

3. La notion de contrôle dans le Code des sociétés

1. INTRODUCTION

Bien que le paysage des sociétés belges compte de plus en plus de groupes de sociétés, le législateur reste, contrairement à sa tendance naturelle à trop régulariser, très économe en ce qui concerne une réglementation de droit des sociétés spécifique en la matière.

Sa passivité est en partie due au fait que sur le plan européen également, le projet de neuvième directive en matière de groupes de sociétés est paralysé depuis un certain temps. Le fait qu'un nombre croissant de sociétés belges se soient rattachées dans l'intervalle à des groupes contrôlés à l'étranger ne simplifie pas la recherche d'équilibres adaptés.

Cette situation a entraîné l'introduction par l'ancienne Commission bancaire, actuelle C.B.F., chargée du contrôle des sociétés de portefeuilles dans le cadre de sa gestion réglementaire préventive, de la notion de "contrôle".

Cela ne signifie pas que le droit des sociétés actuel n'a encore aucun point de repère. Les notions de contrôle, issues de la législation comptable, présentent suffisamment de points de repère pour déterminer les liens "familiaux" et pour en déduire certaines conséquences juridiques.

Celles-ci figurent dans l'arrêté royal du 14 octobre 1991.² Elles sont l'exacte copie des dispositions de contrôle issues de l'A.R. du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises³ et que l'on retrouve également dans l'A.R. du 6 mars 1990.⁴ En théorie, il se pouvait toutefois que les notions de contrôle applicables à la législation sur les sociétés et celles applicables à la législation comptable se développent chacune de leur côté, étant donné qu'elles figurent dans un A.R. différent en fonction de la matière pour laquelle elles démontrent une certaine pertinence.⁵

Dès que le nouveau code des sociétés sera entré en vigueur⁶, les notions de contrôle feront partie – en même temps que l'ensemble du droit comptable – de la réglementation relative au droit des sociétés. Il n'est de ce fait bien entendu pas exclu qu'une certaine divergence apparaisse dans le futur, mais cela devient toutefois de moins en moins probable.

Nous reproduirons ci-dessous à chaque fois la législation existante et la nouvelle législation, qui sont par ailleurs totalement identiques du point de vue du contenu.

La notion de contrôle importe en fin de compte également dans la branche rattachée au droit des sociétés de la législation financière, et plus précisément de la législation relative aux offres publiques de reprise. Une obligation de communication à la C.B.F. s'applique en effet en droit belge en cas d'acquisition du contrôle (exclusif ou

A présent qu'on a opté, dans le cadre du mouvement de coordination, pour une séparation du droit des sociétés (qui intègre désormais également le droit comptable pour les sociétés) et du droit financier, la question se pose de nouveau de savoir quelle est la nécessité ou l'opportunité de maintenir les notions de contrôle ensemble ou de les séparer.

conjoint) d'une société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne.⁷ Lorsqu'une personne physique ou morale a acquis autrement que par une offre publique d'acquisition ou une augmentation de capital des titres de telles sociétés, qui lui confèrent le contrôle de celle-ci, et qu'elle paie une prime à cet effet, elle doit offrir au public la possibilité de céder tous les titres qu'il possède contre paiement du même prix.⁸

L'A.R. dit 'de Benedetti' du 8 novembre 1989 renvoie sans plus à l'A.R. relatif aux comptes annuels des entreprises pour la définition des entreprises liées et du contrôle d'une société.⁹

La même règle s'applique aux obligations découlant de la législation relative à la transparence dans les sociétés cotées en bourse : la notion d'entreprises "liées" et la

notion de contrôle sont définies sur la base de la législation comptable.¹⁰

A présent qu'on a opté, dans le cadre du mouvement de coordination, pour une séparation du droit des sociétés (qui intègre désormais également le droit comptable pour les sociétés) et du droit financier, la question se pose de nouveau de savoir quelle est la nécessité ou l'opportunité de maintenir les notions de contrôle ensemble ou de les séparer.¹¹

Les notions de contrôle issues du droit comptable sont à leur tour un mélange de points de vue belges et européens.¹² Il ressortira de l'analyse ci-dessous que la notion de contrôle en droit belge est définie de façon très large et factuelle, ce qui permet, d'une part, une certaine flexibilité mais qui entraîne inévitablement, d'autre part, une incertitude juridique dans certaines circonstances.

