Quels sont les **droits des créanciers sociaux** par rapport à la libération de l'apport ? Dans les SCS, les créanciers de la société ont une action directe contre les commanditaires pour les contraindre à libérer leurs apports s'ils ont été appelés (action directe hybride). Ce régime n'existe pas dans les SA. Cela ne signifie toutefois pas que les créanciers sociaux soient privés de tout droit contre les actionnaires récalcitrants dans les SA ;

- en particulier, ils peuvent **agir par voie oblique** contre les actionnaires qui négligent de libérer l'apport appelé (art. 1166 C. civ.).
- Cela suppose cependant que ces actionnaires puissent être considérés comme récalcitrants, donc qu'un appel de fonds ait été décrété, sans quoi la dette n'est pas exigible. *Quid* donc si le CA néglige d'appeler des fonds alors que cela est nécessaire pour permettre à la société d'honorer ses dettes ? Dans ce cas, selon l'art. 199 C. soc., les créanciers peuvent agir pour **faire décréter par justice l'appel de fonds**. La société peut écarter l'action en désintéressant le demandeur ; sinon, elle sera condamnée à faire un appel de fonds et si les administrateurs n'obtempèrent pas, ils seront personnellement responsables du paiement de la créance du demandeur.

iv. Enumération des droits des actionnaires

- **Droits non patrimoniaux** : droit de participer à l'AG et d'y prendre part au vote aux conditions déterminées par la loi et les statuts
- **Droits patrimoniaux** :
 - ✓ droit aux dividendes, c'est-à-dire à une quote-part dans les bénéfices distribuables que l'AF a décidé de distribuer ;
 - ✓ droit à la restitution de l'apport à la clôture de la liquidation, après désintéressement des créanciers sociaux ;
 - ✓ droit à une quote-part dans le boni de liquidation ;
 - ✓ droit de souscription préférentielle en cas d'augmentation de capital en numéraire;

- ✓ lorsque le droit de souscription préférentielle a été supprimé, il peut être remplacé par un droit de priorité.

v. Le droit aux dividendes

Le droit aux dividendes est un droit social, propre à la technique de rémunération des apports. Il s'exerce seulement s'il existe des bénéfices (cf. aléas sociaux) et que la société décide de mettre en paiement un dividende après que l'existence d'un bénéfice ait été constatée.

- ❖ Une première difficulté tient à la **nature juridique véritable** de ce droit aux dividendes : ce n'est pas un droit de créance en tant que tel, puisqu'il dépend de la constatation qu'il existe un bénéfice distribuable et d'une décision de distribuer ce bénéfice.

Techniquement : chaque année, le CA doit arrêter les comptes de l'exercice écoulé, les soumettre au contrôle du ou des commissaires et les remettre, avec le rapport de gestion, à l'AG ordinaire, qui va ou non approuver les comptes annuels, donner décharge, et qui doit affecter le résultat de l'exercice écoulé tel qu'il découle des comptes (par hypothèse approuvés) - ce résultat consistant soit en un bénéfice, soit en une perte. Dans le cas d'une perte, la seule possibilité est de la reporter sur les exercices ultérieurs (ou encore de provoquer la dissolution anticipée de la société, dans certains cas). En cas de bénéfice, 3 possibilités sont ouvertes : l'AG peut décider de mettre en paiement des dividendes, elle peut décider de mettre les bénéfices en réserve (la réserve sera disponible sauf disposition contraire des statuts), ou enfin elle peut procéder à un report à nouveau, auquel cas le bénéfice ne reçoit aucune affectation particulière et est mis à disposition des organes sociaux dans l'exercice de leurs compétences.

La Cour de cassation a rendu à ce sujet deux séries d'arrêts à première vue contradictoires.

 Cass., 28/03/1957 e.a.

L'arrêt du 28 mars 1957 inaugure la première série d'arrêts.

Le droit au dividende est à la fois éventuel et conditionnel :

- il est **conditionnel** (condition suspensive) car il dépend de l'existence d'un bénéfice à la clôture de l'exercice (événement incertain et adventice par rapport à la société) ;
- il est **éventuel** car il faut que l'AG décide de mettre tout ou partie du bénéfice en paiement.

Lorsque la condition et l'éventualité se réalisent, apparaît un droit pur et simple au paiement du montant dont la société a décidé la distribution. Avant ce moment, il n'y a pas de créance exigible, mais uniquement un droit "social", *sui generis*.

🕒 Cass., 16/01/1964 e.a.

Ces arrêts tiennent une autre analyse du droit au dividende.

Le dividende est un **fruit civil** s'acquérant au jour le jour, c'est-à-dire tout au long de l'écoulement de l'exercice auquel les bénéfices se rapportent, en tant que ce droit est la contrepartie de la jouissance, par la société, des apports mis en commun par les associés et représentés par ces actions.

S'agit-il d'une **contradiction** ? En réalité, **NON**, car ces deux séries d'arrêts **répondent à des questions différentes** :

- lorsque la Cour de cassation énonce que le droit aux dividendes ne naît, en tant que droit de créance, qu'en cas de bénéfice distribuable à la clôture de l'exercice et que si l'AG décide mettre tout ou partie de ce bénéfice en paiement, elle se prononce sur les conditions suivant lesquelles le droit à un dividende acquiert la qualité d'un droit de créance à l'égard de la société. Elle se place donc dans les relations entre la société et les actionnaires ; une dette exigible ne naît que lorsque la condition et l'éventualité décrits sont réalisées. C'est par exemple à ce moment seulement qu'apparaît un actif taxable dans le patrimoine de l'actionnaire au titre du dividende que la société lui remet.
- Quant à la deuxième série d'arrêts, il y est question des relations entre actionnaires. Par exemple, lorsqu'en cours d'exercice le droit au dividende a fait l'objet d'un démembrement ou d'un remembrement, quel est celui des actionnaires, quelle est celle des parties, qui peut prétendre au dividende ?

Ex. un usufruit est constitué sur un volume d'actions en cours d'exercice ; à qui profite le droit au dividende ? Fera-t-il l'objet d'une répartition *prorata temporis* ?

En qualifiant les dividendes de fruits civils, la Cour de cassation répond à cette deuxième question.

Ex. Un usufruit est constitué sur des actions aux 3/4 de l'exercice en cours. Dans ce cas, le nu-propiétaire aura droit à 3/4 des dividendes se rapportant à l'exercice en cours, l'usufruitier - à 1/4.

- ❖ L'analyse du droit aux dividendes qui résulte de la deuxième série d'arrêts pose une **autre question**, qui concerne le droit aux dividendes lorsqu'en cours

d'exercice ou après la clôture de celui-ci, mais avant l'AG appelée à affecter le résultat de l'exercice en cours, une **augmentation de capital a lieu, donnant lieu à l'émission d'actions nouvelles**, ce qui entraîne un effet dilutif si celles-ci ne sont pas souscrites par les actionnaires en place. Les titulaires des nouvelles actions peuvent-ils prétendre à des dividendes se rapportant à l'exercice pendant lequel ils n'étaient pas actionnaires, ou tout au long duquel ils n'étaient pas actionnaires ?

Ex. Dans une SA, l'exercice social débute le 1^{er} janvier et se termine le 31 décembre. Le 1^{er} janvier 2007, le capital social s'élève à 1 million d'euros et est représenté par 1 000 actions d'une valeur nominale de 1 000 euros. Une AG est convoquée pour le 15 mai 2008, afin qu'elle se prononce sur l'affectation du résultat de l'exercice 2007. Le 31 janvier 2008, une augmentation de capital a lieu, qui donne lieu à l'émission de 1 000 actions nouvelles d'une valeur nominale de 1 000 euros. Variante : le 15 septembre 2007, une augmentation de capital a lieu, avec les mêmes paramètres. Quid si le 15 mai 2008, l'AG constate qu'il existe un bénéfice distribuable et décide de distribuer des dividendes ? Toutes les actions existant au 15 mai 2008 se répartiront-elles les dividendes distribués ou non ?

Si l'on applique les principes qui résultent de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 1964, il faut considérer

- que les actions émises le 31 janvier 2008 ne peuvent pas participer à la distribution des dividendes, puisque ceux-ci se rapportent à un exercice au cours duquel ces actions n'existaient pas - ces actions n'ont pas contribué à la formation du bénéfice de l'exercice 2007 ;
- que si des actions émises le 15 septembre 2007, la répartition des dividendes doit se faire suivant un prorata pour tenir compte du fait que ces actions ont été émises en cours d'exercice.

Telle est la **thèse classique**, qui l'emporte très largement.

Suivant une **deuxième thèse**, dans certaines hypothèses cette répartition ne se justifie pas. Cette thèse se fonde sur l'art. 598 C. soc., qui énonce, pour le cas où une SA procéderait à une augmentation de capital en numéraire, que

“Quand le droit de préférence est limité ou supprimé en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées qui ne sont pas membres du personnel de la société ou de l'une de ses filiales [ce qui n'est valable que si c'est conforme à l'intérêt social - p. ex. pour préserver augmentation de capital à une personne déterminée avec laquelle la société veut développer une synergie pour accroître sa propre rentabilité], l'identité du ou des bénéficiaires de la limitation ou de la suppression du droit de préférence doit être mentionnée dans le rapport établi par le conseil d'administration ainsi que dans la convocation.

En outre, le prix d'émission, pour les sociétés cotées, ne peut être inférieur à la moyenne des cours des trente jours précédant le jour du début de l'émission.

Pour les sociétés autres que celles visées à l'alinéa 2, le prix d'émission doit être au moins égal à la valeur intrinsèque du titre fixée, sauf accord unanime des actionnaires, sur la base d'un rapport établi

soit par le commissaire, soit, pour les sociétés qui n'ont pas de commissaire, par un réviseur d'entreprise désigné par le conseil d'administration ou par un expert-comptable externe désigné de la même manière [la valeur intrinsèque d'une société est égale à la valeur d'actif net (= actif brut - provisions - dettes), qui n'est pas égale à sa valeur de capital]”.

Ces contraintes visent à éviter que le tiers auquel une augmentation de capital en numéraire est réservée ne retire un avantage patrimonial de l'opération.

Dans les travaux préparatoires de la loi du 5 décembre 1984, qui a transposé la Deuxième Directive européenne, on lit que le but de cette règle est d'éviter une dilution patrimoniale au niveau des résultats de la société. Certains auteurs en ont déduit que le niveau minimum du prix d'émission imposé par l'art. 598 C. soc. est un forfait qui ouvre aux nouveaux actionnaires le droit de participer aux distributions de dividendes, même relatives à un exercice au cours duquel ils n'étaient pas actionnaires.

Mais la première thèse l'emporte très largement.

❖ **Contraintes légales qui s'imposent à l'AG lorsqu'elle est appelée à affecter le résultat de l'exercice écoulé et à décider de distribuer un dividende ou non :**

- **égalité entre actionnaires** : sauf disposition légale ou statutaire contraire (donnant droit à un dividende privilégié ou prioritaire), toutes les actions donnent droit à une quote-part dans le bénéfice distribuable qui correspond à la proportion qu'elles représentent dans le capital social. Cette contrainte découle d'un certain droit non écrit des sociétés ;
- un dividende ne peut être mis en paiement que s'il existe un bénéfice distribuable, qui se détermine par rapport au principe de l'**intangibilité du capital social** ; une **évolution** s'est produite à cet égard :
 - au départ, il n'existait pas de disposition particulière exprimant le principe de l'intangibilité du capital social, qui tenait en quelque sorte à la nature des choses, au droit commun des sociétés. L'on considérait qu'une distribution de dividendes n'était possible dans les SA que si elle n'avait pas pour effet de faire descendre l'actif net comptable en-dessous du capital social (souscrit) augmenté des réserves indisponibles ;
 - puis le législateur est intervenu, d'abord en 1984, à l'occasion de la transposition de la Deuxième Directive, voulant renforcer le principe de l'intangibilité du capital social en l'exprimant comme tel dans la loi et en en spécifiant les conditions d'application, ce qui a donné lieu à l'article 77ter des L.C.S.C., mais en réalité, il affaiblit le principe de l'intangibilité du capital social (!), puisqu'il prévoit qu'une distribution de dividendes ne peut avoir lieu si elle aurait

pour effet de faire descendre l'actif net en-dessous du capital *libéré* augmenté des réserves indisponibles ;

- en 1995, le législateur corrige son tir, mais de manière imparfaite : une l'on ne peut procéder à une distribution de dividendes si elle aurait pour effet de faire descendre l'actif net en-dessous du capital *appelé* augmenté des réserves indisponibles ;
- ce principe est aujourd'hui exprimé par l'article 617 C. soc. (« *Aucune distribution ne peut être faite lorsqu'à la date de clôture du dernier exercice, l'actif net tel qu'il résulte des comptes annuels est, ou deviendrait, à la suite d'une telle distribution, inférieur au montant du capital libéré ou, si ce montant est supérieur, du capital appelé, augmenté [des réserves indisponibles]*»);
- il existe une contrainte qui tient à la **réserve légale** par laquelle le législateur a voulu renforcer la protection des tiers : en vertu de l'article 616 C. soc., « *l'assemblée générale fait annuellement, sur les bénéfices nets, un prélèvement d'un vingtième au moins, affecté à la formation d'un fonds de réserve; ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le fonds de réserve atteint le dixième du capital social* ». Cette réserve indisponible est en quelque sorte un capital différé, qui complète la garantie des tiers au fil du temps. Cette réserve est indisponible : elle rentre dans le calcul du bénéfice distribuable en vertu du principe de l'intangibilité du capital (ci-dessus).

Contraintes statutaires : les statuts peuvent aller au-delà de ces exigences :

- en augmentant la réserve indisponible ;
 - en octroyant à certaines catégories d'actions un droit à un dividende prioritaire.
- ❖ **Qui est compétent** pour décréter une distribution de dividendes ? [En réalité, les contraintes évoquées ci-dessus s'appliquent quel que soit l'organe qui décide de distribuer des dividendes.]
- ★ **En principe, seule l'AG ordinaire** peut décréter une distribution de dividendes, au moment de l'affectation du résultat de l'exercice écoulé. Le **dividende ordinaire** est donc le premier type de dividende.
 - ★ Cependant, selon l'**article 618 C. soc.**, le **CA** peut, à certaines conditions, décider de distribuer un **dividende intérimaire**, avant la clôture de l'exercice. Ce dividende intérimaire constitue un acompte à imputer sur le dividende qui sera distribué sur les résultats de l'exercice.

Ex. En août 2007, le CA souhaite stimuler la rémunération du capital social en distribuant les bénéfices sur l'exercice 2007. Normalement, il faut attendre l'AG, prévue pour mai 2008, qui se prononcera sur les comptes annuels relatifs à l'exercice 2007. Mais le CA veut anticiper et distribuer des dividendes *en cours d'exercice*, dans le but de rendre la société plus attractive pour les investisseurs.

Une telle opération constitue un danger pour la consistance du capital social en tant que garantie des tiers. Dès lors, le législateur l'a entourée de **contraintes** :

- le CA ne peut distribuer un dividende intérimaire que si les statuts l'y autorisent ;
- le CA doit constater l'existence d'un bénéfice distribuable, sur la base d'un état vérifié par le commissaire et résumant la situation active et passive de la société, qui ne peut remonter à plus de 2 mois avant la décision de distribuer un dividende intérimaire ;
- d'autre part, pour éviter qu'elle affecte le patrimoine social, le CA doit encore tenir compte des résultats des années précédentes : la distribution d'un dividende intérimaire ne peut avoir lieu que par prélèvement sur le bénéfice de l'exercice en cours, le cas échéant réduit des pertes reportées sur les exercices ultérieurs ; inversement, le bénéfice de l'exercice en cours sera, le cas échéant, majoré du bénéfice reporté ;
- d'autres contraintes tiennent au rythme auquel des dividendes intérimaires peuvent être distribués :
 - la distribution d'un dividende intérimaire ne peut être décidée moins de 6 mois après la clôture de l'exercice précédent ni avant l'approbation des comptes annuels se rapportant à cet exercice ;
 - lorsqu'un premier acompte a été distribué, la décision d'en distribuer un nouveau ne peut être prise que trois mois au moins après la décision de distribuer le premier ;
 - la distribution d'un dividende intérimaire ne peut donc être décrétée plus de deux fois par exercice (ex. le 1^{er} juillet 2007 et le 1^{er} octobre 2007).

Quid si ultérieurement, plus particulièrement lors de l'approbation des comptes annuels se rapportant à l'exercice pendant lequel un dividende intérimaire a été distribué, il s'avère que le bénéfice distribuable est

inférieur aux dividendes intérimaires qui ont été distribués ? Une telle situation peut se produire si après la distribution d'un dividende intérimaire, les activités de la société deviennent moins florissantes. Dans ce cas, les dividendes intérimaires seront considérés comme un acompte à valoir sur les dividendes ultérieurs.

On aurait pu régler le problème autrement, en prévoyant que dans une telle situation, les actionnaires devraient restituer l'excédent de dividende ; mais cette solution serait matériellement impossible à mettre en œuvre, puisqu'elle suppose, d'une part, que l'on connaisse tous les actionnaires (or, les titulaires d'actions au porteur sont... anonymes), et que, d'autre part, les actionnaires sont souvent trop nombreux pour que la société puisse réclamer à chacun d'eux la restitution de l'excédent de dividende.

- ★ Le **dividende exceptionnel** est un dividende dont la distribution est décidée par l'AG extraordinaire par anticipation sur les comptes annuels d'un exercice compte tenu du calendrier normal de la société.

Le dividende exceptionnel n'est pas prévu en tant que tel par le Code des sociétés. Les articles 552 et s. C. soc. (relatifs à l'AG ordinaire) prévoient que l'AG décide chaque année de l'affectation des résultats après avoir approuvé les comptes annuels ; il n'y est pas question d'un dividende exceptionnel. La distribution d'un tel dividende est-elle possible ?

Selon certains, non. Cette analyse procède d'une analyse assez littérale de l'article 617 C. soc., selon lequel "*aucune distribution ne peut être faite lorsqu'à la date de clôture du dernier exercice, l'actif net tel qu'il résulte des comptes annuels est, ou deviendrait, à la suite d'une telle distribution, inférieur au montant du capital libéré ou, si ce montant est supérieur, du capital appelé, augmenté de toutes les réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer*". Certains en déduisent que l'AG ne pourrait distribuer un dividende qu'à l'occasion de l'approbation des comptes annuels relatifs à l'exercice écoulé, s'il en résulte l'existence d'un bénéfice distribuable. L'article 617 constituerait donc non seulement une règle de fond, mais également une règle impérative de forme et de procédure.

