Un Code moderne des sociétés et des associations

I. Le Code des sociétés et la loi sur les associations et les fondations de 2015

1. La dernière réforme fondamentale du droit des sociétés date de l'introduction du Code des sociétés (loi du 7 mai 1999) et de son A.R. d'exécution du 30 janvier 2001. À cette occasion, les « lois coordonnées sur les sociétés commerciales », coordonnées par un A.R. de 1935, furent remplacées par un code à la structure logique, qui ne comporta pas de modifications essentielles au droit des sociétés en vigueur[1].

Les bases de ce droit datent de la fin du XIXe et du début du XXe siècle. Dans le courant du siècle dernier, notre droit des sociétés a été considérablement influencé par le mouvement d'harmonisation européenne[2]. Dans le cadre de cette harmonisation, le législateur belge a choisi d'appliquer dans une large mesure les règles du droit européen à la SPRL, qui sert de forme juridique aux entreprises de taille modeste et plutôt privées, alors que l'application à cette forme de société n'est obligatoire que pour la première directive européenne.

2. Par ailleurs, le législateur belge a continué de marquer de son empreinte le droit national des sociétés. Ainsi, par exemple, la SPRL a toujours été et est restée une forme de société (par trop) fermée. La société coopérative a été introduite comme une forme de société très flexible, qui ne devait pas nécessairement refléter les idées du mouvement coopératif. En 1955, cela a incité le législateur à favoriser la mise en œuvre des idées coopératives par un agrément spécial[3], et en 1991 à soumettre partiellement la SCRL au même régime de capital que la SPRL, parce qu'elle était trop souvent utilisée comme une forme d'évasion avantageuse. Aujourd'hui, elle constitue, avant tout, la forme de société qui laisse la plus grande liberté d'organisation aux associés. Un autre choix typique concerne le maintien, dans le droit des sociétés, de la distinction entre les actes civils et les actes commerciaux : les sociétés civiles à forme commerciale sont

---

[1] À l'époque, cet exercice avait été piloté par A. BENOÎT-MOURY et I. LEBBE (Université de Liège) ainsi que par K. GEENS et F. HELLEMANS (KU Leuven) à la demande du ministère de la Justice.

[2] Plus précisément :

- la première directive sur le droit des sociétés (publication, représentation et nullité) introduite par la loi du 6 mars 1973 ;
- la deuxième directive sur le droit des sociétés (capital) introduite par la loi du 5 décembre 1985, modifiée en 1992 (introduite par la loi du 13 avril 1995) et en 2006 (introduite par l'AR du 8 octobre 2008 et ratifiée par la loi du 6 mai 2009) ;
- les troisième et sixième directives sur le droit des sociétés (fusion et scission) introduites par la loi du 29 juin 2003, modifiées en 2006, 2007 et 2009 et complétées ultérieurement par la directive sur la fusion transfrontalière (introduite par la loi du 8 juin 2008) ;
- la directive sur les droits des actionnaires (uniquement pour les sociétés cotées) introduite par la loi du 20 décembre 2010 ;
- les directives consécutives en matière de comptes annuels simples et consolidés (principalement importées par les AR du 8 octobre 1976 et du 6 mars 1990).

[3] Loi du 22 juillet 1955 portant institution d'un Conseil national de la Coopération et AR du 8 janvier 1962 fixant les conditions d'agréation des groupements nationaux de sociétés coopératives et des sociétés coopératives.

des sociétés civiles qui, par le choix d'une forme juridique de société, se soumettent aux règles formelles des sociétés mais non pas au droit commercial et économique en général. Bien qu'au fil du temps, la distinction s'estompe de plus en plus sur le plan juridique, elle existe toujours, même après l'introduction du Code de droit économique.

La législation relative aux SA a fait l'objet d'innovations ponctuelles (voir surtout les lois du 18 juillet 1991 et du 13 avril 1995) notamment sous l'effet de l'attention accrue portée aux sociétés cotées en bourse (conflits d'intérêts, organisation de l'assemblée générale). De temps à autre, le législateur a cherché l'inspiration à l'étranger (procédure de résolution des conflits (1995), certification (1995), dématérialisation (1995)).