2. PERTINENCE DE LA NOTION DE CONTRÔLE DANS LE CONTEXTE DU DROIT DES SOCIÉTÉS

Dans un certain nombre de cas imposés par les évolutions schématisées ci-dessus en matière de droit de groupe, le législateur a de plus en plus souvent utilisé la notion de contrôle pour qualifier certains actes, commis par des entreprises liées, comme si l'entreprise les avait commis elle-même, et pour lesquels il souhaite intervenir en réglementant. Ces alignements portent souvent sur des opérations qui touchent à la protection du capital.

Dans certains cas, il a notamment agi dans un souci d'autonomie des sociétés filiales et de limitation des structures d'autocontrôle. Il n'est pas étonnant que ces dispositions se situent principalement dans les règles applicables aux S.A., étant donné qu'il s'agit de la forme de société à responsabilité limitée par excellence. L'extension incomplète de ces règles aux formes juridiques apparentées telles que la S.P.R.L. ou la S.C.R.L. a toutefois fait apparaître une tendance dangereuse à créer exclusivement pour ces motifs quelques entreprises de "réserve" de cette forme juridique dans certains groupes. Il est évident que dans un tel cas, la qualification comme prête-nom ou simulation représente un risque important.

Ainsi, l'art. 29, § 6 L.C.S.C. et les articles 442, § 1 et 585, § 1 du Code des sociétés, instaurés par la loi du 18 juillet 1991, précisent non seulement qu'une entreprise ne peut souscrire ses propres actions lors de sa constitution ou lors d'une augmentation de capital, mais qu'il en va de même pour une société filiale. Cette disposition est une conséquence directe de l'affaire de la Générale de Belgique, dans laquelle une société filiale de la Générale avait souscrit les actions qu'elle avait émises pour se défendre contre l'offre publique de Carlos de Benedetti.¹³ Elle s'étend toutefois également à la protection du capital - de plus en plus efficace à mesure que la participation devient plus importante - et à la répression de l'autocontrôle.¹⁴ La violation de cette disposition entraîne la suspension des droits liés aux titres, une responsabilité civile spécifique des fondateurs ou des

La notion de contrôle est également et principalement importante dans le cadre des comptes annuels simples et des comptes annuels consolidés.

L'importance des comptes annuels consolidés a considérablement augmenté ces dernières années. Dans un contexte de groupe, seuls les comptes annuels consolidés sont pertinents car ils comprennent les rectifications résultant des relations intragroupes.

administrateurs (art. 35bis L.C.S.C./artt. 467 et 610, 3° Code des sociétés) ainsi qu'une sanction pénale (art. 206 L.C.S.C./art. 648 Code des sociétés).¹⁵ Des dispositions analogues existent également en partie dans la S.P.R.L. (art. 120quinquies L.C.S.C./art. 217, 229, 3°, 304, 314 et 347, 4° Code des sociétés), et en partie dans la S.C. (art. 142, § 2, L.C.S.C./354 Code des sociétés).

Dans une tentative d'éviter des modifications radicales apportées à l'actionariat d'une S.A. constituée dans le cadre du capital autorisé en dehors du droit de préférence, de sorte que les actionnaires ne soient pas trop surpris sans avoir eu droit au chapitre,¹⁶ le législateur a également limité en 1991 la délégation des compétences en la matière au conseil d'administration dans le cas d'un apport en nature exclusivement réalisable par un actionnaire majoritaire (art. 33bis, §2, 2e alinéa c) L.C.S.C./art. 606, 1° Code des sociétés). Afin d'identifier l'actionnaire majoritaire, c'est-à-dire l'actionnaire détenant une participation de 10 %, on ajoute les titres détenus par une personne physique ou morale liée à l'actionnaire visé (art. 33bis, § 2, deuxième alinéa b) L.C.S.C./art. 606, 1° Code des sociétés).