Cette lecture est possible, mais elle ne va pas de soi. En effet, ce n'est pas parce que l'AG décréterait la distribution d'un dividende par anticipation sur l'AG annuelle qu'une vérification des conditions de distribution au regard du principe de l'intangibilité du capital social est impossible. Cette vérification peut se faire a posteriori ; si le dividende exceptionnel est supérieur au montant distribuable, il y a violation de l'article 617 C. soc., ce qui peut donner lieu à certaines sanctions, essentiellement celles

prévues par les articles 619 (restitution des dividendes) et 648 (responsabilité pénale des administrateurs) C. soc. Bref, la distribution d'un dividende exceptionnel ne constitue pas nécessairement une violation de l'article 617 C. soc.

La Cour de cassation a tranché en faveur de cette deuxième lecture.



Cour de cassation, 23 janvier 2003 : il est possible de distribuer un dividende exceptionnel

Dans cet arrêt, la Cour de cassation se prononce sur base des articles 77bis et 77ter anciens des L.C.S.C., dispositions dont découlait le principe de l'intangibilité du capital social, aujourd'hui exprimé par l'article 617 C. soc.

“Attendu que, dans les limites (du principe de l'intangibilité du capital social), l'assemblée générale peut, à tout moment au cours de l'exercice, décider de distribuer aux actionnaires un dividende prélevé sur les réserves disponibles ;

Attendu que, d'une part, ni les (dispositions) en vertu desquel(le)s l'assemblée générale ordinaire approuve les comptes établis chaque année par le conseil d'administration, ni les (dispositions relatives au principe de l'intangibilité du capital social, ni aucune autre disposition) ne restreignent ce pouvoir ;

Que, d'autre part, les conditions auxquelles l'article 77ter des lois coordonnées soumet la distribution par le conseil d'administration d'un acompte à imputer sur le dividende qui sera distribué sur les résultats de l'exercice sont étrangères au pouvoir de l'assemblée générale de disposer en tout temps des réserves disponibles”.

❖ **Autres variétés de dividendes**, provenant de diverses modalités du droit au dividende

- ★ Dans certains cas, l'objet du droit au dividende fait l'objet de modalités. Généralement, les dividendes sont distribués en numéraire. Cette forme est utilisée par toutes les sociétés à défaut de dispositions statutaires contraires. Cependant, les statuts peuvent prévoir un **dividende optionnel**, c'est-à-dire un dividende qui peut être versé en actions de la société distributrice. En pratique, ce système implique une option laissée aux actionnaires, qui peuvent préférer recevoir des actions supplémentaires dans la société plutôt qu'un dividende en numéraire. Mais, théoriquement, il se pourrait aussi que l'option appartienne à la société.

Sur le plan technique, comment la distribution d'un dividende optionnel se réalise-t-elle ? En droit belge, l'exercice de l'option implique un

apport en nature de la créance de l'actionnaire au capital social, ce dont il résulte que cette créance s'éteint par confusion. En rémunération de cet apport, la société émet des actions représentant cet apport en nature et qui sont distribuées aux actionnaires qui ont exercé l'option.

- ★ Certaines sociétés imaginent d'autres variétés d'actions pour attirer les investisseurs et soigner leur cours en bourse. On peut citer les tracking stocks (actions traçantes), le dividend access et le dividend election.

(1) **Tracking stocks** : cette variété concerne une société active dans plusieurs secteurs d'activités ou qui a des participations dans des sociétés actives dans plusieurs secteurs d'activités. Les investisseurs peuvent avoir des appétits plus ou moins grand pour l'un ou l'autre de ces secteurs d'activités. On s'est dès lors demandé s'il n'était pas possible de créer au sein de la société des catégories d'actions différentes donnant un droit à un dividende prioritaire par rapport à certaines activités.

Ex.

- actions de catégorie A : droit prioritaire aux bénéfices réalisés dans le domaine de l'aérien
- actions de catégorie B : droit prioritaire aux bénéfices réalisés dans le secteur de l'hôtellerie

Contraintes :

- est-ce conforme à la prohibition des pactes léonins ? Oui. Ce qui est prohibé, c'est l'attribution de la totalité des bénéfices à un ou certains actionnaires au détriment des autres. En revanche, il n'est pas interdit de modaliser la répartition des profits en attribuant des dividendes prioritaires sur les bénéfices réalisés dans certains secteurs d'activités ;
- l'existence de tracking stocks atteste du fait que certains actionnaires sont intéressés seulement à certaines activités de la société. Cela n'est-il pas contraire à l'affectio societatis ? **Non**, d'abord parce que conceptuellement l'*affectio societatis* a un contenu qui n'est pas légalement défini. Ensuite, pour éviter toute difficulté, dans la pratique statutaire, on prévoit qu'un solde du bénéfice provenant de l'ensemble des activités donnera lieu à des dividendes répartis entre tous les actionnaires ;
 - ex. 90 % des bénéfices réservés, 10 % des bénéfices répartis entre tous les actionnaires ;

- le respect du principe de l'intangibilité du capital social implique qu'il est nécessaire que globalement il existe un bénéfice distribuable ;

ex. si le secteur de l'hôtellerie est en + 25, mais que le secteur aérien est en - 100, le total est de - 75 et il n'y a donc pas de bénéfice distribuable !

(2) **Dividend access** : ce système se rapporte à des situations dites sandwich : la société appelée à distribuer des dividendes se trouve en sandwich entre des actionnaires et une filiale de la même nationalité que ces actionnaires.

Ex. une société française est en sandwich entre des actionnaires belges et une filiale belge.

Si la distribution des dividendes n'était pas organisée spécifiquement, ceux-ci feraient l'objet d'une taxation dans le chef de la filiale, puis dans le chef de la société française, lorsque celle-ci les distribue à ses actionnaires belges, en particulier lorsqu'il n'existe pas de convention préventive de double imposition. (N.B. Si la société était belge et non française, on ne rencontrerait pas ce problème car, au niveau national, il existe des règles visant à prévenir une telle double imposition.)

Un mécanisme a dès lors été imaginé, permettant aux actionnaires de la société mère de percevoir directement les dividendes dont la distribution est décidée par la filiale.

Deux observations :

- pour avoir accès aux bénéfices de la filiale, les actionnaires de la société mère doivent devenir actionnaires de la filiale et donc acquérir au moins une action de celle-ci ;

- comment ? A cet égard, plusieurs techniques sont possibles.

Ex.

- dividende optionnel (distribuer des actions représentatives du capital de la filiale) ;
- augmentation de capital (la filiale organise une augmentation de capital qui donne lieu à une émission d'actions auxquelles les actionnaires de la société mère peuvent souscrire) ;
- il faut que les actions ainsi remises confèrent à ces actionnaires un droit prioritaire aux dividendes qui leur permette d'exclure la société mère en ce qui concerne la distribution des dividendes .

Ex.

- actions de catégorie A : celles de la société mère
- actions de catégorie B, avec dividende prioritaire : celles des actionnaires de la société mère.

- reste que ce mécanisme est mis en place pour permettre aux actionnaires de la société mère de percevoir les dividendes directement de la filiale de la société mère. Il faut donc prévoir dans les statuts de la société mère et de la filiale que les actionnaires de la société mère, au titre des actions particulières qu'ils détiennent dans la filiale, n'auront droit à un dividende qu'à concurrence du montant que la société mère aura décidé de distribuer.

Ex. La filiale décide de distribuer 100, la société mère décide de distribuer 50. Dans ce cas, les actionnaires de la société mère ne peuvent recevoir que 50, les 50 restants étant destinés à l'apurement des dettes de la société mère.

(3) **Dividend election** : ce mécanisme est appliqué, par exemple, par Fortis. Le groupe Fortis exerce des activités bancaires et des activités d'assurances (et aussi des activités financières). Fortis Brussels est la société faîtière dans le secteur bancaire, tandis que Fortis Utrecht est la société faîtière dans le secteur des assurances. Fortis Belgium et Fortis Nederland sont deux holdings qui détiennent chacune 50 % dans chacune des deux filiales (Fortis Brussels dans le secteur bancaire et Fortis Utrecht dans le secteur des assurances). En 2001, pour montrer l'unité financière du groupe Fortis et attirer ainsi les investisseurs, Fortis crée des twin shares (actions jumelées), qui consistent à remplacer deux actions par une, de sorte qu'on est nécessairement actionnaire de Fortis Belgium lorsqu'on est actionnaire de Fortis Utrecht, et vice-versa. Imaginons que le secteur bancaire (Fortis Brussels) fasse un bénéfice de 100 et que le secteur des assurances (Fortis Utrecht) fasse un bénéfice de 200. Dans ce cas, chaque holding reçoit donc 150 - et peut distribuer 150 aux actionnaires ? Ce serait désavantageux pour les actionnaires, contraints d'être actionnaires des deux côtés de la frontière... Le régime fiscal des dividendes n'est pas le même dans les deux pays ! Dès lors, on a prévu que chaque porteur de units peut choisir de recevoir son dividende soit de Fortis Belgium, soit de Fortis Nederland. Mais *quid* si, par exemple, tous les actionnaires décident de recevoir leur dividende en Belgique ? C'est pour rencontrer ce problème que l'on a imaginé le mécanisme du dividend election. Il s'agit d'une modalisation de la

technique du dividende prioritaire. Les statuts prévoient que les deux sociétés filiales (Fortis Brussels et Fortis Utrecht) vont décider la distribution d'un dividende en cas de bénéfice distribuable ; ensuite, au niveau de chaque société mère, il sera décidé de distribuer l'intégralité du dividende dont les filiales ont décidé la distribution : Fortis Belgium et Fortis Nederland vont décider de mettre en paiement chacune un dividende de 300 sous condition de la manière suivant laquelle les porteurs de units vont exercer leur droit d'élection (sous condition résolutoire que les porteurs de units décident de recevoir les dividendes dans l'autre société mère ou sous condition suspensive qu'ils décident de recevoir les dividendes à partir de la société qui décrète leur dividende). Par définition, les conditions se réaliseront en même temps en sens contraire dans les deux holdings. On assistera donc à un upstreaming du dividende en provenance des filiales en fonction des décisions des porteurs de units. Par exemple, s'ils décident tous de recevoir leur dividende à partir de la Belgique, Fortis Belgium aura droit à un dividende prioritaire qui lui permettra d'exclure Fortis Nederland. Bref, les actions des holdings sont munies d'un droit prioritaire aux dividendes conditionnel et alternatif.

vi. Le droit de souscription préférentielle et le droit de priorité

Un autre droit attaché aux actions est le droit de souscription préférentielle ou, dans certains cas, un ersatz de celui-ci, le droit de priorité.

Le capital social constitue un montant inscrit au passif du bilan. Il équivaut à la somme des apports en numéraire et en nature. Il ne peut y avoir de répartitions entre actionnaires si elles auraient pour effet de faire descendre l'actif net en-dessous du capital social (libéré ou appelé, augmenté des réserves indisponibles).

Le capital peut varier en cours de vie sociale, dans le sens d'une augmentation ou d'une réduction. Entendons-nous bien, nous parlons ici de modifications formelles du capital social. Les fonds propres de la société pourraient, par ailleurs, varier sans qu'il soit procédé à une telle modification formelle (voir *infra*, la diminution de capital).

Au départ, le capital correspond à l'ensemble des apports en numéraire et en nature. Ensuite, il y a par exemple une **augmentation de capital**.

- Une augmentation du capital suppose une modification des statuts. C'est donc **en principe** à l'AG qu'il appartient d'y procéder dans le respect des conditions de fond et de forme d'une modification des statuts. Il existe aussi des cas où une augmentation de capital peut être décidée par le **Conseil d'administration** (sous le régime du **capital autorisé**).
- Les augmentations de capital peuvent être de différentes espèces en fonction de leur objet : il existe **trois grandes variétés** d'augmentation du capital social.
 - ✓ Augmentations de capital **en numéraire** : elles sont appelées à être souscrites par des apports en numéraire ;
 - ✓ Augmentation du capital **en nature** : elles sont appelées à être souscrites par des apports en nature ;
 - ✓ Augmentation du capital **par incorporation des réserves** : lorsque la société a réalisé des bénéfices au fil du temps et que l'AG ne les a pas mis en distribution, elle les a mis en réserve (ou reportés à nouveau). Ces réserves (de même que les reports à nouveau) peuvent être consolidées en capital. C'est-à-dire que d'un point de vue comptable, le poste de réserve (ou de report à nouveau) sera incorporé dans le poste de capital. Pour ce type d'augmentation de capital, il n'existe pas d'autre règle particulière que celles qui s'appliquent en matière de modification des statuts.
- En cas d'augmentation de capital **en nature**, un **contrôle révisoral** s'applique (le régime des apports en nature visant à constituer le capital social s'applique *mutatis mutandis*).
- En cas d'augmentation de capital en numéraire, un régime particulier s'applique, compte tenu de l'**effet dilutif** que cette opération est susceptible d'entraîner. L'effet dilutif désigne la diminution de valeur patrimoniale des actions existantes et de la valeur votale y attachée en raison du fait que de nouvelles actions sont émises et qu'elles ne sont pas toutes souscrites par les actionnaires existants.

Un tel effet dilutif peut se produire non seulement à l'occasion d'une augmentation de capital en numéraire, mais aussi à l'occasion d'une augmentation de capital en nature. En revanche, il n'est pas susceptible de se produire lors d'une augmentation de capital par incorporation de réserves (puisque'il ne s'agit que d'un « jeu d'écriture » qui ne change pas l'actionnariat de la société).

Ceci dit, lors d'une augmentation de capital par apports en nature, par hypothèse, seuls ceux qui détiennent les biens convoités peuvent participer à l'augmentation de capital.

Plusieurs **techniques** permettent de **neutraliser** l'effet dilutif d'une augmentation de capital par apports en numéraire ou en nature.

✓ Première technique : la **prime d'émission**

Cette technique consiste à demander aux tiers accueillis dans la société de payer une prime, car ils vont, tout comme les actions préexistantes, avoir une part dans les réserves constituées, auxquelles leurs actions vont donner droit.

Ex. Une SA est constituée, avec un capital de 1000 EUR représenté par 100 actions d'une valeur nominale de 10 EUR. Elle fait des bénéfices à concurrence de 1000 EUR, qui ne sont pas distribués, mais sont mis en réserve. Les actions valent donc 20 EUR (fonds propres : 2000 EUR / nombre d'actions : 100). Ensuite, la société procède à une augmentation de capital de 1000 EUR, en émettant 100 nouvelles actions d'une valeur nominale de 10 EUR. Les actions valent désormais $3000/200 = 15$ EUR, contre 20 EUR auparavant (les anciens actionnaires seraient donc spoliés de 5 EUR par action si on ne remédiait pas à ce problème). La technique de la prime d'émission vise à neutraliser cet effet, de manière à ce que la valeur intrinsèque des actions ne change pas. Ici, la prime d'émission sera égale à 1000 EUR. Le tiers acquéreur paiera donc ses actions non 10, mais 20 EUR (10 EUR de valeur nominale et 10 EUR de prime d'émission). Après l'opération, les fonds propres seront donc de 4000 pour un total de 200 actions. Chaque action vaudra donc $4000/200 = 20$ EUR ; leur valeur intrinsèque n'aura donc pas changé.

✓ Deuxième technique, uniquement pour les augmentations de capital en numéraire : **droit de souscription préférentielle**

☞ Cette technique tend à permettre à tout propriétaire d'actions au moment où une augmentation de capital par apports en numéraire est ouverte de prendre sa part dans l'augmentation de capital de manière à conserver sa position dans l'actionariat de la société tant en termes patrimoniaux qu'en termes non patrimoniaux.

Ce mécanisme n'est concevable qu'à propos des augmentations de capital par apports en numéraire, puisque si l'augmentation de capital a lieu par apports en nature, seuls les propriétaires de la chose désirée peuvent y participer.

☞ Le droit de souscription préférentielle est aujourd'hui une obligation imposée par le Code des sociétés (art. 592 et s.), mais cela n'a pas toujours été le cas : son introduction en tant qu'obligation à charge des émetteurs qui décrètent une augmentation de capital par apports en numéraire

remonte à la transposition de la Deuxième Directive par la **loi du 5 décembre 1984**. Avant, le droit de souscription préférentielle ne résultait que d'une recommandation de la Commission bancaire, adressée aux sociétés soumises à sa juridiction, soit les sociétés cotées et autres sociétés faisant publiquement appel à l'épargne. La légalisation de ce principe témoigne de l'influence du droit financier sur le droit des sociétés. Le législateur a étendu ce principe à toutes les sociétés anonymes (SA faisant publiquement appel à l'épargne ET SA privées).

☞ Le droit de souscription préférentielle peut être mis en œuvre de différentes façons. Ils vise à permettre aux actionnaires de prévenir un effet dilutif susceptible de découler d'une augmentation de capital par apports en numéraire. Le législateur a organisé le fonctionnement du droit de souscription préférentielle de la manière suivante (art. 592 et s. C. soc.).

L'idée générale est que lorsqu'une société procède à une augmentation de capital en numéraire, elle doit organiser l'**augmentation de capital** en la décomposant en **2 étapes**. Ces 2 étapes sont les suivantes :

1. 1^{ère} période : une période qui ne peut être inférieure à 15 jours à dater de l'ouverture de la souscription est **réservée à l'exercice par les actionnaires de leur droit de souscription préférentielle** ; [rappel : le droit de souscription préférentielle est ouvert aussi aux porteurs d'obligations convertibles, d'obligations avec warrant et aux titulaires de warrants secs ;]
2. 2^{ème} période : elle est organisée distinctement suivant qu'on se trouve en présence d'une société faisant publiquement appel à l'épargne ou d'une société privée :
 - SA privée : le CA de la SA **peut** organiser un second tour au profit de ceux qui ont exercé leur droit de souscription préférentielle durant la première période de 15 jours (= phase de **souscription à titre réductible**). Cela signifie que le CA peut en quelque sorte réserver un nouveau droit de préférence à tout actionnaire qui a exercé son droit de souscription préférentielle durant la première période et qui n'est pas encore satisfait. Ce "droit de préférence" est limité à la quote-part que leur action représente dans le capital avant l'augmentation de capital. A l'issue du second tour,

l'augmentation de capital est ouverte aux tiers si l'augmentation de capital n'est pas entièrement souscrite (il y a donc 3 phases dans ce cas) ;

- SA faisant publiquement appel à l'épargne : l'article 594 C. soc. constitue lui aussi la légalisation d'une pratique antérieurement recommandée par la Commission bancaire. Celle-ci avait observé que permettre aux actionnaires qui ont exercé leur droit de souscription préférentielle au premier tour de bénéficier d'une préférence au second tour risquait de porter un préjudice indu aux autres actionnaires, en particulier aux actionnaires moins informés qui n'ont pas eu l'occasion de participer au premier tour en raison de cette carence d'information. Cela revenait à leur conférer un double droit de préférence, alors que la non-participation des autres actionnaires au premier tour n'était pas nécessairement délibérée ni le fruit d'une négligence. Dès lors, la C.B. a recommandé, pour les sociétés soumises à sa juridiction, que si à l'issue du premier tour, l'augmentation de capital n'est pas intégralement souscrite (ce qui est le cas si tous les actionnaires n'ont pas exercé leur droit de préférence), l'émetteur doit émettre une nouvelle variété de valeurs mobilières : les **scripts**, c'est-à-dire des titres représentant des droits de souscription non exercés, qui sont mis en vente en bourse si la société est cotée, ou pour lesquels un marché en bourse est organisé en cas de société faisant publiquement appel à l'épargne. Le produit de la vente des scripts est payé à la société, qui le distribue aux actionnaires qui, le cas échéant, se présenteront par la suite et feront la preuve qu'ils n'ont pas participé au premier tour. C'est une manière de permettre aux actionnaires qui n'ont pas exercé leur droit de souscription préférentielle de ne pas perdre le bénéfice financier que représente ce droit de souscription. Ensuite, un deuxième tour est organisé, au cours duquel les **acquéreurs des scripts peuvent souscrire à l'augmentation de capital**. Notons que les actionnaires qui ont participé au premier tour peuvent acheter des scripts et donc accroître leur participation dans l'augmentation de capital, mais contrairement à l'hypothèse où

dans une société privée le CA décide d'organiser un deuxième tour, ils doivent payer un prix.