Un autre phénomène significatif constitue l'accumulation du nombre de formes et de variantes de sociétés (dont le développement n'est pas toujours transparent ni réfléchi) jusqu'à la vingtaine[4] que nous connaissons actuellement. Nombre de ces formes répondent à un besoin très spécifique mais limité, de sorte que leur impact pratique est réduit. Dans la plupart des cas, il serait possible de répondre à ces besoins spécifiques par des interventions mineures dans d'autres formes de société.

Mentionnons comme dernier exemple de l'évolution de notre droit des personnes morales la division systématique entre le droit des sociétés et celui des associations, bien que les unes et les autres partagent de nombreuses caractéristiques communes en sorte que le législateur comme les praticiens cherchent à combler les lacunes du droit des associations en s'inspirant du droit des sociétés.

3. Il va de soi que cette évolution ne s'est pas arrêtée en 2001 : plus de 50 modifications (fondamentales ou non) ont encore été apportées au Code des sociétés, dont à peu près 25 % sur la base de prescriptions européennes.

L'ensemble n'a toutefois jamais fait l'objet d'une révision systématique et complète, la tendance belge ayant toujours été de recourir à des modifications limitées et spécifiques.

II. La nécessité d'une réforme approfondie

4. Le droit des sociétés ne figure certes pas en tête des préoccupations d'un entrepreneur qui débute, mène ou agrandit son entreprise. Le climat économique général est davantage la résultante, notamment de la stabilité politique, de la paix sociale, de la disponibilité d'une main d'œuvre qualifiée et d'un niveau adéquat, de la présence de « matières premières » matérielles ou immatérielles, que de la forme juridique la plus appropriée pour l'entreprise.

[4] Association de fait (civile), société en commandite, société temporaire, SNC, SCS, SCA, SPRL, SPRLU, SPRL-S, SCRI, SCRL, SA, dans la variante civile ou dans la variante SFS, société agricole, GIE, GEIE, SE et SEC. Les trois dernières sont des formes juridiques européennes que la Belgique ne peut pas supprimer de sa propre initiative. Sous l'impulsion européenne, la SUP viendra probablement encore s'y ajouter prochainement.
L'association connaît six formes : l'association de fait, l'ASBL, l'AISBL, la fondation (d'utilité publique ou non) et l'association professionnelle.

Même parmi les facteurs qui affectent directement le fonctionnement de l'entreprise en tant qu'entité juridique, le droit des sociétés ne vient pas au premier rang : bien que le droit des sociétés et le droit comptable soient supposés former un tout qui sert ensuite de fondement au droit fiscal, c'est bien souvent l'inverse qui prévaut dans la pratique.

Il ne faut cependant pas sous-estimer l'impact positif d'un droit des sociétés adéquat et bien structuré. L'exemple le plus significatif en la matière est bien connu: la qualité exceptionnelle de la législation et du pouvoir judiciaire au Delaware (États-Unis) a fait de cet État l'état d'incorporation par excellence. Le modèle nord-américain n'est évidemment pas de nature à être importé comme tel en Europe, mais il démontre néanmoins l'impact positif que peut avoir un droit des sociétés de qualité.

5. La situation, esquissée au point I, de notre Code constitue déjà une raison suffisante de procéder à une révision fondamentale de notre droit des sociétés. Mais ce n'est pas la seule.

La Belgique est un petit pays dans un monde globalisé. Les développements législatifs trouvent bien souvent davantage leur source dans le droit européen que dans le droit national.

A cet égard, deux développements européens revêtent un intérêt considérable pour l'évolution du droit belge des sociétés. Leur impact concret n'est certes pas encore tangible, mais dans un laps de temps de 10 à 20 ans, la situation pourrait être sensiblement différente si la Belgique ne prend pas de mesures. Cet impact est double : il pourrait avoir pour conséquence que les entreprises étrangères ayant des activités en Belgique adoptent moins fréquemment une forme juridique belge, mais aussi que des entreprises belges aient de plus en plus souvent recours à des formes juridiques étrangères pour leurs activités en Belgique.