La même règle s'applique aux personnes agissant de concert citées au point d) du même alinéa : par personnes agissant de concert, il faut entendre, entre autres, les personnes qui contrôlent conjointement une société détenant une quotité de titres dans la société en question entraînant l'obligation d'une déclaration conformément à la loi du 2 mars 1989.¹⁷

La réglementation spéciale applicable à la suppression du droit de préférence en faveur d'une ou de plusieurs personnes déterminées en cas d'augmentation de capital décidée par l'assemblée générale ou par le conseil d'administration spécialement autorisé à cet effet (art. 34bis, §4bis L.C.S.C./art. 598 et 605 Code des sociétés), requiert non seulement le respect d'une procédure spéciale, mais aussi la fixation d'un prix d'émission légal.¹⁸ Ce règlement particulièrement strict ne s'applique toutefois pas si le droit de préférence est supprimé en faveur de membres du personnel de la société ou de l'une de ses sociétés filiales.

L'article 34bis L.C.S.C./art. 592 et suiv. Code des sociétés applicable à l'émission d'obligations convertibles ou de

droits de souscription ne trouve également pas à s'appliquer dans le cas où ces obligations convertibles ou droits de souscription sont offerts par préférence au personnel de la société ou de ses sociétés filiales (art. 101quater L.C.S.C./art. 598 Code des sociétés).

Le lien de parenté entre sociétés est également pertinent dans le cadre de la réglementation relative au rachat d'actions propres et d'actions détenues ensemble par des sociétés mères et des sociétés filiales. Cette réglementation a subi de nombreuses modifications successives et est à l'heure actuelle une matière assez complexe, et comprend assez étonnamment de nombreuses formes de liens de parenté.

Pour le calcul du nombre maximal d'actions propres (et de certificats) – notamment 10 %, de leur valeur nominale – qu'une SA peut acquérir par voie de rachat, on prend également en considération les actions détenues par les sociétés filiales directes (art. 52bis, §1, 2 ° L.C.S.C./art. 620, §1, 2 ° Code des sociétés).

Les actions détenues ensemble par une société mère ayant pris la forme d'une S.A. et toutes ses sociétés filiales ainsi que par une société mère ayant pris la forme d'une S.A. et ses sociétés filiales directes sont réglementées à l'art. 52quinquies L.C.S.C./art. 627, 628 et 631 Code des sociétés). Cette réglementation a en partie été dictée par la réglementation européenne qui renvoie expressément à la nécessité d'éviter que des mesures de protection du capital soient contournées par le biais de sociétés contrôlées.¹⁹

Les droits de vote attachés aux titres détenus par les sociétés filiales sont également suspendus : la violation des dispositions relatives au rachat d'actions propres et à l'achat d'actions de la société mère par les sociétés filiales directes est susceptible d'entraîner l'annulation des actions en question. Enfin, la réglementation relative au rachat d'actions propres est également sanctionnée au pénal (art. 206 L.C.S.C./art. 648, 3 ° Code des sociétés).

La prise en gage d'actions de la société mère ayant pris la forme d'une S.A. en faveur d'une société filiale directe est également assimilée à la prise en gage de ces actions en faveur de la société mère elle-même (art. 52 quater L.C.S.C./art. 630 Code des sociétés).

L'art. 52ter, §1 L.C.S.C./art. 629, §1 Code des sociétés interdit à une S.A. ²⁰ d'avancer des fonds, d'accorder des prêts ou de donner des sûretés en vue de l'acquisition de ses actions par un tiers, mais ne contient, contrairement au droit anglais par exemple, aucune disposition spécifique concernant les opérations conclues par une société filiale.

