

Le partage du pouvoir dans les PME

Philippe Bossard, Alain Gunzburg et Donatienne Schots^(*)

Table des matières

I. Introduction (n° 1-5)

II. Méthodes structurelles de partage du pouvoir (n° 6)

II.A. Dissociation du pouvoir politique et du pouvoir opérationnel

II.A.1. Les sociétés en commandite

II.A.1.a. Régime actuel (n° 7-11)

II.A.1.b. Incidence du projet de Code des sociétés et des associations

II.A.1.b.(i) Disparition des SCA (n° 12-13)

II.A.1.b.(ii) Stabilité du gérant (n° 14-15)

II.A.2. Le verrouillage statutaire de l'organe de gestion

II.A.2.a. Régime actuel

II.A.2.a.(i) Verrouillage statutaire du gérant d'une SPRL (n° 16-18)

II.A.2.a.(ii) Verrouillage statutaire du gérant d'une SC (n° 19)

II.A.2.b. Incidence du projet de Code des sociétés et des associations (n° 20-21)

II.B. Dissociation des pouvoirs politique et opérationnel et du pouvoir économique (n° 22)

II.B.1. Les mécanismes de dissociation conçus comme tels

II.B.1.a. L'émission de titres sans droit de vote

II.B.1.a.(i) Régime actuel (n° 23-26)

II.B.1.a.(ii) Incidence du projet de Code des sociétés et des associations (n° 27-29)

II.B.1.b. Les actions privilégiées

II.B.1.b.(i) Régime actuel (n° 30-32)

II.B.1.b.(ii) Incidence du projet de Code des sociétés et des associations (n° 33-34)

II.B.1.c. Les parts bénéficiaires dans les SA et les SCA

II.B.1.c.(i) Régime actuel (n° 35-37)

II.B.1.c.(ii) Incidence du projet de Code des sociétés et des associations (n° 38-39)

II.B.1.d. La certification

II.B.1.d.(i) Régime actuel (n° 40-44)

II.B.1.d.(ii) Incidence du projet de Code des sociétés et des associations (n° 45)

II.B.2. Les mécanismes ayant un effet de dissociation

II.B.2.a. Souscription ou acquisition de titres en indivision ou en démembrement (n° 46)

II.B.2.a.(i) Régime actuel

II.B.2.a.(i).[a] L'indivision volontaire (n° 47-50)

II.B.2.a.(i).[b] Le démembrement (n° 51)

II.B.2.a.(ii) Incidence du projet de Code des sociétés et des associations (n° 52)

II.B.2.b. Le commodat (n° 53-54)

II.B.2.c. Les conventions de croupier et les sociétés internes

II.B.2.c.(i) Régime actuel (n° 55-57)

II.B.2.c.(ii) Incidence du projet de Code des sociétés et des associations (n° 58-59)

II.B.2.d. La durée limitée (n° 60-62)

III. Méthodes conventionnelles de partage du pouvoir (n° 63)

III.A. Le principe majoritaire (n° 64-65)

III.B. Considérations préliminaires : conventions d'actionnaires ou dispositions statutaires ? (n° 66)

III.C. Analyse et exemples de différents types de clauses organisant l'exercice du pouvoir

III.C.1. Les pactes de votation

III.C.1.a. Régime actuel (n° 67-68)

III.C.1.b. Incidence du projet de Code des sociétés et des associations (n° 69)

III.C.2. Les clauses affectant le droit de vote à l'assemblée générale

III.C.2.a. La limitation du droit de vote

III.C.2.a.(i) Régime actuel (n° 70-71)

III.C.2.a.(ii) Incidence du projet de Code des sociétés et des associations (n° 72-74)

III.C.2.b. Le vote plural

* Avocats associés - Buyle légal.

- III.C.2.b.(i) Régime actuel : le vote plural dans les sociétés coopératives (n° 75)
- III.C.2.b.(ii) Le vote plural : une innovation du Code des sociétés et des associations (n° 76-77)
- III.C.2.c. Clauses relatives aux quorums et aux majorités
 - III.C.2.c.(i) Les quorums (n° 78-80)
 - III.C.2.c.(ii) Les majorités (n° 81-83)
- III.C.3. Les clauses relatives à la composition des organes (n° 84-86)

- III.C.3.a. Les aménagements conventionnels agissant sur les majorités (n° 87)
- III.C.3.b. Les aménagements conventionnels agissant sur les candidatures (n° 88-91)
- III.C.3.c. Les aménagements conventionnels agissant sur la règle un poste - un vote (n° 92-93)
- III.C.4. Les clauses relatives au fonctionnement des organes (n° 94)

IV. Conclusion (n° 95)

I. Introduction

1. La présente contribution est focalisée sur le partage du pouvoir dans les petites et moyennes entreprises dans lesquelles les tâches entre associés doivent être partagées, de même que lorsqu'il s'agit de partager le pouvoir entre associés opérationnels et non opérationnels, tels des apporteurs de fonds.

Elle se base sur le Code des sociétés et expose les modifications qui seront apportées par le nouveau Code des sociétés et des associations, en tenant compte de l'état actuel du projet.

2. Une gestion harmonieuse de l'entreprise nécessite un partage adéquat du pouvoir entre les différentes personnes intéressées à la bonne marche des affaires.

3. Le pouvoir dans les entreprises présente essentiellement trois facettes :

Le pouvoir politique (les droits sociaux) :

Ce pouvoir est détenu par ceux qui exercent le droit de vote à l'assemblée générale et qui influencent le vote sur toutes les questions soumises à l'assemblée générale.

Ce pouvoir est détenu par les associés (soit les actionnaires dans les SA, les associés dans les SPRL et sociétés en commandite et les coopérateurs dans les SC)⁽¹⁾.

Le pouvoir économique :

Il s'agit du pouvoir de s'approprier les revenus de la société et la rémunération du management.

Par défaut, ce pouvoir est également détenu par les associés.

Le pouvoir opérationnel :

Ce pouvoir est détenu par le management.

Il s'agit du conseil d'administration des sociétés anonymes, du ou des gérants des SPRL, de l'associé commandité dans les sociétés en commandite et de l'administrateur ou du conseil d'administration dans les sociétés coopératives.

Le projet de Code des sociétés et des associations crée des dénominations à la fois plus simples et plus complexes en ce que l'on ne parle plus que d'"administrateurs", qu'il s'agisse d'une société à responsabilité limitée (SRL), d'une SC ou d'une SA, mais que l'on nomme les organes différemment si les administrateurs sont multiples.

Ainsi :

- dans les SRL et les SC⁽²⁾, il s'agira d'"un ou plusieurs administrateurs" (article 5:70, § 1er, alinéa 1er) ou d'un "organe d'administration collégial" (article 5:72, § 1er, alinéa 3);
- dans les SA, il s'agira d'un "conseil d'administration" (article 7:85, § 1er, alinéa 1er), d'un "administrateur unique" (article 7:101, § 1er) ou d'un "conseil de surveillance et un conseil de direction" (article 7:104);
- dans les sociétés en commandite, il s'agira des associés commandités (article 4:22, alinéa 3).

4. Par défaut, le pouvoir économique est proportionnel au pouvoir politique. Ce dernier permet le contrôle de la société⁽³⁾ et emporte le pouvoir opérationnel.

1. Ceux-ci sont dénommés dans le projet de Code des sociétés et des associations sous le vocable d'"actionnaires" dans les SRL (Partie 2, Livre 5), les SC (Partie 2, Livre 6) et les SA (Partie 2, Livre 7).

2. Conformément à la règle générale de renvoi au régime des SRL de l'article 6:3, § 1er du projet de Code des sociétés et des associations.

3. Au sens de l'article 5, § 1er du Code des sociétés qui énonce que "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". Cet article est textuellement repris à l'article 1:14, § 1er du projet de Code des sociétés et des associations.

Ces différents aspects du pouvoir peuvent être cumulés, combinés ou dissociés afin de rencontrer les intérêts parfois divergents des fondateurs, des investisseurs et des nouveaux associés, en vue de poursuivre un but commun au profit de chacun.

Les techniques de partage du pouvoir consistent essentiellement :

- à limiter le pouvoir d'un majoritaire ou à conférer un effet de levier à un minoritaire;
- à dissocier le pouvoir politique du pouvoir économique et/ou du pouvoir opérationnel.

5. En termes de méthode, le partage peut résulter :

- d'un aménagement structurel, par le choix d'un type de société ou des mécanismes légaux de partage; et/ou
- d'un aménagement conventionnel, en marge de la structure, par la conclusion de conventions d'associés ou d'actionnaires.

Cette distinction présente toutefois un côté relativement artificiel auquel il est recouru pour des considérations didactiques car fondamentalement, le partage du pouvoir procède toujours d'un accord entre les parties intéressées à la bonne marche de l'entreprise.

II. Méthodes structurelles de partage du pouvoir

6. Par le simple choix d'un type de société ou de techniques de gestion du capital de la société, l'on peut dissocier le pouvoir politique du pouvoir opérationnel et/ou économique, et aboutir de la sorte à un "partage par nature".

II.A. Dissociation du pouvoir politique et du pouvoir opérationnel

II.A.1. Les sociétés en commandite

II.A.1.a. Régime actuel

7. La société en commandite simple est définie par l'article 202 du Code des sociétés comme étant⁽⁴⁾ : "(...) celle que contractent un ou plusieurs associés responsables et solidaires, que l'on nomme commandités, et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds, que l'on nomme commanditaires".

Quant à la société en commandite par actions (SCA)⁽⁵⁾, celle-ci est définie par l'article 654 du Code des sociétés comme étant : "(...) celle que contractent un ou plusieurs associés responsables et solidaires, que l'on nomme commandités, avec un ou plusieurs associés commanditaires qui ont la qualité d'actionnaires et qui n'engagent qu'une mise déterminée".

Les sociétés en commandite se caractérisent donc par la coexistence de deux catégories d'associés⁽⁶⁾ :

- d'une part, des apporteurs de fonds, les commanditaires, dont la responsabilité est limitée à leurs apports; et
- d'autre part, le ou les commandités, qui engagent leur patrimoine solidairement avec la société.

8. En ce qui concerne la gérance d'une société en commandite, celle-ci ne peut en aucun cas être confiée à l'associé commanditaire (qui apporte les fonds) :

- Dans les sociétés en commandite simple, l'article 207, § 1er, alinéa 1er du Code des sociétés⁽⁷⁾ énonce en effet que : "L'associé commanditaire ne peut, même en vertu de procuration, faire aucun acte de gestion"⁽⁸⁾.

L'on admet toutefois que la gérance puisse être confiée à un tiers⁽⁹⁾.

4. Le projet de Code des sociétés et des associations définit la société en commandite à l'article 4:22, alinéas 1 et 3, dans les termes suivants : "La société simple dont les associés conviennent qu'elle sera dotée de la personnalité juridique prend la forme d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite. (...) La société est en commandite lorsqu'elle est contractée par un ou plusieurs associés indéfiniment et solidairement responsables des engagements sociaux, dénommés les commandités, et un ou plusieurs autres associés qui procèdent seulement à des apports en numéraire ou en nature et ne participent pas à la gestion, dénommés les associés commanditaires". L'exposé des motifs confirme que l'article 4:22, alinéa 3 est une reprise de la définition classique (projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 124).

5. En ce qui concerne l'incidence du projet de Code des sociétés et des associations au niveau des SCA, voy. *infra*, n° 12 et 13.

6. V. SIMONART, *Société en nom collectif, Sociétés en commandite*, Bruxelles, Bruylant, 2016, n° 1, p. 9; H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, n° 69, p. 48; P. NICAISE, "La société en commandite par actions : bilan et perspectives", *Le droit des sociétés - aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, Bruylant, 1999, n° 3, p. 121.

7. Repris textuellement à l'article 4:25, § 1er, alinéa 1er du projet de Code des sociétés et des associations.

8. Cette disposition est reprise textuellement à l'article 4:25, § 1er, alinéa 1er du projet de Code des sociétés et des associations.

9. J. VANANROYE, "De commanditair kan uit de kast", *RPS-TRV*, 2016, p. 628; V. SIMONART, *Société en nom collectif, Sociétés en commandite*, Bruxelles, Bruylant, 2016, n° 94, p. 94; Ch. JASSOGNE, "La société en commandite simple", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. I, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2012, n° 177, p. 158; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, Précis, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 696, p. 416. Ni le projet de Code des sociétés et des associations, ni les travaux préparatoires, ne remettent ce principe en question.

- Dans les sociétés en commandite par actions, l'article 656 du Code des sociétés énonce que : "L'associé commanditaire qui prend la signature sociale autrement que par procuration ou dont le nom figure dans la dénomination sociale devient, vis-à-vis des tiers, solidairement responsable des engagements de la société".

Selon l'article 658 du Code des sociétés, le gérant ne peut être qu'un associé (article 658, alinéa 1er) et doit, en outre, être désigné dans les statuts (article 658, alinéa 2).

Il s'en déduit que la gérance ne peut être confiée qu'à un associé commandité : celui qui est solidairement responsable des engagements de la société⁽¹⁰⁾.

Ce pouvoir de gestion revenant à l'associé commandité est à ce point exclusif que cet associé se voit reconnaître par l'article 659, alinéa 1er du Code des sociétés, un droit de veto sur toutes décisions de l'assemblée générale "qui intéressent la société à l'égard des tiers ou qui modifient les statuts".

Le gérant peut donc s'opposer à la distribution de dividendes, aux opérations de restructuration (fusion, scission), à la modification des statuts.

9. En l'absence de dispositions des statuts qui organiseraient un autre régime, la société en commandite réserve une stabilité particulière au gérant.

Si le gérant est désigné dans les statuts (ce qui est toujours le cas dans les sociétés en commandite par actions), il ne peut être révoqué que par jugement

pour une "cause légitime" au sens de l'article 33, alinéa 2 du Code des sociétés, comme une mauvaise gestion, l'incapacité notoire du gérant, des malversations, des infidélités, ainsi que toute méconnaissance grave du contrat de société⁽¹¹⁾.

Dans les sociétés en commandite simple, cette révocation doit être prononcée par le tribunal à la suite d'une décision de tous les associés - autres que le gérant - de révoquer celui-ci⁽¹²⁾.

Dans les sociétés en commandite par actions, la révocation peut aussi, si les statuts sont aménagés à cet effet, être prononcée par l'assemblée générale statuant à la majorité requise pour la modification des statuts⁽¹³⁾.

Mais comme le gérant dispose d'un droit de veto pour s'opposer aux décisions de l'assemblée générale qui modifient les statuts, conformément à l'article 659, alinéa 1er du Code des sociétés, il pourra s'opposer à sa propre révocation puisque l'article 658 du Code des sociétés prescrit que "l'associé gérant est nécessairement indiqué dans l'acte constitutif"⁽¹⁴⁾.

Il faudra donc également une décision du tribunal pour passer outre ce veto⁽¹⁵⁾.

En toute hypothèse, la nature même des sociétés en commandite confère une stabilité particulière au gérant.

10. Ce type de société permet ainsi de cantonner les commanditaires dans un rôle d'investisseurs passifs, apporteurs de capitaux⁽¹⁶⁾, étant précisé que, dans les SCA, les commandités peuvent être actionnaires ou non⁽¹⁷⁾,

-
10. J.-M. GOLLIER, "L'organisation du contrôle au moyen d'instruments structurels", *L'exercice du contrôle dans la SA*, Séminaire Vanham & Vanham, 19 mai 2016, n° 23, p. 13; P. DE WOLF et G. STEVENS, "La société en commandite par actions", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. II, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, n° 1553, p. 530; J. RUYSEVELDT, "Art. 654 W. Venn.", *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2017, Boek IX, p. 2.
 11. V. SIMONART, *Société en nom collectif, Sociétés en commandite*, Bruxelles, Bruylant, 2016, n° 108 A), p. 103; P. DE WOLF et G. STEVENS, "La société en commandite par actions", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. II, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, n° 1553, p. 531; D. VAN GERVEN et E. JANSSENS, "Comm. VA : quasi onafzetbaarheid van de statutair zaakvoerder", *Handboek Estate Planning*, Boek 3 Vermogensplanning met Effect bij leven - rechtspersoon, Larcier, Gent, 2009, n° 87 et 88, p. 78; voy. ég., sur le sujet, B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen - Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, n° 560-578, p. 345-356.
 12. V. SIMONART, *Société en nom collectif, Sociétés en commandite*, Bruxelles, Bruylant, 2016, n° 108 A), p. 105; Ch. JASSOGNE, "La société en commandite simple", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. I, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2012, n° 177, p. 158, renvoyant au régime des SNC, n° 150, p. 137. Ni le projet de Code des sociétés et des associations, ni les travaux préparatoires, ne remettent ce principe en question.
 13. J. RUYSEVELDT, "Art. 658 W. Venn.", *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Boek IX, Mechelen, Kluwer, 2017, p. 11; V. SIMONART, *Société en nom collectif, Sociétés en commandite*, Bruxelles, Bruylant, 2016, n° 221, p. 169; L. DECORNINCK, "De commanditaire vennootschap op aandelen : een rechtshistorisch curiosum of een bruikbare rechtsvorm?", *TRV*, 1989, p. 189-190.
 14. P. DE WOLF et G. STEVENS, "La société en commandite par actions", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. II, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, n° 1557, p. 534; D. VAN GERVEN et E. JANSSENS, "Comm. VA : quasi onafzetbaarheid van de statutair zaakvoerder", *Handboek Estate Planning*, Boek 3, Vermogensplanning met Effect bij leven - rechtspersoon, Larcier, Gent, 2009, n° 89, 90 et 93, p. 78-80; P. DE WOLF et G. STEVENS, "Commentaire de l'art. 658 C. soc.", *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Kluwer, 2001, n° 7.
 15. J.-M. GOLLIER, "L'organisation du contrôle au moyen d'instruments structurels", *L'exercice du contrôle dans la SA*, Séminaire Vanham & Vanham, 19 mai 2016, n° 24, p. 14; P. DE WOLF et G. STEVENS, "La société en commandite par actions", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. II, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, n° 1553, p. 531.
 16. J.-M. GOLLIER, "L'organisation du contrôle au moyen d'instruments structurels", *L'exercice du contrôle dans la SA*, Séminaire Vanham & Vanham, 19 mai 2016, n° 21, p. 12.
 17. J. RUYSEVELDT, "Art. 654 W. Venn.", *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2017, Boek IX, p. 2; P. DE WOLF et G. STEVENS, "La société en commandite par actions", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. II, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, n° 1545 C., p. 520; P. DE WOLF et G. STEVENS, "Commentaire de l'art. 654 C. soc.", *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Kluwer, 2001, n° 4.

ce qui, dans ce cas, ne leur ôte toutefois pas leur qualité de commandités et ne les décharge pas de leur responsabilité solidaire des dettes de la société⁽¹⁸⁾.