N.B. Pendant la première période de souscription, l'émetteur est tenu d'organiser déjà un marché des droits de souscription : les actionnaires qui ne souhaitent pas exercer leur droit de souscription préférentielle peuvent décider de vendre celui-ci en bourse. Dans ce cas, les acquéreurs pourront participer au 1^{er} tour de l'augmentation de capital.

☞ Cela étant, il peut exister des cas où l'application des règles reconnaissant aux actionnaires en place un droit de souscription préférentielle **peut apparaître contraire à l'intérêt social**, parce que l'intérêt social ne correspond pas nécessairement à l'intérêt de la généralité des actionnaires. L'art. 596 C. soc. fait référence à un intérêt social plus large que l'intérêt de la collectivité des actionnaires, puisqu'il permet de restreindre, voire de supprimer le droit de souscription préférentielle. Selon cette disposition,

“L'assemblée générale appelée à délibérer et à statuer sur l'augmentation du capital (...) peut, dans l'intérêt social, aux conditions de quorum et de majorité prévues pour la modification des statuts, limiter ou supprimer le droit de préférence. Cette proposition doit être spécialement annoncée dans la convocation.

Le conseil d'administration justifie sa proposition dans un rapport détaillé, portant notamment sur le prix d'émission et sur les conséquences financières de l'opération pour les actionnaires. Un rapport est établi par le commissaire (...) par lequel il déclare que les informations financières et comptables contenues dans le rapport du conseil d'administration sont fidèles et suffisantes pour éclairer l'assemblée appelée à voter sur cette proposition. (...)”.

Il se peut que le CA soit autorisé à procéder à une augmentation de capital (capital autorisé). Dans ce cas, le CA peut supprimer le droit de souscription préférentielle, moyennant les mêmes justifications, si les statuts l'y autorisent.

Par exemple, la limitation ou la suppression du droit de souscription préférentielle peut être faite en faveur d'un groupe avec lequel la société qui se propose d'augmenter son capital envisage de développer des synergies. Dans cette hypothèse, la suppression ou la limitation du droit de souscription préférentielle est faite au profit d'une ou plusieurs personnes déterminées. Elle peut aussi se justifier par d'autres circonstances : par exemple, pour diversifier l'actionnariat en ouvrant

immédiatement au public le droit de souscrire à l'augmentation de capital.

En cas de suppression du droit de souscription préférentielle, il peut cependant se produire que la société reconnaisse aux actionnaires en place, à titre de substitut, un **droit de priorité**.

→ Le droit de priorité a essentiellement pour objectif, comme le droit de souscription préférentielle, de permettre aux actionnaires en place de souscrire à l'augmentation de capital par préférence aux tiers.

→ Ce en quoi il diffère du droit de souscription préférentielle est qu'**un seul tour** est organisé pour permettre aux actionnaires en place de se servir en premier. L'émetteur ne sera notamment pas tenu d'organiser un marché des droits de souscription (opération qui entraîne des coûts...) (marché que l'émetteur est tenu d'organiser pendant le premier tour si des droits préférentiels de souscription sont reconnus).

Exemple

Capital : 1 000 000 EUR ; représenté par 1 000 actions d'une valeur nominale de 1 000 EUR chacune.

Augmentation de capital de 1 000 000 EUR (pour porter le capital à 2 000 000 EUR) ; émission de 1 000 titres d'une valeur nominale de 1 000 chacun.

L'actionnaire A détient 50 % du capital initial ; 5 autres actionnaires détiennent chacun 10 % du capital social.

★ L'augmentation de capital a lieu dans le respect du **droit préférentiel de souscription** : pendant une période de 15 jours, les 6 actionnaires peuvent souscrire par préférence ou vendre leur droit de souscription.

- A veut souscrire à l'intégralité de l'augmentation de capital, les autres actionnaires aussi. Dans ce cas, on respecte purement et simplement les droits de préférence : A souscrit à concurrence de 500 000 EUR et les autres souscrivent à concurrence de 100 000 EUR chacun.
- Imaginons que les autres n'aient pas souscrit à l'augmentation de capital : à l'issue de la première souscription, 500 titres sont attribués à A et 500 titres sont disponibles. La deuxième période commence.
 - Société faisant publiquement appel à l'épargne : on ne peut pas organiser de deuxième tour à titres réductibles au profit de A. 10 souscripteurs, dont A, veulent chacun les 500 titres disponibles. Le capital sera donc souscrit à concurrence de 5 000 000 EUR ?? Non, il faudra réduire les souscriptions proportionnellement : chacun peut souscrire à 10 % des titres disponibles, il pourra donc recevoir 50 titres. A recevra au total 550 titres (1^{er} et 2nd tour confondus).
 - Société privée : A a exercé intégralement ses droits de souscription au premier tour. Le CA peut décider d'organiser un deuxième tour

au profit de A, qui pourra dans ce cas à nouveau préempter 50 % des titres disponibles, soit 250 titres. Il recevra donc au total 750 titres. Les 9 autres souscripteurs reçoivent chacun le solde / 9, soit $250 / 9 = 27,778$ titres. A s'est donc taillé la part du lion.

- ★ Imaginons que le droit de souscription préférentielle ait été remplacé par un **droit de priorité**. 10 souscripteurs, dont A, veulent chacun souscrire à tous les titres émis. Il en résulte que l'augmentation de capital est souscrite 10 fois. Un seul actionnaire a souscrit (A). En vertu de son droit de priorité, il reçoit 500 titres. Restent 500 titres à attribuer entre les autres souscripteurs, qui reçoivent chacun $500 / 9 = 55,556$ titres.
- ★ Lorsque l'augmentation du capital a lieu dans le respect du droit de préférence, les droits de souscription peuvent en outre être vendus et achetés durant le premier tour. En particulier, A peut à cette occasion se porter acquéreur de droits de souscription.

Rappelons l'**article 598 C. soc.**, selon lequel

“Quand le droit de préférence est limité ou supprimé en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées qui ne sont pas membres du personnel de la société ou de l'une de ses filiales, l'identité du ou des bénéficiaires de la limitation ou de la suppression du droit de préférence doit être mentionnée dans le rapport établi par le conseil d'administration ainsi que dans la convocation.

En outre, le prix d'émission, pour les sociétés cotées, ne peut être inférieur à la moyenne des cours des trente jours précédant le jour du début de l'émission.

Pour les sociétés autres que celles visées à l'alinéa 2, le prix d'émission doit être au moins égal à la valeur intrinsèque du titre fixée, sauf accord unanime des actionnaires (...).”

e. Le régime du capital social

- i. L'augmentation de capital par l'AG (voir plus haut)
- ii. L'augmentation de capital par le CA sous le régime du capital autorisé

Le capital peut être augmenté par le CA sous le régime du capital autorisé, qui provient de la **loi du 5 décembre 1984** transposant la Deuxième Directive européenne.

L'idée est de permettre à l'organe d'administration, normalement en charge de l'accomplissement de l'ensemble des actes qui intéressent le fonctionnement de la société, de **réagir promptement aux évolutions du marché des capitaux**.

- ↳ Promptement : sans avoir à convoquer une AG (formalisme et délais !)
- ↳ Aux évolutions du marché des capitaux : si à un moment, il existe de l'argent disponible sur le marché des capitaux, le CA doit pouvoir saisir l'occasion.

Le capital autorisé consiste à **autoriser le CA à augmenter le capital social**.

- Cette autorisation doit être contenue dans les statuts (dès l'origine ou à l'occasion d'une modification des statuts).
- Elle doit déterminer le montant maximal à concurrence duquel le CA sera ainsi autorisé à augmenter le capital sans faire appel à l'AG [si elle ne détermine pas ce montant, la clause n'est pas valable !]. Dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, le montant du capital autorisé ne peut être supérieur au capital social (ce qui signifie que le CA peut tout au plus y être autorisé à doubler le capital social).
- L'autorisation est valable 5 ans à dater de la publication de l'acte constitutif ou de l'acte modificatif. Elle est renouvelable de 5 ans en 5 ans.
- La disposition statutaire doit indiquer les objectifs que le CA peut poursuivre en utilisant l'autorisation qui lui a été donnée.

↳ Limites quant au montant, à la durée et aux objectifs poursuivis

Une question s'est posée : pareille autorisation peut-elle être donnée au CA pour procéder à n'importe quel type d'augmentation de capital ? A cet égard, il existe **trois types de limitations**.

- Il existe des cas, énumérés en particulier par l'article 606 C. soc., où le CA ne peut jamais utiliser le capital autorisé pour procéder à des augmentations de capital ; par exemple, pour une augmentation de capital en nature réservée exclusivement à un actionnaire qui détient déjà plus de 10 % des droits de vote.

↳ 2 considérations justifient cette interdiction :

- par définition, une augmentation de capital en nature se fait hors droits de préférence, elle a donc une vocation naturelle à entraîner un effet dilutif, en termes de droits de vote en tout cas (même en cas de prime d'émission) ;
- une personne qui détient déjà plus de 10 % des droits de vote a le pouvoir d'exercer une influence significative sur les décisions de l'AG, - détenir 10 % des

droits de vote, c'est pratiquement contrôler la société si le solde est réparti entre de nombreux actionnaires. On ne veut pas permettre au CA de renforcer la capacité d'exercer une telle influence significative.

- En principe, le capital autorisé ne peut être utilisé (art. 605 C. soc.)
 - pour une augmentation de capital par incorporation de réserves : cette restriction se justifie par le fait que l'incorporation de réserves (si celles-ci sont disponibles) affecte la capacité de distribuer des dividendes, c'est donc une affaire d'actionnaires ;
 - pour une augmentation de capital avec suppression du droit préférentiel de souscription : cette restriction se justifie aussi par le fait que c'est une affaire d'actionnaires, - il s'agit de prévenir l'effet dilutif attaché à une augmentation de capital avec suppression du droit de préférence.

Cependant, la clause des statuts qui autorise le CA à augmenter le capital peut prévoir que celui-ci *peut* dans ces cas utiliser le capital autorisé.

- OPA hostiles : l'article 607 C. soc. vise l'hypothèse où le CA d'une société [faisant publiquement appel à l'épargne, par hypothèse] est averti par la C.B.F.A. qu'elle a été saisie d'un avis d'OPA.

Digression : l'avis d'OPA et la notion d'OPA hostile

La première étape d'une OPA consiste à déposer un dossier à la C.B.F.A., accompagné d'un prospectus qui contient les conditions et les objectifs de l'offre. Un avis est publié, informant le public de ce qu'un dossier OPA a été soumis par telle société à propos de telle société. A ce moment, la procédure d'OPA est déclenchée. La C.B.F.A. doit aussi communiquer cet avis au CA de la société cible.

Une OPA hostile est une OPA qui n'a pas été "négociée" avec le CA et l'actionnaire de référence ou de contrôle de la société cible. Auparavant, en Belgique, les OPA étaient toujours amicales : si l'actionnaire de référence n'était pas d'accord, la procédure était abandonnée. Puis il y a eu l'affaire De Benedetti... L'internationalisation des marchés marque le début de l'ère des OPA hostiles.

Le CA, lorsqu'il est informé par un avis d'OPA adressé par la C.B.F.A., est astreint à un certain nombre de devoirs, - essentiellement deux :

- il doit donner un avis sur l'offre et le prospectus (le prix offert est-il suffisamment attrayant ?) ;
- il a un certain nombre de devoirs qui tiennent à la controverse sur les mesures de défense.

Digression : la controverse sur les mesures de défense anti-OPA

Est-ce que le CA de la société cible, en tant qu'il représente l'actionnaire de référence ou de contrôle, en ce qu'il incarne une certaine politique, peut se défendre contre une OPA ? Peut-il le faire au nom du droit des sociétés, qui confère au CA tous les pouvoirs, sauf ceux réservés à l'AG, en vue de la réalisation des actes utiles à la réalisation de

l'objet social ? Ou au contraire, doit-on, pour des considérations qui tiennent aux impératifs des marchés financiers, limiter les pouvoirs du CA dans ces circonstances ?

Cette controverse est sous-tendue par des considérations juridiques, politiques et idéologiques.

- Considérations idéologiques : faut-il privilégier l'intérêt des investisseurs, dont le but est la rentabilité la plus élevée et la plus rapide possible de leurs titres (pour eux, le CA a pour mission de prendre des décisions qui assurent à court terme la rentabilité des titres), ou au contraire privilégier une perspective de continuité, en permettant au CA de prendre des décisions propices à une rentabilité à long terme, dans l'intérêt des actionnaires et des autres preneurs d'intérêts ?
- Considérations politiques : les "globalistes" estiment qu'il faut s'ouvrir au marché global tel qu'il se construit actuellement, à la différence d'autres personnes, qui se soucient de l'"intérêt de la nation" (ex. les objections du gouvernement français contre l'intention de certains groupes américains de lancer une offre sur Danone : Danone doit rester français !).

La troisième limite au pouvoir du CA de faire usage du capital autorisé résulte d'une absence de prise de position sur l'augmentation de capital comme moyen de défense anti-OPA.

Une augmentation de capital réservée à un ami (white knight) peut être un moyen très efficace de défense anti-OPA.

Par exemple, le CA de la société cible quadruple le montant du capital social avec suppression du droit de préférence, afin de loger les actions émises entre les mains d'un ami.

Ex. affaire De Benedetti, qui a révélé que le droit belge ne prévoyait RIEN à ce sujet !

Le législateur belge a adopté une solution de compromis qui manque de cohérence : dans certains cas, c'est possible, dans d'autres cas, non. Voici ce que prévoit l'art. 607 C. soc. :

“Dès la réception par une société de la communication faite par la commission bancaire et financière selon laquelle elle a été saisie d'un avis d'offre publique d'acquisition la visant et jusqu'à la clôture de l'offre, son conseil d'administration ne peut plus :

1° procéder à une augmentation de capital par apports en nature ou par apports en numéraire en limitant ou supprimant le droit de préférence des actionnaires ; [= triomphe de la règle de la passivité, mais cette interdiction ne vaut pas dans un certain nombre de cas (2) :]

(...)

Toutefois, cette interdiction ne vaut pas pour :

1° les engagements valablement pris avant la réception de la communication visée au présent article [= il n'est pas interdit de poursuivre une augmentation de capital en cours] ;

2° les augmentations de capital pour lesquelles le conseil d'administration a été expressément et préalablement habilité par une assemblée générale, statuant comme en matière de modification des statuts [on va transformer cette mesure de défense typiquement *a posteriori* en mesure préventive⁴⁰], tenue trois ans au maximum avant la réception de la communication susvisée [l'autorisation est renouvelable], pour autant que :

a) les actions créées en vertu de l'augmentation de capital soient dès leur émission intégralement libérées [il faut donc un ami qui a des moyens];

b) le prix d'émission des actions créées en vertu de l'augmentation du capital ne soit pas inférieur au prix de l'offre [qui se trouve dans l'avis d'OPA];

c) le nombre d'actions créées en vertu de l'augmentation de capital ne dépasse pas un dixième des actions représentatives du capital émises antérieurement à l'augmentation de capital [ce qui **limite considérablement l'intérêt** de la mesure de défense !].

(...)”.

iii. La réduction du capital

Il ne faut pas confondre

- la réduction du capital (sens juridique), qui est une décision de l'AG dont l'objet est de réduire le montant du capital social tel qu'il figure dans les statuts et au passif du bilan ;
- la diminution de capital (sens comptable ou économique), qui se traduit par une diminution de l'actif net (actif net comptable inférieur au capital libéré ou appelé augmenté des réserves indisponibles). Il s'agit d'un phénomène économique, auquel le droit accorde une importance.

La réduction du capital est une décision qui relève de la compétence d'un et un seul organe : l'AG **extraordinaire**, car elle a un impact sur la situation des tiers créanciers de la société : le principe de l'intangibilité du capital social est affecté dans son application par la réduction du capital social, la diminution de l'assiette

⁴⁰ Les mesure de prévention d'OPA consistent à déposer des poison pills dans les statuts, qui découragent les raiders potentiels.

du patrimoine de la société - gage unique de ses créanciers - étant rendue plus aisée.

La réduction du capital ne doit pas être confondue avec l'opération d'amortissement du capital social (art. 615 C. soc.), au terme de laquelle le capital tel qu'il figure au passif du bilan et dans les statuts reste inchangé (c'est une opération *inter partes* qui consiste à rembourser certaines actions ou toutes les actions à concurrence d'un certain montant).

La décision de réduction du capital est soumise aux **conditions générales en matière de modification des statuts** :

- acte authentique ;
- quorum de 1/2 lors de la première AG, à défaut, possibilité de convoquer une seconde AG sans condition de quorum ;
- majorité des 3/4.

S'y ajoutent certaines **conditions spéciales**, dont l'objet est d'assurer une certaine protection des tiers créanciers de la société (dont le gage commun sera affecté) (v. ci-après).

Le Code des sociétés reconnaît **différentes variétés** de réduction du capital (art. 612-614) :

- la réduction du capital par remboursement des apports : elle entraîne par voie de conséquence une diminution des actifs réels que la société conserve à sa disposition ;
- la réduction du capital par dispense de libération des apports (variante) [elle suppose que le capital social ne soit pas entièrement libéré] : ex. réduction du capital souscrit à concurrence du capital libéré. Contrairement au cas précédent, il n'y a pas de remboursement d'apports, - les actifs de la société restent intacts ; cependant, la garantie des tiers est affectée aussi, puisque la société ne pourra plus agir contre les actionnaires à concurrence du montant de la dispense de libération ;
- la réduction du capital par apurement des pertes : elle ne suppose pas de remboursement des apports, ni de dispense de libération des apports ; elle consiste en une écriture comptable qui fait passer dans le capital social les pertes cumulées de la société à concurrence du montant décidé par l'AG. On met en quelque sorte le bilan et les statuts en concordance avec la réalité de la situation financière de la société.

