

Le nouveau Code des sociétés et des associations en Belgique

Issu de Bulletin Joly Sociétés - n°03 - page 48

Date de parution : 01/03/2020

Id : BJS120n4

Réf : BJS mars 2020, n° 120n4, p. 48

Auteurs :

- Alexia Autenne, professeure à l'UCLouvain, FNRS, présidente de l'Association internationale de droit économique, Henri Culot, professeur à l'UCLouvain, secrétaire général de l'Association internationale de droit économique

Le droit belge des sociétés et des associations a été profondément remanié en 2019, dans le cadre d'une réforme plus large du droit économique. Cet article présente, de manière succincte, les principales nouveautés introduites par le Code des sociétés et des associations, au rang desquelles figurent l'adoption de la théorie du siège statutaire comme critère de rattachement, l'introduction d'un régime dual de gouvernance dans la SA et la suppression du capital dans la SRL.

En 2014, le législateur fédéral¹ belge a entamé une réflexion critique sur l'état du droit économique (droit de l'entreprise et droit de l'insolvabilité) et des sociétés, dans une visée de modernisation, de systématisation voire de recodification des textes juridiques de base.

S'agissant du droit des sociétés, deux constats ont été faits à cette occasion.

D'une part, la dernière réforme du droit des sociétés date de l'introduction du Code des sociétés par la loi du 7 mai 1999, accompagnée de son arrêté royal d'exécution du 30 janvier 2001. Cette réforme a été faite à droit constant, sans modification substantielle des anciennes lois sur les sociétés commerciales qui remontaient à 1873. En conséquence, certaines règles de droit des sociétés sont démodées, inutilement complexes, mal usitées, voire détournées.

D'autre part, la concurrence réglementaire entre les droits nationaux des sociétés s'est accrue à la faveur de la mondialisation et de la globalisation marchande. Les opérateurs économiques peuvent plus facilement migrer d'un ordre juridique à un autre, du moins au niveau européen. Il y a lieu de doter la Belgique d'un droit des sociétés séduisant et moderne, apte à attirer les entreprises et leurs diverses parties prenantes (travailleurs, créanciers, investisseurs, contractants, etc.).

Fort de ces diagnostics, le législateur a entrepris une réforme fondamentale du droit des sociétés, des associations et des fondations qui a donné naissance, le 23 mars 2019, à un « Code des sociétés et des associations » (CSA). Entré en vigueur le 1^{er} mai 2019, ce code réorganise au sein d'un instrument unique, les grands corps de règles issus, respectivement, du droit des sociétés, du droit des associations et du droit des fondations, en les adaptant substantiellement.

La présente contribution a pour objet de présenter succinctement les principales caractéristiques de cette réforme. Nous en décrivons d'abord les objectifs et les modalités de réalisation. Nous en examinons, ensuite et successivement, les morceaux choisis les plus importants.

I - L'élaboration du nouveau code et ses grands principes

Le nouveau code trouve ses racines dans un double mouvement, l'un intellectuel et l'autre normatif.

D'une part, une composante importante de la communauté universitaire (francophone et néerlandophone) liée au droit des sociétés s'est regroupée au sein d'un « Centre belge du droit des sociétés » qui a initié des débats doctrinaux et pratiques sur l'état actuel du droit des sociétés, « sans tabou »². Cette communauté intellectuelle s'est rapidement convaincue qu'il était opportun de réformer le droit des sociétés pour le rendre plus attractif sur la scène internationale, plus cohérent et mieux adapté à l'évolution de la vie des affaires. Elle a, en outre, émis le souhait d'une systématisation du droit des personnes morales qui devrait idéalement regrouper dans un texte unique les normes, jusque-là éparses, relatives aux sociétés, aux associations sans but lucratif et aux fondations. Les travaux du Centre belge ont, en outre, mis en évidence la nécessité d'avoir un droit des sociétés plus transparent, plus innovant et plus simple afin de faciliter le travail des praticiens sans sacrifier à la sécurité juridique.

D'autre part, une impulsion déterminante fut donnée par le ministre de la Justice Koen Geens dont l'expertise en droit des sociétés est internationalement reconnue. Le ministre Geens est, en effet, professeur de droit des sociétés à la faculté de droit de la KULeuven, une des plus grandes universités du Royaume. Capitalisant sur les réflexions du Centre belge du droit des sociétés qu'il a suivies attentivement, le ministre a initié un travail législatif de grande ampleur visant à réformer le droit des sociétés ainsi que le droit de l'entreprise. Il s'est saisi d'une note stratégique adoptée par le Centre belge qui fut, ensuite, soumise à l'analyse critique de la commission de droit commercial et économique de la Chambre des représentants en octobre 2015. Un groupe d'experts a, ensuite, été nommé pour conduire des travaux légistiques plus avancés qui ont abouti, à l'issue d'un long processus de consultation des milieux intéressés, à un projet de loi soumis au Conseil d'État. Le texte définitif a finalement été approuvé par la Chambre des représentants en février 2019.

Ainsi, le nouveau Code belge des sociétés et des associations porte la marque de ce que les Allemands appellent le *Professorenrecht*. S'agissant des modèles nationaux ayant, peu ou prou, inspiré les concepteurs du code, on cite, au premier rang, le modèle hollandais. Caractérisé par son pragmatisme et sa flexibilité, celui-ci a servi de référent (partiel) pour l'élaboration du régime de la société simple, de la société à responsabilité limitée, des droits de vote multiples ainsi que du nouveau critère de rattachement des sociétés, par exemple. Le droit français fut, quant à lui, la principale source d'inspiration pour l'instauration du droit de vote double dans les sociétés cotées.