Les statuts doivent attribuer aux commandités des “parts de commandite” ou “parts d’intérêt”⁽¹⁹⁾, qui ne sont pas représentatives du capital en contrepartie de l’apport du cautionnement de la société. Elle s’assimilent aux parts bénéficiaires dans les sociétés anonymes (infra, II.B.1.c, n° 35 à 37)⁽²⁰⁾.

Ces parts de commandite sont incessibles tant dans les sociétés en commandite simple⁽²¹⁾ que dans les sociétés en commandite par actions⁽²²⁾, sauf dispositions contraires des statuts⁽²³⁾, et se voient reconnaître les droits précisés par les statuts⁽²⁴⁾.

En revanche, les commanditaires sont traités comme de simples “bailleurs de fonds”⁽²⁵⁾ ou, dans les SCA, comme de simples actionnaires auxquels toutes les dispositions relatives aux sociétés anonymes sont applicables⁽²⁶⁾.

L’on aboutit de la sorte à dissocier radicalement le pouvoir politique du pouvoir opérationnel, puisque ce dernier est exclusivement réservé à l’associé qui s’engage sur ses biens personnels (associé commandité) - ou éventuellement à un tiers, en cas de société en commandite simple - mais en aucun cas, à l’associé commanditaire (l’apporteur de fonds).

11. L’inconvénient de la responsabilité illimitée et solidaire du commandité peut être aisément évité en attribuant la qualité de commandité à une société dotée de la personnalité juridique, par exemple une SPRLU qui constituera le rempart entre la personne physique de l’entrepreneur et les créanciers de la SCA⁽²⁷⁾.

II.A.1.b. Incidence du projet de Code des sociétés et des associations

II.A.1.b.(i) Disparition des SCA

12. Partant du constat que la SCA était surtout utilisée afin de stabiliser la fonction opérationnelle⁽²⁸⁾, le projet de Code des sociétés et des associations suit les recommandations de la doctrine⁽²⁹⁾ et supprime la forme sociale de la SCA qui devient inutile à la suite d’une profonde modification des règles relatives à l’administration de la société anonyme.

“Tout d’abord, le statut de l’administrateur est repensé. La règle impérative de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs devient ainsi, à l’exemple de ce qui se fait à l’étranger, une disposition de droit supplétif.

Ensuite, la gouvernance de la société est profondément aménagée.

Alors que la SA ne connaît aujourd’hui que le conseil d’administration classique (“collégial”), la société pourra être dotée d’un “administrateur unique” qui ne peut être révoqué que pour de justes motifs. Ceci permet de structurer la société à l’exemple de la société en commandite par actions supprimée par ce projet”⁽³⁰⁾.

13. Le Code en projet permet de reconstituer dans la SA, totalement ou partiellement, les mêmes mécanismes que ceux en vigueur dans les SCA, à quelques nuances près⁽³¹⁾.

Ainsi :

- L’article 7:101, § 1er, alinéa 1er du projet énonce que : “Les statuts peuvent prévoir que la société est

18. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. I, 1re éd., 1954, n° 870, p. 516-517.

19. V. SIMONART, *Société en nom collectif, Sociétés en commandite*, Bruxelles, Bruylant, 2016, n° 206, p. 158.

20. P. NICAISE, “La société en commandite par actions : bilan et perspectives”, *Le droit des sociétés - aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, Bruylant, 1999, n° 9, p. 124.

21. Ch. JASSOGNE, “La société en commandite simple”, *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. I, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2012, n° 175, p. 157.

22. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. I, 1re éd., 1954, n° 305, p. 210, n° 438, p. 304.

23. Article 38 du Code des sociétés.

24. V. SIMONART, *Société en nom collectif, Sociétés en commandite*, Bruxelles, Bruylant, 2016, n° 207, p. 158.

25. Expression impropre utilisée par l’article 202 du Code des sociétés, qui laisse entendre que l’associé commanditaire est un simple prêteur, alors qu’il est un véritable associé; H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, n° 117, p. 79.

26. Article 657 du Code des sociétés. J. RUYSSSEVELDT, “Art. 654 W. Venn.”, *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2017, Boek IX, p. 2-3; P. DE WOLF et G. STEVENS, “La société en commandite par actions”, *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. II, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, n° 1545, § 2, p. 522.

27. J.-M. GOLLIER, “L’organisation du contrôle au moyen d’instruments structurels”, *L’exercice du contrôle dans la SA*, Séminaire Vanham & Vanham, 19 mai 2016, n° 23, p. 14; H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, n° 179, p. 113; P. NICAISE, “La société en commandite par actions : bilan et perspectives”, *Le droit des sociétés - aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, Bruylant, 1999, n° 8, p. 123 et 124.

28. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 233 et 234.

29. O. CAPRASSE et M. WYCKAERT, “Limitation du nombre de sociétés : qu’en est-il des sociétés de capitaux (SA, SPRL, SCRL) ?”, *La modernisation du droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2014, n° 28, p. 83.

30. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 14.

31. E. POTTIER, “La société anonyme : nouveautés en matière de gouvernance”, *La réforme du droit des sociétés*, Séminaire Vanham & Vanham, 26 avril 2018, p. 10 et 11, n° 21 à 24.

gérée par un administrateur unique, qui peut être nommé dans les statuts”.

- L'article 7:101, § 2 du projet énonce que : “Les statuts peuvent prévoir que l'administrateur unique est solidairement et indéfiniment responsable des obligations de la société. Dans ce cas, l'administrateur ne peut être personnellement condamné en raison des obligations de la société tant que cette dernière n'a pas été elle-même condamnée”.

Ce régime est donc encore plus favorable que dans les SCA, puisque la responsabilité illimitée et solidaire de l'associé commandité est actuellement la règle dans les SCA, alors qu'elle ne devient qu'une faculté dans le Code en projet.

L'exposé des motifs explique cette modification par le fait que “cette responsabilité illimitée s'avère aujourd'hui trop souvent symbolique (que l'on pense au gérant statutaire d'une société en commandite par actions qui adopte la forme d'une SPRL dotée d'un capital de 18.550 euros dont 6.200 euros sont libérés)”⁽³²⁾.

- L'article 7:101, § 3 du projet énonce que : “Les statuts peuvent prévoir que le consentement de l'administrateur unique est exigé pour toute modification de statuts, toute distribution aux actionnaires ou pour sa révocation”.

Le droit de veto de l'associé commandité d'une SCA peut donc être prévu dans les statuts.

II.A.1.b.(ii) Stabilité du gérant

14. L'article 4:9⁽³³⁾ du projet de Code des sociétés et des associations énonce, au sujet de la société en commandite, que : “Tant que la société dure, le gérant chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société ne peut être révoqué que pour de justes motifs laissés à l'appréciation du juge ou par décision des associés prise à l'unanimité ou, si le contrat le prévoit, aux conditions de majorité prévues par celui-ci”.

Les travaux préparatoires précisent que cette disposition, bien que formulée différemment, est “une reprise de l'article 33, al. 2, C. Soc.”⁽³⁴⁾.

Il s'en déduit que le projet de nouveau Code ne change rien aux règles gouvernant la stabilité du gérant d'une société en commandite (*supra*, n° 9).

15. En ce qui concerne les SA assimilées aux SCA, l'article 7:101, § 3 du projet de Code des sociétés et des associations, reproduit *supra*, n° 13, permet aux statuts de donner à l'administrateur unique un droit de veto sur toute résolution relative à sa révocation.

L'article 7:101, § 4, alinéa 2, précise toutefois que : “Même si le consentement de l'administrateur unique est nécessaire à sa révocation en vertu d'une disposition statutaire, l'assemblée générale peut mettre fin à son mandat sans son consentement aux conditions de quorum et de majorité requises pour la modification des statuts, pour de justes motifs”.

L'exposé des motifs précise que cette disposition “trace les limites du pouvoir de l'administrateur unique de se maintenir en place : son droit de veto statutaire peut toujours être écarté si une majorité renforcée à l'assemblée générale marque son accord sur sa révocation pour de justes motifs”⁽³⁵⁾.

L'on relèvera une nouvelle disposition inspirée de l'action minoritaire⁽³⁶⁾ en cas d'inaction d'une majorité qui protégerait un administrateur unique : il est ainsi prévu, à l'article 7:101, § 4, alinéa 3, que les titulaires d'actions avec droit de vote qui représentent au moins 10 % du capital (3 % pour une société cotée) peuvent désigner à l'unanimité un mandataire spécial, actionnaire ou non, chargé d'introduire une demande de révocation de l'administrateur unique pour de justes motifs.

II.A.2. Le verrouillage statutaire de l'organe de gestion

II.A.2.a. Régime actuel

II.A.2.a.(i) Verrouillage statutaire du gérant d'une SPRL

16. Dans les SPRL, l'on peut aboutir à un résultat semblable.

32. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 234.

33. Article situé dans la Partie 2. - Les sociétés, Livre 4. - La société simple, la société en nom collectif et la société en commandite simple, Titre 3. - L'administration des affaires sociales.

34. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 120.

35. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 235.

36. *Ibidem*.

Il suffit :

- De désigner le gérant dans les statuts, de sorte que le changement de gérant nécessite au moins une décision de l'assemblée générale moyennant le quorum et à la majorité qualifiée qui sont requis pour la modification des statuts (majorité de 75 %).
- De déterminer dans les statuts une majorité encore plus qualifiée sur cette question, au besoin, de telle sorte que le gérant - par hypothèse, lui-même associé - doive également être d'accord.

17. Exemple :

- Trois associés :
 - Jacques : 45 %
 - Paul Fortuné : 43 %
 - Pierre Lentrepreneur : 12 %
 - TOTAL : 100 %

- Gérant statutaire : Pierre Lentrepreneur.

- Les statuts prévoient que la révocation du gérant ne peut être décidée que moyennant une décision de l'assemblée générale prise à la majorité de 90 %. Pierre Lentrepreneur dispose donc *de facto* d'un droit de veto.

18. Dans ce cas, et sauf accord unanime des associés, la révocation du gérant ne peut être admise que pour "motifs graves", conformément à l'article 256, alinéa 2 du Code des sociétés, dont le contenu s'apparente à la "cause légitime", visée à l'article 33 du Code des sociétés⁽³⁷⁾.

Autrement dit, si le gérant détient des actions, il peut s'opposer à sa révocation sans motif grave et, s'il détient plus d'un quart des actions, il peut même s'opposer à sa révocation pour motif grave⁽³⁸⁾.

II.A.2.a.(ii) Verrouillage statutaire du gérant d'une SC

19. Une solution identique est possible dans les sociétés coopératives.

L'article 378 du Code des sociétés énonce que : "En cas de silence des statuts, la société coopérative est

administrée par un administrateur, associé ou non, nommé par l'assemblée générale".

Rien ne s'oppose donc à ce qu'une société coopérative soit administrée par un seul administrateur, à ce que celui-ci soit désigné dans les statuts et à ce qu'il ne soit révocable que dans les conditions requises pour la modification des statuts.

II.A.2.b. Incidence du projet de Code des sociétés et des associations

20. Étant entendu qu'une SRL peut être administrée par un seul administrateur (article 5:70, § 1er, alinéa 1er du projet), l'article 5:70, § 2, alinéa 3, énonce que "Les administrateurs peuvent aussi être nommés par les statuts" et, au § 3, alinéa 1er, que "La révocation d'un administrateur nommé dans les statuts requiert une modification de ceux-ci".

Il est donc acquis que "Comme c'est le cas aujourd'hui, un administrateur statutaire ne peut être révoqué, sauf juste motif, que par une modification des statuts. Rien n'empêche ensuite que les statuts prescrivent une motivation, une majorité renforcée ou même l'unanimité des voix"⁽³⁹⁾.

21. Le projet de Code des sociétés et des associations n'apporte pas non plus de modification à la situation des SC⁽⁴⁰⁾, dont le régime sera désormais calqué sur celui des SRL⁽⁴¹⁾, l'article 6:3, § 1er, énonçant textuellement que : "Les dispositions relatives à la société à responsabilité limitée sont applicables à la société coopérative, sauf dans la mesure où il y est dérogé par le présent livre".

II.B. Dissociation des pouvoirs politique et opérationnel et du pouvoir économique

22. Il existe différentes techniques permettant de déconnecter la valeur de la part ou de l'action (le pouvoir économique) du pouvoir politique qu'elle contient.

37. P. KILESTE, C. STAUDT et C. BERTSCH, "Le statut des administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL", *Droit des sociétés commerciales, SA, SPRL et SCRL*, t. 2, 4e éd., 2012, n° 530, p. 536-537.

38. X. DIEUX, P. LAMBRECHT et O. CAPRASSE, "Examen de jurisprudence (2010-2013), Les sociétés commerciales (deuxième partie)", *R.C.J.B.*, 2016, n° 99, p. 316; D. VAN GERVEN, "De kwalificatie van statutaire zaakvoerder van een BVBA", noot onder Kh. Dendermonde, 13 december 2012, *TRV*, 2014, p. 418; voy. ég. : B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen - Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, n° 560, p. 34.

39. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 156.

40. A.-P. ANDRÉ-DUMONT, "La gestion dans les sociétés coopératives : évolution découlant du Code des sociétés et des associations", *La société coopérative : nouvelles évolutions*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 52, n° 9 à 11 et p. 54 à 57, n° 15 à 18.

41. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 193.

Ces techniques ont pour effet d'affaiblir l'influence des majoritaires ou d'augmenter l'influence des minoritaires sur le contrôle de l'entreprise.

L'on examine ci-dessous deux types de mécanismes :

- Les mécanismes de dissociation prévus par le Code des sociétés et conçus à cette fin;
- Les mécanismes permis par le Code des sociétés à d'autres fins et qui aboutissent à un effet de dissociation des pouvoirs.

II.B.1. Les mécanismes de dissociation conçus comme tels

II.B.1.a. L'émission de titres sans droit de vote

II.B.1.a.(i) Régime actuel

23. Dans les SA⁽⁴²⁾, les SPRL⁽⁴³⁾ et les SCA⁽⁴⁴⁾, il est possible de créer des actions ou des parts sans droit de vote.

Cette possibilité est également permise dans les sociétés coopératives, car l'interdiction de créer des titres hors capital - énoncée à l'article 356, alinéa 2 du Code des sociétés - ne vaut pas pour les parts représentatives du capital⁽⁴⁵⁾, ce qui est le cas des parts de coopérateurs sans droit de vote.

24. Ce système d'émission d'actions sans droit de vote a été créé, d'une part, pour permettre à la société d'augmenter son capital sans modifier fondamentalement la structure du pouvoir de son actionnariat ancien⁽⁴⁶⁾ et, d'autre part, pour intéresser des investisseurs au financement de l'entreprise sans les impliquer dans la gestion⁽⁴⁷⁾.

Un dividende privilégié compense économiquement la renonciation au pouvoir conféré par le droit de vote.

Il est naturellement possible de procéder à une augmentation de capital en combinant la souscription d'actions ordinaires et celle d'actions sans droit de vote.

25. Les conditions de cette émission sont les suivantes :

- Les titres sans droit de vote ne peuvent excéder un tiers du capital⁽⁴⁸⁾;
- Les titres sans droit de vote bénéficient d'un droit à un dividende privilégié dont le montant est fixé au moment de l'émission⁽⁴⁹⁾.

Il s'agit d'un montant supérieur aux dividendes ordinaires et attribué prioritairement avant l'affectation aux actions ordinaires.

Sauf si les statuts en décident autrement, ce dividende privilégié est "récupérable" si les bénéficiaires d'un exercice n'ont pas permis de dégager un bénéfice distribuable suffisant pour le payer en totalité⁽⁵⁰⁾.

Les titres sans droit de vote confèrent un droit privilégié au remboursement de l'apport en capital augmenté de la prime d'émission, non seulement en cas de liquidation, mais aussi dans l'hypothèse d'une réduction de capital⁽⁵¹⁾ et un droit au boni de liquidation au moins équivalent à celui attribué aux titres ordinaires⁽⁵²⁾.

26. Sous la seule réserve du droit de vote qui lui est refusé, l'actionnaire sans droit de vote est un actionnaire comme un autre⁽⁵³⁾ et bénéficie de toutes les prérogatives attachées aux actions avec droit de vote : accès et participation à l'assemblée générale, accès à

42. Articles 480 à 482 du Code des sociétés.

43. Articles 238, 240 et 241 du Code des sociétés.

44. Article 657 du Code des sociétés.

45. N. DELANG, "Art. 356 W. Venn.", "Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer", Mechelen, Kluwer, 2017, Boek VII, p. 4; F. PINTÉ, "Commentaire de l'article 356 C. Soc.", *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Kluwer, 2002, n° 1.

