

|
S I M O N T
B R A U N

LA RÉFORME DU CODE DES SOCIÉTÉS ET DES ASSOCIATIONS : QUELQUES QUESTIONS IMPORTANTES

Novembre 2018

Paul Alain Friers

avocat à la Cour de cassation

professeur ordinaire émérite de l'ULB

TROIS GRANDS THÈMES

- 1. Les grandes orientations et les définitions**
- 2. La responsabilité des administrateurs**
- 3. La gouvernance de la SA et de la SRL et le régime des conflits d'intérêts**

A. Les grandes orientations de la réforme et les définitions

1. Pourquoi une réforme ?

- Des textes vieillissés, foisonnant, parfois incohérents malgré le C. Soc. de 1999
- « Goldplating » lors de la transposition en droit belge des directives européennes
- Concurrence entre les droits des États membres de l'UE accrue par la jurisprudence de la Cour de justice
- L'harmonisation du droit européen des sociétés n'est plus une priorité pour l'UE
- Rapprochement progressif du droit des associations et du droit des sociétés
besoin d'intégration

2. Les trois lignes de force du projet

2.1 Une simplification de grande envergure

- Limitation du nombre de sociétés (voir plus loin)
- Simplification du critère de distinction entre sociétés et associations (voir plus loin)
- Limitation du nombre de sanctions pénales
- Etc.

2.2. Une flexibilisation poussée mais avec une attention aux intérêts des tiers (par ex. : créanciers)

- SRL : sans capital, ouverte ou fermée, droits de vote multiple, possibilité d'une faculté statutaire de retrait à charge du patrimoine social
→ la SRL sera la forme la plus souple de société personnalisée mais avec des garanties pour les tiers : plan financier, contrôle des apports en nature, tests de solvabilité et de liquidité
- SA : droits de vote multiple (dans les SA non cotées), statut des administrateurs (la révocabilité *ad nutum* devient supplétive), trois modèles d'organe d'administration.

2.3. Une adaptation aux évolutions européennes

- En DIP : rattachement au droit de l'État où la société a son siège statutaire (abandon du critère de siège social réel)

3. La limitation du nombre de formes de sociétés et d'associations

3.1. Les formes de sociétés qui subsistent et les formes supprimées

3.1.1. Subsistent :

- La société simple (« maatschap ») et ses « variantes » personnalisées SNC et SComm (livre 4)
- La SRL (livre 5)
- La SC (réservée aux « vraies » SC) (livre 6)
- La SA (livre 7)
- L'ASBL (livre 9)
- L'ASBL (livre 10)
- Les fondations (privées ou d'utilité publique) (livre 11)

3.1.2. Sont supprimées :

- Sociétés momentanées et sociétés internes comme formes distinctes
- Sociétés coopératives à responsabilité illimitée, sociétés agricoles, groupements d'intérêt économique de droit belge, sociétés en commandite par actions et sociétés à finalité sociale
- Les unions professionnelles

3.1.3. Nuances à apporter

- Sociétés momentanées et sociétés internes ;
- SC : les « fausses » SC peuvent devenir SRL avec faculté de retrait à charge de l'avoir social ;
- SCA : la SA à gérant unique;
- Les agréments : ils conservent la mémoire de certaines formes disparues (ex. entreprise sociale, entreprise agricole // Associations : si les unions professionnelles disparaissent, une ASBL peut être agréée comme union professionnelle).

3.2. Autres modifications relatives aux types de société

3.2.1. Suppression de la distinction entre sociétés commerciales et sociétés civiles à forme commerciale

3.2.2. Suppression de la notion de société anonyme faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne – nouvelle définition de la société cotée

4. Les notions de société et d'association

4.1. La définition de société

4.1.1. Le texte

Article 1:1 :

« Une société est constituée par un acte juridique par lequel une ou plusieurs personnes, dénommées associés, font un apport. Elle a un patrimoine et a pour objet l'exercice d'une ou plusieurs activités déterminées. Elle a pour but de distribuer ou procurer à ses associés un avantage patrimonial direct ou indirect » (Texte du projet non amendé)

- a) amendement n° 331 de M. de Lamotte : *« Un de ses buts est de distribuer ou procurer à ses associés un avantage patrimonial direct ou indirect ».*

4.1.2. Similitudes avec le C. Soc.

- Apports
- Objet
- But : répartition d'une partie au moins de ses profits aux associés et maintien de l'interdiction des clauses léonines au sens propre (art. 32, alinéa 1^{er} C. Soc.) mais suppression de l'article 32, al. 2.