Le premier phénomène concerne plutôt une constatation politique ayant un effet réel : depuis 2003, le législateur européen a dans une large mesure renoncé à poursuivre l'harmonisation du droit des sociétés, faute d'une volonté politique au niveau des États membres. En conséquence, plusieurs États membres ont adopté une politique proactive dans leur droit national des sociétés. Ainsi, l'Allemagne, la France, les Pays-Bas, l'Espagne, le Danemark et la Pologne ont tous apporté des adaptations plus ou moins radicales dans le régime de la société privée. Celles-ci se caractérisent généralement par une tendance marquée à une grande flexibilité de cette forme de société et à un affaiblissement, voire à la suppression du capital juridique comme mécanisme de protection des créanciers. En outre, en matière du droit international privé des sociétés, l'Allemagne a substitué la théorie du siège statutaire à celle du siège réel pour les sociétés privées. La Belgique fait ainsi figure d'exception : en dehors de la SPRL-S, dont le régime juridique est resté peu cohérent en dépit de la loi de réparation (avec pour conséquence un succès extrêmement limité dans la pratique), aucune réforme fondamentale n'est venue moderniser le droit national des sociétés. Dans le même temps, les Pays-Bas entendent bien diffuser dans l'Europe entière le modèle de leur nouvelle Flex-BV.

6. Un deuxième développement – qui a dans une large mesure abouti à un résultat plus ou moins cohérent – concerne la jurisprudence de la Cour de justice européenne en matière de

transfert en Europe du siège juridique et réel des sociétés[5]. Confrontée à l'impuissance des États membres de choisir au niveau européen entre le siège réel et le siège d'incorporation/siège statutaire, et en vue de réglementer néanmoins le phénomène de la mobilité des sociétés, la Cour a inexorablement orienté sa jurisprudence depuis la fin des années 1990 vers un objectif déterminé. En bref et pour simplifier, la situation actuelle est la suivante :

- si le droit national de l'État de constitution le permet, une société peut devenir (à titre principal) économiquement active dans un autre État membre sans perdre la nationalité de l'État de constitution (et donc rester soumise au droit des sociétés de celui-ci) ;
- bien que le droit national d'un État de constitution puisse exiger qu'une société doive être établie sur son territoire pour en avoir la nationalité, il ne peut empêcher qu'une société qui transfère son siège réel dans un autre État membre opte par la même occasion pour le droit de cet État membre, si ce dernier le permet ;
- un État membre est tenu d'octroyer sa nationalité à une société immigrante aux mêmes conditions que cet État membre autorise une transformation nationale de la forme juridique.

La réalité juridique qui émerge de cette jurisprudence est relativement complexe, mais il ne peut y avoir de doute quand on l'observe avec attention : la combinaison des deux principes énoncés implique que la Cour de justice a donné la faculté aux États membres d'exporter leur droit des sociétés dans toute l'Union européenne, ce qui explique aisément l'activité législative dans de nombreux pays européens. La Belgique, qui est pourtant un pivot du continent européen et qui, traditionnellement, mise beaucoup sur « la logistique et les prestations de services », est restée étonnamment inactive à cet égard (abstraction faite de la SPRL-S, qui a peu d'utilité).

III. Les lignes directrices d'une modernisation

7. Une modernisation de notre droit des sociétés doit « *mettre à la disposition des entreprises un outil efficace de manière à rendre notre pays plus attrayant comme lieu d'établissement pour les entreprises* »[6]. L'approche est donc double : proposer aux entrepreneurs belges un droit des sociétés de qualité qui soutient leur entreprise, afin qu'ils ne soient pas tentés d'utiliser des formes de société étrangères réputées meilleures, et encourager les entrepreneurs étrangers à une utilisation au moins en Belgique et peut-être même plus large des formes juridiques belges. Cet objectif doit être atteint par la simplification, l'innovation et la créativité, la cohérence, la flexibilité et même la radicalité que ce projet de modernisation comporte.

Avec ces notions de base comme point de départ, les propositions peuvent être résumées comme suit.

(a) Pour trancher quelques questions de base classiques

[5] Avec les arrêts marquants Daily Mail (1988), Centros (1999), Überseering (2002), Inspire Art (2003), Cartesio (2008) et Vale (2012).