46. Y. DE CORDT (dir.), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 111, p. 96; D. WILLERMAIN, "Commentaire de l'article 480 C. soc.", *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Kluwer, 2012, n° 2; Sur l'historique de ce type de titres, voy. : F. TKINT, "Le droit de vote et les différentes catégories de titres", *Contrôle, stabilité et structure de l'actionnariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 14, p. 64-65; C. VAN DER ELST, "Wetboek Vennootschapsrecht, Geannoteerd Wetboek van Vennootschappen met bijzondere wetgeving", Brugge, die Keure, 2009, afl. 42, p. 62.

47. D. WILLERMAIN, "Les conventions d'actionnaires comme technique d'organisation du contrôle", *L'exercice du contrôle dans la SA*, Séminaire Vanham & Vanham, mai 2016, n° 3, p. 4 et 5; C. VAN DER ELST, "Wetboek Vennootschapsrecht, Geannoteerd Wetboek van Vennootschappen met bijzondere wetgeving", Brugge, die Keure, 2009, afl. 42, p. 6.

48. Articles 240, § 1er, 1° et 480, 1° du Code des sociétés.

49. Articles 240, § 1er, 2° et 480, 2° du Code des sociétés.

50. D. WILLERMAIN, "Les clauses visant à organiser l'exercice du pouvoir", *Les conventions d'actionnaires*, Séminaire Vanham & Vanham, mai 2013, n° 5, p. 6; H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, n° 882, p. 474; F. TKINT, "Le droit de vote et les différentes catégories de titres", *Contrôle, stabilité et structure de l'actionnariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 19, p. 67.

51. F. TKINT, "Le droit de vote et les différentes catégories de titres", *Contrôle, stabilité et structure de l'actionnariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 19, p. 68; *contra* : F. BOUCKAERT, *Notarieel Vennootschapsrecht*, Kluwer, 2000, 1re partie, p. 284.

52. Articles 240, § 1er, 3° et 480, 3° du Code des sociétés.

53. P. DE WOLF et G. STEVENS, "La société anonyme", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. II, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, n° 804, p. 100; H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, n° 885, p. 475; F. TKINT, "Le droit de vote et les différentes catégories de titres", *Contrôle, stabilité et structure de l'actionnariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 20, p. 69.

l'information et droit d'intenter une action en responsabilité, reconnus aux actionnaires minoritaires par l'article 562 du Code des sociétés⁽⁵⁴⁾.

II.B.1.a.(ii) Incidence du projet de Code des sociétés et des associations

27. Sur le plan des principes, la possibilité d'émettre des actions sans droit de vote est maintenue, tant pour les SRL⁽⁵⁵⁾ que pour les SA⁽⁵⁶⁾ et les SC⁽⁵⁷⁾.

En ce qui concerne les conditions de l'émission d'actions sans droit de vote, les exigences sont considérablement assouplies.

28. En ce qui concerne les SRL et les SC⁽⁵⁸⁾, le siège de la matière sera désormais l'article 5:42, alinéa 1er du projet de Code des sociétés et des associations qui énonce que : "La société doit émettre au moins une action et une action au moins doit avoir le droit de vote".

Les travaux préparatoires⁽⁵⁹⁾ précisent que : "La nouvelle flexibilité permet d'émettre des actions à droit de vote multiple, des actions sans droit de vote, avec dividende privilégié ou non, ou des actions dont le droit de vote ne peut être exercé que sous certaines conditions".

Les conditions requises par le Code des sociétés pour l'émission d'actions sans droit de vote (*supra*, n° 25) sont totalement éliminées.

Ne subsistent, à titre de règles impératives⁽⁶⁰⁾, que :

- l'obligation de prévoir au moins une action à laquelle un droit de vote est attaché (article 5:40);
- l'obligation de reconnaître un droit de vote à ce type d'actions dans des situations exceptionnelles, lorsque les prérogatives qui leur sont reconnues risquent d'être atteintes :

- article 5:47, § 1er, 1° : en cas de modification des droits attachés à la classe d'actions à laquelle elles appartiennent (hypothèse visée à l'article 5:102);
- article 5:47, § 1er, 2° et 3° : si la société subit un changement structurel à ce point fondamental que les actionnaires se retrouvent, d'un point de vue factuel, dans une autre catégorie d'actions : transformation, fusion ou scission;
- article 5:47, § 1er, 4° : en cas de déplacement transfrontalier du siège statutaire;
- article 5:47, § 2 : en vue de protéger leurs droits lorsqu'un dividende privilégié leur est accordé statutairement.

29. En ce qui concerne les SA, le nouveau régime est énoncé à l'article 7:57 du projet de Code des sociétés et des associations.

Ce régime est calqué sur celui des SRL, à telle enseigne que les travaux préparatoires se bornent à renvoyer à l'exposé des motifs des dispositions applicables aux SRL⁽⁶¹⁾.

II.B.1.b. Les actions privilégiées

II.B.1.b.(i) Régime actuel

30. Ce type d'actions ne peut être créé que dans les SA, les SC⁽⁶²⁾ et les SCA, et non dans les SPRL puisque l'article 239 du Code des sociétés énonce que "chaque part donne un droit égal dans la répartition des bénéfices et des produits de la liquidation"⁽⁶³⁾.

Les actions privilégiées constituent une catégorie d'actions, au sens de l'article 560 du Code des sociétés⁽⁶⁴⁾.

31. Ces titres ont pour objectif d'avantager les associés qui en sont propriétaires, par l'attribution d'un dividende privilégié passant avant le dividende ordinaire et s'ajoutant à celui-ci.

54. B. VAN BRUYSTEGEM, "Art. 480 W. Venn.", "Venmoetschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Mechelen, Kluwer, 2017, Boek VIII, p. 1; D. WILLERMAIN, "Les conventions d'actionnaires comme technique d'organisation du contrôle", *L'exercice du contrôle dans la SA*, Séminaire Vanham & Vanham, mai 2016, n° 8, p. 9.

55. Articles 5:40 et 5:47 du projet de Code des sociétés et des associations.

56. Articles 7:45 et 7:57 du projet de Code des sociétés et des associations.

57. Par assimilation au régime des SRL prévue à l'article 6:3, § 1er, alinéa 1er du projet de loi, auquel il n'est pas dérogé par les dispositions spécifiques aux sociétés coopératives.

58. Voy. note précédente.

59. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 142.

60. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 143.

61. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 211.

62. Par identité de motifs à ce qui est exposé ci-dessus relativement aux actions ou parts sans droit de vote.

63. G. HORSMANS, "La société privée à responsabilité limitée", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. I, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2012, n° 251, p. 207; E. JANSSEN et F. KESKINS, *Aandelen. Een overzicht van de principes en een aantal toepassingen*, Larcier, Gent, 2010, p. 64.

64. Y. DE CORDT (dir.), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 108, p. 95.

Ce type d'actions constitue donc un incitant à l'investissement dans une société.

32. Ces titres se distinguent des actions ou des parts de capital par les droits financiers qui y sont attachés⁽⁶⁵⁾.

Il peut aussi être prévu qu'en cas d'insuffisance du bénéfice d'une année, ce dividende soit récupérable par priorité sur le bénéfice des exercices ultérieurs.

L'on peut également stipuler un droit privilégié de remboursement lors de la dissolution de la société.

II.B.1.b.(ii) Incidence du projet de Code des sociétés et des associations

33. Le projet de Code des sociétés et des associations bouleverse les règles applicables aux SRL et aux SC.

Le siège de la matière sera désormais l'article 5:41, qui énonce que : "Chaque action participe au bénéfice et au solde de la liquidation. Sauf disposition statutaire contraire, chaque action donne droit à une part égale du bénéfice et du solde de la liquidation".

L'exposé des motifs précise que :

"Cet article comporte une toute nouvelle disposition relative à la détermination des droits de vote et des droits patrimoniaux attachés aux actions. Selon la règle de droit supplétif, chaque action donne droit aux mêmes droits mais les statuts peuvent, d'après le texte proposé, déroger de manière quasiment illimitée à cette règle.

Selon le droit actuel des SPRL, toutes les actions ont impérativement les mêmes droits (ce qui correspond à une même valeur représentative du capital), (...).

Une telle rigidité ne se justifie nullement. La disposition actuelle va bien au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger les actionnaires entre eux. Elle fait obstacle à des dérogations utiles souhaitées par les fondateurs ou les actionnaires, même si elles ont fait l'objet de négociation par les parties en pleine connaissance de cause.

Il est dès lors proposé de partir désormais d'une règle de droit supplétif claire, à savoir une seule voix par

action et des droits au bénéfice égaux, mais de permettre aux statuts d'y déroger sur tous les plans, étant entendu que, si des actions sans droit de vote restent possibles, chaque action doit toujours être dotée de droits patrimoniaux (...).

Dès lors que, conformément au présent projet, il n'y a désormais plus de capital dans la SRL, les actions n'ont pas de valeur représentative du capital et il n'y a pas de lien nécessaire entre la valeur de l'apport et les droits attachés aux actions. On peut donc conférer des droits différents à des actions émises pour un même apport, ou les mêmes droits à des actions émises pour un apport différent. Il n'y a pas davantage de lien entre la valeur historique de l'apport d'une action et les droits attachés à ces actions.

Sous réserve d'un abus, le principe est *caveat emptor* : l'actionnaire doit décider s'il souscrit des actions au prix proposé et si en tant qu'actionnaire existant il approuve une augmentation de capital.

(...)

La nouvelle flexibilité permet d'émettre des actions à droit de vote multiple, des actions sans droit de vote, avec dividende privilégié ou non, ou des actions dont le droit de vote ne peut être exercé que sous certaines conditions⁽⁶⁶⁾.

34. En ce qui concerne les SA, il n'y a pas de modification par rapport au système actuel, le contenu de l'article 560 du Code des sociétés étant repris, quoique remanié, à l'article 7:60 du projet⁽⁶⁷⁾.

II.B.1.c. Les parts bénéficiaires dans les SA et les SCA

II.B.1.c.(i) Régime actuel

35. Outre les actions, qui sont des titres représentatifs de capital, il peut être créé, dans les SA et dans les SCA, des parts bénéficiaires qui, selon l'article 483 du Code des sociétés, "ne représentent pas le capital".

Ce mécanisme n'est toutefois pas permis dans les SPRL⁽⁶⁸⁾ et les SC⁽⁶⁹⁾.

65. P. DE WOLF et G. STEVENS, "La société anonyme", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. II, 2e éd., Kluwer, Waterloo, 2014, n° 807, p. 101.

66. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 141 et 142.

67. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 212.

68. Article 232 du Code des sociétés.

69. Article 356 du Code des sociétés.

36. À l'origine, cette technique était utilisée pour récompenser les services rendus ou les concours apportés à la société par ses fondateurs, par certains actionnaires ou par des tiers, ou pour rémunérer des services ou des contributions difficiles à évaluer (apports de relations commerciales, recherches, démarches, études préliminaires, etc.)⁽⁷⁰⁾.

Par la suite, cette technique a été utilisée pour rémunérer des apports en espèces qui ne sont pas incorporés au capital social⁽⁷¹⁾. L'on nomme ce type d'instrument des "certificats de participation"⁽⁷²⁾, qui se définissent comme étant des "valeurs mobilières, avec ou sans droit de vote, émises en représentation d'un apport en espèces qui n'est pas incorporé au capital social, mais qui donnent droit à un dividende, préférentiel le cas échéant, et à une quote-part dans le boni de liquidation"⁽⁷³⁾.

Ce mécanisme particulier peut servir de substitut aux actions sans droit de vote, dont le régime est plus strictement organisé⁽⁷⁴⁾, voire aux actions à vote plural, en principe interdites⁽⁷⁵⁾.

37. Le Code des sociétés se montre extrêmement libéral quant au régime de ces parts bénéficiaires, qui est entièrement conventionnel et peut aboutir à attribuer à leur titulaire un droit de vote et/ou un droit aux dividendes, éventuellement préférentiel, et/ou un droit au boni de liquidation⁽⁷⁶⁾.

La seule contrainte formelle est que ces parts bénéficiaires ne peuvent être créées que dans les statuts de la société⁽⁷⁷⁾; cette obligation résulte :

- du texte même de l'article 483 du Code des sociétés, qui énonce que : "Les statuts déterminent les droits qui y sont attachés";

- du fait que l'article 453, alinéa 1er, 4° du Code des sociétés impose que "l'acte de société" de la SA, en d'autres termes les statuts, mentionne le nombre de parts bénéficiaires⁽⁷⁸⁾.

Par ailleurs, les parts bénéficiaires ne peuvent pas être émises à titre gratuit mais constituent toujours la rémunération d'un apport fait à la société, même si cet apport ne doit pas être susceptible d'évaluation économique⁽⁷⁹⁾.

II.B.1.c.(ii) Incidence du projet de Code des sociétés et des associations

38. En ce qui concerne les SA, le projet de Code des sociétés et des associations n'apporte pas de modifications au système actuellement en vigueur.

Les travaux préparatoires soulignent que l'article 7:58 du projet reprend purement et simplement l'article 483 du Code des sociétés⁽⁸⁰⁾.

39. Le projet ne prévoit pas davantage de modification en ce qui concerne les SRL et les SC⁽⁸¹⁾, qui n'ont pas accès à cette catégorie de titres.

Les travaux préparatoires en expliquent les motifs comme suit : "Dorénavant, conformément aux dispositions prévues dans les trois chapitres suivants, la SRL peut également émettre, en plus des certificats, des obligations et des droits de souscription selon les mêmes modalités que dans la SA. Compte tenu de la grande flexibilité en la matière et du fait qu'en l'absence de capital, chaque apport, y compris l'apport en industrie, est autorisé, il n'est pas paru nécessaire d'introduire des parts bénéficiaires dans la SRL"⁽⁸²⁾.

70. Y. DE CORDT (dir.), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 117, p. 100; D. ROELENS et S. STEEVENS, "Winstbewijzen praktisch bekeken", *TRV*, 2010, p. 285.

71. D. WILLERMAIN, "Les clauses visant à organiser l'exercice du pouvoir", *Les conventions d'actionnaires*, Séminaire Vanham & Vanham, mai 2013, n° 14, p. 12-13; D. ROELENS et S. STEEVENS, "Winstbewijzen praktisch bekeken", *TRV*, 2010, p. 285.

72. P. DE WOLF et G. STEEVENS, "La société anonyme", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. II, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, n° 809, p. 103.

73. D. WILLERMAIN, "Les conventions d'actionnaires comme technique d'organisation du contrôle", *L'exercice du contrôle dans la SA*, Séminaire Vanham & Vanham, mai 2016, n° 14, p. 13.

74. F. T'KINT, "Le droit de vote et les différentes catégories de titres", *Contrôle, stabilité et structure de l'actionariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 28, p. 71-72.

75. F. T'KINT, "Le droit de vote et les différentes catégories de titres", *Contrôle, stabilité et structure de l'actionariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 35, p. 76.

76. Y. DE CORDT (dir.), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 119, p. 100; H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek Venootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, n° 887, p. 476.

77. P. DE WOLF et G. STEEVENS, "La société anonyme", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. II, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, n° 811, p. 104; D. ROELENS et S. STEEVENS, "Winstbewijzen praktisch bekeken", *TRV*, 2010, p. 284.

78. Y. DE CORDT (dir.), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 121, p. 100 et 101.

79. D. WILLERMAIN, "Les conventions d'actionnaires comme technique d'organisation du contrôle", *L'exercice du contrôle dans la SA*, Séminaire Vanham & Vanham, mai 2016, n° 17, p. 14 et 15; J. RUYSEVELDT, "Art. 483 W. Venn.", *Venootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2017, Boek VIII, p. 1; D. ROELENS et S. STEEVENS, "Winstbewijzen praktisch bekeken", *TRV*, 2010, p. 285 et 287.

80. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 211.

81. Par la règle de renvoi au régime des SRL de l'article 6:3, § 1er du projet de Code des sociétés et des associations.

82. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 144.

II.B.1.d. La certification

II.B.1.d.(i) Régime actuel

40. Dans les SA⁽⁸³⁾, les SPRL⁽⁸⁴⁾ et les SCA⁽⁸⁵⁾, il est possible de créer des certificats.

Cette possibilité est toutefois exclue dans les sociétés coopératives, en vertu de l'article 356, alinéa 2 du Code des sociétés.

L'idée est d'opérer une dissociation entre les droits financiers liés à un titre (droit au dividende, droit au boni de liquidation) et le droit de vote sans que des titres distincts sur le plan juridique ne soient créés⁽⁸⁶⁾.

41.

1) Cette technique a d'abord été conçue comme outil destiné à stabiliser le contrôle au niveau de l'actionnariat⁽⁸⁷⁾.

Ainsi, les actionnaires majoritaires peuvent-ils convenir d'une opération de certification sur leurs titres afin de consolider cette majorité et d'éviter qu'elle ne bascule.

2) Elle est, en outre, fréquemment utilisée afin de garantir la continuité de l'entreprise familiale, en confiant à l'héritier jugé le plus capable la gestion de la personne morale émettrice des certificats - et donc le contrôle opérationnel de l'entreprise - tout en garantissant un traitement équitable de l'ensemble des héritiers sur le plan économique, par la distribution des certificats⁽⁸⁸⁾.

3) Elle peut également être utilisée comme outil permettant d'attirer de nouveaux investisseurs tout en conservant le pouvoir de décision au sein de la société⁽⁸⁹⁾.

4) Elle est enfin fiscalement neutre, puisque c'est le titulaire des certificats qui, au regard du Code des impôts sur les revenus, est considéré comme actionnaire et subit la taxation des revenus⁽⁹⁰⁾.

42. La certification se définit comme le contrat par lequel une personne morale, "l'émetteur", s'engage à remettre à une autre personne, "le titulaire", tout produit et revenu de titres dont elle est propriétaire ou dont le titulaire lui transfère la propriété⁽⁹¹⁾.

L'émetteur est propriétaire des titres⁽⁹²⁾ et exerce tous les attributs de la propriété : c'est donc lui qui exerce la gestion de ces titres.