II - La distinction entre la société et l'association

En droit contemporain des sociétés, il existe trois manières de distinguer les sociétés des associations. On peut se baser, comme le fait le législateur allemand, sur des caractéristiques formelles en rapport, donc, avec le choix d'une forme sociale qui en détermine les conditions de constitution, de fonctionnement et d'extinction. On peut également, comme le font les systèmes hollandais et français, utiliser des caractéristiques de nature

matérielle comme le but lucratif³. On peut enfin, pragmatiquement, combiner les deux approches.

En vertu des anciens articles premiers du Code des sociétés, d'une part, et de la loi sur les associations sans but lucratif, d'autre part, les sociétés (disposant de la personnalité) et les associations se distinguaient par leurs formes juridiques, par leur but (la présence ou non d'un but lucratif compris comme étant la distribution d'avantages matériels à leurs membres) mais aussi par leur objet (l'accomplissement ou non d'activités commerciales ou industrielles à titre principal)⁴.

Cette approche classique a été modifiée dans le nouveau code, dans le but de rendre plus adéquatement compte de l'insertion des associations dans la vie économique. La nouvelle *summa divisio* entre les sociétés⁵ et les associations⁶ y est fondée sur un nouveau critère matériel : la distribution ou l'absence de distribution d'un avantage patrimonial direct ou indirect.

La réforme du droit de l'entreprise du 15 avril 2018 modificative du Code de droit économique a, en parallèle, abrogé la théorie de la commercialité et a absorbé les associations avec personnalité juridique au sein de la notion d'entreprise dont il sera question ci-après.

Une double originalité peut également être soulignée, s'agissant des sociétés. D'une part, une distance est prise avec la vision contractuelle de la société⁷ puisque cette dernière peut, sauf exception, être constituée par une seule personne, physique ou morale, la définition générale de l'article 1:1 renvoyant à un acte juridique plutôt qu'à un accord entre associés. D'autre part, toutes les sociétés ont un « patrimoine », y compris les sociétés sans personnalité juridique, comme l'atteste l'article 4:13⁸ qui apporte la double précision suivante :

- les biens apportés à la société ainsi que ceux résultant de l'activité sociale forment un patrimoine *indivis* entre les associés et
- les biens composant ce patrimoine social sont « affectés » à l'activité de la société, les associés ni leurs créanciers ne pouvant prétendre y exercer des droits contraires à cette affectation.

S'esquisse, ici, une nouvelle approche du patrimoine sociétaire, inspirée de la théorie des régimes matrimoniaux⁹. Certes, une société sans personnalité juridique ne peut formellement être sujet actif ou passif de droit. Néanmoins, elle est désormais considérée comme titulaire d'une universalité indivise, appartenant techniquement aux associés, mais ne se confondant pas avec les biens propres de ces derniers. Ce nouveau paradigme soulève d'ores et déjà certains questionnements s'agissant, par exemple, de ses conséquences dans d'autres branches du droit (responsabilité civile, insolvabilité, droits intellectuels, droit des sûretés, droit fiscal, par exemple).

III – La notion d'entreprise

Le Code des sociétés et des associations et le Code de droit économique gomme la vieille distinction entre les sociétés commerciales et les sociétés civiles. Toutes les sociétés sont des « entreprises » au sens du droit économique. Il en va de même des associations dotées de la personnalité juridique et des fondations.

Cette nouvelle approche constitue le prolongement direct de l'adaptation importante qu'a connue le Code de droit économique à la faveur de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit de l'entreprise¹⁰. En droit belge, la forme de la personnalité morale suffit, désormais, à caractériser sa dimension marchande ou entrepreneuriale¹¹. À cet égard, le législateur semble s'être doublement inspiré du principe allemand de *Formkaufmann*, d'une part, et du régime néerlandais de la *maatschap*, d'autre part. En vertu du concept de *Formkaufmann*, toute société à « forme » commerciale est soumise au droit commercial. Dans le régime de la *maatschap*, toutes les sociétés, même dépourvues de la personnalité juridique, possèdent un « patrimoine » et sont, à ce titre, susceptibles d'être qualifiées d'entreprises¹².

Anciennement, la définition générale de l'entreprise du Code de droit économique était directement inspirée de la jurisprudence européenne en matière de concurrence économique¹³ qui, depuis l'arrêt *Höfner et Elser*¹⁴ vise « toute entité exerçant une activité économique, quel que soit le statut juridique de cette entité et de son mode de financement » – étant entendu que, par « activité économique », il faut entendre celle « consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné »¹⁵. Invoquant un possible déficit de sécurité juridique, la loi du 15 avril 2018 a remplacé cette approche « matérielle » par un critère « organique » ou « formel » : l'entreprise se caractérise moins par son activité ou par son but que par sa forme juridique, son organisation, par la façon dont des moyens matériels, financiers et humains sont agencés¹⁶.

Ainsi, en vertu du nouvel article 1:1 du Code de droit économique, entrent désormais en principe dans la catégorie « entreprise », trois types d'organisations ou de structures :

- 1° toute personne physique qui exerce, à titre indépendant, une activité professionnelle ;
- 2° toute personne morale ;
- 3° toute autre organisation sans personnalité juridique.

En sont, toutefois exclues, trois catégories d'organisations :

- 1° toute organisation sans personnalité juridique qui ne poursuit pas de but de distribution et qui ne procède effectivement pas à une distribution à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la politique de l'organisation ;
- 2° toute personne morale de droit public qui ne propose pas de biens ou de services sur un marché ;
- 3° certaines catégories limitativement énumérées de personnes morales de droit public comme l'État fédéral, les régions, les provinces, les communes, etc.

IV – La réduction du nombre de formes de sociétés

Une idée phare du projet de code était de réduire drastiquement le nombre de formes de sociétés, pour avoir un droit plus clair, plus compréhensible et même plus facile à enseigner. Certains États voisins, dont le Luxembourg, ont opté pour la stratégie inverse, multipliant les formes offertes aux agents économiques, au plus près de chaque type de situation.