Intérêt : on veut attirer de nouveaux investisseurs pour recapitaliser la société, de sorte à lui permettre de se redresser.

Ex. capital : 100 ; actifs : 100 ; dettes : 50 → actif net (actifs - dettes) : 50, = 1/2 capital souscrit ; le capital est donc perdu à concurrence de la moitié (perte = 50).

- L'AG ne procède pas à une réduction du capital ; des négociations sont menées en vue d'une augmentation de capital de 50 ; suite à l'augmentation de capital, la situation serait la suivante : capital : 150 ; actifs : 150 ; dettes : 50 ; actif net : 100 ; il n'est donc pas possible de distribuer des dividendes (il faut attendre que l'actif net augmente de 50 pour atteindre le niveau du capital) ; cela amoindrit l'attrait de la société vis-à-vis des investisseurs. La société aura donc des difficultés pour trouver un investisseur prêt à participer à l'augmentation de capital.
- L'AG décide d'apurer la perte par réduction du capital, de sorte que le nouveau bilan se présente de la manière suivante : actif : 100 ; capital : 50 ; dettes : 50. Elle procède par la suite à une augmentation de capital de 50, de sorte que le capital s'élève à 100 et l'actif à 150. L'actif net est donc de 100, soit à la hauteur du capital. Dès lors, au premier cent de bénéfice, il est possible de distribuer un dividende. Les investisseurs sont donc plus aisément attirés. La réduction de capital agit donc ici comme un coup d'accordéon : on réduit le capital pour mieux l'augmenter par la suite.

N.B. Nous avons fait abstraction des réserves indisponibles.

Les **conditions supplémentaires** prévues par le Code des sociétés concernent la réduction du capital par remboursement aux actionnaires ou par dispense de libération d'apports, parce que ces opérations affectent la situation financière de la société par rapport aux tiers. L'article 613 C. soc. prévoit que dans ces hypothèses, les créanciers dont la créance est née avant la publication de la décision de réduction du capital aux Annexes du Moniteur belge ont, dans les deux mois de cette publication, le droit d'exiger une sûreté pour les créances non encore échues au moment de cette publication [car : "je vous ai fait du crédit et puis vous changez les règles en cours de partie"]. Ce principe est complété par des règles qui en spécifient le fonctionnement et l'application :

- ✓ la société peut écarter cette demande en payant (anticipativement) la créance à sa valeur, après déduction de l'escompte ;
- ✓ la société peut accorder une sûreté ;
- ✓ à défaut d'accord (sur l'assiette de la sûreté ou sur le principe même d'une sûreté - si la société estime que la demande est abusive) ou si le créancier n'est pas payé, la contestation est soumise par la partie la plus diligente au président du tribunal de commerce dans le ressort duquel la société a son siège. Le président détermine la sûreté à fournir par la société et fixe le délai dans lequel elle doit être constituée, à moins qu'il

ne décide qu'aucune sûreté ne sera fournie eu égard soit aux garanties et privilèges dont jouit le créancier, soit à la solvabilité de la société.

✓ Pendant cette procédure, aucune réduction du capital ne peut avoir lieu.

iv. L'amortissement du capital, le rachat d'actions propres et autres opérations (assistance financière, prise en gage par la société de ses propres titres, participations croisées)

Le Code des sociétés, spécialement après la transposition de la Deuxième Directive, énonce des règles qui visent à assurer la protection du capital social :

- règles intéressant la formation du capital social ;
- règles intéressant la protection du capital social.

Il régit notamment les réductions du capital, soit les modifications formelles du montant du capital social figurant au bilan de la société et dans ses statuts.

Mais il existe des opérations qui sont susceptibles d'avoir un impact négatif sur le gage commun des créanciers, sans nécessairement se traduire par une réduction du capital au sens propre du terme. La question de protection du capital social se pose toutes les fois qu'un remboursement d'apports est proposé aux actionnaires, sous quelque forme que ce soit.

★ Tel est l'objet même de l'opération d'**amortissement du capital**, soumise dès lors à des règles protectrices des tiers créanciers (rappel : l'art. 615 C. soc. prévoit que si les statuts l'autorisent, le remboursement anticipé de certaines actions (déterminées par tirage au sort) ou d'une fraction de la totalité des actions n'est possible qu'au moyen des bénéfices et des réserves disponibles, de manière à respecter le principe de l'intangibilité du capital social) (v. plus haut).

★ **Le rachat d'actions propres**

Ce type d'opération a une histoire relativement chaotique.

Il s'agit d'une opération aux termes de laquelle la société émettrice des actions propose à ses actionnaires ou à certains d'entre eux d'acheter leurs actions contre un prix à convenir.

Si l'on s'en tient aux catégories de droit civil, il s'agit d'une vente conclue entre la société et les actionnaires ou certains d'entre eux dont l'objet porte sur les actions émises par la société.

La société devient donc sa propre actionnaire.

Cette opération a suscité des discussions à la fois quant à sa possibilité et quant à sa nature. Si elle n'est **pas réglementée** - ce qui était le cas **avant la loi du 5 décembre 1984** - elle présente des **dangers**. En effet,

- (1) la société consacre des actifs au paiement du prix et diminue donc les actifs affectés à la garantie des tiers ; cette opération peut même impliquer une diminution du capital social (actif net inférieur au capital social) ;
- (2) ces opérations se conçoivent au mépris du principe d'égalité entre actionnaires : la société choisit ceux des actionnaires à qui elle entend conférer cet avantage - il y a avantage, puisque les actionnaires concernés reçoivent un prix (les autres non) ;
- (3) cette opération génère une espèce d'auto-contrôle stérilisant les droits des actionnaires au titre du contrôle qu'ils peuvent exercer à l'occasion des AG ;

ex. une société rachète 50 % des titres représentatifs de son capital et devient donc son propre actionnaire à concurrence de 50 %. Elle peut dès lors désigner un mandataire qui exercera les droits de vote à l'AG à concurrence de 50 %. Dans ce cas, la société s'auto-contrôle (ce qui équivaut à une absence de contrôle) ;

- (4) une quatrième raison qui suscite la méfiance à l'égard de l'opération de rachat d'actions propres s'attache à la difficulté concernant la nature juridique de cette opération et la façon d'en traiter les conséquences.

Cour de cassation, 6 octobre 1959

Pour le pur civiliste, c'est une vente et le prix n'est pas soumis à la taxe qui s'impose en cas de réduction ou d'amortissement de capital. Un arrêt de la Cour de cassation du 6 octobre 1959 se rallie à cette thèse.

Au même moment, la Commission bancaire avait bien vu que le rachat d'actions propres ne s'apparentait pas à une simple vente, mais constituait une manière de rembourser aux actionnaires leurs apports : les actionnaires cessaient d'être actionnaires, - c'est comme si on remboursait leurs apports.

↳ Les effets financiers et juridiques d'un rachat d'actions propres sont, sous réserve de quelques différences, identiques à ceux d'une réduction du capital ou d'un amortissement de capital.

- Dans les trois cas, l'opération se traduit par une liquidation anticipée des droits des actionnaires à l'égard de la société.

- Dans le cas de l'amortissement du capital par tirage au sort d'actions entièrement remboursées, on rembourse les apports de certains actionnaires au moyen de fonds propres dans le respect du principe de l'intangibilité du capital social, et les actions remboursées sont remplacées par des actions en jouissance.
- La réduction du capital par remboursement des apports consiste en une réduction du capital statutaire et bilantaire par remboursement des apports aux actionnaires qui, à concurrence de cette réduction, cessent d'être actionnaires.
- Le rachat d'actions propres entraîne le remboursement d'apports au profit de certains actionnaires sous le couvert du paiement du prix. *Comme en cas de réduction du capital*, ces actionnaires cessent d'être actionnaires (ils ne reçoivent pas d'actions en jouissance, comme dans un amortissement du capital), mais, a-t-on toujours dit, le rachat d'actions propres ne peut se faire que dans le respect du principe de l'intangibilité du capital social (*comme l'opération d'amortissement du capital social*), puisque c'est une distribution d'actifs à des actionnaires.

↳ La Cour de cassation dit blanc, la Commission bancaire dit noir, ce qui n'est pas propice à la sécurité juridique.

Sous l'impulsion de la Deuxième Directive, le législateur a adopté la **loi du 5 décembre 1984**, en ayant absorbé certaines considérations attestant que le rachat d'actions propres ne recèle pas seulement des dangers, mais a aussi une utilité pratique à maints égards. Le législateur admet l'opération de rachat d'actions propres, mais la soumet à des contraintes.

Les **avantages** d'un rachat d'actions propres peuvent être multiples :

- (1) cette opération peut produire à l'avantage des actionnaires qui n'y participent pas un effet relatif en termes patrimoniaux⁴¹ et en termes de puissance votale ;
- (2) elle peut être un instrument permettant de faire des opérations d'intéressement du personnel (en constituant une réserve d'actions propres en vue de les distribuer par la suite au personnel de la société) ;
- (3) la constitution d'une réserve d'actions propres permet de réaliser des opérations en matière d'obligations échangeables en actions et, de manière générale, des opérations qui impliquent des distributions de titres ;
- (4) le rachat d'actions propres permet d'adapter la surface financière, les ressources de la société à ses besoins financiers (dans les sociétés coopératives, la diminution du fonds social est possible, à la différence des SA, où une réduction du capital ou un amortissement du capital ne peuvent avoir lieu que dans les conditions vues plus haut) ;

⁴¹ Ex. il existe un bénéfice de 100 à partager entre 100 actions : chaque unité reçoit 1 ; suite à un rachat d'actions propres, il existe un bénéfice de 100 à partager entre 50 actions : chaque unité reçoit 2.

- (5) le rachat d'actions propres permet le reclassement des titres, en particulier dans les sociétés familiales, dans l'attente d'un arrangement (pour les faire échapper aux convoitises d'héritiers, les titres sont rachetés au *pater familias* avant d'être réofferts à un repreneur qui assurera la continuation de l'entreprise) ;
- (6) le rachat d'actions propres peut constituer une mesure de défense anti-OPA (soustraire des titres aux appétits du raider) ;
- (7) le rachat d'actions propres peut servir à régulariser le cours de bourse (en cas de société cotée), par exemple en cas de chute du cours disproportionnée par rapport aux annonces quant aux résultats de la société. Cependant, cela ne peut dégénérer en manipulation du cours, qui est constitutive d'abus de marché. En outre, certaines limites découlent du droit financier, qui impose notamment à la société de procéder à des annonces publiques où elle explique les raisons de l'opération.

Les **articles 620 à 628 C. soc.**, résultant de la loi du 5 décembre 1984, réglementent les opérations de rachat d'actions propres. Les dispositions qui suivent se rapportent à deux opérations voisines :

- l'opération d'assistance financière, qui consiste pour la société à financer un achat de ses actions par un tiers ;
- la prise en gage par la société de ses propres titres ;

enfin, le Code des sociétés enchaîne sur la réglementation des participations croisées, dans la mesure où elles sont susceptibles de générer un auto-contrôle.

En ce qui concerne le rachat d'actions propres, le Code des sociétés prévoit

- ✓ des règles qui intéressent les conditions suivant lesquelles la société peut racheter ses propres actions ;
- ✓ des règles relatives au traitement des actions rachetées ;
- ✓ des règles qui intéressent la réaliénation par la société d'actions qu'elle a rachetées ;
- ✓ les sanctions attachées à la violation des conditions auxquelles le rachat d'actions propres peut avoir lieu ;
- ✓ des règles intéressant le rachat d'actions réalisé par une filiale directe de la société émettrice - afin que celle-ci ne puisse utiliser une société qu'elle contrôle pour contourner les règles relatives au rachat d'actions propres.

(a) **Les conditions du rachat d'actions propres**

Les principes (art. 620 C. soc.)...

1. L'opération ne peut être réalisée que si elle a été autorisée par l'AG statuant aux conditions de quorum et de majorité requises par l'article 559 C. soc. pour les modifications de l'objet social.
 - ↳ Méfiance...
 - ↳ Ce n'est pas une modification des statuts, mais une opération importante qui conserve un caractère anormal.
 - ↳ Ce n'est pas l'AG qui réalise l'opération, mais le CA ; celui-ci a cependant besoin de l'autorisation de l'AG donnée aux conditions de quorum et de majorité prévues par l'art. 559 C. soc.
 - ↳ Lorsque l'AG prend la décision d'autoriser l'opération, elle fixe le nombre maximal d'actions que la CA peut racheter et le montant minimal et maximal de la contre-valeur qu'il pourra donner.
 - ↳ Cette autorisation est donnée pour une durée déterminée qui ne peut excéder 18 mois.
2. La valeur nominale au pair comptable des actions rachetées ne peut excéder 10 % du capital souscrit. En d'autres termes, la société ne peut être sa propres actionnaire à concurrence de plus de 10 %.
3. Aujourd'hui, il est expressément prévu que l'opération doit se dérouler dans le respect du principe de l'intangibilité du capital social (la pratique antérieure était conforme à ce principe). A l'issue de l'opération, l'actif net ne peut donc être inférieur au capital libéré ou appelé augmenté des réserves indisponibles.
4. L'opération ne peut porter que sur des actions complètement libérées, - elle ne peut constituer un instrument déguisé de dispense quant à l'obligation de libérer l'apport.
5. L'égalité entre actionnaires doit être respectée, en ce sens que l'opération doit être offerte à tous les actionnaires ; le cas échéant, l'objet du rachat devra être soumis à une réduction proportionnelle.

Les exceptions... sont de deux types :

- ▶ Cas où il est fait exception à **certaines conditions** (art. 620 C. soc.) :
 - exceptions relatives à l'exigence d'égalité entre actionnaires :
 - rachat d'actions propres décidé par l'AG statuant à l'unanimité pour autant que tous les actionnaires soient présents ou représentés (en pratique, cela n'est envisageable que dans les petites sociétés) ;
 - ↳ cette première exception semble attester que le principe d'égalité entre actionnaires ne relève pas de l'ordre public, contrairement à ce qu'a décidé la Cour de cassation en 1992 dans l'arrêt Wagons-Lits.

Digression : l'arrêt Wagons-Lits

Les règles relatives à la cession privée de participations de contrôle sont d'ordre public. Dès lors, un actionnaire ne pourrait renoncer à la protection que la loi lui offre à cet égard, notamment à la règle suivant laquelle l'offrant est tenu d'offrir le même prix (soit par hypothèse un prix supérieur au cours de bourse) à tous les actionnaires en lançant une OPA, de sorte que les actionnaires minoritaires soient traités de la même manière. [Aujourd'hui, une telle OPA s'impose lorsqu'on a un seuil de participation supérieur à 30 %.] Selon la Cour de cassation, le droit au lancement de cette OPA relève de l'ordre public, dans la mesure où il relève du principe d'égalité entre actionnaires.

Il existe donc une contradiction entre cette jurisprudence de la Cour de cassation et l'article 620, 5° C. soc.
 - rachat d'actions propres réalisé en bourse, car dans ce cas tous les actionnaires ont vocation à y participer en donnant un ordre de bourse portant sur la vente de leurs actions ;
 - ↳ la réalisation de l'opération en bourse rencontre-t-elle vraiment l'exigence du principe d'égalité ? Non ! Car lorsqu'une société est tenue de faire une offre à tous les actionnaires, si la réponse est supérieure à l'offre, on procédera à une réduction proportionnelle, alors qu'en bourse, la règle sera : premier arrivé, premier servi (l'opération sera terminée lorsque l'ordre d'achat aura été rempli). Ce n'est donc pas un substitut adéquat au principe d'égalité entre actionnaires ;

- exceptions relatives à l'exigence d'une autorisation préalable de l'AG :
 - rachat d'actions propres en vue de les distribuer au personnel de la société (socialisme) ;
 - les statuts peuvent prévoir que l'autorisation de l'AG n'est pas requise lorsque l'opération de rachat d'actions propres est réalisée par le CA "pour éviter à la société un dommage grave et imminent" (en pratique, une OPA hostile) ; cette faculté n'est valable que pour une période de 3 ans à dater de la publication de l'acte constitutif ou de la modification des statuts ; elle est prorogeable pour des termes identiques par l'AG statuant aux conditions de quorum et de majorité prévues à l'article 559 (modification de l'objet social).
- ▶ Cas où il est fait exception à **toutes les conditions** : **l'art. 621 C. soc.** prévoit que l'art. 620 C. soc. n'est pas applicable... [4 séries de cas]
 - à l'acquisition par la société de ses propres actions en vue de leur destruction immédiate, en exécution d'une décision de l'AG pour réduire le capital conformément à l'article 612 (dans ce cas, sous réserve du respect des règles protectrices des créanciers contenues dans l'art. 612, il ne faudra pas respecter les conditions du rachat d'actions propres) ;
 - ↳ si l'AG décide une réduction du capital et un remboursement d'apports par l'effet de cette réduction de capital, les règles en matière de rachat d'actions propres ne s'appliquent évidemment pas - ce n'est donc pas cette situation que vise la disposition énoncée ci-dessus ;
 - ↳ ce qu'elle énonce, c'est la possibilité de procéder à un vrai rachat d'actions propres par réduction de capital, en combinant les deux opérations ;
 - ex. par ce biais, rachat d'actions propres portant sur plus de 10 % du capital ou financé par des actifs empiétant sur le capital libéré ou appelé augmenté des réserves indisponibles ;
 - à l'acquisition par la société de ses propres titres à la suite d'une transmission de patrimoine à titre universel ;
 - ex. à la suite d'une fusion inversée (reverse merger), qui est l'opération par laquelle une filiale absorbe sa société mère (la société mère est dissoute

anticipativement en vue de l'apport de l'intégralité de son patrimoine, tant activement que passivement, à sa filiale, qui comporte les actions qu'elle détient dans sa filiale ; l'article 620 C. soc., s'il s'appliquait, compliquerait l'opération, en particulier en ce qu'il requiert que le rachat d'actions propres ne porte sur plus de 10 % des actions représentatives du capital de la société) ;

- à l'acquisition par la société de ses propres actions lors d'une vente publique au sens du Code judiciaire (vente forcée) en vue de recouvrer une créance de la société sur le propriétaire de ces actions ; cependant, le rachat d'actions propres ne peut porter que sur des actions entièrement libérées dans ce cas ;
- en cas de rachat d'actions propres dicté par le souci de démanteler une participation croisée (la société mère rachète des actions à sa filiale - actions que celle-ci détient dans la société mère - pour démanteler une participation croisée).

(b) Les règles relatives au traitement des actions rachetées

- La société peut (mais ne doit pas) conserver les actions à l'actif de son bilan, en portant à celui-ci une valeur égale à la valeur d'acquisition des actions. Dans ce cas, une réserve indisponible d'un montant équivalent doit être constituée au passif du bilan, afin d'éviter l'apparition artificielle d'un actif net (qui augmenterait la possibilité de distribuer un dividende alors que la société n'acquerrait qu'un actif fictif puisque découlant de droits que la société détient contre elle-même).