En contrepartie, il s'engage à rétrocéder immédiatement tout produit ou revenu des titres certifiés au titulaire du certificat.

Autrement dit :

- L'émetteur, en qualité de propriétaire du titre, exerce en principe librement le droit de vote qui y est attaché⁽⁹³⁾ mais la convention de certification peut y apporter certaines limitations⁽⁹⁴⁾;
- Le titulaire est le destinataire final des revenus produits par les titres et même du prix de vente de ceux-ci en cas de cession. Techniquement, il est créancier de l'émetteur de ce chef et peut être considéré, du point de vue patrimonial, comme le propriétaire économique des titres⁽⁹⁵⁾.

83. Article 503 du Code des sociétés.

84. Article 242 du Code des sociétés.

85. Article 657 du Code des sociétés.

86. P. DE WOLF et G. STEVENS, "La société anonyme", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. II, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, n° 826, p. 112.

87. Projet de loi relatif à la certification de titres émis par des sociétés commerciales, Exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1997-1998, n° 1430/1 et 1431/1, p. 2.

88. *Ibid.*; Y. DE CORDT (dir.), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 204, p. 139-140.

89. M. NUITTEN, "Certificering van aandelen als techniek tot controlebehoud en opvolging binnen familiebedrijven", *TEP*, 2016/2, n° 17, p. 141; J.-M. GOLLIER, "L'organisation du contrôle au moyen d'instruments structurels", *L'exercice du contrôle dans la SA*, Séminaire Vanham & Vanham, 19 mai 2016, n° 34, p. 21.

90. P. DE WOLF et G. STEVENS, "La société anonyme", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. II, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, n° 826, p. 113; E. PONNET et J.S. VINCENT, "De wet van 15 juli 1998 betreffende de certificatie van effecten uitgegeven door een handelsvennootschap", *Bank Fin.*, 1999, p. 53-56.

91. J.-M. GOLLIER, "L'organisation du contrôle au moyen d'instruments structurels", *L'exercice du contrôle dans la SA*, Séminaire Vanham & Vanham, 19 mai 2016, n° 28, p. 16; H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, n° 956, p. 516; voy. ég. V. SIMONART, "La certification des actions des sociétés anonymes - Évolutions récentes", *Contrôle, stabilité et structure de l'actionariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 3, p. 263.

92. B. VAN BRUYSTEGEM, "Art. 503 W. Venn.", *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2017, Boek VIII, p. 1; P. HAMER, "Commentaire de l'article 503 C. Soc.", *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Kluwer, 2002, n° 19.

93. M. NUITTEN, "Certificering van aandelen als techniek tot controlebehoud en opvolging binnen familiebedrijven", *TEP*, 2016/2, n° 8, p. 137; Y. DE CORDT (dir.), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 213, p. 142.

94. Par exemple, pour certaines décisions, une autorisation d'une assemblée *ad hoc* des titulaires de certificats : H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, n° 958, p. 518; V. SIMONART, "La certification des actions des sociétés anonymes - Évolutions récentes", *Contrôle, stabilité et structure de l'actionariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 11, p. 271.

95. Exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1997-1998, n° 1430/1, p. 6; M. NUITTEN, "Certificering van aandelen als techniek tot controlebehoud en opvolging binnen familiebedrijven", *TEP*, 2016/2, n° 8, p. 137.

43. Sur un plan concret, la réglementation est particulièrement souple :

- La certification peut porter sur tous les titres ou seulement une partie de ceux-ci.
- La certification peut porter sur tout type de titres - et pas seulement sur ceux énumérés par la loi, soit les actions, parts de SPRL, parts bénéficiaires, obligations convertibles et droits de souscription⁽⁹⁶⁾ - pour autant qu'ils soient susceptibles de conférer, après exercice ou conversion, un droit de vote⁽⁹⁷⁾.
- Les parties sont libres de choisir la forme juridique de l'émetteur, pour autant qu'il s'agisse d'une personne morale : une société dotée de la personnalité juridique ou une fondation de droit belge ou étranger⁽⁹⁸⁾.

En ce qui concerne les ASBL, les travaux préparatoires ne l'excluent pas⁽⁹⁹⁾, mais le recours à une ASBL comme émetteur de certificats est regardé avec une certaine méfiance par la doctrine⁽¹⁰⁰⁾, sauf s'il s'agit de maintenir le caractère familial d'une société, sans être rémunéré⁽¹⁰¹⁾.

- Par défaut, la certification frappe les titres certifiés d'incessibilité, mais cette incessibilité peut être levée par la convention de certification⁽¹⁰²⁾.

Cette question n'est pas anodine car le titulaire étant créancier de l'émetteur du chef des produits

et revenus des titres certifiés, le paiement de ces revenus et produits dépend de la solvabilité de l'émetteur. Le titulaire des certificats a donc intérêt à refuser la dérogation à la règle de l'incessibilité des titres par l'émetteur sans son accord⁽¹⁰³⁾.

- L'émetteur de certificats doit se faire connaître en cette qualité à la société dont les titres sont certifiés et mention doit en être faite dans le registre des parts en ce qui concerne les SPRL⁽¹⁰⁴⁾, ou dans le registre des actionnaires en ce qui concerne les SA⁽¹⁰⁵⁾ et les SCA⁽¹⁰⁶⁾.
- Les certificats donnent droit, sans dérogation possible, au titulaire de percevoir les revenus des certificats mais les modalités d'exécution de cette obligation peuvent être définies par les parties⁽¹⁰⁷⁾.
- Par défaut, les titulaires de certificats peuvent à tout moment demander l'échange de leurs certificats contre des titres sous-jacents, mais ce droit peut être modalisé ou supprimé, temporairement ou sans limite de temps⁽¹⁰⁸⁾.
- Si le certificat est émis en collaboration avec la société⁽¹⁰⁹⁾, le titulaire disposera des droits supplémentaires suivants :
 - Droit d'être convoqué à l'assemblée générale⁽¹¹⁰⁾;
 - Droit de participer à l'assemblée générale avec voix consultative⁽¹¹¹⁾;

-
96. B. VAN BRUYSTEGEM, "Art. 503 W. Venn.", *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2017, Boek VIII, p. 3; Ph. HAMER, "Commentaire de l'article 503 C. Soc.", *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Kluwer, 2002, n° 4.
97. V. SIMONART, "La certification des actions des sociétés anonymes - Évolutions récentes", *Contrôle, stabilité et structure de l'actionariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 5, p. 266; *contra* : Ph. HAMER, "Commentaire de l'article 503 C. Soc.", *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Kluwer, 2002, n° 6, qui considère que des actions sans droit de vote pourraient faire l'objet d'une certification, mais l'on aperçoit cependant mal quel en serait l'intérêt; voy. é.g., en faveur de la certification des actions sans droit de vote : H. BRAECKMANS et R. Houben, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, n° 957, p. 517; F. BOUCKAERT, *Notarieel Vennootschapsrecht*, Kluwer, 2000, 1re partie, p. 498.
98. J.-M. GOLLIER, "L'organisation du contrôle au moyen d'instruments structurels", *L'exercice du contrôle dans la SA*, Séminaire Vanham & Vanham, 19 mai 2016, n° 32, p. 19; M. NUITTEN, "Certificering van aandelen als techniek tot controlebehoud en opvolging binnen familiebedrijven", *TEP*, 2016/2, n° 24, p. 144-145; Y. DE CORDT (dir.), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 204, p. 140.
99. Exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1997-1998, n° 1430/1 et 1431/1, p. 10.
100. Ph. HAMER, "Commentaire de l'article 503 C. Soc.", *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Kluwer, 2002, n° 13; E. PONNET et J.S. VINCENT, "De wet van 15 juli 1998 betreffende de certificatie van effecten uitgegeven door een handelsvennootschap", *Bank Fin.*, 1999, p. 50; A. VERBEKE, "Certificering van effecten. Een nuttig instrument voor successieplanning?", *Not. Fisc. M.*, 1999, p. 48-50.
101. V. SIMONART, "La certification des actions des sociétés anonymes - Évolutions récentes", *Contrôle, stabilité et structure de l'actionariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 18, p. 277.
102. Articles 242, § 1er, alinéa 6 et 503, § 1er, alinéa 5 du Code des sociétés.
103. L'on notera que les droits du titulaire de certificats sont protégés en cas de faillite de l'émetteur par le Code des sociétés qui prévoit, en ce cas, la conversion automatique des certificats en actions (article 503, § 2 du Code des sociétés) ou en parts de SPRL (article 242, § 2 du Code des sociétés).
104. Article 242, § 1er, alinéa 4 du Code des sociétés.
105. Article 503, § 1er, alinéa 3 du Code des sociétés.
106. Par renvoi de l'article 657 du Code des sociétés.
107. B. VAN BRUYSTEGEM, "Art. 503 W. Venn.", *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2017, Boek VIII, p. 5; Ph. HAMER, "Commentaire de l'article 503 C. Soc.", *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Kluwer, 2002, n° 22.
108. Articles 242, § 1er, alinéa 7 et 503, § 1er, alinéa 6 du Code des sociétés.
109. Sur cette notion, voy. B. VAN BRUYSTEGEM, "Art. 503 W. Venn.", *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2017, Boek VIII, p. 4; V. SIMONART, "La certification des actions des sociétés anonymes - Évolutions récentes", *Contrôle, stabilité et structure de l'actionariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 9, p. 268-269; F. BOUCKAERT, *Notarieel Vennootschapsrecht*, Kluwer, 2000, 1re partie, p. 510.
110. Articles 268, § 1er, alinéa 3 et 533, § 1er, alinéa 2 du Code des sociétés.
111. Articles 271 et 537 du Code des sociétés.

- Droit de prendre connaissance de certains documents⁽¹¹²⁾.

44. Exemple :

Contexte

La SA FAITOUT, titulaire d'un brevet révolutionnaire, doit lever des fonds dans des proportions excédant largement ses capacités.

Elle doit intéresser des investisseurs, mais ses associés ne veulent pas que ceux-ci contrôlent la gestion opérationnelle de la société.

L'investisseur, quant à lui, veut pouvoir contrôler son investissement et participer à la gestion.

Hypothèse

- SA FAITOUT au capital de 100.000 EUR, représenté par 100 actions, détenues par Pierre Lentrepreneur, le fondateur, pour 99 actions, et par son fils Jonathan pour une action.

Tous deux sont administrateurs.

- Besoin d'investissement : 1.000.000 EUR, fournis par Paul Fortuné.
- Contraintes :
 - Paul Fortuné veut non pas consentir un prêt, mais entrer dans le capital de la société et participer au conseil d'administration.
 - Pierre Lentrepreneur ne veut pas perdre le contrôle du conseil d'administration.
 - Le conseil d'administration devra comprendre au moins trois administrateurs car il y a plus de deux actionnaires.

Solution

- Constitution de la SPRL ÉMETTEUR, au capital de 20.000 EUR, représenté par 20 parts détenues à concurrence de 10 parts par Pierre Lentrepreneur et de 10 parts par Paul Fortuné.

Pierre Lentrepreneur est désigné gérant statutaire de la SPRL ÉMETTEUR, dont les statuts prévoient qu'il a tout pouvoir de gestion, à l'exception de l'émission de certificats, pour laquelle une décision de l'assemblée générale est nécessaire.

- Convention entre, d'une part, Pierre et Jonathan Lentrepreneur, d'autre part, Paul Fortuné et, enfin, la SPRL ÉMETTEUR, dans laquelle :

- Pierre et Jonathan Lentrepreneur s'engagent à consentir à une augmentation du capital de la SA FAITOUT, pour un montant de 1.000.000 EUR, et à la création de 1.000 actions nouvelles à souscrire par Paul Fortuné,
- Paul Fortuné s'engage à céder immédiatement, au prix d'un euro, 450 actions nouvelles de la SA FAITOUT à la SPRL ÉMETTEUR, qui devient donc propriétaire de 450 actions de la SA FAITOUT, tandis que Paul Fortuné reste propriétaire de 550 actions,
- La SPRL ÉMETTEUR s'engage à émettre des certificats portant sur 450 actions de la SA FAITOUT et à les remettre à Paul Fortuné. Paul Fortuné s'engage à ne pas demander l'échange de ses certificats en actions.

- Résultat :

- Sur le plan politique :

À l'assemblée générale de la SA FAITOUT, le droit de vote est réparti comme suit :

- Pierre Lentrepreneur :	99 voix
- Jonathan Lentrepreneur :	1 voix
- Paul Fortuné :	550 voix
- SPRL ÉMETTEUR :	<u>450 voix</u>
TOTAL :	1.100 voix

Pierre Lentrepreneur - qui est le gérant de la SPRL ÉMETTEUR - exerce le droit de vote à l'assemblée générale de cette société, de sorte que Pierre (et Jonathan) Lentrepreneur et Paul Fortuné contrôlent conjointement la désignation du conseil d'administration de la SA FAITOUT, puisqu'ils votent chacun pour 550 voix.

- Sur le plan économique :

Si la SA FAITOUT décide de distribuer 100.000 EUR de dividende, la répartition se fait comme suit :

- Pierre Lentrepreneur :	9.000 EUR
- Jonathan Lentrepreneur :	1.000 EUR
- Paul Fortuné (actionnaire) :	55.000 EUR
- Paul Fortuné (titulaire de certificats via la SPRL ÉMETTEUR) :	<u>45.000 EUR</u>
TOTAL :	100.000 EUR

112. Articles 283 et 535, alinéa 3 et 553 du Code des sociétés. Il s'agit du droit de prendre connaissance, quinze jours avant l'assemblée (i) des comptes annuels, (ii) des comptes consolidés, (iii) de la liste des titres de sociétés qui composent le portefeuille, (iv) de la liste des associés qui n'ont pas libéré leurs parts et (v) du rapport de gestion et du rapport des commissaires.

II.B.1.d.(ii) Incidence du projet de Code des sociétés et des associations

45. Le projet de Code des sociétés et des associations n'apporte pas de modification au régime des certifications.

Les travaux préparatoires relèvent que l'article 7:61 du projet reprend l'article 503 du Code des sociétés⁽¹¹³⁾ et que : "Le contenu de l'article 242 C. Soc. n'est pas modifié. L'article 5:49, § 1er, alinéa 5, est reformulé d'un point de vue purement linguistique dans un souci de meilleure lisibilité, l'ancienne formulation étant devenue peu élégante à la suite d'une modification antérieure du texte de loi d'origine"⁽¹¹⁴⁾.

II.B.2. Les mécanismes ayant un effet de dissociation

II.B.2.a. Souscription ou acquisition de titres en indivision ou en démembrement

46. Le principe du suffrage universel prescrit par le Code des sociétés⁽¹¹⁵⁾ implique que toutes les clauses des statuts qui auraient pour effet de suspendre l'exercice du droit de vote doivent être considérées comme non écrites⁽¹¹⁶⁾.

II.B.2.a.(i) Régime actuel

II.B.2.a.(i).[a] L'indivision volontaire

47. Par dérogation au principe du suffrage universel, le Code des sociétés prévoit que, s'il y a plusieurs propriétaires d'un titre, la société a le droit de suspendre l'exercice des droits y afférents jusqu'à ce qu'une seule personne soit désignée comme étant, à son égard, propriétaire du titre.

Cette règle est applicable aux SPRL⁽¹¹⁷⁾, SC⁽¹¹⁸⁾, SA⁽¹¹⁹⁾ et SCA⁽¹²⁰⁾.

Autrement dit, l'indivision portant sur des titres est l'une des causes légales de suspension du droit de vote attaché à ces titres.

48. Une technique simple de partage du pouvoir consiste dès lors en la souscription de parts ou d'actions en copropriété ou en la cession de parts de copropriété sur des titres, ce qui aboutit de fait à en neutraliser le pouvoir votal et à renforcer *ipso facto* le pouvoir votal des titres détenus en pleine propriété.

La loi ne prévoit cependant que le droit, et non l'obligation, de suspendre les droits afférents à un titre lorsqu'il y a plusieurs propriétaires⁽¹²¹⁾.

Il est dès lors prudent de prévoir une clause statutaire qui impose automatiquement pareille suspension jusqu'à ce qu'une seule personne soit désignée pour exercer ces droits.

49. Exemple :

Hypothèse

- SA FAITOUT au capital de 100.000 EUR, représenté par 100 actions, détenues par Pierre Lentrepreneur, le fondateur, pour 99 actions et par son fils Jonathan pour une action.

Tous deux sont administrateurs de cette société.

- Besoin d'investissement : 1.000.000 EUR, fournis par Paul Fortuné.
- Contraintes :
 - Paul Fortuné veut non pas consentir un prêt, mais entrer dans le capital de la société et participer au conseil d'administration.
 - Pierre Lentrepreneur ne veut pas perdre le contrôle du conseil d'administration.
 - Le conseil d'administration devra comprendre au moins trois administrateurs car il y a plus de deux actionnaires.

113. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 212.

114. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 145.

115. Article 275, alinéa 1er pour les SPRL, article 541, alinéas 1er et 2 pour les SA, article 657 pour les SCA et article 382, alinéa 2 pour les SC.

116. H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, n° 738, p. 400; J.-F. GOFFIN, "L'assemblée générale des actionnaires ou associés dans les SA, SPRL et SCRL", *Droit des sociétés commerciales, SA, SPRL et SCRL*, t. 2, 4e éd., 2012, n° 70, p. 450.

117. Article 236 du Code des sociétés.

118. Article 360 du Code des sociétés.

119. Article 461 du Code des sociétés.

120. Article 657 du Code des sociétés.

121. F. HELLEMANS, *De algemene vergadering : een onderzoek naar haar grondslagen, haar bestaansreden en de geldigheid van haar besluiten*, Kalmthout, Biblio, 2001, n° 420, p. 458.

Solution

- Augmentation de capital de 1.000.000 EUR et émission de 1.000 actions nouvelles.