La doctrine est toutefois unanime en ce qui concerne le fait que si une société filiale est utilisée pour éviter cette disposition, cela donne lieu à une mise à néant de la personnalité juridique distincte de la société filiale.²¹

L'exception précisée au deuxième alinéa du §2 de cet article joue en faveur des membres du personnel de la société, ainsi que des sociétés liées, dont la moitié au moins des droits de vote est détenue par les membres du personnel de la société.²²

La réglementation spéciale relative à l'augmentation de capital en faveur des membres du personnel, fixé à l'art. 52septies L.C.S.C./art. 609 Code des sociétés, ne trouve à s'appliquer que lorsque l'émission d'actions est destinée aux membres du personnel de la société ou de ses sociétés filiales.

La réglementation relative aux conflits d'intérêts entre un administrateur et sa société, fixée à l'art. 60 L.C.S.C./art. 523 Code des sociétés, ne trouve pas à s'appliquer aux décisions ou opérations relevant du conseil d'administration mais qui concernent des décisions ou des opérations conclues entre sociétés dont l'une détient directement ou indirectement 95 % au moins des voix attachées à l'ensemble des titres émis par l'autre société ou entre sociétés dont 95 % au moins des voix attachées à l'ensemble des titres émis par chacune d'elles sont détenues par une autre société (art. 60, §4/art. 523, §3).

Une exception identique se retrouve à l'art. 60bis, §3 L.C.S.C./art. 524, §3 Code des sociétés en ce qui concerne le règlement applicable aux conflits d'intérêts lorsque le conseil d'administration d'une S.A. cotée en bourse doit prendre une décision relative à une opération par laquelle un avantage patrimonial direct ou indirect serait susceptible d'être octroyé à l'actionnaire détenant une influence décisive ou notable sur la désignation des administrateurs de cette société.

Le contrôle de la situation financière, des comptes annuels et de la régularité des opérations à constater dans les comptes annuels, tel que fixé aux art. 64, 134 et 147octies L.C.S.C./art. 141 Code des sociétés, doit être confié à un commissaire, sauf dans un certain nombre de cas où une société dite petite ²³ n'est pas tenue de nommer un commissaire, de sorte que chaque associé possède individuellement des pouvoirs de contrôle et d'investigation. Pour l'application de ce qui précède, chaque société sera en principe considérée individuellement, sauf si elles font, entre autres, partie d'un groupe qui est tenu d'établir et de publier des comptes annuels consolidés (art. 64, §3 L.C.S.C./art. 141, §3 Code des sociétés).

L'article 74ter, §1, troisième alinéa L.C.S.C./art. 551, §1, troisième alinéa du Code des sociétés ²⁴ déclare entre autres nulles les conventions relatives au droit de vote par lesquelles un actionnaire s'engage à voter conformément aux directives données par la société, par une filiale ou encore par l'un des organes de ces sociétés, ainsi que les conventions par lesquelles un actionnaire s'engage envers les mêmes sociétés ou les mêmes organes à approuver les propositions émanant des organes de la société.

La relation de groupe apparaît également dans certaines règles relatives aux fusions et scissions.

Ainsi, une participation réciproque peut exercer une certaine influence sur l'émission d'actions par la/les société(s) bénéficiaires (art. 174/11, §2 et 174/39, §2 L.C.S.C./art. 703, §2 et 740, §2 Code des sociétés). Il existe en outre des règles spéciales pour l'absorption par la société mère de l'intégralité du patrimoine de sa société filiale (art. 174/24 L.C.S.C./art. 676 Code des sociétés).

Enfin, la notion de contrôle est également et principalement importante dans le cadre des comptes annuels simples et des comptes annuels consolidés.

L'importance des comptes annuels consolidés a considérablement augmenté ces dernières années. Dans un contexte de groupe, seuls les comptes annuels consolidés sont pertinents car ils comprennent les rectifications résultant des relations intragroupes.