La société peut également détruire les actions rachetées.

- Les droits de vote attachés aux actions rachetées sont suspendus afin d'éviter tout auto-contrôle.
- En ce qui concerne le droit aux dividendes, il existe deux possibilités :
 - ✓ le CA peut décider de suspendre le droit aux dividendes aussi longtemps que les actions n'ont pas été réaliénées. Dans ce cas, la partie du dividende qui eût été versée au porteur des actions (désormais propres) est conservée par la société et les autres actionnaires ne bénéficient donc pas d'un effet relatif ;
 - ✓ le CA peut décider de la distribution intégrale du dividende aux actions qui restent entre les mains des tiers (effet relatif).

(c) **Les règles relatives à la réaliénation d'actions propres**

↳ sinon il serait facile de favoriser un tiers

Le principe : les actions ne peuvent être réaliénées qu'en vertu d'une décision de l'AG statuant aux conditions de quorum et de majorité requises pour les modifications de l'objet social ; l'AG fixe les conditions auxquelles ces aliénations peuvent être faites. En pratique, la décision de l'AG autorisant la réaliénation des actions est simultanée à celle autorisant le rachat d'actions propres.

Les exceptions :

- dans les sociétés cotées, les statuts peuvent, par une disposition expresse, dispenser le CA de cette autorisation ; cela va de soi, puisque cette dispense sera l'œuvre soit des fondateurs, soit de l'AG des actionnaires ;
- l'aliénation est aussi libre (en ce sens qu'elle ne requiert pas l'autorisation de l'AG) lorsque les statuts autorisent le CA à procéder à un rachat d'actions propres "*pour éviter à la société un dommage grave et imminent*" (en pratique, une OPA hostile) ; dans ce cas, le CA peut donc loger les actions entre les mains d'un ami, d'un white knight ; la société peut alors encore effectuer un rachat d'actions propres (à supposer qu'elle n'ait pas pu le faire auparavant à cause de la limite des 10 %), et ainsi de suite ;
- l'autorisation de l'AG n'est pas requise pour les actions acquises en vue de leur distribution au personnel, lesquelles doivent être cédés dans un délai de douze mois à compter de leur acquisition ;
- l'autorisation de l'AG n'est pas requise pour les actions acquises à la suite d'une transmission de patrimoine à titre universel ou à l'occasion d'une vente publique en vue de recouvrer une créance de la société sur le propriétaire de ces actions ; dans ces cas, les actions rachetées doivent être aliénées dans un délai de douze mois à compter de leur acquisition ;
- enfin, l'autorisation de l'AG n'est pas requise pour les actions acquises pour démanteler une participation croisée, qui doivent être aliénées dans un délai de trois ans à compter de leur acquisition.

(d) **Les sanctions de la violation des règles sur les conditions du rachat d'actions propres**

La loi du 5 décembre 1984 a, à cet égard, entraîné une simplification par rapport à la situation antérieure.

- Les actions acquises au mépris des conditions énoncées plus haut sont nulles de plein droit et le CA doit procéder à la destruction des titres nuls, en particulier s'il s'agit de titres au porteur.
- Cette sanction s'ajoute-t-elle au droit commun ? La société a tout de même payé un prix pour leur acquisition ! En cas de nullité des actions, les actionnaires doivent-ils restituer le prix, conformément au droit commun des obligations ? Cette thèse a été défendue, mais en pratique, elle est impossible à mettre en œuvre lorsque les actionnaires sont inconnus.

On considère donc que c'est une sanction autonome qui, loin de s'ajouter au droit commun, se substitue à lui.

(e) **Les règles intéressant le rachat d'actions réalisé par une filiale directe de la société émettrice**

Le Code des sociétés procède à une assimilation partielle de l'opération de rachat d'actions propres et de l'opération par laquelle une filiale directe acquiert des actions de sa société mère, pour éviter que la société émettrice ne fasse indirectement ce qui lui est interdit directement. L'article 24bis de la Deuxième Directive (du 13 décembre 1976), dont résulte cette assimilation, se traduit actuellement dans l'**article 627 C. soc.**, qui soumet l'acquisition par une filiale directe d'actions de sa société mère à **toutes les conditions applicables normalement au rachat d'actions propres** en vertu de l'article 620 C. soc., sauf le principe d'égalité entre actionnaires tel que prévu par l'article 620, 5° C. soc., ce qui soulève **deux questions**.

- (1) Dans le chef de qui faut-il apprécier la réalisation des conditions auxquelles l'opération est soumise, - dans le chef de la filiale ou de la société mère ?
- (2) L'exclusion, par l'art. 627 C. soc., de la condition d'égalité entre actionnaires suffit-elle pour justifier que la société n'offre pas l'opération à l'ensemble des actionnaires de la société mère ?
 - (1) L'article 627 C. soc. prévoit qu'une filiale directe d'une SA ne peut acquérir des actions de cette dernière que dans le respect des conditions prévues à l'art. 620, 1° à 4° (à l'exclusion de l'art. 620, 5° prévoyant la condition d'égalité entre actionnaires). Cette formulation a suscité une controverse. Selon certains, les conditions prévues par l'art. 620, 1° à 4° C. soc. devraient s'apprécier dans le chef de la filiale, parce que c'est la filiale, en tant qu'entité juridique

propre, qui procède à l'opération. Cependant, selon la **tendance majoritaire**, ces conditions devraient s'apprécier **dans le chef de la société mère**, car l'article 627 C. soc. vise une opération réalisée pour le compte de la société mère. Techniquement, cette solution est justifiée :

- 1^{ère} condition : autorisation spéciale de l'AG : il est normal que cette autorisation émane de l'AG de la société mère, car l'impact de l'opération va se ressentir au niveau de celle-ci, par exemple au terme d'une stérilisation de contrôle au niveau des actionnaires de la société mère ;
- 2^{ème} condition : limitation des 10 % du capital souscrit : il résulte de la formulation de l'art. 620, 2^o C. soc. que la réalisation de cette condition doit s'apprécier au niveau de la société mère (société émettrice) ;
- 3^{ème} condition, selon laquelle l'opération ne peut porter que sur des actions entièrement libérées : ces actions sont, par définition, celles de la société mère ;
- plus délicate est la question de l'appréciation de la condition liée au principe de l'intangibilité du capital social (4^{ème} condition), puisque c'est non la société mère, mais la filiale qui consacre des fonds à l'acquisition de titres émis par la société mère. On pourrait dès lors penser que cette condition doit être appréciée au niveau de la filiale. Néanmoins, cette appréciation se fait au niveau de la société mère, et c'est normal car dans son ensemble, l'opération aura aussi un impact au niveau de la situation patrimoniale et financière de la société mère.

↳ L'acquisition des actions est réalisée par une filiale directe.

A l'actif de la société mère, sont portées les actions que la mère détient dans la filiale. En cas de liquidation de la filiale, on va réaliser les actifs de la filiale ; le cas échéant, il restera un solde après désintéressement des créanciers, qui sera consacré au remboursement des apports ; enfin, s'il reste un boni de liquidation, il sera distribué entre les actionnaires. La filiale a donc une certaine consistance patrimoniale et financière qui se reflète dans le bilan de la société mère, qui n'est pas neutre pour la société mère et ses actionnaires.

Dès lors, une opération qui a un impact sur la situation patrimoniale et financière de la filiale a aussi un impact sur celle de la société mère. En particulier, si la filiale directe consacre des deniers pour

acquérir des actions de la société mère, à l'actif de son bilan, des actions de la société mère remplaceront des avoirs financiers ; si l'on anticipe la liquidation de la filiale, la société mère aura, le cas échéant, non des avoirs en caisse, mais des actions, - virtuellement, par anticipation, la société mère est appelée à recevoir ses propres titres. Donc, d'une certaine façon, cet avoir fictif que la filiale active dans son bilan est activé dans celui de la société mère. Il est dès lors normal d'apprécier la condition de l'intangibilité du capital social dans le chef de la société mère, - puisque l'actif net de celle-ci est influencé par cette opération.

- (2) Pourquoi le législateur s'est-il abstenu d'étendre à l'opération par laquelle une filiale directe acquiert des actions de sa société mère à la règle suivant laquelle l'opération doit normalement se dérouler dans le respect du principe d'égalité entre actionnaires, et donc être offerte à tous ? Nul ne le sait ; cependant, le texte est clair.

La question s'est posée s'il n'était pas possible de pallier à cet inadvertement législatif par l'application des principes généraux, en particulier du principe selon lequel le droit européen prime sur le droit national des Etats membres lorsqu'il est déposé dans des directives si le délai de transposition est expiré et si les dispositions de la directive sont suffisamment précises pour permettre leur application directe = effet direct vertical des directives et d'une certaine façon aussi latéralement horizontal car le juge doit interpréter la législation nationale conformément à la directive. L'article 627 C. soc. exclut l'article 620, 5° C. soc. Ne s'imposerait-il pas aux juridictions belges saisies par des actionnaires minoritaires d'une violation du principe d'égalité entre actionnaires d'écarter l'application de l'article 627 C. soc. pour appliquer la directive, qui consacre le principe d'égalité entre actionnaires (et qui n'a donc pas été correctement transposée) ? *A priori* oui, mais il existe une objection qui s'y oppose. Celle-ci tient à la jurisprudence de la CJCE, dont il résulte que cet effet vertical et latéralement horizontal des directives par l'intervention des tribunaux nationaux ne peut se produire s'il aboutirait à l'application de droit européen *contra legem*, c'est-à-dire à l'encontre d'une disposition expresse du droit national : le juge doit *interpréter* le droit national à la lumière de la directive ; pour cela, il faut qu'il y ait matière à interprétation, par opposition aux cas où la loi nationale d'un Etat se place expressément en opposition à la Directive, auquel cas la seule sanction possible consiste en la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat membre devant la CJCE. En ce qui concerne l'exclusion de l'article 620, 5° C. soc. par l'article 627 C. soc., il n'y a pas matière à interprétation.

Il reste une possibilité, qui découle du droit financier. Un A.R. de 2003, remplacé récemment par un A.R. de novembre 2007, prévoit des règles applicables aux sociétés cotées. Il résulte de ces A.R. que les sociétés cotées ont l'obligation de traiter leurs actionnaires de manière égale. [Contrairement à ces A.R., le Code des sociétés ne comporte pas de disposition qui énonce comme tel le principe d'égalité entre actionnaires, mais seulement des applications de ce

principe.] En vertu du principe *lex specialis derogat generalibus*, ces A.R., pris en vertu d'une habilitation régulière du législateur, commandent que dans les sociétés cotées, le principe d'égalité entre actionnaires soit respecté lorsqu'une filiale directe acquiert des actions dans sa société mère, et que donc la filiale s'adresse à *tous* les actionnaires de la société mère.

★ La prise en gage de titres propres

La prise en gage par une société de ses propres actions est réglementée dans le même esprit que le rachat d'actions propres, parce que cette mise en gage peut conduire à une situation analogue. En effet, si à l'échéance du terme convenu, le débiteur de la société qui a constitué un gage portant sur des actions de la société n'exécute pas les obligations ainsi garanties, la société est en droit soit de faire réaliser les actions qui font l'objet du gage, soit de se faire attribuer celles-ci et donc de devenir propriétaire de ses propres titres. Dès lors, l'opération est soumise aux **mêmes conditions** qu'un rachat d'actions propres, **sous réserve du principe d'égalité entre actionnaires**, ce qui est logique car par définition, le gage porte sur des titres appartenant au débiteur de l'obligation garantie.

★ L'assistance financière

L'idée qui sous-tend la réglementation de l'opération d'assistance financière est que la société ne peut contribuer au financement de l'acquisition par un tiers de ses propres actions parce qu'alors la société met en risque son patrimoine pour l'acquisition de ses propres actions (au profit d'un tiers acquéreur et d'un actionnaire vendeur), au préjudice des actionnaires minoritaires et des créanciers. En particulier, l'opération peut entraîner des dangers aux termes du principe d'intangibilité du capital social.

Le législateur est intervenu sur base de la **Deuxième Directive (de 1976)**. Aujourd'hui, la matière est réglée par l'**article 629 C. soc.**, qui est rédigé en des termes plus restrictifs que ne le supposait la directive.

• Le principe

Selon le § 1^{er} de cette disposition, "*une société anonyme ne peut avancer des fonds, ni accorder des prêts, ni donner des sûretés en vue de l'acquisition de ses actions (...) par un tiers (...)*". Si l'on s'en tient au texte de cette disposition, sont donc seules prohibées les trois variétés d'assistance financière qui consistent pour

la société à avancer des fonds, accorder des prêts et donner des sûretés en vue de l'acquisition de ses actions par un tiers, et non les autres formes d'assistance financière. Cette conception s'oppose au droit anglais, qui prohibe de manière générale l'assistance financière, sous quelque forme que ce soit. La question s'est dès lors posée s'il fallait interpréter l'article 629 C. soc. restrictivement ou, au contraire, considérer qu'il ne comportait que des applications d'un principe plus général dont la portée devait s'apprécier à la lumière de la Deuxième Directive. Actuellement, **deux écoles** existent :

- selon la première école, la règle énoncée par l'article 629 C. soc. déroge au droit commun des pouvoirs du CA et est pénalement sanctionnée ; cette disposition doit, dès lors, être interprétée restrictivement, et les autres formes d'assistance financière que celles qu'elle énumère ne sont pas prohibées ;
- la deuxième école se base sur le droit comparé et le texte de la directive pour conclure que l'art. 629 C. soc. ne fait qu'énumérer quelques illustrations d'un principe plus général.

Ex. L'opération par laquelle la société dont les titres sont acquis absorbe (fusion par absorption) ensuite la société qui a acquis les titres serait interdite, car cette absorption aurait pour effet de faire supporter la charge de l'opération par la société dont les titres ont été acquis. [Par hypothèse, la société qui a acquis les titres est devenue l'actionnaire majoritaire dans la société dont elle a acquis la titres.] Cette interprétation extensive, et contraire au texte de l'article 629, suppose en tout cas que la fusion par absorption ait été prévue comme une modalité de financement de l'opération d'acquisition, avant la réalisation de celle-ci.

Au-delà des règles prévues par l'art. 629 C. soc., qui sont propres à l'opération d'assistance financière, le **droit commun** subsiste, en particulier la prohibition des abus de biens sociaux et des abus de majorité (ces principes permettent aux actionnaires minoritaires de faire annuler des décisions portant atteinte à leurs intérêts).

Ex. Les actionnaires minoritaires pourraient donc contester la décision d'absorption visée ci-dessus sur cette base, car elle ne profite qu'à la société qui a acquis les titres et ses actionnaires.

- **Les exceptions**

L'art. 629, § 2 prévoit que l'art. 629, § 1^{er} ne s'applique pas aux avances, prêts et sûretés consentis à des membres du personnel de la société ou à des sociétés contrôlées par les membres du personnel de la société (véhicules visant à

permettre aux membres du personnel d'acquérir des titres) pour l'acquisition d'actions de cette société (socialisme).

Toutefois, ces opérations ne peuvent avoir lieu que dans le respect du principe de l'intangibilité du capital social.

La **Directive du 6 septembre 2006**, non encore transposée, vise à libéraliser les opérations d'assistance financière, pour les replacer dans le droit commun de l'abus de biens sociaux et de l'abus de majorité.

★ **Les participations croisées** (cf. le droit des groupes)

v. La diminution du capital social suite à des pertes

Nous avons vu deux grandes variétés de règles :

- les règles relatives à la réduction du capital, soit une modification formelle du montant du capital figurant dans les statuts et au bilan de la société ;
- les règles relatives à des opérations susceptibles de faire descendre l'actif net en-dessous du capital libéré ou appelé augmenté des réserves indisponibles, en particulier le rachat d'actions propres.

Mais il peut se produire une troisième variété de situations, où les fonds propres de la société, appréciés par rapport au capital social en tant que celui-ci est la garantie des tiers, sont affectés négativement par des pertes que la société encourt dans le cadre de l'exploitation de ses activités. Les fonds propres sont affectés non par des opérations particulières qu'il s'agit de régler, mais par la conjoncture économique. C'est le domaine de l'entreprise en difficulté, qui au point extrême conduit, le cas échéant, à la faillite ou au concordat.

Les **art. 633 et 634 C. soc.** s'intéressent à de telles situations (diminution des fonds propres par suite de pertes constatées en cours d'exploitation de l'entreprise), dans un souci de protection du capital social en tant que garantie des tiers.

● **1^{ère} situation : actif net réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social**

Ex. capital : 100 ; actif brut : 100 ; dettes : 60 ; actif net : 40, soit moins de la moitié de 100 (le capital est perdu à concurrence de plus de la moitié de son montant).

Ce n'est pas parce que la société enregistre des pertes de cette ampleur que les conditions de la faillite sont réunies dans son chef : il se peut qu'elle arrive

encore à payer ses dettes ou qu'elle bénéficie du crédit de ses cocontractants. Cependant, elle se trouve dans une situation dangereuse. C'est pourquoi, l'article 633 C. soc. prévoit une sonnette d'alarme : dans les deux mois à dater du moment où il constate la perte, le CA doit convoquer l'AG et lui poser la question d'une éventuelle mise en liquidation anticipée de la société. Il justifie ses propositions dans un rapport spécial. S'il propose la poursuite des activités, il expose dans son rapport les mesures qu'il compte adopter en vue de redresser la situation financière de la société. L'AG peut décider de la dissolution de la société aux conditions de fond et de forme prescrites pour la modification des statuts (acte authentique, quorum de 1/2 lors de la première AG et majorité de 3/4 des voix présentes ou représentées).

- **2^{ème} situation : actif net réduit à un montant inférieur au quart du capital social**

La même procédure s'applique dans ce cas, mais compte tenu de la gravité de la situation, la mise en liquidation est acquise si elle est votée par le quart des voix émises à l'assemblée.

Dans ces deux situations, les termes de la comparaison se définissent différemment de ceux qu'on applique lorsqu'il s'agit d'examiner si le principe de l'intangibilité du capital social est violé à l'occasion d'une répartition d'actifs entre actionnaires :

- l'article 617 C. soc., relatif au principe de l'intangibilité du capital social, commande de comparer l'actif net au capital libéré ou appelé augmenté des réserves indisponibles ;
- l'article 633 C. soc. prévoit la procédure de la sonnette d'alarme dans les cas où l'actif net est inférieur à la 1/2 ou au 1/4 du montant du capital social, c'est-à-dire du capital souscrit.

- **3^{ème} situation : actif net inférieur au montant du capital minimum (61 500 EUR [dans les SA])**

Dans ce cas, tout intéressé peut demander la dissolution judiciaire anticipée de la société ; le tribunal peut accorder un délai à la société pour régulariser la situation (par une reconstitution des fonds propres à concurrence du montant minimal du capital).