• Souscription des actions comme suit :	
- Pierre Lentrepreneur :	1 action
- Paul Fortuné :	101 actions
- En indivision par Paul Fortuné, à concurrence de 99 % et Jonathan Lentrepreneur, à concurrence de 1 % :	<u>898 actions</u>
TOTAL :	1.000 actions

Paul Fortuné et Jonathan Lentrepreneur ne désignent pas celui qui, à l'égard de la SA FAITOUT, est le propriétaire des 898 actions.

À l'issue de l'augmentation de capital, les titres sont donc répartis comme suit :

- Pierre Lentrepreneur : 99 + 1 =	100 actions
- Jonathan Lentrepreneur :	1 action
- Paul Fortuné :	101 actions
- En indivision par Paul Fortuné, à concurrence de 99 % et Jonathan Lentrepreneur, à concurrence de 1 % :	<u>898 actions</u>
TOTAL :	1.100 actions

- Résultat :

- Sur le plan politique :

À l'assemblée générale de la SA FAITOUT, le droit de vote est réparti comme suit :

- Pierre Lentrepreneur (99 + 1 =) :	100 voix
- Jonathan Lentrepreneur :	1 voix
- Paul Fortuné :	101 voix
- Indivision Paul Fortuné-Jonathan Lentrepreneur (898 voix, dont le droit de vote est suspendu) :	<u>P.M.</u>
TOTAL :	202 voix

- Sur le plan économique :

Si la SA FAITOUT décide de distribuer 100.000 EUR de dividende, la répartition se fait comme suit :

- Pierre Lentrepreneur :	9.090,90 EUR
- Jonathan Lentrepreneur :	90,91 EUR
- Paul Fortuné :	9.181,82 EUR
- Indivision Paul Fortuné-Jonathan Lentrepreneur :	<u>81.636,36 EUR</u>
TOTAL :	99.999,99 EUR

En définitive, il reviendra :

- à Pierre Lentrepreneur :	9.090,90 EUR
- à Jonathan Lentrepreneur :	90,91 + (81.636,36 x 1 %) = 907,27 EUR
- à Paul Fortuné : 9.181,82 + (81.636,36 x 99 %) =	<u>90.001,82 EUR</u>
TOTAL :	99.999,99 EUR

50. Cette technique peut être doublée d'une convention d'indivision qui règle les modalités de sortie de l'indivision et prévoit l'engagement des indivisaires à voter, à l'assemblée générale, la suspension du droit de vote attaché aux titres indivis.

Ce type de convention n'est pas soumis à l'article 815 du Code civil, qui prévoit que la sortie d'indivision peut intervenir à tout moment, sauf pacte d'indivision d'une durée maximum de cinq ans.

Il en ressort qu'une convention d'indivision volontaire peut être conclue pour une longue durée et qu'il n'est pas possible pour une des parties d'y mettre fin avant terme⁽¹²²⁾⁽¹²³⁾.

L'on peut de la sorte prévoir les pivots ainsi que le mode de détermination de la cession, progressive ou non, des parts d'indivision portant sur les titres indivis de l'investisseur (Paul Fortuné) au profit de l'entrepreneur (Jonathan et/ou Pierre Lentrepreneur) et réciproquement, ce qui permet de modaliser le transfert du pouvoir aux échéances et au prix convenus.

122. I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, n° 0778, p. 562 à 567.

123. Il ne faut cependant pas perdre de vue la jurisprudence de l'arrêt du 6 mars 2014 de la Cour de cassation qui décide, en substance, qu'une indivision volontaire peut être terminée anticipativement si la raison d'existence ou le but qui ont donné naissance à la convention d'indivision ont disparu, suite à quoi la sortie d'indivision en application de l'article 815 du Code civil peut être demandée. Une doctrine autorisée considère en effet que la portée de cet arrêt du 6 mars 2014, rendu à propos des tontines fondées sur une relation amoureuse, peut être étendue à d'autres cas de figure (D. STERCKX et L. STERCKX, "Les clauses de tontine et d'accroissement à l'épreuve de la désaffection des partenaires : la caducité ressuscitée ?", note sous Cass. (1re ch.), 6 mars 2014, *R.C.J.B.*, 2015, p. 388-413 et spécialement n° 23, p. 413; C. ENGELS, "Vrijwillig aangegane onverdeeldheid : pacta sunt servanda ?", *T. Not.*, 2014, p. 198-207).

II.B.2.a.(i).[b] Le démembrement

51. En cas de démembrement de la propriété des titres (usufruit - nue-propriété), une doctrine majoritaire estime qu'il convient d'appliquer la même règle que celle applicable à l'indivision, par analogie⁽¹²⁴⁾.

La question suscite cependant des controverses quant à la délimitation des prérogatives revenant à l'usufruitier et au nu-propriétaire⁽¹²⁵⁾.

Des auteurs ont toutefois récemment fait observer que, s'il y a discordance sur la manière de voter entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, l'assemblée générale sera fondée à suspendre le droit de vote jusqu'à ce qu'il y ait accord⁽¹²⁶⁾, ce qui revient à la solution adoptée par la doctrine majoritaire, que l'on peut tenir pour acquise.

Il est néanmoins recommandé de prévoir un règlement statutaire qui règle les conséquences du démembrement de la propriété d'un titre en usufruit et nue-propriété⁽¹²⁷⁾.

Sous cette réserve, l'on peut céder ou souscrire des titres en démembrant la propriété avec des effets comparables en ce qui concerne la dissociation des pouvoirs politique et économique, avec cette nuance importante que l'usufruitier se verra attribuer la totalité des dividendes mais que la distribution de réserves, le remboursement de l'apport ou le règlement du boni de liquidation, suivront un régime différent⁽¹²⁸⁾.

II.B.2.a.(ii) Incidence du projet de Code des sociétés et des associations

52. Le projet de Code des sociétés et des associations clarifie le régime des droits attachés aux titres en indivision.

Ainsi :

- L'article 236 du Code des sociétés, applicable aux SPRL, est-il repris en substance à l'article 5:20 du

projet de Code des sociétés et des associations en ce qui concerne les SPRL.

- L'article 360 du Code des sociétés, applicable aux SC, devient-il inutile compte tenu du renvoi au régime des SRL énoncé à l'article 6:3, § 1er du projet de Code des sociétés et des associations.
- L'article 461 du Code des sociétés, applicable aux SA, est-il repris en substance à l'article 7:24 du projet de Code des sociétés et des associations.

Les articles 5:20 et 7:24 sont rédigés à l'identique : "Si plusieurs personnes ont des droits réels sur une même action ou part bénéficiaire, la société peut suspendre l'exercice du droit de vote, jusqu'à ce qu'une seule personne ait été désignée comme titulaire à son égard du droit de vote".

Le projet est cependant plus précis en ce que, en substituant à la notion de "plusieurs propriétaires" la situation où "plusieurs personnes ont des droits réels sur une même action ou part bénéficiaire", la règle ne concerne pas seulement les droits réels *sensu stricto*, mais également les sûretés réelles⁽¹²⁹⁾.

Il tranche ainsi la controverse relative au régime des droits démembrés (*supra*, n° 51).

En ce qui concerne les SRL, le projet contient toutefois une contradiction en ce qu'il fait référence aux parts bénéficiaires pour déterminer le régime de l'exercice du droit de vote en cas d'indivision ou de démembrement, alors qu'il est par ailleurs opté pour le maintien de l'interdiction des parts bénéficiaires dans ce type de société (*supra*, n° 39).

II.B.2.b. Le commodat

53. Traitant du prêt à usage ou commodat, l'article 1878 du Code civil énonce que : "Tout ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par l'usage, peut être l'objet de cette convention".

124. F. MAGNUS, "La détention de participations sociales et les implications liées à un démembrement en usufruit/nue-propriété", *Rev. prat. soc.*, 2014, n° 23, p. 279; P. DE WOLF et G. STEVENS, "La société anonyme", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. II, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, n° 914, p. 157; J.-F. GOFFIN, "L'assemblée générale des actionnaires ou associés dans les SA, SPRL et SCRL", *Droit des sociétés commerciales, SA, SPRL et SCRL*, t. 2, 4e éd., 2012, n° 110, p. 454; Ph. DE PAGE, "L'acte d'usufruit - Les clauses", *Les droits de jouissance, Aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2007, n° 12, p. 73; F. HELLEMANS, *De algemene vergadering : een onderzoek naar haar grondslagen, haar bestaansreden en de geldigheid van haar besluiten*, Kalmthout, Biblo, 2001, n° 421, p. 460; A. BENOÎT-MOURY et P. DELNOY, "L'usufruit successoral du conjoint et les droits associatifs découlant des participations sociales", *Les sociétés et le patrimoine familial - convergences et confrontations*, Bruxelles, Bruylant, 1996, n° 20, p. 211.

125. I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, n° 0390, p. 304-305. B. VAN BRUYSTEGEM, "Art. 503 W. Venn.", *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2017, Boek VIII, p. 2-3.

126. S. MAQUET et D. BERTOUILLE, "Le sort des sociétés dans la liquidation-partage", *Patrimoine familial et sociétés*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2016, p. 111.

127. D. DEMAREZ, "Vruchtgebruik op aandelen : een overzicht", *R.W.*, 2003-2004, n° 8 et 14, p. 884 et 888.

128. A. BENOÎT-MOURY et P. DELNOY, "L'usufruit successoral du conjoint et les droits associatifs découlant des participations sociales", *Les sociétés et le patrimoine familial - convergences et confrontations*, Bruxelles, Bruylant, 1996, n° 9, p. 203, n° 12, p. 206 et n° 15, p. 207.

129. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 135.

Des titres de sociétés non cotées sont des choses non consommables⁽¹³⁰⁾ et, depuis la disparition des titres au porteur, des choses naturellement non fongibles⁽¹³¹⁾. Ils peuvent donc parfaitement faire l'objet d'un prêt à usage⁽¹³²⁾.

54. Le commodat présente des caractéristiques intrinsèques intéressantes, en ce que :

- S'il peut se servir de la chose prêtée, l'emprunteur ne peut l'utiliser que dans les limites prévues dans le contrat : selon l'article 1880 du Code civil, "il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention".

L'on peut donc parfaitement prêter des titres en restreignant leur usage à l'exercice du droit de vote, car l'usage peut contractuellement être limité dans sa finalité⁽¹³³⁾.

- Le commodat ne donne naturellement pas le droit aux fruits, de sorte que les dividendes sont dus au prêteur et non à l'emprunteur⁽¹³⁴⁾.
- La propriété n'étant pas transférée (article 1877 du Code civil : "Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée"), l'emprunteur ne peut en aucun cas disposer des titres prêtés, quelle que soit la nature de l'acte de disposition (vente, échange, gage⁽¹³⁵⁾, donation, option...).
- Le commodat supposant l'obligation de restituer la chose (article 1875 du Code civil), la durée est de l'essence du prêt à usage et cette durée doit un jour cesser⁽¹³⁶⁾.

Le prêt à usage est donc, par nature, un instrument de dissociation du pouvoir politique et du pouvoir économique incluant le facteur temps.

Ce mécanisme a récemment été utilisé par l'État français afin de céder le contrôle des chantiers navals STX de Saint-Nazaire au groupe italien Fincantieri⁽¹³⁷⁾.

II.B.2.c. Les conventions de croupier et les sociétés internes

II.B.2.c.(i) Régime actuel

55. Cette technique est applicable à tout type de société, sans exception.

56. Aux termes de l'article 38 du Code des sociétés : "Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société; il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration".

Le tiers associé est "pris en croupe"⁽¹³⁸⁾ et porte ainsi le nom de "croupier".

La convention de croupier est donc celle par laquelle une personne qui est associée convient, avec une ou plusieurs autres personnes, de partager le bénéfice résultant de ses parts dans la société, le ou les croupiers restant tiers à l'égard de la société et des autres associés⁽¹³⁹⁾.

Il s'agit donc de céder à un tiers ses droits pécuniaires à l'exclusion de la qualité d'associé⁽¹⁴⁰⁾.

Cette convention est un contrat de société⁽¹⁴¹⁾ que le Code des sociétés nomme "société interne" et qu'il définit à l'article 48 de la manière suivante : "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".

130. F. GLANSORFF et E. VAN DEN HAUTE, (De Page) *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 225-227, n° 203.

131. Par choses fongibles, l'on entend des choses qui peuvent être remplacées par d'autres de même sorte. Il s'agit de choses qui sont désignées par leurs caractéristiques génériques, comme l'argent, le blé, le fer. Elles peuvent être négociées d'après leur poids, leur taille ou leur nombre. La différence entre les choses individualisées et les choses fongibles résulte de la volonté des parties. Si les parties n'ont pas exprimé clairement leur commune volonté à ce sujet, celle-ci doit être déduite des circonstances. En cas de doute, le caractère consommable ou non de la chose prêtée peut jouer un très grand rôle (B. TILLEMANN et F. BAUDONCQ, "Le commodat", *Rép. not.*, t. IX, I. IV, Larcier, Bruxelles, 2004, n° 31, p. 65).

132. B. TILLEMANN et F. BAUDONCQ, "Le commodat", *Rép. not.*, t. IX, I. IV, Larcier, Bruxelles, 2004, n° 31, p. 65 et n° 54, p. 74.

133. B. TILLEMANN et F. BAUDONCQ, "Le commodat", *Rép. not.*, t. IX, I. IV, Larcier, Bruxelles, 2004, n° 118, p. 110.

134. F. GLANSORFF et E. VAN DEN HAUTE, (De Page) *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 230, n° 209; B. TILLEMANN et F. BAUDONCQ, "Le commodat", *Rép. not.*, t. IX, I. IV, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 168, p. 140.

135. F. GLANSORFF et E. VAN DEN HAUTE, (De Page) *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 230, n° 209; Le gage de titres prêtés à cette fin est toutefois possible : voy. B. TILLEMANN et Fr. BAUDONCQ, "Le commodat", *Rép. not.*, t. IX, I. IV, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 117, p. 109, et réf. citées.

136. F. GLANSORFF et E. VAN DEN HAUTE, (De Page) *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 234 à 236, n° 215.

137. www.lemonde.fr/economie/article/2017/09/27/stx-macron-invente-la-privatisation-a-l-elasticite_5192124_3234.html.

138. H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, n° 903, p. 485; Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, 2e éd., t. II, Paris, Librairie Cotillon, 1892, n° 271, p. 185.

139. T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. 2, Diegem, Kluwer, 1997, n° 1195, p. 38; W. VAN GERVEN, "Van 'croupiers' in de zin van art. 1861 BW en 'trustees' in "Recht in beweging, opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder R. Victor", Antwerpen, Kluwer, 1973, n° 2, p. 1160.

140. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, Précis, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 673, p. 401.

141. H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, "Afwenteling van aandeelhoudersrisico", in *Liber amicorum H. Cousy*, Antwerpen, Intersentia, 2011, p. 1316; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. 2, Diegem, Kluwer, 1997, n° 1196, p. 39-40.

L'une des principales caractéristiques de ce type de société est qu'elle est occulte et donc inconnue des tiers, en ce compris des autres associés⁽¹⁴²⁾.

Le gérant de cette société est toujours l'associé et le croupier n'a pas d'action contre la société; toutes les prérogatives sociales attachées aux titres demeurent entre les mains de l'associé gérant⁽¹⁴³⁾.

57. Ce mécanisme peut être utile pour éviter la dilution.

Lors d'une augmentation de capital, si un associé détient un droit de souscription préférentiel tiré de la loi, des statuts ou d'une convention entre associés, mais qu'il ne dispose pas des moyens financiers pour suivre, cette disposition lui permet de s'associer, pour les besoins de l'augmentation de capital, à un tiers qui ne dispose pas d'un droit de souscription préférentiel et qui désire néanmoins entrer dans le capital.

Ce mécanisme permet de contourner les règles restreignant la libre circulation des titres et les clauses d'agrément ou de préemption.

Dans tous les cas, la constitution d'une convention de croupier aboutit plus ou moins complètement à une dissociation entre d'une part les droits patrimoniaux et financiers attachés aux titres qui sont transférés au croupier dans la mesure convenue et d'autre part le pouvoir politique des titres, qui est conservé par l'associé mais peut être influencé ou modalisé par la convention.

II.B.2.c.(ii) Incidence du projet de Code des sociétés et des associations

58. L'article 38 du Code des sociétés est repris en substance à l'article 4:6, alinéa 2 du projet de Code des sociétés et des associations.

Alors que l'article 38 du Code des sociétés figure au Livre II du Code des sociétés intitulé "Dispositions communes à toutes les sociétés", l'article 4:6 du pro-

jet est inséré dans le Livre 4, qui ne traite que de "la société simple, la société en nom collectif et la société en commandite".

L'on peut donc se poser la question de savoir si ce mécanisme est encore applicable à toutes les formes de société.

La réponse paraît affirmative pour les motifs suivants.

59.

1) Les travaux préparatoires se bornent, sans autre commentaire, à préciser que l'article 4:6, alinéa 2 "reprend l'article 38 C. Soc. (convention de "croupier")"⁽¹⁴⁴⁾.

Rien n'indique donc que la portée de la convention de croupier serait désormais restreinte aux seules sociétés simples.

2) Une convention de croupier est, par nature, une société interne (*supra*, n° 56).

Le projet de Code des sociétés et des associations reconnaît ce type de société et en élargit la définition à l'hypothèse de la société dont la gestion est confiée exclusivement à un gérant non associé⁽¹⁴⁵⁾, l'article 4:1, alinéa 2, énonçant que : "La société simple est "interne" lorsqu'il est convenu qu'elle est gérée par un ou plusieurs gérants, associés ou non, agissant en leur nom propre".

3) Dans la mesure où la convention de croupier est une forme de société simple "conclue pour l'intérêt commun des parties"⁽¹⁴⁶⁾, elle n'intéresse pas les autres associés de la société dont les actions sont apportées à cette société interne.