[6] H. BRAECKMANS, G. HORSMANS et J.-M. NELISSEN GRADE, « Finalités et perspectives », in *De modernisering van het vennootschapsrecht/La modernisation du droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2014, 12 (partie en français).

8. La cohérence de notre droit des personnes morales est de plus en plus minée par la distinction historique mais désormais dépassée entre les matières civiles et commerciales, et la notion très imprécise de « but de lucre ». La délimitation floue entre l'ASBL ayant des activités commerciales principales ou accessoires et la SFS hybride en constitue de bons exemples. L'introduction du CDE est un nouveau pas dans le sens de la suppression de cette distinction, mais une modernisation du droit des sociétés et des associations peut être une bonne occasion de donner un coup de pouce au processus. Si l'on autorise tant la société que l'association à exploiter une entreprise en distinguant l'une et l'autre exclusivement sur la base de l'objectif visé (recherche d'un avantage économique pour les associés *vs* un but désintéressé pour l'ASBL et donc une interdiction formelle de distribution), les choses deviennent plus claires et plus simples. Un entrepreneur peut en conséquence être déclaré en faillite, quelle que soit la forme juridique qu'il utilise pour son entreprise. Cela implique aussi la disparition de la distinction entre actes civils et actes commerciaux.

Ce dernier point nécessite une intervention législative plus large qu'une simple adaptation des deux lois[7] traités ici. À défaut, l'introduction du principe du *Formkaufmann* (selon le modèle allemand) réaliserait une simplification importante du droit des sociétés : toutes les sociétés qui adoptent une forme juridique et bénéficient de la personnalité morale obtiendraient, quel que soit leur objet, un caractère commercial par leur forme et seraient par conséquent intégralement soumises au droit commercial, y compris au droit de l'insolvabilité.

Dans la mesure où le principe de spécialité légal joue encore un rôle, sa méconnaissance est dans tous les cas assimilée à un dépassement de l'objet social : la société est liée, sauf en cas de mauvaise foi (objective) de la part du tiers.

9. La réforme est l'occasion de simplifier et moderniser le système de publication de la documentation de la société, en utilisant un site Internet public unique, complet et aisé à utiliser, ainsi que pour éclaircir et assouplir les exigences linguistiques.

(b) Les sociétés de personnes

10. La société simple (« maatschap ») devient la seule société de personnes. Elle peut être une société interne ou momentanée. Moyennant certaines formalités, elle peut acquérir la personnalité morale (imparfaite) et devenir ainsi une SNC ou une SCS. La SCRIS est supprimée.

Le régime de la société simple et ses différents avatars devient un régime moderne qui lui est propre. Il n'y a plus de dispositions communes à toutes les sociétés, chacune d'entre elles étant soumises à la réglementation qui lui est propre.

L'interdiction d'exonération à la participation aux pertes est supprimée.

[7] A savoir le Code des sociétés et la Loi de 1921.

La société simple qui exploite une entreprise est soumise au droit des sociétés (voir aussi ci-dessus le point 8)[8]. Les membres sont toujours responsables solidairement et de façon illimitée.

(c) Les sociétés de capitaux

11. Le domaine des sociétés de capitaux offre la plus grande marge de modernisation. L'idée de base consiste à limiter leur nombre à la SA, la SPRL et la SCRL. Dans ce contexte, la SA devrait être la forme juridique naturelle (sophistiquée) pour les entreprises cotées et les grandes entreprises, alors que les petites et moyennes entreprises devraient naturellement choisir la SPRL, dont le régime serait fondamentalement remanié. L'attrait de la SPRL pourrait être accru en introduisant un modèle standard simple, consistant en un modèle de statuts assorti d'options qui permettent de larges choix.

La SPRL fait l'objet d'une flexibilisation poussée et s'inscrit de cette manière dans la tendance européenne. Le projet entend restituer sa spécificité à la SCRL, en réservant par voie légale cette forme aux sociétés qui s'inscrivent dans les idées du mouvement coopératif. Pour le surplus, elle s'aligne largement sur la SPRL.