§3. Règles particulières aux SCA

Les SCA comportent deux variétés d'actionnaires :

- les actionnaires **commanditaires**, qui n'engagent que leur apport ;
- les actionnaires **commandités**, qui sont responsables des dettes sociales sur leur patrimoine propre. Seuls eux peuvent se voir attribuer le pouvoir de représentation de la société à l'égard des tiers.

En vertu des **articles 654 à 660 C. soc.**, la SCA est régie par les **règles applicables aux SA**, sous réserve d'une exception notable : le gérant de la SCA dispose d'un droit de veto sur les décisions ressortissant de la compétence de l'AG, en ce compris les décisions intéressant sa propre révocation ; il est donc irrévocable. C'est pourquoi, la SCA est assez souvent utilisée comme mesure de défense anti-OPA : même si le promoteur de l'OPA obtient le contrôle de l'AG en termes de volume de droits de vote, il ne pourra prendre le contrôle de la société qu'en révoquant le gérant avec l'accord de celui-ci !

§4. Règles particulières aux sociétés mixtes

Ces sociétés obéissent à des règles inspirées du régime des sociétés par actions et de celui des sociétés de personnes. Il s'agit des SPRL et des sociétés coopératives.

4. Règles particulières applicables aux SPRL

a. Généralités

La SPRL est réglementée par les **art. 210 et s. C. soc.**

Au fil des réformes, le législateur a soumis les SPRL de plus en plus souvent aux règles applicables en matière de SA, sans pour autant dénaturer cette variété de sociétés. Le régime des SPRL continue donc à présenter certaines **spécificités**.

La SPRL est une société dans laquelle les associés n'engagent que leur apport (art. 210 C. soc.). Une particularité essentielle qui distingue les SPRL des SA est que les **parts sociales** ne sont transmissibles que moyennant le respect de certaines conditions - elles ne sont pas librement cessibles, et que les parts sociales ne peuvent pas être matérialisées dans des titres négociables. Les SPRL sont donc des sociétés à responsabilité limitée des associés faisant l'objet d'un régime particulier du point de vue de la cession des parts sociales (v. plus loin pour plus de détails).

b. Règles intéressant les SPRLU

Une **société unipersonnelle** peut se constituer sous cette forme (SPRLU) (art. 211 C. soc.). Les art. 212 et 213 C. soc. prévoient cependant certaines contraintes à cet égard :

- une même personne ne peut constituer qu'une SPRLU à la fois ; si elle constitue une deuxième SPRLU, elle est solidairement responsable des obligations de cette deuxième SPRLU aussi longtemps que la situation n'a pas été régularisée par la dissolution de la SPRLU ou l'entrée dans celle-ci d'un deuxième associé ;
- seule une personne physique peut, en principe, constituer une SPRLU ; lorsqu'une personne morale constitue une SPRLU, elle est solidairement responsable des engagements de celle-ci aussi longtemps que la situation n'a pas été régularisée par l'entrée d'un deuxième associé dans le capital, par la dissolution de la SPRLU ou par la cession des parts à une personne physique ;

- si une SPRL devient unipersonnelle en cours de vie sociale [suite à une cession entre vifs ou à une transmission à cause de mort, un seul associé concentre toutes les parts sociales entre ses mains], une règle spéciale est prévue en ce qui concerne le montant libéré du capital social : celui-ci doit, dans un délai d'un an, atteindre 12 400 EUR au moins, sauf si, dans ce même délai, un nouvel associé entre dans la société ou celle-ci est dissoute. A défaut, l'associé unique est responsable solidairement des dettes de la société contractées depuis qu'elle est devenue unipersonnelle.

c. Règles intéressant la constitution des SPRL

La constitution des SPRL obéit à des règles semblables à celles applicables à la constitution des SA :

- ✓ l'acte constitutif doit revêtir la forme d'un **acte authentique** ;
- ✓ le **capital social** doit être **intégralement souscrit** et d'un **montant minimal de 18 550 EUR** ;
- ✓ dès la constitution de la société, le capital doit être **libéré** à concurrence de **6 200 EUR** au moins ; en outre, les **apports en numéraire** doivent être libérés à concurrence d'**1/5** au moins et les **apports en nature** doivent être **entièrement** libérés ;
- ✓ le régime des **sanctions** de la violation des règles intéressant la constitution de la société est analogue à celui applicable en matière de SA :
 - les causes de nullité des SPRL sont énumérés de manière limitative ;
 - la responsabilité des fondateurs obéit à un régime analogue à celui prévu en matière de SA.

d. Régime des parts sociales dans les SPRL

Le régime des parts sociales singularise le plus la SPRL

- du point de vue des variétés de parts sociales ou de titres que la société peut émettre ;
- du point de vue des conditions auxquelles les parts sociales peuvent être cédées ou transmises à cause de mort.
- Les parts représentatives du capital social **ne peuvent être matérialisées dans des titres négociables**. Les parts sociales sont représentées par une écriture dans un registre des parts tenu au siège social, qui ne constitue pas un registre de titres nominatifs : les parts sociales sont nominatives uniquement en ce que le nom de leur propriétaire figure dans le registre des parts ; en revanche, elles ne peuvent circuler comme des titres négociables. D'ailleurs, l'art. 210, § 2 C. soc. prévoit que les SPRL ne peuvent faire des appels publics à l'épargne : elles restent des sociétés purement privées.
- Les **variétés de titres** que la SPRL peut émettre sont limitées : l'art. 232 C. soc. prévoit que "*il peut exister dans les sociétés privées à responsabilité limitée des parts et des obligations. (...) Il ne peut être émis de parts bénéficiaires non représentatives du capital ni de warrants ou d'obligations convertibles*". Notons que les obligations émises par les SPRL peuvent l'être sous forme de titres négociables (à la différence des parts sociales).

En ce qui concerne les droits attachés aux parts, signalons qu'il est possible pour une SPRL d'émettre des parts sans droits de vote, aux mêmes conditions qu'une SA peut émettre des actions sans droit de vote.

Signalons l'art. 242 C. soc. relatif à la certification des parts sociales. Outre des parts sociales et des obligations, prévues par l'art. 232 C. soc., il peut donc exister dans les SPRL des certificats représentatifs de parts sociales.

- Ce qui caractérise également les SPRL est le **régime de cessibilité et de transmissibilité limitées** des parts sociales, qui confère à cette variété de sociétés un caractère fermé (art. 249 à 252 C. soc.).
 - ↳ **Le principe** : les parts sociales ne sont cessibles entre vifs et transmissibles à cause de mort que moyennant l'agrément de la moitié au moins des associés (réunis en AG) possédant ensemble au moins 3/4 du capital social, déduction faite des droits attachés aux parts sociales qui font l'objet de la cession ou de la transmission.

- ↳ **Les exceptions** : l'agrément n'est pas requis (les parts sont donc librement cessibles et transmissibles)
 - lorsque l'acquéreur est déjà associé ;
 - lorsque l'acquéreur est le conjoint du cédant ou testateur ;
 - lorsque les parts sont cédées ou transmises à un descendant ou ascendant en ligne directe

[idée : la SPRL est un véhicule approprié pour les petites entreprises familiales] ;

- lorsque le cessionnaire est agréé dans les statuts (nominalement).

Ces exceptions sont applicables **sauf disposition contraire des statuts**. Les statuts peuvent donc restreindre la cessibilité et la transmissibilité des parts sociales même aux catégories de personnes énumérées ci-dessus.

- ↳ **Quid si l'agrément requis est refusé ?** Le Code des sociétés ne veut pas rendre les associés prisonniers de leurs parts. Il procède à une distinction entre la cession de parts entre vifs et la transmission de parts à cause de mort.

- **Cession de parts entre vifs** : en vertu de l'art. 251 C. soc.,

“Sauf dispositions spéciales des statuts, le refus d'agrément d'une cession entre vifs pourra donner lieu à recours du ou des intéressés devant le tribunal (de commerce du siège de la société) siégeant en référé (...).

Si le refus est jugé arbitraire [selon quels critères ? Ils ne sont pas définis ; en principe, à défaut de disposition contraire des statuts, le juge procédera à un examen de la légitimité du refus au regard de l'intérêt social], les associés opposants ont trois mois à dater de l'ordonnance pour trouver acheteurs aux prix et conditions fixés dans les statuts. A défaut de clause statutaire, le prix et les modalités seront, sauf accord des intéressés, fixés par le tribunal compétent (...).

Si le rachat n'a pas été effectué dans le délai de trois mois prévu ci-dessus, le cédant pourra exiger la dissolution de la société (...).

- **Transmission de parts à cause de mort** : l'art. 252 C. soc. prévoit une procédure similaire (mais non identique) : les héritiers et légataires de parts, qui ne peuvent devenir associés parce qu'ils n'ont pas été agréés comme tels, peuvent envoyer une lettre recommandée par laquelle ils sollicitent le rachat de leurs parts par

la société ou par tout autre candidat acquéreur que celle-ci présentera. A défaut de réponse ou d'accord entre la société et les héritiers ou ayants-cause, il appartiendra au tribunal de commerce du lieu du siège de la société siégeant en référé de condamner les associés opposants à présenter un acquéreur aux héritiers ou ayants-cause aux conditions prévues par les statuts ou, à défaut, par le juge lui-même [ici, il n'est pas question de refus arbitraire ou non]. Si le rachat n'est pas été effectué endéans les trois mois, les héritiers ou ayants-cause sont en droit d'exiger la dissolution anticipée de la société.

e. Fonctionnement organique des SPRL

Le fonctionnement organique des SPRL est calqué sur celui des SA :

- ✓ assemblée générale ;
- ✓ organe d'administration ;
- ✓ organe de contrôle et de surveillance ;

il faut relever les **particularités** suivantes en ce qui concerne l'organe d'administration :

- la gestion de la société peut être confiée à une seule personne ;
- si la gestion de la société est confiée à plusieurs personnes, celles-ci ne forment un collège que si les statuts l'imposent, - par défaut s'applique le principe de la gestion individuelle concurrente.

f. Régime du capital social dans les SPRL

Le régime du capital social dans les SPRL est calqué sur celui de la SA (règles analogues en matière d'augmentation de capital, de réduction du capital, de rachat d'actions propres, de prise en gage par la société de ses propres titres, d'assistance

financière), sauf une **réserve notoire** : les statuts ne peuvent autoriser le ou les gérants à procéder à une augmentation de capital (pas de capital autorisé).

2. Règles particulières applicables aux sociétés coopératives

La société coopérative est organisée par les **articles 350 à 436 C. soc.**

a. Définition de la société coopérative et principes généraux qui la caractérisent

Selon l'article 350 C. soc., *“la société coopérative est celle qui se compose d'associés dont le nombre et les apports sont variables”*. Les sociétés coopératives se caractérisent en effet par le fait que le **fonds social** (équivalent du capital) peut y **varier** en vertu d'opérations propres à la société coopérative, qui se distinguent par exemple d'une réduction du capital dans les sociétés de capitaux ou d'une variation du personnel dans les sociétés de personnes.

La société coopérative procède d'une **philosophie particulière**. En principe, une société est un groupement de personnes ou de capitaux qui vise au partage entre ses membres de profits résultant d'activités exercées en commun et financées par les associés, soit par des apports en numéraire, soit par des apports en nature (ainsi que, éventuellement, par des apports en industrie, qui peuvent être une sorte de complément). L'idée est que les associés contribuent au financement d'une activité qui permettra la réalisation d'un profit destiné à être distribué entre eux. La situation est différente dans les sociétés coopératives, dont les membres ont pour but non de réaliser un profit à partager entre eux en rémunération d'un capital investi, mais de **satisfaire leurs besoins à moindre coût en mettant en commun leurs capacités industrielles ou commerciales**, ce qui leur permet de réaliser des économies d'échelle, en supprimant des intermédiaires, en excluant la recherche d'un profit capitaliste et en respectant le principe d'égalité entre les membres de la société. Les sociétés coopératives sont ouvertes à tous ceux qui partagent les mêmes valeurs et poursuivent le même but. La société coopérative est donc vue comme une

sorte de phalanstère (une communauté de personnes partageant un intérêt commun).

Cette philosophie générale de la société coopérative se traduit par certains **principes fondamentaux**, dont le Code des sociétés comporte des applications et auxquels il apporte aussi certains aménagements.

1. Élargissement de la notion de but de lucre

Dans les sociétés coopératives, plus que dans toute autre forme sociale, le bénéfice à partager visé par l'art. 1^{er} C. soc. consiste en l'économie d'une charge. Cet élargissement de la notion de bénéfice s'accompagne de la possibilité de distribuer l'éventuel excédent de recettes sur les dépenses sous la forme de ristournes, et non de dividendes.

↳ Les statuts *peuvent* organiser la distribution des bénéfices sous forme de dividendes, mais tel n'est pas le but premier de la société coopérative ; dès lors, le bénéfice peut se répartir sous forme de ristournes, qui sont une sorte de récompense liée au volume des opérations réalisées par les associés dans le cadre de la société coopérative (alors que les dividendes distribués aux associés sont liés au montant de leurs apports respectifs).

2. Principe de la double qualité

Ce principe est inhérent à l'idéal coopératif. Normalement, les associés font des apports en vue de financer des activités dont ils espèrent de tirer des profits. Dans les sociétés coopératives, les associés effectuent également des apports, mais leur but est la mise en commun de leurs capacités en vue de la satisfaction d'intérêts communs. Les membres de la société coopérative sont donc en général à la fois associés et fournisseurs et clients ; c'est en ce sens que l'on dit qu'ils ont double qualité. Et ce n'est qu'à titre exceptionnel que la société coopérative peut entrer en contact avec des tiers (par exemple, pour vendre des produits non achetés par les coopérateurs ; dans ce cas, elle devient un intermédiaire et réalise des bénéfices).

3. Egalité entre associés

Dans les sociétés coopératives, les associés sont en principe considérés comme égaux, indépendamment du volume des opérations qu'ils réalisent avec la coopérative et indépendamment des apports auxquels ils consentent. Le principe est donc 1 associé = 1 voix. Le Code des sociétés permet toutefois de déroger à ce principe.

4. Principe dit d'ouverture

En réalité, ce principe connaît des aménagements substantiels résultant du Code des sociétés et des statuts.

En vertu de ce principe,

- ✓ on peut entrer dans la société coopérative ; cela implique la réalisation d'un apport - voici une première opération au terme de laquelle le fonds social varie ;
- ✓ on peut sortir de la société coopérative (ex. démission, retrait de parts, impliquant le remboursement de la valeur des parts concernées dans le fonds social).

Ce principe, qui exprime la variabilité du capital social, est complété par le fait que la société coopérative peut adapter ses moyens par des appels de cotisations, que ses statuts peuvent organiser en fonction des besoins de la société.

Voici donc les principes qui sont inspirés par l'idéal coopératif propre à ce type de sociétés. Curieusement, les L.C.S.C., et aujourd'hui le Code des sociétés, n'ont gardé que des traces de cet idéal coopératif ; en réalité, ce qui caractérise la réglementation de cette forme sociale est une **grande liberté laissée aux fondateurs**. Cela a donné lieu à certaines déviations par rapport au modèle original, ce qui était tout à fait possible puisque l'idéal coopératif ne constitue pas une condition juridique de la société coopérative. Des groupements se sont donc constitués sans être animés par l'idéal coopératif, étant utilisés comme instruments de coopération entre grandes entreprises (c'étaient en quelque sorte des ancêtres du GIE).

Dès lors, il convient de faire aujourd'hui une distinction entre :

- les **coopératives agréées** (conditions d'agrément instituées par un A.R. du 8 janvier 1962), qui bénéficient de certains avantages, notamment fiscaux ;
- les **coopératives non agréées**, qui ne répondent pas à l'idéal coopératif originel (mais qui répondent aux conditions techniques des sociétés coopératives).

Sur le plan technique, la société coopérative est caractérisée par la **liberté des fondateurs quant au choix du régime de responsabilité des associés** (responsabilité limitée ou illimitée).

Nous examinerons d'abord les règles communes aux sociétés coopératives à responsabilité limitée et illimitée, et ensuite certaines règles particulières aux SCRL

visant à la protection des tiers ; ces dernières sont en effet soumises à un régime inspiré du droit des SA et des SPRL et tendant à la protection du capital social en tant que garantie des tiers.

b. Règles communes intéressant les opérations impliquant une variation du fonds social

i. Admission de nouveaux membres (art. 366 C. soc.)

L'admission de nouveaux membres n'est possible que moyennant le respect des conditions énoncées à l'art. 366 C. soc., de sorte qu'est d'application le principe de la porte entrouverte plutôt que celui de la porte ouverte.

En vertu de cette disposition,

“Les tiers ne peuvent être admis dans la société que si :

1° ils sont nominalement désignés dans les statuts;

2° ils font partie de catégories que les statuts déterminent (...) ; en ce cas, l'agrément de l'assemblée générale est requis, à moins que les statuts n'aient confié cette compétence à un autre organe”.

ii. Démission (art. 367 C. soc.), retrait de parts (art. 367 C. soc.), exclusion (art. 370 C. soc.)

- **Démission** : tout associé peut, par acte unilatéral et sans avoir à donner de motif, démissionner de la coopérative, ce qui constitue une originalité par rapport aux autres formes sociales. Cependant, en vue d'empêcher les spéculations, l'art. 367 prévoit que *“ce droit ne peut être exercé que dans les six premiers mois de l'année sociale”.*

N.B. L'admission de la démission des associés des sociétés coopératives constitue une originalité notable au regard des autres formes sociales :

- Dans les sociétés de capitaux, la démission n'est pas possible ; pour sortir de la société, l'actionnaire doit trouver un acquéreur pour ses titres ou

participer, par exemple, à une opération de rachat d'actions propres ou d'amortissement du capital.

- Dans les SPRL, il n'est pas non plus possible pour un associé de démissionner.
- Dans les sociétés de personnes (SNC et SCS), la démission d'un associé entraîne la dissolution de la société si celle-ci a été constituée pour une durée indéterminée, et n'est pas possible si la société a été constituée pour une durée déterminée.
- **Retrait de parts** : les associés peuvent aussi retirer une partie des parts dont ils sont titulaires, ce qui correspond à une démission partielle.

Le retrait de parts se distingue du retrait de versements, visé à l'art. 377 C. soc., qui est une opération de trésorerie : *“sauf disposition statutaire contraire, (...) chaque associé a le droit de retirer les montants qu'il a libérés, si l'assemblée générale ou un autre organe habilité par les statuts, l'y autorise. Ce retrait ne le dispense pas de son obligation de faire apport”*. Le retrait de versements permet à un associé de disposer momentanément de liquidités ; cet associé reste tenu pour le montant des apports qu'il a souscrits.