II.B.2.d. La durée limitée

60. Cette technique est applicable à tout type de société, sans exception.

142. Ch. JASSOGNE, "La société interne", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. I, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, 2012, n° 130, p. 118-119; H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, "Afwenteling van aandeelhoudersrisico", in *Liber amicorum H. Cousy*, Antwerpen, Intersentia, 2011, p. 1317; H. BRAECKMANS, *Juridische aspecten van consortiumkredieten in eurodeviezen*, Antwerpen, Maklu, 1985, n° 415, p. 303.

143. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, Précis, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 673, p. 401-402; W. VAN GERVEN, "Van 'croupiers' in de zin van art. 1861 BW en 'trustees' in *Recht in beweging, opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder R. Victor*, Antwerpen, Kluwer, 1973, n° 2, p. 1160.

144. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 120.

145. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 117.

146. Article 4:1, alinéa 1er, *in fine* du projet de Code des sociétés et des associations.

61. Le Code des sociétés prescrit que “sauf disposition contraire des statuts”, une SPRL⁽¹⁴⁷⁾, une SC⁽¹⁴⁸⁾, une SA⁽¹⁴⁹⁾ ou une SCA⁽¹⁵⁰⁾ est constituée à durée illimitée.

Cette règle n'est pas affectée par le Code des sociétés et des associations en projet, qui la reprend à l'article 5:156, alinéa 1er pour les SRL (applicable aux SC en vertu de l'article 6:3, § 1er) et à l'article 7:230, alinéa 1er pour les SA.

Il est donc possible de décider que la société sera constituée à durée limitée.

Dans ce cas, tant le Code des sociétés⁽¹⁵¹⁾ que le projet de Code des sociétés et des associations⁽¹⁵²⁾ prévoient que l'on peut transformer ultérieurement une société à durée limitée en société à durée illimitée par une modification des statuts.

Une méthode très simple de dissociation du pouvoir politique et du pouvoir économique consiste donc à fixer une durée limitée à la société.

62. À l'approche du terme de la société, les associés doivent décider soit de ne pas poursuivre le projet et de liquider la société qui sera dissoute par l'arrivée du terme, soit de convenir de proroger la société pour un nouveau terme déterminé ou pour une durée illimitée.

Dans ces derniers cas, une décision de l'assemblée générale doit être prise dans les conditions requises pour la modification des statuts, c'est-à-dire à la majorité qualifiée des trois quarts des voix.

Il suffit donc de détenir plus de 25 % du capital pour bloquer cette décision et provoquer la dissolution de la société par l'arrivée du terme⁽¹⁵³⁾, quoique pareil blocage puisse en certaines circonstances être considéré comme un abus de droit⁽¹⁵⁴⁾.

Cette méthode donne à l'associé minoritaire - ou aux associés minoritaires détenant ensemble plus de 25 % du capital - un pouvoir de négociation équivalent à celui de l'associé ou des associés majoritaires.

III. Méthodes conventionnelles de partage du pouvoir

63. Indépendamment des techniques structurelles de partage, le pouvoir au sein de l'entreprise peut être modalisé par contrat, qu'il s'agisse d'aménagements statutaires ou de contrats distincts.

III.A. Le principe majoritaire

64. Le principe majoritaire est déduit de l'article 63 du Code des sociétés⁽¹⁵⁵⁾.

Cet article est repris à l'article 2:40 du projet de Code des sociétés et des associations.

Il signifie que, sauf exceptions prévues par la loi, les résolutions de l'assemblée générale sont prises à la majorité simple et qu'elles s'imposent à l'ensemble des actionnaires à condition (i) qu'elles soient formellement régulières et (ii) qu'elles ne soient pas contraires à la loi ou aux statuts.

Par conséquent, “le fait qu'une décision soit adoptée “majorité” contre “minorité” après un débat, fût-il houleux, au sein d'un organe de la société n'a donc rien d'anormal et n'est certainement pas révélateur en lui-même de l'existence d'un conflit entre actionnaires”⁽¹⁵⁶⁾.

Ainsi la Cour d'appel de Mons a-t-elle décidé⁽¹⁵⁷⁾ que : “Du seul fait qu'il y ait mésentente entre associés, on ne peut déduire qu'il y a *ipso facto* de fortes probabilités d'abus de majorité, d'irrégularités diverses : il

147. Article 343, alinéa 1er du Code des sociétés.

148. Article 386, 1° du Code des sociétés.

149. Article 645, alinéa 1er du Code des sociétés.

150. Article 657 renvoyant à l'article 645, alinéa 1er du Code des sociétés.

151. Article 343, alinéa 2 du Code des sociétés pour les SPRL, article 386, 2° pour les SC, article 645, alinéa 2 pour les SA et article 657 renvoyant à l'article 645, alinéa 2 pour les SCA.

152. Article 5:135, alinéa 2 pour les SRL (applicable aux SC en vertu de l'article 6:3, § 1er) et article 7:216, alinéa 2 pour les SA.

153. K. GEENS et M. WYCKAERT, “Les espaces de liberté contractuelle dans les sociétés à responsabilité limitée : entre rapprochement et palliation”, *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, n° 8, p. 149.

154. F. BOUCKAERT et F. BLONTROCK, *Notarieel Venmoetschapsrecht : NV en BVBA*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 2e partie, p. 885.

155. Article 63 du Code des sociétés : “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”.

156. E. POTTIER, “Les abus de majorité, de minorité ou d'égalité”, *Les conflits entre actionnaires*, Séminaire Vanham & Vanham, 23 mars 2017, n° 3, p. 4.

157. Mons, 12 mars 1996, *R.P.S.*, 1996, p. 304.

n'y a en l'espèce aucun blocage au sein des organes de la société; l'existence d'un courant minoritaire ne peut être assimilée à une situation de blocage justifiant l'intervention du juge; il faut privilégier le fonctionnement autonome de la personne morale dans la mesure où ce fonctionnement autonome est raisonnablement possible".

65. Cette règle majoritaire, en vigueur tant au sein de l'assemblée générale que dans les organes collégiaux de gestion⁽¹⁵⁸⁾, signifie que, si aucune disposition statutaire ou conventionnelle ne tempère ce principe :

- L'actionnaire majoritaire peut nommer seul la totalité des administrateurs ou le gérant, quand bien même il ne disposerait que d'une très étroite majorité⁽¹⁵⁹⁾.
- L'organe de gestion collégial décide à la majorité simple de toute décision relative à la société⁽¹⁶⁰⁾.

Le texte même de l'article 63 du Code des sociétés (et de l'article 2:40 du projet de Code des sociétés et des associations) autorise toutefois des dérogations, puisqu'il réserve le droit de déroger, par des dispositions statutaires, aux règles des assemblées délibérantes.

Cette faculté de modaliser le droit de vote à l'assemblée générale constitue un enjeu majeur puisque cet organe dispose du pouvoir de modifier les statuts et de nommer et de révoquer les membres de l'organe de gestion⁽¹⁶¹⁾.

III.B. Considérations préliminaires : conventions d'actionnaires ou dispositions statutaires ?

66. La principale convention entre les associés d'une société est celle qui résulte des statuts.

Sous réserve de certaines questions qui ressortent du domaine réservé des statuts, les conventions entre associés peuvent également prendre la forme d'une convention distincte des statuts, que l'on appellera, selon les cas, pacte ou convention d'actionnaires (dans les SA) ou d'associés (dans les SPRL, les SC et les SCS/SCA), ou toute autre dénomination équivalente.

Pourquoi opter pour une formule plutôt que pour l'autre ? Les avantages sont différents de l'une à l'autre⁽¹⁶²⁾, étant entendu que les dispositions légales impératives s'imposent que l'on choisisse la voie statutaire ou la voie conventionnelle distincte⁽¹⁶³⁾ :

STATUTS	PACTE DISTINCT
<u>Transparence</u> : Les clauses statutaires sont publiées et donc transparentes.	<u>Souplesse</u> : Les clauses extrastatutaires peuvent être modifiées d'un simple commun accord sans devoir se plier à la procédure lourde de modification des statuts.
<u>Opposabilité aux tiers et aux futurs associés</u> : Le principal avantage de l'insertion de ces conventions dans les statuts est qu'elles sont opposables à tous les associés actuels et futurs, et donc à tous les acquéreurs successifs des actions.	<u>Discretion</u> : Ces conventions ne font l'objet d'aucune publication, au contraire de l'adoption des statuts et de leur modification.

158. R. AYDOGDU, "Les pactes d'actionnaires pour organiser l'exercice du pouvoir", *Les pactes d'actionnaires*, Séminaire Vanham & Vanham, mars 2016, n° 36, p. 17.

159. Les actionnaires ont un droit quasi discrétionnaire de voter dans leur propre intérêt (individuel) (patrimonial). Ce droit-prérogative est toutefois limité par l'intérêt social lorsque celui-ci entre en conflit avec l'intérêt individuel de l'associé. En ce sens : S. DE REY, "Plaatsvervangende uitspraak bij misbruik van stemrecht in de algemene vergadering : mogelijkheden en grenzen", *TRV-RPS*, 2016, p. 524. E. POTTIER, "L'actionnaire de contrôle : pouvoirs, limites et principes de bonne gouvernance", *L'exercice du contrôle dans la SA*, Séminaire Vanham & Vanham, 19 mai 2016, n° 27, p. 18-19 et références citées à la note 81.

160. À noter que les administrateurs et gérants ne peuvent exercer leur droit de vote que dans l'intérêt de la société. En ce sens : S. DE REY, "Plaatsvervangende uitspraak bij misbruik van stemrecht in de algemene vergadering : mogelijkheden en grenzen", *TRV-RPS*, 2016, p. 524; A. TILLIEUX et J. SALTEUR, "Administrateur de société, une fonction aux devoirs multiples", *RPS-TRV*, 2016, n° 17, p. 319-320.

161. H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, n° 729-733, p. 395-397; P. NICAISE et E.-J. NAVEZ, "Contrôle, stabilité et structure de l'actionariat : le polymorphisme du paysage sociétaire belge a-t-il toujours un sens ?", *Contrôle, stabilité et structure de l'actionariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 27.

162. J. PATTYN, "Goede afspraken maken goede aandeelhouders", *Not. Fisc. M.*, Wolters Kluwer, 2015/6, p. 163, n° 5; P. HERMANT, "Les conventions d'actionnaires : principes généraux", *Les conventions d'actionnaires*, Séminaire Vanham & Vanham, mai 2013, n° 3, p. 9; A. COIBION, *Les conventions d'actionnaires en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 18 à 27, p. 22 à 27; O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, "Contrôle et pactes d'associés", *Contrôle, stabilité et structure de l'actionariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 62 et 63, p. 148-149 et n° 66, p. 151-152.

163. K. GEENS et M. WYCKAERT, "Les espaces de liberté contractuelle dans les sociétés à responsabilité limitée : entre rapprochement et palliation", *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, n° 23, p. 170.

III.C. Analyse et exemples de différents types de clauses organisant l'exercice du pouvoir

III.C.1. Les pactes de votation

III.C.1.a. Régime actuel

67. Les pactes de votation se définissent comme des accords par lesquels un ou plusieurs actionnaires s'engagent à voter à l'assemblée générale dans le sens défini par l'accord⁽¹⁶⁴⁾.

L'idée est de faire bloc à l'assemblée générale⁽¹⁶⁵⁾.

L'on rencontre essentiellement trois types de pactes de votation⁽¹⁶⁶⁾, dont l'objet est :

- Soit de s'engager à voter favorablement une résolution précise (voter la désignation de telle personne comme administrateur, voter la décharge du gérant, etc.);
- Soit de s'engager à aligner son vote sur celui émis par tel actionnaire, de manière générale pour toutes les délibérations de l'assemblée générale ou pour une ou plusieurs opérations particulières;
- Soit de s'engager à former avec ses cocontractants un "syndicat", au sein duquel les résolutions qui seront soumises au vote de l'assemblée générale feront l'objet d'une décision commune des actionnaires contractants, soit par consensus, soit au terme d'un vote interne au syndicat, décision qui obligera tous les actionnaires contractants à voter dans le sens convenu.

Ces pactes peuvent être renforcés :

- Par une clause de blocage par laquelle il est donné mandat irrévocable à tel associé, par procuration pour compte de tous les signataires du pacte, de voter à l'assemblée générale dans le sens convenu;
- Par une clause d'inaliénabilité, d'agrément ou de préemption pour s'assurer que les titres dont le droit de vote fait l'objet du pacte restent en posses-

sion des parties pendant la durée de la convention d'actionnaires.

68. Les pactes de votation sont réglementés par l'article 281 du Code des sociétés pour les SPRL et par les articles 510 et 551 pour les SA⁽¹⁶⁷⁾.

Les règles sont les suivantes, sous peine de nullité du pacte⁽¹⁶⁸⁾ ET de nullité des décisions prises en assemblée générale en vertu du pacte nul^{(169) (170)} :

(i) Ces conventions doivent être "à tout moment" conformes à l'intérêt social⁽¹⁷¹⁾.

L'intérêt social est défini par la Cour de cassation, dans son arrêt du 28 novembre 2013 comme étant "déterminé par le but de lucre collectif des associés actuels et futurs de la société"⁽¹⁷²⁾.

Dans son rapport annuel 2013⁽¹⁷³⁾, la Cour de cassation ajoute que, en incluant l'intérêt des actionnaires futurs, "cela indique que l'intérêt social vise aussi la continuité de l'entreprise et doit donc recevoir une interprétation dynamique et tournée vers l'avenir"⁽¹⁷⁴⁾.

Selon une doctrine majoritaire, la validation des pactes de votation au regard de l'intérêt social dépend d'une analyse plus négative que positive : pour être valable, il suffit que le pacte de votation ne soit pas en conflit avec l'intérêt social, sans qu'une justification supplémentaire et positive soit requise⁽¹⁷⁵⁾.

(ii) Ces conventions doivent être limitées dans le temps⁽¹⁷⁶⁾.

Il n'existe pas de délai maximal, mais celui-ci doit être raisonnable.

T. DELAHAYE estime en outre que le même sort doit être réservé aux obligations à durée excessive⁽¹⁷⁷⁾ et que "tout contrat d'activité qui anéantit ou réduit

164. R. AYDOGDU, "Les pactes d'actionnaires pour organiser l'exercice du pouvoir", *Les pactes d'actionnaires*, Séminaire Vanham & Vanham, mars 2016, n° 9 et 10, p. 5 et 6; J. PATTYN, *Aandeelhoudersovereenkomsten, overdrachtsbeperkingen en stemafspraken in een niet-publieke NV*, Brussel, Larcier, 2012, n° 176, p. 129.

165. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, Précis, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 1108, p. 757.

166. O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, "Contrôle et pactes d'associés", *Contrôle, stabilité et structure de l'actionariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 27, p. 130.

167. Et pour les SCA, par renvoi de l'article 657 aux règles gouvernant les sociétés anonymes en ce qui concerne les associés commanditaires; voy. ég. F. HELLEMANS, *De algemene vergadering: een onderzoek naar haar grondslagen, haar bestaansreden en de geldigheid van haar besluiten*, Kalmthout, Biblio, 2001, n° 111, p. 146.

168. Article 281, § 1er, alinéa 3, 1°, et article 551, § 1er, alinéa 3, 1° du Code des sociétés.

169. Article 281, § 2, *in fine* et article 551, § 3 du Code des sociétés.

170. Pour autant que les votes émis en vertu d'une convention illicite aient eu une incidence sur la validité du vote intervenu (article 551, § 3 du Code des sociétés). J. PATTYN, "Goede afspraken maken goede aandeelhouders", *Not. Fisc. M.*, Wolters Kluwer, 2015/6, p. 177, n° 47; P. DE WOLF et G. STEVENS, "La société anonyme", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. II, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, n° 930, p. 166.

171. Article 281, § 1er, alinéa 2 *in fine* et article 551, § 1er, alinéa 2 *in fine* du Code des sociétés.

172. Cass., 28 novembre 2013, *R.P.S.*, 2014, p. 41.

173. Cour de cassation de Belgique, Rapport annuel, 2013, p. 33.

174. Voy. sur cette question : D. WILLERMAIN, "Les clauses visant à organiser l'exercice du pouvoir", *Les conventions d'actionnaires*, Séminaire Vanham & Vanham, mai 2013, n° 28, p. 26.

175. J. PATTYN, "Goede afspraken maken goede aandeelhouders", *Not. Fisc. M.*, Wolters Kluwer, 2015/6, n° 43, p. 176.

176. Article 281, § 1er, alinéa 2 *in limine* et article 551, § 1er, alinéa 2 *in limine* du Code des sociétés.

177. T. DELAHAYE, *Le facteur temps dans le droit des obligations*, t. I - La temporalité du contrat, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 28, p. 65.

inconsidérément la liberté du débiteur porte atteinte à l'ordre public", aux motifs que :

“les contrats qui comportent des obligations de faire ou de ne pas faire obligent personnellement leurs débiteurs et peuvent créer des contraintes importantes, parfois même insupportables. Le droit fondamental à la Liberté, qui porte la condition humaine, impose des limites à la parole donnée⁽¹⁷⁸⁾. Celle-ci ne peut pas porter fondamentalement atteinte à celle-là”.

La durée d'un pacte de votation est également un élément important dans la mesure où la conformité à l'intérêt social ne s'évalue pas seulement au moment où le pacte est conclu mais pendant toute la durée de celui-ci⁽¹⁷⁹⁾.

(iii) Ces conventions ne peuvent avoir pour objet de voter conformément aux directives données par la société, ses filiales ou un organe de ces sociétés (gérant, conseil d'administration)⁽¹⁸⁰⁾;

(iv) Ces conventions ne peuvent avoir pour objet d'approuver les propositions émanant de la société, de ses filiales ou d'un organe de la société ou de ses filiales (gérant, conseil d'administration)⁽¹⁸¹⁾;

(v) Les clauses d'inaliénabilité dans les SA⁽¹⁸²⁾ doivent être limitées dans le temps et conformes à l'intérêt social⁽¹⁸³⁾.