Par ailleurs, la pertinence juridique des comptes annuels consolidés gagne également en importance avec le nouveau Code des sociétés.²⁵ A présent que l'obligation d'établissement de comptes annuels consolidés et que leur mise à disposition de l'assemblée générale sont comprises dans le Code (art. 108 et suiv. Code des sociétés), une méconnaissance de cette obligation constitue désormais incontestablement une infraction aux L.C.S.C., suite à laquelle les administrateurs sont solidairement responsables (art. 62, deuxième alinéa L.C.S.C./art. 528, premier alinéa Code des sociétés) envers la société et envers les tiers.

Il suffit de comparer la notion de contrôle en droit des sociétés comme elle est actuellement définie dans l'A.R. du 14 octobre 1991 avec cette énumération pour comprendre que le législateur n'est pas encore au bout de ses peines.

L'A.R. actuel définit en effet exclusivement les notions de "société-mère" et de "société filiale" au moyen de la notion de "contrôle".

Il ne contient toutefois aucune définition des notions de "sociétés liées", de "participation", de "société filiale directe"²⁶, etc. Il est également frappant de constater l'absence totale de tout intérêt pour le groupe horizontal.²⁷

La source d'inspiration comptable a toutefois offert suffisamment de points de repère pour un développement plus complet des différentes notions.

Cette approche fragmentaire non justifiée est à présent rectifiée dans le nouveau Code des sociétés : le Livre Premier (Dispositions introductives), Titre II (Définitions), Chapitre II (Contrôle, sociétés mère et filiales) comprend de manière systématiquement ordonnée les différentes définitions de contrôle. A cet égard, aucune nouvelle législation n'a été créée sensu lato, mais bien partiellement une nouvelle législation en matière de sociétés.

Pour ces raisons, nous nous baserons ci-après exclusivement sur la systématique du nouveau code, avec l'indication de la source originale.

3. ANALYSE DE LA NOTION DE CONTRÔLE

a. Sociétés-mères et filiales (art. 6, Code des sociétés)²⁸

Une "société-mère" est une société qui détient un pouvoir de contrôle sur une autre société ; une filiale est toute société à l'égard de laquelle un pouvoir de contrôle existe.

Comme on peut le voir plus loin au point C, la législation relative aux sociétés ne tient aucun compte à cet égard des "générations" : si la société A contrôle la société B, et que la société B contrôle à son tour la société C, alors A est la mère de B et de C ; et B est la mère de C. Cette "transparence" peut entraîner des surprises : ainsi, on oublie facilement, pour l'application des règles relatives aux participations réciproques (art. 52quinquies L.C.S.C./artt. 627 et 631 Code des sociétés) que les limitations appliquées à une telle possession croisée d'actions doivent être respectées à tous les niveaux de la parenté.

Une société mère peut bien sûr avoir plusieurs sociétés filiales et ce, au même niveau et à des niveaux sous-jacents. Une société filiale peut à son tour avoir plusieurs sociétés mères, notamment à plusieurs niveaux et même au même niveau lorsqu'elle est contrôlée conjointement.

La forme de la société n'est pas pertinente pour la définition générale ; elle peut toutefois être pertinente pour des applications concrètes. En général, la réglementation se base sur une certaine forme juridique pour la société mère, et la forme juridique de ses sociétés filiales n'a aucune importance. Le fait qu'il doive toutefois s'agir de sociétés exclut les personnes physiques du contrôle tel que défini ici.

b. La notion de "contrôle" (art. 5 et 7, Code des sociétés)²⁹

Le contrôle est défini en droit belge dans un sens très large et objectif : il s'agit "du pouvoir de droit ou de fait d'exercer une influence décisive sur la désignation de la majorité des administrateurs ou gérants ou sur l'orientation de sa gestion".