4.1.3. Les différences

- Détachement de l'idée de contrat (possibilité d'une SA d'une personne dès sa fondation → simplification pour les filiales à 99,99%)

- Patrimoine social (précisions)

4.2. La définition de l'association

4.2.1. Le texte

Article 1:2 :

« Une association est constituée par une convention entre deux ou plusieurs personnes, dénommées membres. Elle poursuit un but désintéressé dans le cadre de l'exercice d'une ou de plusieurs activités déterminées qui constituent son objet. Elle ne peut distribuer ni procurer directement ou indirectement un quelconque avantage patrimonial à ses fondateurs, ses membres, ses administrateurs ni à toute autre personne sauf dans le but désintéressé déterminé par les statuts. Toute opération violant cette interdiction est nulle. »

4.2.2. Les nouveautés

- Le CSA prend en compte les associations de fait
(cf. art. 1:6, § 1^{er} : association de fait régie par la convention des parties)
- Plus d'interdiction d'exercer une activité commerciale ou industrielle

4.3. La nouvelle ligne de démarcation entre société et association

4.3.1. Système actuel

- La société se caractérise légalement par son but de lucre (cf. spécialité légale : Cass. 30 novembre 2005 ; intérêt social : Cass. 28 novembre 2013)
- L'association non seulement ne peut chercher à procurer un gain matériel à ses membres mais ne peut, en principe (sauf de manière accessoire), poursuivre des activités commerciales ou industrielles
- → La création de la société à finalité sociale

4.3.2. Le nouveau système

- Les associations comme les sociétés peuvent exercer des activités économiques
- Le critère distinctif se trouve dans la distribution des bénéfices : la société suppose au moins une distribution partielle des bénéfices aux associés, l'association interdit toute distribution aux membres, fondateurs ou administrateurs.
- → La société à finalité sociale ne se justifie plus techniquement
- → Possibilité d'une « benefit corporation »
(une société pourrait avoir parmi ses objets un objet désintéressé)
- → Recul, en matière de sociétés, de la spécialité légale au profit de la spécialité statutaire

B. LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

1. Le CSA introduit un régime général de responsabilité des administrateurs de personnes morales

- Sous réserve de quelques cas spéciaux de responsabilité liés à certaines formes de personnes morales, ce régime ne fait plus de distinction entre sociétés, associations et fondations ni entre formes de sociétés, d'associations et fondations.
- Il vise la **responsabilité des administrateurs au sens strict** par opposition à certaines **obligations de garantie** qui peuvent peser sur eux (ex. en cas de capital d'un SA, art. 7:205 et 7:207)

2. Champ d'application

- En principe, les membres de l'organe d'administration et les délégués à la gestion journalière (art. 2:50 et 2:55).
- Les représentants permanents des personnes morales membres de l'organe administrateur ou délégués à la gestion journalières (art. 2:54).
- Les administrateurs de fait (art. 2:55)

3. Principes de base

3.1. Obligations générales

- vis-à-vis de la société (art. 2:50) : bonne exécution du mandat
- de manière générale : respect de la loi et du devoir général de prudence

3.2. Obligations particulières en cas de problème de continuité

- art. 2:51 : « *Lorsque des faits graves et concordants sont susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, l'organe d'administration est tenu de délibérer sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'activité économique pendant une période minimale de douze mois. »*
- *adde* sonnette d'alarme (art. 5:153 et 7:228)

3.3. Responsabilité : Les conditions

3.3.1. Règles de base

- art. 2:55, alinéa 1^{er}, 1^{re} et 2^e phases :

Les principes classiques :

« Les personnes visées à l'article 2:50 et toutes les autres personnes qui détiennent ou ont détenu le pouvoir de gérer effectivement la personne morale sont responsables envers la personne morale des fautes commises dans l'accomplissement de leur mission. Il en va de même envers les tiers pour autant que la faute commise présente un caractère extracontractuel. »

- si collègue : responsabilité solidaire (art. 2:55, alinéa 2)
- si plusieurs membres qui ne forment pas un collège : responsabilité personnelle sauf violation du CSA et des statuts (art. 2:55, alinéa 3)
- mais possibilité de se disculper si le membre en cause n'a pas participé à la faute et l'a dénoncé à tous les autres membres de l'organe d'administration (mention de la dénonciation et des discussions au P.V., art. 2:55, alinéa 4)

3.3.2. **Appréciation marginale (art. 2:55, alinéa 1^{er}, *in fine*)**

« Ces personnes ne sont toutefois responsables que des décisions, actes ou comportements qui excèdent manifestement la marge dans laquelle des administrateurs normalement prudents et diligents placés dans les mêmes circonstances peuvent raisonnablement avoir une opinion divergente. »

3.3.3. + Dommage propre et lien causal

- Application du droit commun (sauf exceptions prévues par la loi par ex. 5:153, § 3 et 7:228 *in fine* en matière de sonnette d'alarme)

4. La limitation de la responsabilité

4.1. Raison d'être

- Différence de traitement avec les hauts dirigeants (art. 18 de la loi relative aux contrats de travail ou sociétés de management) et les commissaires
- Assurabilité
- Concurrence des droits étrangers