L'idée de départ était ambitieuse¹⁷ : on allait passer de 15 formes à seulement ⁴⁸. Mais un principe de réalité s'est rapidement imposé¹⁹. Le législateur belge ne peut pas supprimer les formes européennes (SE, SCE et GEIE). La société en nom collectif et la société en commandite peuvent certes être conçues, doctrinalement, comme des variantes de la société simple et être soumises en partie à des règles communes, mais le code reconnaît néanmoins qu'elles constituent des formes distinctes, recevant une appellation propre, ce qui est utile pour indiquer qu'elles sont dotées de la personnalité juridique. La société coopérative devait au départ être supprimée car on pouvait reproduire ses caractéristiques en insérant les clauses adéquates dans les statuts d'une société à responsabilité limitée (SRL)²⁰. À la faveur d'un certain lobbying, cette forme a finalement été maintenue,

avec d'abord une réglementation par renvoi aux règles de la SRL, puis finalement une réglementation complètement distincte quoique ressemblante, formant le livre 6 du code²¹.

On est, en définitive, bien au-delà des quatre formes annoncées. Sont réellement supprimées la société en commandite par actions (dont on peut retrouver les caractéristiques en aménageant une SA), la société coopérative à responsabilité illimitée, la société à finalité sociale, la société agricole et le groupement [national] d'intérêt économique²².

Aux formes des sociétés s'ajoutent les formes nationales et européennes de personnes morales à but désintéressé, désormais intégrées dans le Code des sociétés *et des associations*. Les principales restent l'association sans but lucratif, l'association internationale sans but lucratif et la fondation²³.

V – La société à responsabilité limitée sans capital

Depuis longtemps, la société privée à responsabilité limitée, inspirée de la SARL française, était conçue comme un modèle réduit de la société anonyme. Les règles relatives au capital, harmonisées dans la deuxième directive européenne²⁴, lui étaient appliquées, mais avec des montants plus faibles. Plus récemment, se sont développées dans les pays voisins des formes de sociétés soumises à des exigences de capitalisation extrêmement réduites, suscitant un début de fuite des entreprises belges vers des pays plus « accueillants ».

Dans le souci de simplifier et de « flexibiliser » cette forme de société, le législateur a opté d'emblée pour la suppression du capital dans cette société²⁵, rebaptisée « société à responsabilité limitée ». Dans le nouveau régime, la SRL n'a pas de capital, ce qui supprime dans le même temps toute idée de capital minimum. L'apport en industrie, engagement de fournir des services à la société en échange de l'attribution d'actions, est désormais autorisé en tant que sous-catégorie d'apport en nature (art. 1:8, § 2, al. 3).

Toutefois, cette réforme ne pouvait se faire sans considération pour les autres intérêts légitimes, en particulier ceux des créanciers, que le capital a classiquement le rôle de protéger, en dépit du caractère imparfait, voire inefficace de cette technique²⁶. En conséquence, subsistent des mécanismes qu'on aurait pu croire révolus dans un système sans capital, comme le contrôle de la valeur des apports en nature (art. 5:7) ou l'exigence de doter la société, lors de sa constitution, de fonds propres suffisants pour assurer l'exercice normal de ses activités (art. 5:3)²⁷. Cette dernière obligation est documentée dans un plan financier remis au notaire au moment de la constitution de la société (art. 5:4) et sanctionnée par une responsabilité des fondateurs si la société est déclarée en faillite dans les 3 ans alors que les fonds propres de départ étaient manifestement insuffisants (art. 5:16, 2°).

La suppression du capital s'accompagne, en outre, de règles plus strictes en ce qui concerne les distributions aux actionnaires ou aux administrateurs (art. 5:142 et 5:143)²⁸. Il ne suffit plus, désormais, de satisfaire à un test de solvabilité consistant à vérifier que la distribution envisagée ne conduit pas les fonds propres de la société en territoire négatif. Si des réserves indisponibles figurent dans les comptes, les fonds propres de la société après la distribution ne peuvent être inférieurs à ces réserves. Avant de mettre la distribution en paiement, l'organe d'administration doit aussi vérifier qu'elle ne met pas en péril la liquidité de la société. Plus précisément, il s'agit de documenter le fait que la société restera capable, selon les prévisions raisonnables, d'honorer ses dettes exigibles au cours des 12 mois qui suivent la distribution. On impose ainsi l'exigence la plus proche de ce qui préoccupe réellement les créanciers de la société : éviter que les actionnaires ne s'approprient ses liquidités sans se soucier du paiement des dettes. Paradoxalement, on soumet sur ce point la SRL à des règles plus strictes que la SA, qui peut distribuer des dividendes sans se soumettre au test de liquidité.

VI – Les modes de gouvernance de la société anonyme

En Belgique, la gouvernance des sociétés anonymes est traditionnellement organisée selon un modèle moniste : un conseil d'administration collégial est chargé de prendre les décisions et de représenter la société. Divers aménagements étaient possibles : la désignation d'un délégué à la gestion journalière, chargé de prendre les décisions concernant la vie quotidienne de la société et la mise en place d'un comité de direction pouvant exercer certains pouvoirs du conseil d'administration. Cette dernière formule, d'obédience dualiste, n'a jamais connu de réel succès en pratique.