- **Exclusion** : l'art. 370 C. soc. prévoit que l'exclusion d'un associé est possible *“pour justes motifs ou pour toute autre cause indiquée dans les statuts”*. Elle est prononcée par l'AG, sauf si les statuts en disposent autrement.

La démission, le retrait de parts, ainsi que, en principe, l'exclusion impliquent la **remise**, à l'associé qui démissionne, retire ses parts ou est exclu, **de la valeur des parts** concernées telle qu'elle résulte du bilan social de l'année à laquelle cet événement s'est produit. Ces opérations impliquent donc, en quelque sorte, une liquidation partielle du capital (du fonds social) au profit de l'associé concerné. Cependant, les statuts peuvent déroger à ce principe pour le cas de l'exclusion d'un associé. Cette disposition constitue une clause pénale dans la mesure où l'exclusion a lieu pour justes motifs. La question s'est posée de savoir si un associé pouvait être privé de la totalité de son apport à titre de sanction.

iii. Décès, faillite, déconfiture ou interdiction d'un associé

L'art. 375 C. soc. prévoit qu' *“en cas de décès, de faillite, de déconfiture ou d'interdiction d'un associé, ses héritiers, créanciers ou représentants, recouvrent la valeur de ses parts de la manière déterminée par l'article 374”*. Mais ces circonstances n'entraînent pas la

dissolution de la société, sauf si les statuts lui ont conféré un statut *intuitu personae* vis-à-vis de l'associé concerné.

c. Règles communes relatives à la constitution de la société coopérative (art. 351, 354 et 355 C. soc.)

- La société coopérative doit compter **au moins 3 membres** (7 avant 1984) (cette règle issue de la tradition est arbitraire).
- Le capital de la société coopérative doit comporter une **part fixe** : la coopérative est une société à capital variable, mais même dans les SCRI, une part fixe de ce capital ne peut varier (pour assurer le sérieux dans la constitution de la société) ; ce capital minimal intangible joue le même rôle que le capital social dans les sociétés de capitaux.
 - Dans les SCRI, la part fixe est librement déterminée par les statuts ; la règle peut donc être assez platonique ;
 - dans les SCRL, la part fixe doit s'élever à au moins 18 550 EUR (art. 390 C. soc.).
- La société peut être constituée par **acte authentique** ou par **acte sous seing privé**. L'acte constitutif doit comporter certaines **mentions**, qui décrivent la manière donc les fondateurs envisagent le fonctionnement de la société ; ces mentions sont énumérées à l'art. 355 C. soc. :

“1° la désignation des apports;

2° les conditions d'admission, de démission et d'exclusion des associés et les conditions de retrait de versement;

3° les règles qui déterminent le nombre et le mode de désignation des membres des organes chargés de l'administration, de la représentation à l'égard des tiers, du contrôle de la société, ainsi que la répartition des compétences entre ces organes et la durée de leur mandat;

4° les droits des associés;

5° le mode de convocation de l'assemblée générale, la majorité requise pour la validité des délibérations, le mode de vote;

6° la répartition des bénéfices et des pertes”.

↳ Le fonctionnement organique de la coopérative est donc en principe laissé à la libre appréciation des fondateurs.

d. Régime des parts sociales (règles communes) (art. 356 et 359 à 365 C. soc.)

La société coopérative émet, en rémunération des apports, des parts sociales représentatives de ces apports. Ces parts sont nominatives et sont représentées par une écriture dans un registre des parts tenu au siège social. En revanche, elles ne constituent pas des titres négociables (dans les coopératives, les parts sociales ne peuvent être matérialisées dans des titres négociables). Le transfert des parts sociales s'opère par une inscription dans le registre des parts tenu au siège social. En dehors de ces parts sociales nominatives, il ne peut être créé d'autre espèce de titres qui représenteraient des droits sociaux ou qui donneraient lieu à la reconnaissance de droits sociaux (= règle limitant la liberté statutaire). Les coopératives ne peuvent donc contenir qu'une catégorie de parts, qu'une catégorie d'associés. Cette règle constitue une réminiscence de l'idéal coopératif. Ex. il ne peut pas être créé de certificats de participation, de parts de jouissance, de titres innommés... Cette règle n'exclut cependant pas l'émission d'obligations dans les conditions prévues aux statuts.

Les parts sociales peuvent être transférées suivant les conditions prévues par la loi ou les statuts :

- elles sont librement cessibles à des associés, à moins que les statuts n'en disposent autrement [les statuts peuvent subordonner le transfert de parts sociales à un associé à certaines conditions] ;
- elles ne sont cessibles à des tiers qu'aux conditions requises pour l'admission de nouveaux membres [qui entrent dans la société en effectuant un apport]. Rappel : ces tiers doivent soit être nominalement désignés dans les statuts, soit répondre aux critères généraux fixés par ceux-ci et être agréés par l'AG.

e. Fonctionnement organique (règles communes)

A cet égard, les deux règles les plus caractéristiques sont les suivantes :

- En vertu de l'art. 355 C. soc., le principe de la liberté statutaire l'emporte en matière de fonctionnement organique de la coopérative ; mais *quid* si les statuts ne prévoient rien sur la question ? La réponse se trouve dans l'art. 378 C. soc., qui prévoit que "*en cas de silence des statuts, la société coopérative est administrée par un administrateur, associé ou non, nommé par l'assemblée générale*".

N.B. L'administrateur unique ou les administrateurs sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution de leur mandat (art. 380 C. soc.) = responsabilité pour faute de gestion. En revanche, il n'existe pas, pour les sociétés coopératives [abstraction faite des règles applicables aux SCRL], de règles semblables à celles qui prévalent dans les SPRL et les SA en matière de responsabilité aggravée en cas de faute de gestion constituant également un manquement au Code des sociétés ou aux statuts, en matière de responsabilité liée aux conflits d'intérêts et en matière de responsabilité spéciale en cas de faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite.

- En matière de contrôle des comptes, l'art. 385 C. soc. prévoit que "*par dérogation à l'article 166 [qui prévoit qu'au cas où aucun commissaire n'est nommé, ce qui est permis dans les petites sociétés ainsi que dans certaines formes sociales, chaque associé a individuellement les pouvoirs d'investigation et de contrôle des commissaires], les statuts peuvent prévoir que les pouvoirs d'investigation et de contrôle des associés individuels sont délégués à un ou plusieurs associés chargés de ce contrôle (...)*".

f. Règles propres à la SCRL (art. 390 à 434 C. soc.)

Un certain nombre de concepts importés du droit des SA et des SPRL ont été rendus applicables aux SCRL.

i. La part fixe du capital social

La part fixe du capital social ne peut être inférieure à 18 550 EUR et ne peut varier qu'aux conditions de fond et de forme requises pour une modification des statuts.

ii. La souscription du capital social

Transposition des règles vues plus haut en matière de SA et de SPRL

- ✓ concernant le contrôle révisoral des apports en nature,
- ✓ concernant les quasi-apports en nature
- ✓ en matière de libération minimale des apports en numéraire et en nature
 - ↳ la part fixe du capital social doit être intégralement libérée dès la constitution à concurrence de 6 200 EUR ;
 - ↳ les apports en numéraire et en nature doivent être libérés à concurrence d'un quart.

iii. Les causes de nullité de la SCRL et les sanctions des irrégularités dans la constitution de la SCRL

- Comme pour les SA et les SPRL, la nullité d'une SCRL ne peut être prononcée que dans certains cas limitativement énumérés (v. art. 403 C. soc.).
- Sanction des irrégularités dans la constitution de la SCRL : responsabilité personnelle et solidaire des fondateurs tant à l'égard de la société que de tout tiers préjudicié.

Ex. si une souscription est nulle en raison d'un vice de consentement, si un apport en nature est surévalué.

iv. Le fonctionnement organique de la SCRL

Le fonctionnement de la SCRL est soumis à des règles inspirées du droit des SPRL et des SA.

- 1) **Principe d'inopposabilité aux tiers des restrictions au pouvoir de représentation des organes de représentation** découlant de l'objet social (comme dans les SA et les SPRL)

L'art. 407 C. soc. prévoit, par dérogation au droit commun du mandat, que *“la société est liée par les actes accomplis par l'organe de gestion, même si ces actes excèdent l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve”*.

- 2) **Cas de responsabilité particuliers** qui aggravent la responsabilité des administrateurs ou gérants de la SCRL : [outre la responsabilité de droit commun pour faute de gestion,]

- ✓ régime de responsabilité particulier en cas de faute de gestion constituant un manquement au Code des sociétés ou aux statuts (art. 408 C. soc.) ;
- ✓ action en comblement de passif en cas de faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite (art. 409 C. soc.) ; l'action en comblement de passif est toutefois exclue pour certaines petites SCRL (comme elle est exclue pour certaines petites SPRL), - plus précisément, *“lorsque la société en faillite a réalisé, au cours des trois exercices qui précèdent la faillite, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620 000 EUR, hors taxe sur la valeur ajoutée, et lorsque le total du bilan au terme du dernier exercice n'a pas dépassé 370 000 EUR”* (art. 409, al. 2 C. soc.) ;
- ✓ action sociale minoritaire : des associés minoritaires peuvent mettre en œuvre l'action en responsabilité pour faute de gestion contre les administrateurs aux mêmes conditions que dans les SA et les SPRL (art. 416-417 C. soc.).

- 3) **Fonctionnement de l'AG**

En principe, les fondateurs déterminent librement le fonctionnement organique de la société coopérative. Toutefois, en matière de SCRL, certaines règles s'appliquent **nonobstant toute disposition contraire des statuts** :

- reddition annuelle des comptes (art. 410-411 C. soc.) : régime calqué de celui applicable à la reddition annuelle des comptes dans les SA (reddition annuelle des comptes à une AG ordinaire annuelle, qui se prononce sur la décharge des administrateurs et sur l'affectation des résultats de l'exercice écoulé) ;
- modification de l'objet statutaire (art. 413 C. soc.) : comme dans les SA et les SPRL, toute modification de l'objet social requiert un quorum de moitié à la première AG et une majorité de 4/5.

4) Règles concernant la **protection de la part fixe du fonds social** (qui ne peut être inférieure à 18 550 EUR)

La part fixe du fonds social joue en quelque sorte, dans les SCRL, le même rôle que le capital dans les SA.

- ✓ Par exemple, il appartient à l'AG de la SCRL de décider de l'affectation des résultats à la clôture de l'exercice, mais elle n'est pas totalement libre en ce qui concerne la distribution d'un dividende, qui ne peut avoir lieu que si elle n'aurait pas pour effet de faire descendre l'actif net comptable en-dessous de la part fixe du capital social augmentée des réserves indisponibles (= transposition du principe de l'intangibilité du capital social) (art. 429 C. soc.).
- ✓ Autre règle importée du droit des SA et des SPRL : l'AG compétente pour affecter le résultat doit constituer une réserve (légale) indisponible sur les bénéfices distribuables en effectuant annuellement un prélèvement d'un vingtième au moins ; ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le fonds de réserve atteint le dixième de la part fixe du capital social.
- ✓ Toute réduction de la part fixe du capital social ne peut être décidée que par l'AG dans les conditions requises pour les modifications des statuts.
- ✓ Le Code des sociétés ne prévoit pas, en matière de SCRL, de droit de souscription préférentielle en cas d'augmentation de capital.
- ✓ Il n'existe pas de capital autorisé en matière de SCRL. La technique du capital autorisé est en effet inutile dans cette forme sociale, compte tenu des conditions auxquelles le capital social peut varier conformément au droit commun des sociétés coopératives (v. ci-dessus).

§5. Les sociétés européennes et les sociétés coopératives européennes

1. La SE et la SCE, deux personnes morales européennes

Ces groupements présentent la particularité remarquable d'être dotés d'une personnalité juridique européenne.

La personnalité juridique est à l'origine un attribut du droit étatique, un artifice lié à la législation nationale. Le Règlement du 8 octobre 2001 relatif au statut de la Société européenne (considérée comme une SA) a, en la matière, opéré une véritable révolution copernicienne, en créant une personne morale de droit européen. Quelque temps après, le Règlement du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne a créé une deuxième personne morale européenne.

Ces deux Règlements ont été complétés par des dispositions qui ont été introduites dans le Code des sociétés (art. 874 et s. en matière de SE et 949 et s. en matière de SCE).

2. La SE

a. Le régime juridique applicable aux SE (sources)

La SE est une société européenne, en ce sens qu'elle tient sa personnalité juridique directement du droit européen ; en revanche, cela ne signifie pas qu'un ou des droits nationaux, en particulier celui de l'Etat où la société a son siège, n'ont pas vocation à s'appliquer.

La SE est soumise au Règlement, à ses statuts, à des dispositions particulières de la législation nationale de l'Etat où elle a son siège (art. 874 et s. si le siège se trouve en Belgique) et, de manière subsidiaire, au droit commun des SA applicable dans l'Etat où elle a son siège. Il faut combiner ces diverses sources pour déterminer le régime juridique de la SE.

b. Les modalités de constitution des SE

En vertu du Règlement du 8 octobre 2001, une SE ne peut être constituée que de 4 manières :

- (1) **Constitution par voie de fusion** entre deux ou plusieurs sociétés existantes pour autant que deux d'entre elles au moins relèvent du droit d'Etats membres différents de l'UE (art. 2, § 1^{er} et 17 à 31 du Règlement)

Ex. une SA de droit belge et une SA de droit français peuvent fusionner en constituant une SE.

- (2) **Constitution par filialisation** (art. 2, § 3 du Règlement) : des sociétés dont deux au moins relèvent du droit d'Etats membres différents peuvent constituer ensemble une SE sous la forme d'une filiale commune (par exemple, pour coordonner leur activités).
- (3) **Constitution par transformation** [d'une société existante] : une SA constituée sous le droit d'un Etat membre peut se transformer en SE pour autant qu'elle ait depuis plus de deux ans une filiale dans un autre Etat membre.

- (4) **Constitution par voie de promotion** (= formule plus originale) (art. 2, § 2 et 32 à 34 du Règlement), la SE ainsi constituée a une activité de **holding**

Par exemple, deux sociétés créées sous l'empire du droit de deux Etats membres différents (disons, une société de droit belge et une société de droit français) souhaitent être contrôlées par une société holding européenne. Une telle opération supposerait en principe le concours des actionnaires des deux sociétés concernées, puisqu'il faut que les actions qui se trouvent entre leurs mains soient transférées à la société holding. Sur base du droit commun des sociétés, l'opération est donc pratiquement impossible, puisqu'il suffit qu'un actionnaire refuse d'y prêter son concours pour qu'elle ne puisse pas avoir lieu. C'est la raison pour laquelle le législateur européen a imaginé la procédure de constitution d'une SE par voie de promotion.

Les CA des sociétés concernées élaborent en commun un projet de constitution d'une société holding européenne, par lequel ils promeuvent cette opération. Ce projet fait l'objet d'une publicité dans les Etats membres considérés pour que les actionnaires en soient informés. Le projet devra ensuite être approuvé par les AG des sociétés concernées. Le projet prévoira qu'en cas d'approbation de l'AG, la SE sera réputée constituée si au moins un certain pourcentage des titres est apporté à la holding.

3. Les modalités de constitution des SCE

Constitution par voie de fusion, par voie de filialisation ou par voie de transformation, mais pas par voie de promotion.

Chapitre 7

La restructuration des sociétés personnifiées (plus particulièrement des SA)

§1. Généralités

Les restructurations sont techniquement concevables pour toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique ; cependant, dans la pratique, elles intéressent plus spécifiquement les SA.

Qu'est-ce qui justifie la présence, dans le Code des sociétés, d'un nouveau livre (livre XI) concernant la restructuration ou réorganisation des sociétés ?

- Il existe certaines opérations visant à une adaptation de la société à des besoins nouveaux qui apparaissent en cours de vie sociale ou à l'environnement économique où la société évolue : augmentation de capital, modification de l'objet social, réduction du capital, ... Ce sont déjà des opérations de restructuration organisées de manière spécifique par le Code des sociétés, et qui seraient (pratiquement) impensables selon le droit commun des obligations, où prévaut le principe de la convention-loi (art. 1134 C. civ.) (l'accord unanime des actionnaires serait donc requis !).
- Depuis quelque temps déjà (depuis les années 50), le droit des sociétés s'est donc soucié de permettre une certaine évolutivité des sociétés. Le mouvement s'est amplifié notamment à la faveur de la loi du 23 février 1967, qui a permis la transformation des sociétés sans solution de continuité et sans que le consentement de tous les associés soit requis. Par exemple, une SNC peut se transformer en SA sans perdre sa personnalité juridique. Il s'agit d'une véritable novation, puisque la forme sociale détermine le régime applicable

dans les relations de la société et des associés avec les tiers et dans les relations entre la société et les associés et celles des associés entre eux. En vertu du droit commun, il faudrait une dissolution et une liquidation de la société suivie d'une reconstitution d'une nouvelle société, ce qui entraînerait de nombreux inconvénients, en particulier parce que des taxes sont prélevées sur les boni de liquidation. C'est pour pallier à ces inconvénients que la loi du 23 février 1967 a permis la transformation des sociétés sans solution de continuité. Les articles 774 et s. C. soc. ont importé les dispositions de cette loi du 23 février 1967. Ils permettent de transformer la forme de la société, sans dissolution ni liquidation, moyennant la réunion de majorités qualifiées. Voici donc un autre mécanisme de restructuration.

- La dernière étape a été franchie avec l'adoption de la loi du 29 juin 1993 assurant la transposition de la Troisième Directive 9 octobre 1978 sur les fusions et de la Sixième Directive du 17 décembre 1982 sur les scissions. Cette loi a également réglementé deux autres opérations, l'apport d'universalité et l'apport de branche d'activités. Ces quatre opérations font actuellement l'objet du livre XI du Code des sociétés (art. 670 et s.) sur les restructurations au sens étroit (au sens large, le terme recouvre aussi les opérations visées aux deux points précédents).