L'accent est donc mis sur le contrôle exercé en fonction du niveau de participation aux décisions, et non en fonction du droit de propriété : ces deux pouvoirs se confondent parfois mais pas nécessairement. En outre, l'objectif avec lequel les actions ou les autres instruments juridiques qui définissent le niveau de participation aux décisions sont retenus par l'entité de contrôle, n'est pas pris en compte : même si cela était d'un point de vue purement d'investissement, le contrôle est identique d'un point de vue juridique, et les conséquences juridiques de la relation de contrôle sont également les mêmes.³⁰

La constatation qu'un pouvoir de contrôle suffit est également importante, constatation qui influence principalement la définition du contrôle de droit. Le contrôle de

fait requiert plutôt, suite à la nature de sa définition et par opposition au contrôle de droit, un véritable exercice, même si la même règle s'applique en théorie.

WYMEERSCH définit le contrôle comme un "*pouvoir qui permet de diriger la volonté de la société contrôlée de sorte qu'elle ne puisse, à long terme, prendre aucune décision ni se maintenir contre la volonté de la société contrôlée*".³¹

Il en résulte également que le contrôle se fait toujours à sens unique : la société qui contrôle l'autre ne peut pas à son tour être contrôlée par cette autre société. Si tel est le cas, il n'est plus question de contrôle, mais d'autocontrôle. Les problèmes relatifs à l'autocontrôle ne sont toutefois pas abordés individuellement dans le droit belge des sociétés, mais seulement indirectement et ce, à partir de la notion de contrôle.

Le critère proposé par le législateur a une double composante : il s'agit de l'influence décisive exercée sur la désignation de la majorité des administrateurs ou sur l'orientation de la gestion.

Il est étonnant de constater qu'il suffit pour le législateur que l'entité de contrôle puisse désigner les administrateurs, sans qu'il ne s'inquiète de leur révocation. Ceci s'explique probablement par le fait que dans la forme de société la plus courante, la S.A., les administrateurs peuvent être révoqués ad nutum et par simple décision majoritaire, sans que cette révocation doive être motivée. En d'autres termes, dans ce type de sociétés, l'actionnaire qui a le pouvoir de désigner les administrateurs a également le pouvoir de les révoquer, et ce pouvoir de révocation peut être utilisé pour exprimer l'insatisfaction relative à la gestion menée par ces administrateurs.

Cela n'est toutefois pas le cas dans tous les types de société : nous pensons par exemple au gérant statutaire de la S.P.R.L. ou à l'associé gestionnaire de la S.C.A.

On admet suite à cette constatation que c'est l'orientation de la gestion plutôt que le pouvoir de désignation qui est décisif.³²

Il est en outre évident que le contrôle n'est pas déterminé sur la base de futilités quotidiennes : l'entité de contrôle doit pouvoir marquer de son empreinte les grandes lignes de gestion et les décisions essentielles.

Il n'est donc pas évident de définir la notion de contrôle sans se baser sur une situation de fait. La loi offre, certes, un certain soutien en traitant quelques présomptions de

contrôle que nous aborderons ci-après, mais ces présomptions ne sont pas exhaustives et donc pas déterminantes. De plus, même en ayant une situation de fait sous les yeux, une certaine marge de liberté d'appréciation et donc de divergence d'opinions ne peut en aucun cas être exclue.

Une décision sur ce point qui s'avère critiquable par après peut toutefois avoir de graves conséquences en matière de droit des sociétés, p. ex. au niveau de la validité de certains votes et donc du processus décisionnel lors de l'assemblée générale.³³

Dans un certain nombre de cas, on ne peut douter de l'existence d'une relation de contrôle : ledit contrôle de droit est déterminé au moyen de quatre présomptions irréfragables. Une personne physique ou morale qui se trouve dans cette situation est présumée exercer un certain contrôle, indépendamment de la question de savoir s'il utilise effectivement ce pouvoir de contrôle.³⁴ Le raisonnement justifiant cette présomption est que si un actionnaire qui contrôle de droit tolère qu'un actionnaire minoritaire fasse la pluie et le beau temps, il

Le contrôle est défini en droit belge dans un sens très large et objectif : il s'agit "du pouvoir de droit ou de fait d'exercer une influence décisive sur la désignation de la majorité des administrateurs ou gérants ou sur l'orientation de sa gestion".

peut à tout moment ne plus faire preuve de cette tolérance. En d'autres termes, l'actionnaire qui procède au contrôle accepte que l'actionnaire minoritaire agisse ainsi et continue donc à exercer le contrôle de manière indirecte.