Désormais, le code prévoit un choix entre trois systèmes de gouvernance²⁹. La société peut opter pour un régime moniste, avec un conseil d'administration collégial doté de tous les pouvoirs (art. 7:85). Elle peut aussi choisir d'avoir un administrateur unique, formule souhaitée en particulier dans les filiales de groupes multinationaux et qui se justifie d'autant plus que la SA peut désormais ne compter qu'un seul actionnaire (art. 7:101). Enfin, la société peut adopter le dualisme intégral³⁰ (art. 7:104 et s.) : les pouvoirs de décision et de représentation sont partagés entre un conseil de surveillance et un conseil de direction, aucun membre de l'un ne pouvant siéger dans l'autre. En résumé, le conseil de direction prend les décisions opérationnelles (investissements, contrats avec les fournisseurs et les clients, personnel, organisation des activités, etc.) alors que le conseil de surveillance est chargé des compétences que le code réserve à l'organe d'administration, comme l'établissement des rapports, la convocation de l'assemblée générale, les décisions concernant le capital autorisé, etc., outre, comme son nom l'indique, la surveillance du conseil de direction. Même si la dernière formule n'est vraisemblablement choisie que par un nombre limité de (grandes) sociétés, le nouveau dispositif sera plus clair que par le passé, ce qui favorisera une meilleure gouvernance des diverses formes de sociétés.

VII – Les droits de vote double et multiple

Le nouveau code est fortement empreint de libéralisme et les abus qui, dans les années 1930, avaient conduit à l'interdiction des titres à droits de vote multiple sont maintenant oubliés. La voie était donc libre pour réintroduire le vote plural.

Dans les sociétés non cotées, les statuts déterminent librement le nombre de voix attachées aux actions, même si le principe reste qu'une action donne droit à une voix (art. 5:42 et 7:51). Les règles impératives sont minimalistes : dans la SRL, seules les actions peuvent conférer le droit de vote (mais rien n'interdit les actions sans droit de vote) et la société doit émettre au moins une action dotée d'au moins un droit de vote (art. 5:40 et 5:41). L'imagination des praticiens permettra donc de découpler la propriété économique et le pouvoir de décision selon des modalités inconnues auparavant.

Dans les sociétés cotées, la liberté est moins grande. La société peut, évidemment, en rester à un droit de vote proportionnel à la part du capital que chaque action représente, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, un droit de vote simple. Mais une nouvelle possibilité, inspirée du droit français, est introduite : les statuts peuvent prévoir que les actions nominatives inscrites au nom d'un même actionnaire pendant au moins 2 ans se voient allouées un deuxième droit de vote (art. 7:53)³¹. Il s'agit de donner une prime à la fidélité de l'actionnaire et de garantir l'ancrage belge de quelques champions nationaux aux mains d'actionnaires de contrôle et de grandes familles auxquels le droit de vote double va prioritairement bénéficier. Diverses modalités sont prévues, notamment pour régir les conséquences d'une cession des actions à l'intérieur de la famille ou du groupe de sociétés.

VIII – Les sociétés coopératives et leurs agréments

Depuis le XIX^e siècle, les sociétés coopératives ont bénéficié d'une grande liberté d'organisation. Eu égard à sa flexibilité, cette forme sociale a

progressivement été utilisée par des acteurs économiques étrangers à ce qu'on appelle aujourd'hui l'économie sociale. Elle a, ainsi, été particulièrement prisée par les professions libérales qui y ont trouvé une souplesse de gestion, auparavant absente de la SPRL, notamment grâce à la variabilité du capital.

Si le nouveau code a finalement conservé la coopérative en tant que forme de société distincte, il a réservé celle-ci aux « vraies » coopératives³², même si cet objectif n'apparaît pas très clairement de la définition légale (art. 6:1), qui autorise tout et son contraire. L'intention, non traduite dans le texte, était toutefois de se référer aux sept principes de l'Alliance coopérative internationale³³ et au règlement n° 1435/2003 relatif au statut de la société coopérative européenne, en insistant sur le fait que la société coopérative est supposée fournir des biens ou des services à ses actionnaires (mais elle peut aussi en faire bénéficier des tiers).

Le régime de la société coopérative est largement calqué sur celui de la SRL, avec toutefois quelques particularités comme l'obligation de compter au moins trois actionnaires (art. 6:3), l'interdiction d'émettre des titres autres que des actions avec droit de vote et des obligations (art. 6:19), l'obligation de prévoir une possibilité de démission et d'exclusion statutaires (art. 6:120 et 6:123), la compétence de principe de l'organe d'administration d'émettre des nouvelles actions (art. 6:108). Les perspectives sont désormais inversées, car ces possibilités existent également dans la SRL, sans toutefois s'y imposer.

Le nouveau code fait droit aux sociétés qui ne se limitent pas à la recherche du profit actionnarial. Le but de lucre fait toujours partie de la définition générale de la société, mais il ne s'agit plus désormais que d'un but parmi d'éventuels) autres (art. 1:1)³⁴. Aussi, les sociétés – dont les sociétés coopératives – peuvent-elles se doter d'autres finalités. Dans le cas de la société coopérative, un agrément accordé par le ministre de l'Économie peut venir sanctionner ce choix, moyennant le respect de conditions (art. 8:4). La société coopérative peut en outre être agréée comme entreprise sociale si, notamment, son but principal est de « générer un impact sociétal positif pour l'homme, l'environnement ou la société » (art. 8:5)³⁵. Enfin, les avantages auparavant reconnus à la société agricole seront désormais attribués aux sociétés en nom collectif, en commandite, à responsabilité limitée ou en coopératives ayant obtenu un agrément comme entreprises agricoles (art. 8:2)³⁶.

IX – La responsabilité des dirigeants

La responsabilité des dirigeants, tant envers la société qu'envers les tiers, était précédemment régie par des dispositions propres à chaque forme de société et par une subtile jurisprudence de la Cour de cassation qui avait fini par se stabiliser³⁷.

Désormais, un régime unifié gouverne cette matière ; il est applicable aux membres des organes d'administration et aux délégués à la gestion journalière de toutes les personnes morales régies par le code³⁸.