§2. La réglementation des fusions, scissions, apports d'universalité et apports de branches d'activités

1. Les fusions : définition et variétés

- **Définition** : il y a fusion lorsqu'une ou plusieurs sociétés sont dissoutes anticipativement en vue de l'apport de l'intégralité de leur patrimoine, tant activement que passivement, à une société existante ou à créer, moyennant émission par celle-ci d'actions ou de parts nouvelles immédiatement réparties entre les actionnaires ou les associés des sociétés dissoutes.
- On n'a pas attendu la loi du 29 juin 1993 pour procéder à des fusions : les praticiens avaient déjà imaginé cette opération sur le modèle de la transmission universelle de patrimoine en droit des successions et avaient établi, sur base du droit commun, un régime innommé, qui fonctionnait en quelque sorte de la même manière.
 - ↳ La loi du 29 juin 1993 a **consacré la pratique**.
- Il existe plusieurs **variétés** de fusions :
 - ✓ **fusion par absorption** : une ou plusieurs sociétés sont dissoutes anticipativement en vue de l'apport de l'intégralité de leur patrimoine, tant activement que passivement, à une société existante, qui absorbe les patrimoines ainsi apportés ;
 - ✓ **fusion par constitution d'une société nouvelle** : la société qui recueille le patrimoine des sociétés dissoutes est constituée pour les besoins de la cause ;
 - ✓ opération de **fusion assimilée** ou **fusion silencieuse** ou **fusion à l'anglaise** (comme une fusion mais pas une fusion) : la réunion de toutes les actions d'une SA entre les mains d'un actionnaire n'entraîne plus, depuis la loi du 5 décembre 1984, la dissolution de la société, mais enclenche un délai d'un an au cours duquel la situation est susceptible d'être régularisée, à défaut de quoi l'actionnaire unique est réputé caution solidaire de toutes les obligations de la société nées après la réunion de toutes les actions entre ses mains. Reste que l'actionnaire unique, qui représente à lui seul l'AG, peut prendre la décision, dans les

formes requises, de dissoudre anticipativement la société (dans ce cas, il se place dans la même situation que celle qui prévalait avant la loi du 5 décembre 1984). En principe, la dissolution entraîne la liquidation de la société, soit la réalisation des actifs de la société en vue du désintéressement des créanciers et, le cas échéant, le remboursement des apports au moyen du reliquat ainsi que, éventuellement, la distribution aux associés d'un boni liquidation. Mais, pour faire l'économie de la procédure de liquidation, l'actionnaire unique peut assortir la décision de dissoudre la société d'une déclaration aux termes de laquelle il reprend l'intégralité du patrimoine, tant activement que passivement, de la société dont la dissolution est décrétée. Cette opération entraîne, du point de vue patrimonial, les mêmes effets qu'une fusion, mais elle n'implique pas, à la différence d'une fusion, l'émission d'actions nouvelles à répartir entre les actionnaires (ou plutôt l'actionnaire) de la société dissoute ;

- ✓ **reverse merger** (fusion inversée) : opération par laquelle une filiale absorbe sa société mère ;
- ✓ **fusion partielle ou scission partielle** : opération par laquelle une société apporte une partie de son bilan, tant activement que passivement, à une société existante ou créée à cette fin, sans dissolution de la société apporteuse, mais avec répartition des actions ou parts émises en rémunération de l'apport entre les actionnaires ou associés de la société apporteuse. Par exemple, une SA décide d'apporter une partie de son bilan correspondant aux avoirs, dettes et provisions affectés à une de ses activités à une société existante ou à créer. Cette dernière procède à une augmentation de capital à concurrence du montant apporté. La particularité (qui fait que c'est une fusion ou scission partielle, et non un simple apport classique) est que les actions émises par la société qui recueille l'apport (en rémunération de cet apport) sont remises aux actionnaires de la société apporteuse, et non à la société apporteuse elle-même. Au final, les actionnaires de la société apporteuse deviendront donc actionnaires des deux sociétés à la fois.

2. Les scissions : définition

Définition : il y a scission lorsqu'une société est dissoute anticipativement en vue de l'apport de l'intégralité de son patrimoine, tant activement que passivement, *partim* à une société existante ou à créer, *partim* à une autre société existante ou à créer, moyennant émission par celles-ci d'actions ou de parts nouvelles immédiatement réparties entre les actionnaires ou les associés de la société scindée.

N.B. : la fusion-scission : deux sociétés, A et B, actives toutes les deux dans la production de betteraves sucrières et de céréales, sont dissoutes anticipativement en vue de l'apport de leurs patrimoines, tant activement que passivement, *partim* à une société C (partie du bilan afférente à l'activité de production de betteraves sucrières) et *partim* à une société D (partie du bilan afférente à l'activité de production de céréales). En contrepartie, des actions sont émises et remises aux actionnaires des sociétés dissoutes. Il y a une scission puisque les patrimoines de A et de B sont tous les deux divisés, et une fusion puisqu'il y a des concentrations au niveau de C et de D.

3. Les apports d'universalité : définition

Définition : il y a apport d'universalité lorsqu'une société apporte l'intégralité de son patrimoine, tant activement que passivement, à une société existante ou créée pour les besoins de l'opération, moyennant émission par celle-ci d'actions nouvelles et attribution des titres à la société apporteuse, qui devient ainsi une société holding.

- ↳ Pas de dissolution anticipée
- ↳ Apport de l'intégralité du patrimoine, et non d'une partie de celui-ci
- ↳ La société apporteuse devient une société holding

4. Les apports de branche d'activités : définition

Définition : il y a apport de branche d'activités lorsqu'une société apporte à une société tierce, existante ou à créer, un ensemble d'actifs et de passifs affectés à une activité déterminée, moyennant attribution des titres émis en rémunération de l'apport à la société apporteuse, qui ne devient donc pas une pure société de holding.

5. La procédure de fusion ou de scission

2 grandes étapes :

- 1) Elaboration, par les organes d'administration respectifs des sociétés parties à l'opération, d'un **projet** de fusion ou de scission.
 - ↳ Ce projet décrit le éléments du patrimoine qui font l'objet de l'apport et les conditions de rémunération de cet apport (rapport d'échange entre les titres émis par la ou les sociétés absorbantes et ceux de la ou les sociétés absorbées).
 - ↳ Ce projet est déposé au greffe du tribunal de commerce 6 mois au moins avant la tenue des AG dont il sera question ci-dessous (but : permettre aux tiers de prendre connaissance des données financières de l'opération, ce qui est nécessaire puisque les créanciers de la société dissoute deviennent les créanciers de la société absorbante et que leur situation peut dès lors être affectée).
- 2) L'**AG** de chacune des sociétés parties à l'opération prend la décision qui lui incombe dans le processus de fusion ou de scission :
 - d'un côté, dissolution anticipée en vue de l'apport de l'intégralité du patrimoine ou d'une partie du patrimoine à une ou plusieurs sociétés existantes ou à créer ;
 - de l'autre côté, augmentation de capital à concurrence de la valeur d'actif net apportée et émission d'actions nouvelles à remettre aux actionnaires de la ou des sociétés apporteuses.

Il est prudent d'assortir ces décisions de la condition suspensive que la décision correspondante soit prise... (On aura alors une "interconditionnalité" des deux décisions.)

6. Les effets de la fusion ou de la scission

- Effet typique : **transmission universelle de patrimoine** : l'intégralité des actifs et des passifs sont transférés par l'effet des décisions des AG des sociétés parties à l'opération.
 - ↳ Il n'est pas nécessaire de réaliser les formalités afférentes à chaque élément du patrimoine envisagé individuellement (formalités d'opposabilité de la cession de créance au débiteur cédé, endossement des lettres de change, ...).
 - ↳ Mais particularité : les mutations immobilières restent soumises, conformément au droit commun, à la formalité de l'inscription dans le registre des hypothèques.
- N.B. La fusion ou scission entraîne le transfert automatique des contrats conclus *intuitu personae*, alors qu'en principe, en vertu du droit commun des obligations, de tels contrats sont incessibles.
- Les associés ou actionnaires de la ou des sociétés dissoutes **deviennent automatiquement associés ou actionnaires** de la société ou des sociétés qui recueillent l'apport.

7. Les effets et la procédure d'apport d'universalité ou de branche d'activités

- ★ *Mutatis mutandis*, mêmes effets ;
- ★ mais le **processus de réalisation** de ces opérations diffère de celui qui prévaut pour les fusions et les scissions :

- comme dans les fusions et les scissions, il faut un **projet** négocié et conclu par les organes d'administration respectifs des sociétés parties à l'opération ;
- mais les conditions de réalisation de l'opération sont différentes :
 - l'apport de branche d'activités peut être décidé par le CA de la société apporteuse, mais l'intervention de l'AG de la société qui recueille l'apport est nécessaire, pour qu'elle décide d'une augmentation de capital, sous réserve de capital autorisé ;
 - l'apport d'universalité doit être décidé par l'AG des associés de la société apporteuse (contrairement au droit commun des pouvoirs du CA) ; d'autre part, l'intervention de l'AG de la société qui recueille l'apport est nécessaire, pour qu'elle décide d'une augmentation de capital, sous réserve de capital autorisé.

8. La cession d'universalité ou de branche d'activités

Une société peut *vendre* une branche d'activités ou tout son actif net à une autre société. Cette opération ne constitue pas un apport, mais **les parties peuvent décider de soumettre leur opération au régime de l'apport d'universalité ou de branche d'activités.**

- ↳ Intérêt : effet de transmission de patrimoine
- ↳ Dans ce cas, les règles applicables aux opérations de transfert d'universalité ou de branche d'activités s'appliquent *mutatis mutandis*.

9. Les fusions ou scissions transfrontalières

Une fusion ou scission **peut-elle être réalisée** entre sociétés ressortissantes d'Etats différents (fusion transfrontalière) ?

- On a longtemps hésité,
 - car la nationalité constitue le dernier élément essentiel propre à toute société et que la fusion transfrontalière implique une modification de la nationalité ;
 - car la fusion transfrontalière implique un transfert du siège social réel dans un autre Etat, qui selon la thèse classique entraîne la dissolution de la société.
- Un arrêt de la CJCE du 13 décembre 2005 a cependant admis une fusion par absorption entre une société luxembourgeoise et une société allemande, la nationalité ne pouvant plus être considérée comme un élément essentiel au regard du principe de la liberté de circulation au sein de l'UE.
- Dans la foulée de cet arrêt et suite aussi à une évolution des conceptions a été adoptée la Dixième Directive du 26 octobre 2005 relative aux fusions transfrontalières, en vertu de laquelle ces opérations devraient être rendues possibles. Cependant, cette directive n'a pas encore été transposée en droit belge. N.B. Dans l'attente de cette transposition, les fusions transfrontalières doivent néanmoins être considérées comme possibles en vertu de l'arrêt repris ci-dessus.

Chapitre 8

La dissolution et la liquidation des sociétés commerciales

§1. Les causes de dissolution

Quelles sont les causes de dissolution des sociétés commerciales, qui vont entraîner leur mise en liquidation ?

Diverses **classifications** ont été établies, suivant différents critères :

★ **Dissolution volontaire / automatique / judiciaire**

- [Dissolution judiciaire](#) : il existe des cas où la dissolution suppose une décision judiciaire.
- [Dissolution volontaire](#) : les associés décident eux-mêmes de dissoudre anticipativement la société.
- [Dissolution automatique](#) : elle résulte de la survenance d'un événement extérieur aux associés qui entraîne la mise en liquidation de la société.

★ **Classification suivant la forme sociale considérée :**

- causes de dissolution [communes à toutes les formes sociales](#) :
 - ✓ art. 39 C. soc. : dissolution automatique “à l'*expiration du temps pour lequel (la société) a été contractée*” (si la société a été conclue pour un terme déterminé), “*par l'extinction de la chose, ou la consommation de la négociation*” (= disparition de l'objet social), ... ;
 - ✓ art. 45 C. soc. : dissolution judiciaire, à la demande d'un associé, pour de justes motifs (incapacité des associés de remplir leurs obligations ou mésintelligence grave entre les associés).

N.B. Aujourd'hui, cette cause de dissolution est de plus en plus difficile à admettre en raison de la prise en considération croissante des intérêts des stakeholders, en particulier des salariés de la société. Le législateur a dès lors imaginé des méthodes alternatives de résolution des conflits (art. 334 et 340 C. soc. pour les SPRL, art. 636 et 638 C. soc. pour les SA) permettant aux associés en conflit de sortir de l'impasse soit en se retirant, soit en rachetant la part des autres associés, sous le contrôle de la justice quant à l'appréciation des motifs et la valorisation des parts ;

- causes de dissolution propres aux sociétés de personnes :
 - ✓ la mort, l'interdiction ou la déconfiture d'un associé entraînent la dissolution automatique de la société (art. 39 C. soc.) ;
 - ✓ la société est dissoute par la volonté d'un des associés (dissolution volontaire), pour autant que la société soit à durée indéterminée (art. 39 C. soc.) ;
- causes de dissolution propres aux sociétés de capitaux (SA et SCA), étendues aux SPRL (et aux SCRL ainsi que, dans une certaine mesure, aux SCRI) :
 - ✓ ces sociétés sont en principe constituées pour une durée indéterminée, mais les actionnaires ou associés peuvent anticiper et décider d'une dissolution anticipée de la société aux conditions requises pour une modification des statuts (art. 645 C. soc. pour les SA, art. 343 C. soc. pour les SPRL, ...) ;
 - ✓ il existe des causes de dissolution de la société résultant d'événements affectant le capital social :
 - actif net inférieur au montant minimal du capital : tout tiers peut demander la dissolution de la société ;
 - actif net inférieur à la moitié ou au quart du capital social : le CA doit convoquer une AG et lui poser la question d'une éventuelle mise en liquidation anticipée de la société ;
 - ✓ la nullité d'une société dotée de la personnalité morale ne produit plus que les effets d'une dissolution et opère donc sans rétroactivité (art. 172 C. soc.) ;
 - ✓ cas de dissolution judiciaire : si pendant trois exercices consécutifs, la société néglige de déposer son bilan annuel à la Banque

Nationale, elle peut être dissoute anticipativement à la demande de tout intéressé ou du ministère public.

§2. Les effets de la dissolution

- ❖ La dissolution entraîne la mise en **liquidation** de la société. Celle-ci devient une société en liquidation et son objet est désormais limité au désintéressement des créanciers au moyen du produit de réalisation des actifs, suite à quoi la société peut procéder à un remboursement des apports et à la distribution d'un boni de liquidation éventuel.
- ❖ **3 observations :**
 - a. l'organe d'administration de la société cède la place à un **organe de liquidation**, le ou les liquidateurs, nommé(s) par l'AG quelle que soit la cause de dissolution ;
 - ces liquidateurs, en tant qu'ils ont pour mission non de gérer l'affaire dans l'intérêt des associés, mais de désintéresser les créanciers, sont **responsables** de leur mission **non seulement vis-à-vis de la société**, mais **aussi vis-à-vis des tiers** (art. 192 C. soc.) [rappel : la situation est différente pour les administrateurs de la société, lorsque celle-ci n'est pas en procédure de liquidation. En effet, nous avons vu que dans ce cas, une insécurité juridique subsiste (suite à différents arrêts de la Cour de cassation) quant aux conditions dans lesquelles des tiers peuvent engager la responsabilité des administrateurs pour des actes commis dans la gestion de la société sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil] ;
 - la missions des liquidateurs consiste à... liquider la société, mais l'AG peut les autoriser à poursuivre les activités de la société de manière à exercer la liquidation dans les meilleures conditions possibles [ainsi, la réalisation d'un profit permettra de désintéresser les créanciers dans une plus large mesure];

b. la société en liquidation continue à exister en tant que telle pour les besoins de la liquidation, sa **personnalité juridique subsiste** avec tous ses attributs, et son patrimoine ne se confond donc pas avec celui des associés. Ce n'est que lorsque la liquidation est clôturée que la société disparaît (à ce moment, le solde est réparti entre les associés) [sous une réserve, la survie passive de la société : pendant 5 ans à compter de la clôture de la liquidation, il est possible d'agir contre le liquidateur en cette qualité en vue d'une réouverture de la liquidation] ;

c. **sort des créanciers pendant la liquidation et conditions suivant lesquelles ils sont désintéressés :**

- le Code des sociétés contient une règle qui constitue une reproduction de l'ancien art. 184 L.C.S.C. et qui est aujourd'hui contenue à l'**art. 190 C. soc.** Selon cette disposition, "*les liquidateurs, sans préjudice des droits des créanciers privilégiés, paieront toutes les dettes, proportionnellement et sans distinction entre les dettes exigibles et les dettes non exigibles, sous déduction de l'escompte pour celles-ci (...)*".

Les liquidateurs avaient donc une **obligation personnelle** de désintéresser les créanciers sur un pied d'égalité, sans préjudice des droits des créanciers privilégiés spéciaux, susceptible de sanction au titre de leur responsabilité par rapport aux tiers (art. 190 C. soc.).

↳ Les créanciers privilégiés spéciaux devaient être payés par préférence aux autres sur le produit de la réalisation de l'assiette de leur privilège.

↳ Si le produit qui restait après désintéressement des créanciers privilégiés spéciaux était insuffisant pour désintéresser les créanciers, chaque créancier devait recevoir un montant proportionnel à la quote-part de sa créance dans l'ensemble du passif = loi du concours.

Cet ordre de paiement était considéré comme une obligation personnelle du liquidateur, susceptible de sanction au titre de leur responsabilité par rapport aux tiers : cette solution n'était qu'à moitié satisfaisante.

- C'est pourquoi, la **Cour de cassation** a transposé en matière de liquidation une **forme de loi du concours** inspirée du droit de la faillite, en marge de toute disposition légale. [En matière de faillite, l'égalité entre créanciers est non seulement une obligation du curateur, mais implique également des contraintes à l'égard des

créanciers eux-mêmes, - elle s'impose au créanciers, qui ne peuvent, par exemple, agir contre la société.] En vertu de cette jurisprudence, la liquidation implique une situation de concours qui entraîne des **restrictions aux droits individuels des créanciers**, indépendamment de l'obligation personnelle du liquidateur de respecter l'égalité entre les créanciers.

↳ **Qui sont les créanciers en concours ?**

Il y a eu des controverses à ce sujet, que la **Cour de cassation** a tranchées, en décidant que sont des **créanciers de la masse**, et échappent dès lors au concours, les créanciers dont les droits sont nés postérieurement au jour de la survenance du concours (ici : la dissolution), pour autant que leurs droits soient corrélatifs à des opérations réalisées par le liquidateur *qualitate qua* en vue d'assurer la meilleure liquidation possible, donc dans l'intérêt de la généralité des créanciers.

Sont donc hors concours : les créanciers privilégiés spéciaux ainsi que les créanciers de la masse. Les autres créanciers, qui sont dits dans la masse, doivent subir la loi du concours en cas d'insuffisance d'actifs.

L'ordre de paiement est le suivant :

1. créanciers privilégiés spéciaux
2. créanciers de la masse
3. créanciers dans la masse

↳ **Quelles sont les conséquences du concours ?**

Les conséquences de l'égalité entre créanciers sont les suivantes :

- suspension du cours des intérêts (à dater de la dissolution) ;
- impossibilité de compensation sauf connexité étroite entre les obligations à compenser;
- forme indirecte de suspension des poursuites individuelles : dans son arrêt du 24 mars 1977, la Cour de cassation a en quelque sorte procédé à un alignement sur le régime de la faillite en décidant que lorsqu'un

créancier agit individuellement contre une société en liquidation, obtient une condamnation et veut procéder à des mesures d'exécution, le liquidateur peut paralyser l'exécution de la saisie devant le juge des saisies si elle aurait pour effet "*de léser les droits des autres créanciers*", donc si elle risque de porter atteinte au principe d'égalité des créanciers. C'est donc une suspension des poursuites individuelles qui ne dit pas son nom.