Ces cas sont les suivants :

1. Un associé ou un actionnaire détient la majorité des droits de vote (50 % + 1 voix) attachée à l'ensemble des titres de la société concernée.
2. Un associé ou un actionnaire a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des administrateurs ou gérants.³⁵
3. Un associé ou un actionnaire possède le pouvoir de contrôle en vertu des statuts de la société concernée ou en vertu d'une convention conclue avec cette société.
4. Un associé ou un actionnaire détient, sur la base d'une convention conclue avec d'autres associés ou actionnaires de la société concernée, la majorité des droits de vote attachée à l'ensemble des titres de cette société.
5. En cas de contrôle conjoint.

Ces cas supposent nécessairement la qualité d'actionnaire ou d'associé dans la société contrôlée.

Tous les autres cas de contrôle doivent être qualifiés de contrôles de fait.

En association avec la définition générale, il existe donc des cas susceptibles de contrôle de fait par une personne autre qu'un actionnaire ou un associé.

Un associé ou un actionnaire est toutefois présumé disposer d'un contrôle de fait sur la société si, à l'avant-dernière et à la dernière assemblée générale de cette société, il a exercé des droits de vote représentant la majorité des voix attachées aux titres représentés à ces assemblées (50 % + 1 voix). Ni la nature de ces assemblées générales, ni le temps qui s'est écoulé entre les deux n'a d'importance.

Bien entendu, un tel contrôle de fait suppose qu'aucun actionnaire exerçant un contrôle de droit ne tolère qu'un actionnaire minoritaire exerce la majorité des droits de vote au cours de l'assemblée générale : le contrôle de droit exclut le contrôle de fait et a toujours priorité en raison de son caractère irréfragable. Pour le reste, l'ampleur des droits de vote de l'actionnaire concerné n'a pas d'importance.³⁶

Il n'y a aucune différence au niveau de la qualité entre le contrôle de droit et le contrôle de fait : dans les deux cas, les conséquences du contrôle exercé sont identiques.

Ni la présomption irréfragable en matière de contrôle de droit, ni la présomption réfutable en matière de contrôle de fait ne doivent être considérées comme une énumération exhaustive : la définition globale du contrôle est le seul critère pertinent. Cependant, le contrôle de droit offre dans certains cas plus de clarté et de sécurité juridique que le contrôle de fait : il s'agit de cas bien définis qui ne souffrent aucune preuve contraire. Si l'on tombe en dehors du champ d'application de l'un de ces critères, la preuve contraire devient possible.

Cela démontre déjà en soi à quel point la notion de contrôle peut être factuelle et, de ce fait, vague dans certaines circonstances. Cela n'a jusqu'à présent pas entraîné beaucoup d'insécurité juridique en matière de droit des sociétés, mais bien dans le cadre du droit relatif à l'offre publique et de la réglementation relative à la consolidation.³⁷

Nous avons déjà signalé plus haut que le pouvoir de contrôle s'applique à plusieurs niveaux. L'art. 7 du Code des sociétés contient en effet des règles cruciales relatives à la détermination du pouvoir de contrôle.

Il faut ainsi d'abord ajouter le pouvoir de contrôle détenu indirectement, c'est-à-dire le pouvoir de contrôle exercé par le biais d'une autre société dans la société concernée, en cas de pouvoir éventuel de contrôle direct. Exprimé plus simplement, cela donne : si A contrôle B et que B contrôle C, A contrôle également C, même si A ne détient pas ou détient un nombre très limité d'actions dans C.