Certains principes établis reçoivent une consécration légale, en particulier celui de l'appréciation marginale³⁹, selon lequel le juge ne peut retenir la responsabilité d'un dirigeant qu'en cas de faute manifeste et non lorsqu'il a choisi parmi différentes options raisonnables (art. 2:56, al. 1^{er}). On évite ainsi que le juge substitue sa décision à celle du dirigeant et entre dans la substance de la décision économique, en violation de la règle du jugement d'affaire⁴⁰. Le Code des sociétés et des associations confirme aussi la jurisprudence selon laquelle, en matière extra-contractuelle, la responsabilité personnelle de l'organe envers les tiers victimes coexiste avec celle de la société ou de l'association⁴¹.

Le vrai changement – quoiqu'il pourrait s'avérer limité en pratique – provient de l'introduction d'un plafonnement de la responsabilité des dirigeants (art. 2:57)⁴². Les auteurs du projet de code justifient cette idée par un souci d'alignement sur le régime de responsabilité des travailleurs et des commissaires et par la volonté d'encourager la couverture assurantielle de la responsabilité des dirigeants⁴³. Cette nouveauté fait toutefois l'objet de critiques, notamment de la doctrine⁴⁴ et du Conseil d'État qui a pointé plusieurs incohérences et discriminations dans le régime⁴⁵.

Cinq montants de plafonds sont fixés, entre 125 000 € et 12 M€, selon la taille de la société appréciée en fonction de son chiffre d'affaires et du total de son bilan. Le plafond s'applique par fait générateur de la responsabilité, quels que soient le fondement juridique de la responsabilité, le nombre de victimes et le nombre de dirigeants responsables.

Le plafonnement est affecté d'exceptions, autant de cas dans lesquels la responsabilité demeure intégrale. Il s'agit en particulier des obligations de garantie prévues en cas de souscription d'apports nouveaux, de responsabilités particulières envers l'administration fiscale et la sécurité sociale et des fautes commises avec une intention frauduleuse ou un dessein de nuire. Juste avant le vote du projet en séance plénière, on a encore exempté du plafonnement les responsabilités découlant de fautes graves et de fautes présentant un caractère habituel plutôt qu'accidentel, ce qui donne finalement au juge un large pouvoir pour écarter la limitation de la responsabilité.

X – Le droit international privé des sociétés : l'abandon du siège réel au profit d'une approche en termes d'incorporation

En droit international privé des sociétés, le critère de rattachement des sociétés, qui conditionne le droit national applicable, est classiquement lié à un choix entre deux approches possibles.

Selon l'approche formelle, qualifiée de théorie de l'incorporation, la *lex societatis* dépend du lieu où se situe le siège statutaire de la société ou de l'endroit où ont été effectuées les formalités de constitution de la société.

Selon l'approche réaliste, la *lex societatis* repose, au contraire, sur le lieu où la société a situé son siège réel, en lien avec le lieu de réunion des organes ou l'exercice effectif de ses activités économiques principales.

La Belgique avait, de longue date, opté pour la seconde conception. Le droit belge avait, toutefois, été aménagé à la lumière de la jurisprudence européenne. On sait, en effet, que la Cour de justice de l'Union européenne a balisé l'application de la théorie du siège dans une série d'arrêts de principe⁴⁶ ayant suscité beaucoup de commentaires dans la doctrine nationale⁴⁷ et internationale⁴⁸.

Influencés par cette jurisprudence ainsi que par les travaux doctoraux de Kristof Maresceau⁴⁹, les auteurs du Code des sociétés et des associations ont introduit une nouvelle règle d'application matérielle en vertu de laquelle le code « est applicable aux personnes morales qui ont leur siège statutaire en Belgique » (art. 2:146). Le siège statutaire d'une personne morale est l'adresse mentionnée dans ses statuts ou dans le registre officiel des entreprises appelé « Banque-Carrefour des Entreprises ».

Ce nouveau dispositif s'articule avec les dispositions nouvelles du chapitre X du Code de droit international privé qui a également été modifié ; il en constitue le prolongement. S'agissant du droit international privé, l'article 2:148 du code organise aussi la reconnaissance de plein droit des sociétés étrangères et leur offre la faculté d'ester en justice en Belgique⁵⁰. La localisation de leur établissement principal n'est, à cet égard, plus pertinente.

La modification radicale des anciennes règles de conflit de lois constitue une innovation importante du nouveau code. Elle a vocation à profiler la Belgique sur la scène internationale en facilitant le choix, pour les opérateurs étrangers, du régime belge de droit des sociétés qui se veut plus attractif qu'auparavant. Malgré son caractère net et tranché, la nouvelle règle de *lex societatis* plie, toutefois, devant les lois de police et dans une moindre mesure devant la théorie de l'abus de droit et celle de la fraude à la loi, qui « ont pour fonction commune de corriger un montage artificiel par lequel les

parties exploitent légalement un droit dans l'intention d'obtenir un avantage qui, tantôt n'est pas offert par la loi normalement applicable (fraude à la loi), tantôt n'obéit pas à l'objectif du droit dont elles font usage (abus de droit) »⁵¹.

Les travaux préparatoires précisent, en outre, que l'adoption de la théorie du siège statutaire n'affecte pas les critères de rattachement propres à d'autres branches du droit, singulièrement le droit social, le droit de l'insolvabilité et le droit fiscal⁵².

XI – Les restructurations transfrontalières

S'agissant de la dimension internationale des sociétés, une seconde innovation du code peut être épinglée : l'adoption d'une procédure spécifique de transformation transfrontalière des sociétés émigrantes ou immigrantes, sans rupture de la personnalité juridique, qui entraîne le changement de loi applicable. Le transfert transfrontalier du siège était déjà de pratique courante⁵³ mais sans régime légal, nonobstant la jurisprudence européenne qui avait estimé que ce type de restructuration était une modalité d'exercice de la liberté d'établissement⁵⁴.