12. Contrairement au régime de la SA, où les règles de la deuxième directive restent d'application, les règles en matière de capital et de protection du capital de la SPRL seraient en principe supprimées et adaptées ou remplacées par d'autres règles destinées à assurer la protection des créanciers. Ces dernières années, le régime de capital formel, complexe et rigide, mais peu efficace, a fait l'objet de vives critiques.

Moyennant des adaptations mineures, diverses règles actuelles en matière de protection des actionnaires et des créanciers dans la SPRL peuvent être maintenues, telle que l'obligation de s'expliquer sur l'utilité et de justifier la valeur des apports en nature, l'obligation de disposer d'un patrimoine initial adéquat, le plan financier (mieux élaboré), le principe de l'égalité de traitement des actionnaires. D'autres règles font l'objet d'une révision approfondie (indépendante des particularités d'un régime de capital) : le rachat d'actions propres, l'assistance financière, les conditions et les modalités d'une procédure d'alarme.

La suppression du capital nécessite la recherche d'alternatives à la protection des créanciers : de nouvelles exigences en matière de liquidité et de solvabilité, la responsabilité accrue des administrateurs, l'examen des points de contact entre le droit des sociétés et le droit de l'insolvabilité. Il s'agit sans aucun doute des données les plus innovantes et défiantes de la proposition de réforme, mais de nombreux pays nous ont précédés en ce domaine. Il s'agira de trouver un équilibre entre la simplification, l'innovation et la créativité, la cohérence, le caractère flexible et au besoin radical du projet (point 7 ci-dessus), et de bonnes règles de protection des créanciers, qui soient claires, propres à être objectivées et vérifiées, et qui soient efficaces tout en étant fondées à la lumière d'une analyse des coûts et des bénéfices.

[8] La société simple utilisée pour la planification patrimoniale, par exemple, n'exploite pas une entreprise et n'est donc pas soumise au droit des sociétés. La société simple utilisée pour l'exercice d'une profession libérale, en revanche, est une entreprise.

Les droits et obligations des actionnaires sont réglés de façon purement conventionnelle dans la SPRL, avec la justification, la transparence et l'approbation nécessaires.

On relèvera encore que la suppression du capital ne nécessite pas une révision fondamentale de la réglementation comptable et de la fiscalité. Elle nécessite seulement quelques interventions limitées, de nature plutôt techniques.

Dans le cadre d'un droit transitoire très souple, le capital des sociétés existantes pourrait être maintenu.

13. Les modalités d'administration de la SA sont complétées par la possibilité de nommer un administrateur unique, avec possibilité de protection contre le licenciement, de sorte que la SCA devient superflue. Les SA peuvent choisir entre le système d'administration moniste actuel et un système d'administration dual à part entière et mieux développé. La révocabilité *ad nutum* obligatoire des administrateurs dans la SA est supprimée. L'organe de gestion journalière est supprimé. La SPRL est dotée d'office d'un seul administrateur, mais elle peut aussi choisir des options qui sont disponibles dans la SA.

14. La SA peut opter pour une majorité qualifiée de 2/3 pour les modifications des statuts, moyennant l'approbation de 3/4 des actionnaires existants. Le régime du droit de vote attaché aux parts bénéficiaires et aux actions fait l'objet d'une profonde révision. Dans la SA cotée en bourse, un droit de vote double « de fidélité » devient possible. Dans la SPRL et la SA non cotée, le droit de vote peut être librement déterminé par les statuts.

15. Le régime existant de la cession d'actions dans la SA n'est pas modifié fondamentalement. La SPRL standard revêt un caractère fermé, mais les actionnaires peuvent opter pour un régime de transfert libre, similaire à celui qui vaut pour la SA.

16. Le régime de résolution des conflits actuel, extrêmement performant, est maintenu dans la SA non cotée et dans la SPRL. En outre, un système de sortie et d'exclusion à charge de la société est proposé dans la SPRL, selon le modèle de la SCRL actuelle : dans certains cas, cela peut remédier au problème de l'absence d'un marché pour les actions.

(d) Les sociétés publiques et cotées

17. La notion de « société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne » est supprimée. Les règles actuellement en vigueur pour ces SA sont maintenues et appliquées à toutes les sociétés cotées.