4.2. Champ d'application

- En principe, 2:50 + toutes autres formes de responsabilité y compris articles XX225 et XX227 CDE
- Sauf :
 - fraude ou intention de nuire
 - obligations de garantie (par ex. en cas ↗ capital de la S.A.)
 - responsabilité solidaire des articles 442 *quater* et 458 CIR 1992 et 73 *sexies* et 93*undecies* Code de la TVA
 - article XX226 CDE

4.3. Mécanisme

- Plafonds en fonction du total du bilan et du CA (sur 3 exercices)
- Par fait ou ensemble de faits
- Quel que soit le nombre d'administrateurs (pas de multiplication)
- Quel que soit le nombre de demandeurs ou d'actions

1. Les grands traits communs

1.1. Du point de vue de la gestion au sens large

- Le représentant permanent de la personne morale administrateur
 - personne physique
 - Pas de « double casquette »
 - Possibilité d'un suppléant si administrateur unique de la société administrateur
- L'administrateur est un indépendant
- Confirmation du rôle de l'AG (nomination, révocation et rémunération)
- Dans la SA, la règle de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs devient supplétive (rapprochement avec les autres formes de sociétés)
- Généralisation du devoir d'abstention de l'administrateur « conflicté »
- Généralisation du délégué à la gestion journalière

1.2. Du point de vue de l'AG

- Pas de changement substantiel
- Mais droit de vote multiple (SRL et SA) voy. ci-après

2. L'architecture des organes d'administration et de gestion journalière

2.1. La SRL et la SC

- Organe d'administration Pas de changement
 - Règle par défaut : 1 ou des gérants
 - Collège (CA)
- Gestion journalière Possibilité, en outre, d'un délégué à la gestion journalière

2.2. La SA

- Organe d'administration
 - CA (//C. Soc)
 - Structure duale (voy. Ci-après (A))
 - Administrateur unique (voy. Ci-après (2))
- Gestion journalière Possibilité maintenue d'un délégué à la gestion journalière

2.3. SA à organe d'administration dual

2.3.1 Les grands traits

- un système à la belge inspiré des modèles allemand et néerlandais
- un système facultatif
- séparation claire du conseil de direction et du conseil de surveillance
- les deux organes doivent comporter au moins 3 membres
- AG nomme les membres du conseil de surveillance ; le conseil de surveillance nomme les membres du conseil de direction

2.3.2. Le partage des pouvoirs

- Conseil de surveillance (CS)
 - politique générale et stratégie
 - surveillance du CD
 - tous les actes expressément réservés par la loi au CA
- Conseil de direction (CD)
 - compétence résiduaire
- Représentation : le CD pouvoir général
le CS pour ses compétences particulières
(signature des comptes annuels par ex.)

2.4. L'administrateur unique

- c'est le prix à payer pour la suppression de la SCA
- personne morale (dans toutes les SA ; si SA cotée, la personne morale administrateur unique doit avoir un organe d'administration collégial) ou personne physique (dans les sociétés non cotées)

3. Le régime des conflits d'intérêts

3.1. SRL : conflit d'intérêts d'un administrateur

- Organe d'administration collégial :
cfr. procédure actuelle + devoir d'abstention
- Plusieurs administrateurs avec compétence individuelle :
décision prise par ceux qui ne sont pas conflictés
– si tous conflictés : renvoi à l'AG
- Administrateur unique : renvoi à l'AG, sauf si également actionnaire unique

3.2. SA : conflit d'intérêts d'un administrateur

- Administration moniste : cfr. procédure actuelle + devoir d'abstention
- Administration duale :
 - Conflit au sein du CS : cfr. CA
 - Conflit au sein du CD : renvoi au CS
- Administrateur unique : renvoi à l'AG, sauf si administrateur unique avec administration collégiale (et conflit limité à un membre du collège)
- Tous les membres de l'organe d'administration conflictés : renvoi à l'AG

3.3. SA cotée : conflit d'intérêts d'un actionnaire de contrôle

- art. 524 C. Soc. maintenu, mais

- Clarifié
- Étendu dans son champ d'application

4. L'AG : droit de vote multiple

4.1. SRL et SA non cotées

- Au moins une action avec une voix
- Actions sans droit de vote ou avec droit de vote multiple
- Classes d'actions
- Par défaut : pouvoir votal identique (SRL) / proportionnel avec la valeur de capital (SA)

4.2. SA cotées

- Droit de vote proportionnel à la valeur de capital
- Mais option statutaire de droit de vote double pour les actionnaires fidèles
 - Actions libérées
 - Actions nominatives
 - Détenues pendant deux ans sans interruption
 - Droit attaché à l'actionnaire et non pas à l'action (Pas de classe – Disparaît en cas de transfert (exceptions))

|
S I M O N T
B R A U N