Le nouveau régime légal de transformation transfrontalière comporte, en résumé, les caractéristiques suivantes : les procédures d'émigration se distinguent de celles d'immigration des sociétés (art. 14:15, al. 1^{er} et 2), le maintien de la personnalité juridique est assuré (art. 14:16) et le transfert de siège est prohibé si la société est soumise à une procédure d'insolvabilité (art. 14:17). Des mesures protectrices des droits des actionnaires et des créanciers sont prévues.

Si le régime des fusions transfrontalières reste inchangé, le nouveau Code des sociétés et des associations apporte quelques nouveautés en matière de scissions transfrontalières qui ne faisaient l'objet d'aucune réglementation dans l'ancien texte⁵⁵. Aux articles 12:73 et suivants, le code confirme désormais la possibilité pour une société belge « d'appliquer de manière transfrontalière la procédure de scission avec une (ou plusieurs) société étrangère, que celle-ci soit la société scindée ou l'une des sociétés bénéficiaires »⁵⁶. Le nouveau régime est fortement inspiré de celui des scissions internes, avec quelques particularités propres au caractère international de l'opération (voy. l'application tantôt distributive, tantôt cumulative des lois en présence), dans un souci de protéger toutes les parties intéressées à l'opération. Le législateur anticipe, en cela, la transposition de la directive européenne concernant les transformations, fusions et scissions transfrontalières⁵⁷.

XII – Le droit transitoire

Le nouveau Code des sociétés et des associations est entré en vigueur le 1^{er} mai 2019. L'application des nouvelles règles ne souffre d'aucune difficulté particulière pour les nouvelles personnes morales, c'est-à-dire celles constituées après cette date. L'application du code est, en revanche, une opération plus complexe s'agissant des sociétés ou des personnes morales existantes. Se combinent, en effet, des règles supplétives, des règles impératives et des règles d'ordre public. En outre, en droit des sociétés, les techniques conventionnelles se mêlent à l'application de règles destinées à protéger les tiers, voire certains actionnaires. Certaines formes sociales disparaissent ; des formes nouvelles apparaissent. Les questions de droit transitoire en deviennent particulièrement sensibles. Le professeur Jean-Marie Nelissen Grade résume ainsi les objectifs poursuivis par le législateur : assurer une entrée en vigueur rapide de la réforme pour les personnes morales nouvellement constituées ; prévoir une période transitoire plus longue pour les personnes morales existantes et organiser des solutions spécifiques pour les personnes morales titulaires d'une des formes juridiques supprimées⁵⁸.

Il n'y a pas lieu, dans le cadre limité de cette contribution, de rendre compte de toutes les subtilités du droit transitoire prévu par le code. Nous épinglons uniquement quelques principes de base relatifs à la situation des personnes morales existant préalablement à l'entrée en vigueur du code⁵⁹ :

- 1° L'application des dispositions du nouveau code intervient le 1^{er} janvier 2020 pour les personnes morales existantes, avec, toutefois, des modalités spécifiques pour certaines règles. En conséquence, les dispositions impératives et d'ordre public du code prévalent à compter de cette date, y compris s'agissant des sociétés qui n'auraient pas adapté leurs statuts.
- 2° Nonobstant l'applicabilité du code au 1^{er} janvier 2020, les sociétés disposent d'un délai plus long, jusqu'au 1^{er} janvier 2024, pour modifier leurs statuts. Les sociétés sont, toutefois, tenues de mettre leurs statuts en conformité à l'occasion de la première modification statutaire qui interviendrait à partir du 1^{er} janvier 2020.
- 3° Les clauses contractuelles ou les conventions conclues avant l'entrée en vigueur du code restent soumises à la réglementation antérieure, sauf contrariété à une norme impérative ou d'ordre public du code.
- 4° Depuis le 1^{er} mai 2019, les personnes morales existantes peuvent, à la faveur d'un régime légal qualifié d'*opt-in*, décider d'appliquer les règles du nouveau code en modifiant leurs statuts en conséquence.

Conclusion. La réforme du droit belge des sociétés et des associations est porteuse d'espoir, même si les règles juridiques ne sont pas les seuls facteurs d'efficacité économique et de justice sociale. Le temps dira si le nouveau régime répond aux besoins des entreprises et de leurs parties prenantes, si des ajustements sont nécessaires et si des difficultés sont constatées. À ce jour, les échos sont encourageants. À tout le moins, la réforme aura-t-elle permis les accomplissements suivants : une réflexion approfondie sur les structures des entreprises, une remise en ordre des règles en la matière, d'intenses et fructueuses collaborations interuniversitaires et un regain d'intérêt, dans le monde juridique et au-delà, pour le droit des personnes morales.

NOTES DE BAS DE PAGE



¹- En Belgique, le droit des personnes morales relève de la compétence de l'État fédéral.

²- Braeckmans H. et a., *La modernisation du droit des sociétés – À l'initiative du Centre belge du droit des sociétés*, 2014, Bruxelles, Larcier, p. 11.

³- Foriers P.-A. et François A., « Un nouveau regard sur quelques distinctions classiques en droit des sociétés », in Braeckmans H. et a. (dir.), *La modernisation du droit des sociétés – À l'initiative du Centre belge du droit des sociétés*, 2014, Bruxelles, Larcier, p. 36-37.

⁴- Van Ryn J., *Principes de droit commercial*, t. I, 1^{re} éd., 1954, p. 230, n° 329.