La notion de « société cotée » est définie comme une société dont les actions ou titres qui donnent droit à l'acquisition d'actions sont cotés sur un marché réglementé. La cotation d'autres titres ne donne plus lieu au statut de société cotée, mais quelques dispositions qui ont

essentiellement trait aux comptes annuels et à leur contrôle s'appliquent aux sociétés qui ont émis de tels titres.

18. La distinction entre les grandes et petites sociétés cotées est maintenue.

19. À l'exception d'un nombre restreint de modifications concernant le *squeeze-out* pour donner à l'offrant la possibilité de contraindre les détenteurs de tous les titres possibles à les lui céder, l'ensemble du droit des marchés financiers reste en dehors du Code des sociétés.

(e) Le droit international privé des sociétés

20. Dans le DIP belge des sociétés, on abandonne la théorie du siège réel pour adopter la théorie du siège statutaire avec la possibilité de transfert transfrontalier du siège: il s'agit de la réponse la plus convaincante à l'invitation européenne « *to compete for corporate charters* ». La Belgique devrait avoir suffisamment confiance dans la force d'attraction de son propre droit des sociétés : les entreprises étrangères devraient être incitées à choisir des formes juridiques belges pour leurs activités en Belgique, et les entreprises belges être suffisamment satisfaites de la forme belge de leur société pour qu'ils la conservent pour leurs activités à l'étranger. Cette démarche implique une bonne coordination avec le droit de l'insolvabilité.

(f) Les associations

21. Le droit des associations est intégré structurellement dans un seul Code des sociétés et associations. Cela ne nécessite que des interventions restreintes, dès lors que les deux régimes juridiques sont déjà largement similaires, mais donne de la marge pour des réformes plus approfondies, telle que la suppression de la distinction entre les actes civils et commerciaux (voir ci-dessus le point 8).

Quand cela s'avère possible, les livres comportant des dispositions communes sont rendus applicables aux associations dans le respect des spécificités du droit des associations. Cela donne aussi une base plus solide à l'association de fait.

(g) Le résultat : quatre formes de société et leurs variations, une association et ses variations

22. La société simple peut avoir des associés internes (nul besoin d'une société interne) et être permanente ou temporaire (nul besoin d'une société momentanée). Si elle acquiert la personnalité morale, elle devient soit une SNC, soit une SCS si certains associés veulent rester à l'arrière-plan. Si elle exploite une entreprise, elle est de toute manière soumise au droit des sociétés. Le GIE est absorbé par la SNC, la société agricole actuelle doit, le cas échéant au sein de la SCS, être reconsidérée.

Par la suppression de l'exigence de pluralité dans les sociétés à personnalité morale complète, la SPRLU devient superflue ; la suppression du capital dans la SPRL conduit à supprimer la SPRL-

S. La SCRL a désormais un caractère coopératif marqué et permet également, grâce à sa grande flexibilité, d'intégrer les caractéristiques de la SFS actuelle[9].

La SA est la forme juridique contraignante pour la société cotée. Grâce à l'option de l'administrateur unique, elle devient une alternative à part entière à la SCA.

L'association subsiste comme personne morale ou non. L'association professionnelle peut y trouver sa place et est donc supprimée. La fondation et l'association internationale sont maintenues.

23. La réforme sera en tout état de cause l'occasion de corriger diverses incohérences qui se sont glissées dans le Code des sociétés au fil du temps et qui n'ont pas toutes pu être rectifiées en 1999 faute d'habilitation suffisante[10]. Il en va de même de diverses mesures de modernisation et d'adaptation.

Après plus de 10 ans d'application, la structure du Code telle qu'elle a été élaborée en 1999 a prouvé sa qualité et peut donc être maintenue.

Il va enfin sans dire qu'une telle réforme approfondie ne peut être réalisée que moyennant un droit transitoire adéquat, qui donne aux sociétés et aux associations le temps nécessaire pour trouver leur voie dans le nouveau droit et qui ne leur impose pas des frais et formalités inutiles.

2 octobre 2015

[9] À l'heure actuelle, 85 % des SFS sont déjà des SCRL.
[10] Voir par exemple la rubrique « 't Amendement » dans la revue professionnelle flamande *Tijdschrift voor rechtspersoon en vennootschap*.