Suivant une certaine jurisprudence⁽¹⁸⁴⁾, l'article 551 du Code des sociétés ne serait d'application que si la convention est conclue entre associés uniquement. Par contre, si la convention est conclue entre un ou plusieurs associés et un tiers, l'article 551 ne serait pas applicable.

Cette position est toutefois contestée par une doctrine majoritaire qui considère, à juste titre et en se basant notamment sur les travaux préparatoires⁽¹⁸⁵⁾, que toute convention portant sur l'exercice d'un droit de vote dans les assemblées générales doit être conforme aux règles énoncées dans le Code des sociétés, quelle que soit la qualité - d'associé ou non - des parties à un tel contrat⁽¹⁸⁶⁾.

II.C.1.b. Incidence du projet de Code des sociétés et des associations

69. Le projet de Code des sociétés et des associations reprend, avec certaines nuances, la réglementation des pactes de votation du Code des sociétés, aux articles 5:46 pour les SRL (et les SC, en vertu de l'article 6:3, § 1er) et 7:56 pour les SA, en des termes pratiquement identiques.

Il n'est toutefois plus exigé que ces pactes soient conformes à l'intérêt social “à tout moment”, comme sous l'empire du Code des sociétés.

Les travaux préparatoires⁽¹⁸⁷⁾ précisent à ce sujet que le régime actuel provoque une insécurité juridique et que “Les mots “à tout moment” ont été supprimés car la validité juridique d'une clause doit être appréciée lors de la conclusion de la convention. Il suffit en outre que la convention sur le vote ne soit pas contraire à l'intérêt social, sans qu'elle doive promouvoir de manière active cet intérêt”.

Cette dernière observation confirme donc l'opinion de la doctrine majoritaire dont il a été question *supra*, n° 68 (i).

178. C'est aussi la liberté individuelle qui fonde le droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée : C. DELFORGE, “Le droit des obligations et du crédit”, C. BIQUET-MAHIEU (dir.), *Chroniques notariales*, Bruxelles, Larcier, 2014, n° 80, p. 74.

179. F. HELLEMANS, *De algemene vergadering : een onderzoek naar haar grondslagen, haar bestaansredenen en de geldigheid van haar besluiten*, Kalmthout, Biblo, 2001, n° 113, p. 148-149; J. PATTYN, *Aandeelhoudersovereenkomsten, overdrachtsbeperkingen en stemafspraken in een niet-publieke NV*, Brussel, Larcier, 2012, n° 175, p. 129.

180. Article 281, § 1er, alinéa 3, 2° et article 551, § 1er, alinéa 3, 2° du Code des sociétés.

181. Article 281, § 1er, alinéa 3, 3° et article 551, § 1er, alinéa 3, 3° du Code des sociétés.

182. À la différence des SA, il n'existe aucune limitation des clauses d'inaliénabilité dans les SPRL, comme le relèvent O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, “Contrôle et pactes d'associés”, *Contrôle, stabilité et structure de l'actionariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 122, p. 189. De même, il est permis de stipuler l'inaliénabilité des parts de coopérateur. Voy., en ce sens : S. MERCIER, *Droit des sociétés - guide pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 120; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. II, 1re éd., 1957, n° 993, p. 74, note 1, qui fondent leur opinion sur l'analyse des travaux préparatoires de la Loi du 28 septembre 1932.

183. Article 551, § 2 et article 510, alinéa 2 du Code des sociétés.

184. Gand, 7 novembre 2011, *R.P.S.*, 2012, p. 329.

185. Exposé des motifs, *Doc.*, Sén., 1990-1991, n° 1107/1, p. 88.

186. V. SIMONART, “Les conventions avec un administrateur prévoyant une indemnité de départ”, *R.P.S.*, 2012, n° 21, p. 348-349; A. COIBION, *Les conventions d'actionnaires en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 137, p. 80.

187. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 143 pour les SRL et p. 211 pour les SA.

II.C.2. Les clauses affectant le droit de vote à l'assemblée générale

III.C.2.a. La limitation du droit de vote

III.C.2.a.(i) Régime actuel

70. L'une des techniques utilisées pour mieux répartir le pouvoir, à l'assemblée générale, entre associés majoritaires et associés minoritaires, consiste à insérer une clause limitant la puissance votale des actionnaires⁽¹⁸⁸⁾.

Cette technique permet d'augmenter le poids votal des associés minoritaires et d'éviter la mainmise d'un actionnaire majoritaire sur le fonctionnement de la société.

Elle peut également servir au groupe dirigeant à se stabiliser et à se prémunir contre un changement brutal de l'actionnariat.

En définitive, cette technique "permet de rencontrer des objectifs paradoxaux : préserver une éventuelle collaboration égalitaire au sein de la société, renforcer à bon escient l'indépendance des administrateurs, conforter l'autorité de tel ou tel actionnaire influent et éviter que l'exercice du pouvoir soit trop détaché de la détention du capital dans les sociétés dont l'actionnariat est dispersé et passif. Les possibilités multiples de limitation peuvent ainsi séduire les investisseurs qui, grâce aux clauses dont ils peuvent suggérer l'insertion, sont en mesure de pondérer le pouvoir de vote des différents actionnaires, que ce soit pour se ménager une plus grande maîtrise des choix de gestion ou pour apporter leur soutien aux dirigeants et conforter ainsi la stabilité de la société"⁽¹⁸⁹⁾.

71. Cette faculté est permise par le Code des sociétés⁽¹⁹⁰⁾ "à condition que cette limitation s'impose à tout actionnaire quels que soient les titres pour lesquels il prend part au vote".

Deux conditions sont donc exigées :

- La limitation doit s'imposer à "tout actionnaire".

Cela n'implique toutefois pas que la limitation doive être appliquée à tous les actionnaires : lorsque les statuts définissent une catégorie d'actionnaires auxquels la limitation doit s'appliquer, tous ceux qui entrent dans cette catégorie devront subir la limitation, sans exception⁽¹⁹¹⁾.

- La limitation doit s'imposer "quels que soient les titres pour lesquels [l'actionnaire] prend part au vote".

La limitation intervient donc, que l'actionnaire prenne part au vote en vertu de parts bénéficiaires ou en vertu d'actions⁽¹⁹²⁾.

Cette limitation peut prendre plusieurs formes numériques qui peuvent se combiner, par exemple :

- Plafonnement à un certain nombre de voix ou à un certain pourcentage de voix.

Exemple : "Nul ne peut prendre part au vote pour un nombre de voix supérieur à 30 % des voix exprimées à l'assemblée".

- Plafonnement à un certain nombre de voix attachées aux titres émis par la société et donnant un droit de vote.

Exemple : "Nul ne peut prendre part au vote pour un nombre de voix supérieur à 30 % des voix attachées aux titres émis par la société".

- Plafonnement tenant compte de la quotité du capital représenté par les titres.

Exemple : "Lorsqu'un actionnaire détient le droit de vote correspondant à 30 % ou plus des voix attachées aux titres émis par la société au moins, cet actionnaire ne peut prendre part au vote pour plus de la moitié des titres qu'il détient au-delà de 30 %".

188. R. AYDOGDU, "Les pactes d'actionnaires pour organiser l'exercice du pouvoir", *Les pactes d'actionnaires*, Séminaire Vanham & Vanham, mars 2016, n° 17, p. 9. Cette possibilité est particulière pour les SPRL car l'égalité des actionnaires fait partie de l'essence de cette forme de société (article 238 du Code des sociétés), raison pour laquelle diverses techniques pour rompre cette égalité, par exemple les actions privilégiées, ne sont pas autorisées pour des SPRL où chaque part donne droit à une voix selon l'article 275, alinéa 1er du Code des sociétés. En ce sens : E. JANSSENS et F. KESKIN, *Aandelen. Een overzicht van de principes en toepassing*, Gent, Larcier, 2010, p. 61.

189. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, Précis, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 1106, p. 753.

190. Article 277 pour les SPRL, article 544 pour la SA, article 657 renvoyant aux règles gouvernant les sociétés anonymes pour les SCA.

191. J.-F. GOFFIN, "L'assemblée générale des actionnaires ou associés dans les SA, SPRL et SCRL" in *Droit des sociétés commerciales*, t. 1, Kluwer, 2012, n° 206, p. 469; M. WYCKAERT, "Overdrachtsbeperkingen en stemrecht" in Jan Ronse Instituut (éd.), *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo, 1995, n° 41, p. 121.

192. P. DE WOLF et G. STEVENS, "La société anonyme", *T.P.D.C.*, t. 4, Vol. II, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, n° 925, p. 163; H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, n° 793, p. 428-429.

III.C.2.a.(ii) Incidence du projet de Code des sociétés et des associations

72. Le projet de Code des sociétés et des associations fait désormais une distinction entre le régime applicable aux SRL (et aux SC, par application de la clause de renvoi de l'article 6:3, § 1er) et celui applicable aux SA.

73. En ce qui concerne les SRL et les SC, le Code en projet ne contient pas de disposition comparable à l'article 277 du Code des sociétés.

La règle sera désormais celle de la liberté de limiter le droit de vote énoncée à l'article 5:42, alinéa 1er, de manière générique : "Sauf disposition statutaire contraire, chaque action dispose d'une voix".

Les travaux préparatoires reconnaissent une totale liberté de modaliser le droit de vote dans les statuts⁽¹⁹³⁾.

74. En ce qui concerne les SA, par contre, l'article 7:55 reprend littéralement le texte de l'article 544 du Code des sociétés⁽¹⁹⁴⁾.

III.C.2.b. Le vote plural

II.C.2.b.(i) Régime actuel : le vote plural dans les sociétés coopératives

75. Bien qu'interdit dans les SA⁽¹⁹⁵⁾ et les SPRL⁽¹⁹⁶⁾, le droit de vote attaché aux parts de coopérateurs peut être plural⁽¹⁹⁷⁾.

Autrement dit, rien n'empêche que les statuts d'une SC accordent à une partie des coopérateurs, pour tout ou partie des compétences de l'assemblée générale, un vote plural : une part de coopérateur donne droit à plusieurs voix.

Ceci permet de réserver *de facto* le pouvoir de nommer le conseil d'administration à un ou plusieurs coopérateurs.

III.C.2.b.(ii) Le vote plural : une innovation du Code des sociétés et des associations

76. En ce qui concerne les SA, les travaux préparatoires expliquent que "selon le droit actuel, le droit de vote lié aux actions de capital d'une SA est impérativement proportionnel à la valeur représentative du capital des actions. Cette règle est maintenue dans la nouvelle disposition, mais ne subsiste dorénavant que comme règle de droit supplétif, comme il ressort des deux articles suivants"⁽¹⁹⁸⁾.

Le mécanisme légal résulte de la combinaison des articles 7:43 et 7:44 du projet :

"Article 7:51 : Lorsque les actions représentent une part égale du capital, chacune donne droit à une voix.

Lorsqu'elles n'ont pas toutes la même valeur représentative du capital, elles donnent droit à leur titulaire à un nombre de voix égal au nombre de fois que l'action représentant le montant le plus faible est comprise dans la valeur totale que ses actions représentent dans le capital; les fractions de voix ne sont pas prises en considération, excepté dans les cas prévus à l'article 7:155.

Article 7:52 : Dans les sociétés non cotées, les statuts peuvent déroger aux règles prévues à l'article 7:51".

Les travaux préparatoires précisent, à propos de l'article 7:44, que "cet article prévoit la possibilité pour les sociétés non cotées de déroger sans limite dans leurs statuts à la règle proportionnelle. Le droit de vote dans une SA non cotée est dès lors réglé de manière aussi souple que dans les nouvelles dispositions adoptées en la matière pour les SRL (article 5:42). Par conséquent, un droit de vote multiple est possible (...)"⁽¹⁹⁹⁾.

193. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 141.

194. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 211.

195. Article 541 du Code des sociétés; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, Précis, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 1092, p. 742.

196. Article 382, alinéa 1er du Code des sociétés.

197. G. DAVIGNON, "Les actions à droit de vote multiple : une opportunité pour les sociétés anonymes belges", *RPS-TRV*, 2017, p. 999; R. AYDOGDU, "Les pactes d'actionnaires pour organiser l'exercice du pouvoir", *Les pactes d'actionnaires*, Séminaire Vanham & Vanham, mars 2016, n° 20, p. 11; G. HORMANS, "La société coopérative", *T.P.D.C.*, t. IV, Vol. I, Kluwer, 2012, n° 528, p. 346; O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, "Contrôle et pactes d'associés", *Contrôle, stabilité et structure de l'actionariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 37, p. 137; H. DE WULF, "Meervoudig stemrecht in vennootschappen, flexibiliteit gewenst" in *Van alle markten. Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, p. 373-374. Les statuts des SCA peuvent également prévoir des "golden shares", qui confèrent aux titulaires, par exemple, un droit de veto au niveau de la nomination de nouveaux administrateurs.

198. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 206.

199. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 206.

77. En ce qui concerne le vote plural dans les SRL, le projet prévoit, à l'article 5:42 (*supra*, n° 73), que "sauf disposition statutaire contraire, chaque action dispose d'une voix".

Ceci laisse à penser que le vote plural est possible et que ce n'est donc qu'à défaut de disposition statutaire contraire que chaque action dispose d'un seul droit de vote.

Le commentaire de l'article 5:42 va dans le même sens lorsqu'il précise que :

"Il est dès lors proposé de partir désormais d'une règle de droit supplétif claire, à savoir une seule voix par action et des droits aux bénéficiaires égaux, mais de permettre aux statuts d'y déroger sur tous les plans, étant entendu que, si des actions sans droit de vote restent possibles, chaque action doit toujours être dotée de droits patrimoniaux. Telle est notamment la réglementation appliquée aux États-Unis pour toute société à responsabilité limitée et aux Pays-Bas pour la BV.

Dès lors que, conformément au présent projet, il n'y a désormais plus de capital dans la SRL, les actions n'ont pas de valeur représentative du capital et il n'y a pas de lien nécessaire entre la valeur de l'apport et les droits attachés aux actions. On peut donc conférer des droits différents à des actions émises pour un même apport, ou les mêmes droits à des actions émises pour un apport différent. Il n'y a pas davantage de lien entre la valeur historique de l'apport d'une action et les droits attachés à ces actions.

(...)

La nouvelle flexibilité permet d'émettre des actions à droit de vote multiple, des actions sans droit de vote avec dividende privilégié ou non ou des actions à droit de vote sous certaines conditions uniquement⁽²⁰⁰⁾.

L'on sera attentif au fait que le vote plural est interdit dans les SRL cotées par l'article 5:2, alinéa 3, qui

énonce en cette hypothèse que "Par dérogation à l'article 5:42, alinéa 1er, chaque action ne peut avoir qu'une voix".

Les travaux préparatoires reconnaissent toutefois en ce cas la possibilité du droit de vote double visé à l'article 7:53⁽²⁰¹⁾.

III.C.2.c. Clauses relatives aux quorums et aux majorités

III.C.2.(i) Les quorums

78. Le quorum est le nombre minimum de membres d'un organe qui doivent être présents ou représentés pour que cet organe puisse valablement délibérer et prendre des décisions⁽²⁰²⁾.

79. À défaut de dispositions statutaires expresses, la majorité des membres du conseil d'administration doivent être présents ou représentés, comme c'est le cas dans les assemblées délibérantes auxquelles renvoie l'article 63 du Code des sociétés⁽²⁰³⁾.

Le quorum est défini par rapport au nombre d'administrateurs effectivement en fonction⁽²⁰⁴⁾.

Toutefois, rien n'empêche les statuts de prévoir des règles différentes.

Ainsi par exemple, dans les sociétés où la composition du conseil d'administration se fait sur base d'une clause statutaire de représentation proportionnelle de différentes catégories d'actionnaires, on peut requérir la présence d'un administrateur de chaque catégorie d'actionnaires pour pouvoir valablement délibérer⁽²⁰⁵⁾.

Ceci permet, par la politique de la chaise vide, de bloquer certaines décisions du conseil d'administration même en étant minoritaire, dès lors que le quorum doit être atteint au moment du vote de chaque résolution, et non uniquement en début de séance⁽²⁰⁶⁾.

200. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 142.

201. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3119/001, p. 127.

202. D. WILLERMAIN, "Le fonctionnement des organes et la représentation des sociétés - Questions spéciales", *Droit des affaires et sociétés - actualités et nouveaux enjeux*, Anthémis, 2013, n° 4, p. 113.

203. Repris à l'article 2:40 du projet de Code des sociétés et des associations.

204. B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, die Keure, 2005, n° 842, p. 514.

205. B. TILLEMANN, "Le fonctionnement interne du conseil d'administration", *Le droit des sociétés aujourd'hui : principes, évolutions et perspectives*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 2008, n° 51, p. 260; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, die Keure, 2005, n° 228, p. 142-143 et n° 842, p. 514.

206. Ce qui se déduit de l'article 46 du Règlement du Sénat (auquel renvoie implicitement l'article 63 du Code des sociétés), qui énonce que "L'assemblée ne peut prendre de résolution que si la majorité des membres sont présents".

80. Une solution différente prévaut à propos des assemblées générales, ce qui peut *a priori* surprendre : l'on enseigne en effet de manière unanime qu'à défaut de quorum légal ou statutaire particulier, l'assemblée générale peut valablement délibérer quel que soit le nombre d'actionnaires présents ou représentés.

La solution se justifie par "l'économie générale de la loi", dont on peut déduire que, si elle impose un quorum de présence dans certains cas, c'est que pareil quorum n'est pas requis dans les autres cas, par les travaux préparatoires, par l'opinion de la doctrine et, selon nous, également par la nécessité, pour l'assemblée générale, de pouvoir prendre les décisions nécessaires au bon fonctionnement de la société sans être entravée par l'absence de certains associés⁽²⁰⁷⁾.