⁵- Aux termes de l'article 1:1 du Code des sociétés et des associations, « la société est constituée par un acte juridique par lequel une ou plusieurs personnes, dénommées associés, font un apport. Elle a un patrimoine et a pour objet l'exercice d'une ou plusieurs activités déterminées. Un de ses buts est de distribuer ou procurer à ses associés un avantage patrimonial direct ou indirect. »

⁶- En vertu de l'article 1:2 du Code des sociétés et des associations, « 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 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. »

- [7-](#) Navez E.-J. et Navez A., *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, 2019, Bruxelles, Larcier, p. 28.
- [8-](#) Ceci vaut pour les sociétés simples, les SNC et les sociétés en commandite.
- [9-](#) Vananroye J., « Nieuwe aandacht voor de maatschap », in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, 1999, Kalmthout, Biblio ; « Verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid », in *De VZW naar huidig en komend recht* 2000, Bruxelles, Larcier.
- [10-](#) M. B., 27 avr. 2018, p. 36878 et s.
- [11-](#) Voy. Braeckmans H. et a., *La modernisation de droit des sociétés - L'initiative du Centre belge du droit des sociétés*, 2014, Bruxelles, Larcier.
- [12-](#) Pour un commentaire critique sur la notion d'entreprise en droit belge, voy. Autenne A. et Thiron N., « La nouvelle "définition générale" de l'entreprise dans le Code de droit économique : deux pas en avant, trois pas en arrière », *Journal des Tribunaux*, 2018, p. 826-832.
- [13-](#) CJCE, 19 juill. 1962, n° C-19/61, Mannesman c/ Haute Autorité : Rec., p. 675 et s. Dans cet arrêt, la Cour avait en effet défini l'entreprise comme « toute organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé ».
- [14-](#) CJCE, 23 avr. 1991, n° C-41/90, Höfner et Elser : Rec., p. I-2010 et s.
- [15-](#) CJCE, 18 juin 1998, n° C-35/96, Commission c/ Italie : Rec., p. I-3851 et s., pt 36.
- [16-](#) Doc. parl., DOC 54 2828/001, p. 5.
- [17-](#) Caprasse O. et Wyckaert M., « Limitation du nombre de sociétés : qu'en est-il des sociétés de capitaux (SA, SPRL, SCRL) ? », in *La modernisation du droit des sociétés*, 2014, Bruxelles, Larcier, p. 63-87.
- [18-](#) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, Doc. parl., Ch. repr., 2017-2018, DOC 54 3119/001, p. 10-11.
- [19-](#) Voy. Foriers P.-A., « Principes généraux et dispositions communes », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, 2019, Limal, Anthemis, p. 42-45.
- [20-](#) Caprasse O. et Wyckaert M., « Limitation du nombre de sociétés : qu'en est-il des sociétés de capitaux (SA, SPRL, SCRL) ? », in *La modernisation du droit des sociétés*, 2014, Bruxelles, Larcier, p. 73.
- [21-](#) Navez E.-J. et Navez A., *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, 2019, Bruxelles, Larcier, p. 176-179.
- [22-](#) De Cordt Y. et Culot H., « La réforme du droit belge des sociétés. Un nouveau code libéral des sociétés et des associations », *Rev. sociétés* 2019, p. 437.
- [23-](#) Coipel M., « L'intégration des ASBL, des AISBL et des fondations dans le nouveau code », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, 2019, Limal, Anthemis, p. 489-553.
- [24-](#) Aujourd'hui reprise dans la directive (UE) n° 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés.
- [25-](#) Culot H., « La suppression du capital dans la société à responsabilité limitée », R.D.C. 2018, p. 967-983 ; De Wolf P., « La SRL, une société sans capital mais dotée de règles (strictes) de protection des tiers », in *La société à responsabilité limitée*, 2019, Bruxelles, Larcier, p. 41-79 ; Navez E.-J. et Navez A., *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, 2019, Bruxelles, Larcier, p. 102-130.
- [26-](#) Culot H., « La SRL sans capital : quels sont les (réels) changements ? », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, 2019, Limal, Anthemis, p. 153-158.
- [27-](#) De Cordt Y. et Culot H., « La réforme du droit belge des sociétés. Un nouveau code libéral des sociétés et des associations », *Rev. sociétés* 2019, p. 448.
- [28-](#) Culot H., « La SRL sans capital : quels sont les (réels) changements ? », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, 2019, Limal, Anthemis, p. 167-173.
- [29-](#) Navez E.-J. et Navez A., *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, 2019, Bruxelles, Larcier, p. 211-227 ; Willermain D., Messine F. et Collard G., « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, 2019, Limal, Anthemis, p. 183-249.
- [30-](#) De Cordt Y. et Culot H., « La réforme du droit belge des sociétés. Un nouveau code libéral des sociétés et des associations », *Rev. sociétés* 2019, p. 442-443.
- [31-](#) Navez E.-J. et Navez A., *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, 2019, Bruxelles, Larcier, p. 197-200 ; Pottier E., L'Homme T., Tu L.-Y. et Viseur G., « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », R.D.C. 2018, p. 1025-1027.
- [32-](#) Sur la nouvelle définition de la SC, voy. Delcorde J.-A. et Bernaerts M., « La société coopérative : points essentiels », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Analyse critique et modèles de clauses commentés*, 2019, Bruxelles, Larcier, p. 99-105 ; Navez E.-J. et Navez A., *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, 2019, Bruxelles, Larcier, p. 173-176.
- [33-](#) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, Doc. parl., Ch. repr., 2017-2018, DOC 54 3119/001, p. 191.
- [34-](#) Dieux X., « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : Une "anonymisation" silencieuse », R.D.C. 2018, p. 940-942 ; De Cordt Y. et Culot H., « La réforme du droit belge des sociétés. Un nouveau code libéral des sociétés et des associations », *Rev. sociétés* 2019, p. 439.
- [35-](#) Navez E.-J. et Navez A., *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, 2019, Bruxelles, Larcier, p. 277-280.
- [36-](#) Beguin E. et Caprasse A., « De la société agricole et du groupement forestier à la société agréée comme entreprise agricole ou groupement forestier : la disparition de deux OVNI », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Analyse critique et modèles de clauses commentés*, 2019, Bruxelles, Larcier, p. 396-409 ; Culot H., « Entreprise agricole et bail à ferme : l'incidence du Code des sociétés et des associations », *JJP* 2019, p. 486-488.
- [37-](#) Not. Cass. b., 11 avr. 1989 : Pas. 1989, I, 809 - Cass. b., 7 nov. 1997 : RCJB 1999, p. 730, note Simonart V. - Cass. b., 16 févr. 2001 : Rev. prat. soc. 2001, p. 348 - Cass. b., 20 juin 2005 : Pas. 2005, 1354 ; JT 2006, p. 435, note Bihain L. ; Rev. prat. soc. 2005, p. 183, note De Cordt Y.
- [38-](#) Navez E.-J. et Navez A., *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, 2019, Bruxelles, Larcier, p. 67 ; Pottier E. et Lefèvre F., « La responsabilité des organes », in *La société à responsabilité limitée*, 2019, Bruxelles, Larcier, p. 173-199.
- [39-](#) De Cordt Y. et Culot H., « La réforme du droit belge des sociétés. Un nouveau code libéral des sociétés et des associations », *Rev. sociétés* 2019, p. 444.