En dehors des assemblées générales extraordinaires pour lesquelles le Code des sociétés prévoit déjà un quorum minimum, rien ne s'oppose à ce que les statuts renforcent les exigences de quorum des assemblées générales tant ordinaires qu'extraordinaires⁽²⁰⁸⁾.

Par exemple, il est permis de prévoir que l'assemblée générale ordinaire ne peut délibérer valablement que si les deux tiers des associés sont présents ou représentés.

Ces aménagements conventionnels des quorums ont pour objet de protéger les associés minoritaires.

Cette règle n'est pas modifiée par le projet de Code des sociétés et des associations.

III.C.2.c.(ii) Les majorités

81. La majorité ordinaire, habituelle au sein d'un organe délibérant, que l'on appelle également "majorité absolue", correspond à la moitié des voix plus une⁽²⁰⁹⁾.

Cette majorité se calcule sur le nombre total des membres votants qui expriment un vote valable, les abstentions et les votes nuls n'étant pas pris en compte⁽²¹⁰⁾.

82. De la même manière que pour les quorums, il est permis d'aménager les règles de majorité. Les clauses peuvent ainsi porter :

- Sur un renforcement des majorités.

Exemple : "Toute décision relative à la nomination des administrateurs devra être prise par l'assemblée générale statuant à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés à l'assemblée, les abstentions n'étant pas comptées dans le calcul de la majorité".

- Sur un allègement des majorités déjà assouplies par le Code des sociétés.

Ainsi en est-il de l'article 633, alinéa 4 du Code des sociétés⁽²¹¹⁾ qui permet à l'assemblée générale de décider de la dissolution de la société moyennant l'approbation par 25 % des voix émises lorsque, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social.

Exemple : "Lorsque par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social, la dissolution de la société sera décidée par l'assemblée générale si elle est approuvée par 10 % des voix émises à l'assemblée".

83. Il est également permis d'accorder à un associé un droit de veto pour une ou plusieurs opérations déterminées, ce qui lui confère un droit acquis intangible⁽²¹²⁾.

III.C.3. Les clauses relatives à la composition des organes

84. Le contrôle de l'entreprise suppose que l'associé ou l'actionnaire puisse décider de la composition du

207. D. WILLERMAIN, "Le fonctionnement des organes et la représentation des sociétés - Questions spéciales", *Droit des affaires et sociétés - actualités et nouveaux enjeux*, Anthémis, 2013, n° 6, p. 114; F. HELLEMANS, *De algemene vergadering : een onderzoek naar haar grondslagen, haar bestaansreden en de geldigheid van haar besluiten*, Kalmthout, Biblo, 2001, n° 552, p. 612-613.

208. D. WILLERMAIN, "Le fonctionnement des organes et la représentation des sociétés - Questions spéciales", *Droit des affaires et sociétés - actualités et nouveaux enjeux*, Anthémis, 2013, n° 9, p. 115.

209. J.-F. GOFFIN, "L'assemblée générale des actionnaires ou associés dans les SA, SPRL et SCRL", *Droit des sociétés commerciales, SA, SPRL et SCRL*, t. 1, Kluwer, 2012, n° 202, p. 468; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, die Keure, 2005, n° 844, p. 514; F. BOUCKAERT, *Notarieel Vennootschapsrecht*, Kluwer, 2000, 1re partie, p. 380.

210. D. WILLERMAIN, "Le fonctionnement des organes et la représentation des sociétés - Questions spéciales", *Droit des affaires et sociétés - actualités et nouveaux enjeux*, Anthémis, 2013, n° 10, p. 116; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, die Keure, 2005, n° 845, p. 516; F. BOUCKAERT, *Notarieel Vennootschapsrecht*, Kluwer, 2000, 2e partie, p. 381.

211. Repris à l'article 7:228, alinéa 4 du projet de Code des sociétés et des associations.

212. R. AYDOGDU, "Les pactes d'actionnaires pour organiser l'exercice du pouvoir", *Les pactes d'actionnaires*, Séminaire Vanham & Vanham, mars 2016, n° 35, p. 17.

conseil d'administration (dans les SA et SC) ou de la gérance (dans les SPRL, SCS et SCA)⁽²¹³⁾.

La désignation de l'organe de gestion est une prérogative absolue de l'assemblée générale⁽²¹⁴⁾ dont celle-ci ne peut être privée⁽²¹⁵⁾.

85. La désignation de l'organe de gestion - et donc, le contrôle de la société au sens de l'article 5 du Code des sociétés⁽²¹⁶⁾ - obéit par défaut aux règles suivantes⁽²¹⁷⁾ :

- En vertu de la règle majoritaire au sein de l'assemblée générale, l'actionnaire majoritaire peut nommer seul la totalité des administrateurs ou le gérant, quand bien même il ne disposerait que d'une très étroite majorité⁽²¹⁸⁾, la désignation des gérants et des administrateurs intervenant à la majorité absolue (*supra*, n° 81)⁽²¹⁹⁾.
- Les candidatures sont libres.
- Chaque poste donne lieu à un vote⁽²²⁰⁾ (voy. cependant *infra*, n° 92 et 93).

86. Ces règles par défaut peuvent être aménagées de manière licite par des clauses conventionnelles qui agiront sur chacun des principes par défaut.

La seule limite à la volonté des parties consiste en l'obligation de respecter la liberté de choix de l'assemblée générale.

Un éminent auteur fait toutefois observer que la liberté de choix de l'assemblée générale est de toute manière garantie en ce que, même si un seul candidat est présenté à son suffrage, l'assemblée générale a toujours le droit de ne pas le nommer⁽²²¹⁾.

III.C.3.a. Les aménagements conventionnels agissant sur les majorités

87. Comme indiqué *supra*, n° 81 à 83, une simple définition conventionnelle des majorités nécessaires pour désigner un administrateur ou un gérant peut aboutir à conférer aux associés minoritaires un véritable pouvoir de décision.

III.C.3.b. Les aménagements conventionnels agissant sur les candidatures

88. L'une des techniques classiques de contrôle consiste à aménager le régime des candidatures.

À cette fin, l'on crée des catégories d'actions (ou de parts), ce que permettent les articles 288 (pour les SPRL)⁽²²²⁾ et 560 (pour les SA)⁽²²³⁾ du Code des sociétés, et l'on réserve aux différentes catégories d'associés le droit de présenter des administrateurs au suffrage de l'assemblée générale.

Ces clauses de présentation des candidats au suffrage de l'assemblée générale sont autorisées dans la mesure où le pouvoir de décision de l'assemblée générale reste intact : l'assemblée peut toujours refuser de nommer les administrateurs ainsi présentés⁽²²⁴⁾.

Ceci permet de leur garantir une représentation au conseil d'administration qui ne soit pas nécessairement proportionnelle à leur participation dans le capital.

Ce type de clause constituant un aménagement des modalités de délibération de l'assemblée générale ne peut toutefois être intégrée que dans les statuts,

213. Selon l'article 5, § 1er du Code des sociétés : "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".

214. Conformément à l'article 518, § 2 du Code des sociétés pour les SA et SCA (par renvoi de l'article 657 aux règles gouvernant les sociétés anonymes), à l'article 378 pour les SC, en cas de silence des statuts, et à l'article 256 pour les SPRL.

215. Y. DE CORDT (dir.), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 386, p. 296. Par exception à ce principe, les administrateurs restants ont en cas de vacance d'une place d'administrateur, sauf disposition contraire dans les statuts, le droit de nommer provisoirement un remplaçant conformément à l'article 519 du Code des sociétés (voy. ég. *infra*, n° 90).

216. Repris à l'article 1:14 du projet de Code des sociétés et des associations.

217. R. AYDOGDU, "Les pactes d'actionnaires pour organiser l'exercice du pouvoir", *Les pactes d'actionnaires*, Séminaire Vanham & Vanham, mars 2016, n° 25, p. 12.

218. A. COIBION, *Les conventions d'actionnaires en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 167, p. 92-93; F. HELLEMANS, *De algemene vergadering : een onderzoek naar haar grondslagen, haar bestaansredenen en de geldigheid van haar besluiten*, Kalmthout, Biblo, 2001, n° 552, p. 612-613.

219. D. WILLERMAIN, "La participation de l'administrateur au conseil d'administration", *L'administrateur de sociétés*, Séminaire Vanham & Vanham, 11 mai 2017, n° 13, p. 18.

220. O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, "Contrôle et pactes d'associés", *Contrôle, stabilité et structure de l'actionariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 42, p. 138; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, die Keure, 2005, n° 251, p. 159.

221. D. WILLERMAIN, "La participation de l'administrateur au conseil d'administration", *L'administrateur de sociétés*, Séminaire Vanham & Vanham, 11 mai 2017, n° 17 (i), p. 21.

222. Article 5:48 du projet de Code des sociétés et des associations pour les SRL.

223. Article 7:60 du projet de Code des sociétés et des associations pour les SA.

224. E. JANSSENS et F. KESKIN, *Aandelen. Een overzicht van de principes en toepassingen*, Gent, Larcier, 2010, p. 32.

conformément à l'article 63 du Code des sociétés, et non dans un pacte distinct⁽²²⁵⁾.

Exemple :

“La Société est administrée par le Conseil d'administration. Le Conseil d'administration est composé de sept membres, personnes physiques ou morales, nommés pour 6 (six) ans au plus par l'Assemblée. Les Administrateurs sont en tout temps révocables par l'Assemblée.

Le Conseil d'administration est composé de :

- i. trois administrateurs nommés sur proposition des Actionnaires de catégorie A;
- ii. deux administrateurs nommés sur proposition des Actionnaires de catégorie B.

Les actionnaires s'engagent à nommer deux administrateurs indépendants sur une liste présentée par le conseil d'administration.

Le Président du Conseil sera choisi parmi les administrateurs désignés sur présentation des Actionnaires de catégorie A”.

89. Cette même technique peut servir à contrôler l'organe de gestion journalière dans les SA et SC.

Exemple : “Le/les administrateur(s) délégué(s) de la société sera/seront désigné(s) par le conseil sur proposition des administrateurs désignés sur présentation des Actionnaires de catégorie A”.

90. Afin d'assurer leur efficacité, il est en outre recommandé de compléter ces clauses par d'autres restreignant la cessibilité des titres (clause d'inaliénabilité, d'agrément ou de préemption).

De même, il est recommandé de prévoir des stipulations relatives à la révocation, au remplacement et à la cooptation pour les mandataires sociaux nommés sur cette base, en imposant que le remplaçant soit également présenté par les actionnaires de la caté-

gorie dont est issu le mandataire à remplacer ou coopérer⁽²²⁶⁾.

91. Qu'il s'agisse de la désignation des administrateurs ou du délégué à la gestion journalière, les statuts ou pactes d'actionnaires peuvent également prévoir des clauses de qualité exigeant que les administrateurs présentent certaines qualités ou répondent à des conditions particulières⁽²²⁷⁾.

La seule limite est que ces clauses ne peuvent affecter la réelle liberté de l'assemblée générale au niveau de la nomination des administrateurs⁽²²⁸⁾.

III.C.3.c. Les aménagements conventionnels agissant sur la règle un poste - un vote

92. Il est permis de déroger à la fois à la règle de la majorité absolue et à celle selon laquelle chaque poste donne droit à un vote.

Tel est le mécanisme du vote cumulatif, qui consiste :

- D'une part, à prévoir dans les statuts qu'un seul vote a lieu pour la désignation de l'ensemble des mandats d'administrateur, au lieu de voter poste par poste.

Pour respecter la proportionnalité du droit de vote, l'on prévoit que le nombre de voix dont bénéficie chaque actionnaire est multiplié par le nombre de postes à pourvoir, ce qui est logique puisqu'il n'y a qu'un seul vote pour l'ensemble des mandats à élire.

Il appartient alors à l'actionnaire de répartir ses voix entre les différents candidats, jusqu'à concurrence du nombre de voix total qui lui revient⁽²²⁹⁾.

- D'autre part, à prévoir que la désignation des administrateurs intervient non à la majorité absolue mais à la majorité relative, de telle sorte que seuls sont élus les candidats réunissant sur leur tête le nom-

225. D. WILLERMAIN, “La participation de l'administrateur au conseil d'administration”, *L'administrateur de sociétés*, Séminaire Vanham & Vanham, 11 mai 2017; P. DE WOLF, “Les pactes d'actionnaires : intérêt et contraintes générales”, *Les pactes d'actionnaires*, Séminaire Vanham & Vanham, 17 mars 2016, n° 40, p. 20; R. AYDOGDU, “Les pactes d'actionnaires relatifs à l'exercice du pouvoir”, *Les pactes d'actionnaires*, Séminaire Vanham & Vanham, 17 mars 2016, n° 68, p. 31; A. COIBION, *Les conventions d'actionnaires en pratique*, Larcier, Bruxelles, 2010, n° 168, p. 94; O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, “Contrôle et pactes d'associés”, *Contrôle, stabilité et structure de l'actionariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 88, p. 163; J.-M. NELISSEN GRADE, “Les aménagements statutaires et conventionnels”, *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, n° 22, p. 265.

226. O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, “Contrôle et pactes d'associés”, *Contrôle, stabilité et structure de l'actionariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 44, p. 140; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, die Keure, 2005, n° 240, p. 153.

227. D. WILLERMAIN, “Les conventions d'actionnaires comme technique d'organisation du contrôle”, *L'exercice du contrôle dans la SA*, Séminaire Vanham & Vanham, mai 2016, n° 21, p. 19.

228. H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, n° 509, p. 276.

229. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, Précis, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 1093, p. 745; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, die Keure, 2005, n° 253, p. 160.

bre de voix le plus élevé, en fonction du nombre de postes à pourvoir.

Ceci permet aux minoritaires, le cas échéant en se groupant, de concentrer leur vote sur “leur” candidat et d’augmenter leurs chances d’obtenir satisfaction.

Bien qu’ayant fait l’objet de discussions⁽²³⁰⁾, le principe du vote cumulatif est à présent admis tant en doctrine⁽²³¹⁾ qu’en jurisprudence⁽²³²⁾.

93. L’avantage du vote cumulatif est sa souplesse, en ce qu’il ne nécessite pas la création de catégories d’actions.

Ce type de vote est en revanche moins prévisible puisqu’il dépend de la manière dont les actionnaires répartiront leurs votes à l’assemblée générale et suppose qu’il y ait un nombre suffisant de postes à pourvoir pour aboutir à la dilution du vote des associés majoritaires⁽²³³⁾.

III.C.4. Les clauses relatives au fonctionnement des organes

94. De la même manière que pour la composition des organes, la technique des catégories de titres peut être utilisée pour modaliser le fonctionnement de l’organe de gestion.

Puisque les organes sociaux décident, en règle à la majorité absolue, l’efficacité de la désignation des mandataires sociaux non présentés par l’associé majoritaire sera augmentée si elle s’accompagne de dispositions particulières relatives au fonctionnement de l’organe de gestion pour certaines décisions importantes⁽²³⁴⁾.

Exemple :

“Les décisions suivantes seront, dès lors qu’elles concernent des points non prévus au budget annuel, prises par le conseil d’administration sur proposition des administrateurs nommés sur présentation des actionnaires de catégorie A, se prononçant à la majorité de trois cinquièmes :

- L’achat ou la vente d’un immeuble ou toute opération relative au patrimoine immobilier de la société, d’un montant supérieur à [#] EUR;
- Tout acte de disposition du fonds de commerce ou d’une branche d’activité de la société;
- Toute proposition d’émission de titres à soumettre à l’assemblée générale;
- La prise de participation dans une autre société, la création d’une filiale ou d’une succursale;
- Toute transaction ou convention à passer avec des tiers, portant sur un montant supérieur à [#] EUR”.

IV. Conclusion

95. Le droit belge des sociétés présente une large plasticité que la réforme attendue va amplifier par un accroissement de la flexibilité des statuts et une plus grande part laissée à la liberté contractuelle.

Sous réserve du respect de quelques règles impératives, le Code des sociétés et son successeur laissent une très large part à l’accord des parties et à l’imagination des associés.

Cette particulière souplesse permet de modaliser et d’adapter sur mesure les structures sociétaires afin de déconcentrer les pouvoirs au sein des sociétés et de les partager à différents niveaux.

Ce partage favorise la poursuite de l’intérêt commun en donnant à chaque intervenant, qu’il soit financier ou gestionnaire, le contrôle des aspects de la vie sociale auxquels il prête le plus d’attention.

230. F. DE BAUW, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1996, n° 613, p. 255.

231. R. AYDOGDU, “Les pactes d’actionnaires pour organiser l’exercice du pouvoir”, *Les pactes d’actionnaires*, Séminaire Vanham & Vanham, mars 2016, n° 28, p. 14; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, Précis, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 1093, p. 745; A. COIBION, *Les conventions d’actionnaires en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 171, p. 95 et 96; M. WYCKAERT, “De conventionele bescherming van de minderheidsaandeelhouder”, *De bescherming van de minderheidsaandeelhouder - bijzonder nummer*, TRV, 1988, nr. 12, p. V-11.

232. Comm. Bruges (réf.), 15 juillet 1993, TRV, 1995, p. 123.

233. R. AYDOGDU, “Les pactes d’actionnaires pour organiser l’exercice du pouvoir”, *Les pactes d’actionnaires*, Séminaire Vanham & Vanham, mars 2016, n° 29, p. 14.

234. O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, “Contrôle et pactes d’associés”, *Contrôle, stabilité et structure de l’actionariat*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 44, p. 140. Étant entendu que les administrateurs et gérants ne peuvent cependant exercer leur droit de vote que dans l’intérêt de la société - S. DE REY, “Plaatsvervangende uitspraak bij misbruik van stemrecht in de algemene vergadering : mogelijkheden en grenzen”, TRV-RPS, 2016, p. 524.