- [40](#) - Autenne A., « La règle du jugement d'affaire : état des lieux et fondements économiques au regard de l'intérêt social », in *Le juge des sociétés et des associations*, 2017, Bruxelles, Larcier, p. 203-2017.
- [41](#) - Cass. b., 20 juin 2005 : Pas. 2005, 1354 ; JT 2006, p. 435, note Bihain L. ; Rev. prat. soc. 2005, p. 183, note De Cordt Y.
- [42](#) - Navez E.-J. et Navez A., *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, 2019, Bruxelles, Larcier, p. 70-75.
- [43](#) - Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, Doc. parl., Ch. repr., 2017-2018, DOC 54 3119/001, p. 62-63.
- [44](#) - Cornelis L. et François A., « Les résidus de la responsabilité des administrateurs », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, 2019, Limal, Anthemis, p. 251-295.
- [45](#) - C.E., avis, n° 61.988/2, 9 oct. 2017 ; Doc. parl., Ch. repr., 2017-2018, DOC 54 3119/002, p. 12-18.
- [46](#) - Voy. CJCE, 9 mars 1999, n° C-212/97, Centros : Rec. 1999, P. I-1459 - CJCE, 5 nov. 2002, n° C-208/00, Überseering : Rec. 2002, P. I-9919 - CJCE, 30 sept. 2003, n° C-167/01, Inspire Art Ltd. : Rec. 2003, P. I-10115 - CJCE, 16 déc. 2008, n° C-210/06, Cartesio : Rec. 2008, P. I-9641 - CJUE, 12 juill. 2012, n° C-378/10, Vale : Rec. 2012, P. I-8173 ; CJUE, 14 sept. 2017, n° C-646/15, Trustees Panayi : EU:C:2017, p. 682 - CJUE, 25 oct. 2017, n° C-106/16, Polbud-Wykonwstwo : EU:C:2017, p. 804.
- [47](#) - Not. Simonart V., « L'application du droit belge aux sociétés constituées dans un autre État de la Communauté et, en particulier, aux Limited », Rev. prat. soc. 2008, p. 111-206 ; Autenne A. et Navez E.-J., « Cartesio - Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités », Cahiers de droit européen 2009, p. 91-125.
- [48](#) - Not. Armour J., Fleischer H., Knapp V. et Winner M., « Brexit and Corporate Citizenship », European Business Organization Law Review 2017, p. 225-249.
- [49](#) - Maresceau K., *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, 2014, Anvers, Cambridge, Intersentia.
- [50](#) - Navez E.-J. et Navez A., *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, 2019, Bruxelles, Larcier, p. 361.
- [51](#) - Fallon M., « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, 2019, Limal, Anthemis, p. 88.
- [52](#) - Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, Doc. parl., Ch. repr., 2017-2018, DOC 54 3119/001, p. 341.
- [53](#) - Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, Doc. parl., Ch. repr., 2017-2018, DOC 54 3119/001, p. 324.
- [54](#) - CJUE, 25 oct. 2017, n° C-106/16, Polbud-Wykonwstwo : EU:C:2017, p. 804.
- [55](#) - La doctrine considérait, toutefois, qu'une scission transfrontalière était réalisable sur la base de la liberté d'établissement consacrée dans le droit primaire européen (art. 49 et 54 TFUE), telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne. Voy. Navez E.-J. et Culot H., « Les réorganisations de personnes morales. Présentation des principales innovations du CSA », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, 2019, Limal, Anthemis, p. 429-435.
- [56](#) - Navez E.-J. et Culot H., « Les réorganisations de personnes morales. Présentation des principales innovations du CSA », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, 2019, Limal, Anthemis, p. 431.
- [57](#) - Dir. (UE) n° 2019/2121 du PE et du Cons., 27 nov. 2019, modifiant Dir. (UE) n° 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières : JOUE L 321, 12 déc. 2019, p. 1-44.
- [58](#) - Nelissen-Grade J.-M., « De overgangsregeling », in *Le projet de Code des sociétés et des associations - Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen*, 2018, Bruxelles, Larcier, p. 413.
- [59](#) - Navez E.-J. et Navez A., « Les réorganisations de personnes morales. Présentation des principales innovations du CSA », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, 2019, Limal, Anthemis, p. 373 et s.

Issu de Bulletin Joly Sociétés - n° 03 - page 48

Date de parution : 01/03/2020

Id : BJS120n4

Réf : BJS mars 2020, n° 120n4, p. 48

Auteurs :

- Alexia Autenne, professeure à l'UCLouvain, FNRS, présidente de l'Association internationale de droit économique,
- Henri Culot, professeur à l'UCLouvain, secrétaire général de l'Association internationale de droit économique