Cette constatation se trouve par ailleurs à l'origine des structures en cascade très appréciées en Belgique, qui sont toutefois actuellement fortement critiquées. Il ne faut en effet pas perdre de vue dans ce contexte que le pouvoir de contrôle est déterminé par le niveau de participation aux décisions, et non par le biais du droit de propriété. Il suffit donc de contrôler à chaque niveau intermédiaire au moyen d'un minimum de droits de vote pour finalement exercer un contrôle total au niveau le plus bas, même si la participation patrimoniale de l'actionnaire détenant un contrôle indirect est à peine représentative.

Le contrôle exercé par un intermédiaire peut également être imputé au donneur d'ordre. Par " personne servant d'intermédiaire ", il faut entendre toute personne agissant en vertu d'une convention de mandat, de commission, de portage, de prête-nom, de fiducie ou d'une convention d'effet équivalent, pour le compte d'une autre personne.³⁸

L'art. 7 du Code des sociétés précise en outre qu'il n'est pas tenu compte des suspensions du droit de vote ni des limitations à l'exercice du pouvoir de vote prévues par le présent code ou par des dispositions légales ou statutaires d'effet analogue.³⁹

En outre, pour le calcul du contrôle de droit qui découle de la possession de la majorité des droits de vote attachée aux titres de la société concernée, ou lorsque sur la base d'une convention conclue avec d'autres associés de la société concernée, un associé détient la majorité des droits de vote attachée aux titres de cette société, les droits de vote

attachés aux titres d'une société filiale doivent être diminués des droits de vote attachés aux titres de cette société filiale qu'elle détient elle-même ou qui sont détenues par sa société filiale.

La même règle de calcul s'applique au calcul de la présomption réfutable du contrôle de fait par le biais de la voix majoritaire au cours de deux dernières assemblées générales.

Les implications pratiques de cette règle ne sont pas faciles à évaluer.⁴⁰ L'objectif de cette règle est dans tous les cas que les actions détenues par les sociétés filiales elles-

Il n'existe aucune différence qualitative entre le contrôle de droit et le contrôle de fait : les conséquences juridiques de la relation de contrôle sont les mêmes.

mêmes, ou par le biais de leurs propres sociétés filiales, ne soient pas prises en considération pour la détermination du pouvoir de contrôle. De telles actions renforcent en effet la position de l'actionnaire de contrôle mais ce, dans la mesure où elles sont portées en déduction de la base de calcul.

c. Contrôle exclusif et conjoint (art. 8 et 9, Code des sociétés) ⁴¹

Le contrôle est appelé exclusif lorsqu'il est exercé par une société soit seule, soit avec une ou plusieurs de ses filiales, directement ou indirectement. Le contrôle exclusif est donc la chaîne verticale de sociétés la plus simple, dans laquelle, par exemple, une société grand-mère contrôle chaque société filiale sous-jacente, et où le contrôle acquiert un caractère indirect à partir du deuxième niveau.

En revanche, le contrôle est conjoint lorsqu'il est exercé par un nombre limité d'associés, lorsque ceux-ci ont convenu que les décisions relatives à l'orientation de la gestion ne pourraient être prises que de leur commun accord. ⁴²

Cette définition suppose que les partenaires dans le contrôle conjoint soient tous associés ou actionnaires dans la société filiale contrôlée, et détiennent donc au moins une action ou part.

La société filiale qui a donc plusieurs sociétés mères est appelée la filiale commune.

Le contrôle conjoint est d'une autre nature que le contrôle exclusif : il s'agit d'un équilibre entre ceux qui exercent le contrôle, et donc d'une forme négative de contrôle. Aucune des sociétés mères ne peut en effet imposer une décision à elle seule ; chacune d'entre elles peut toutefois empêcher individuellement qu'une certaine décision soit pris. ⁴³

d. Consortium (le groupe horizontal) (art. 10, Code des sociétés) ⁴⁴

Contrairement à ce qui est actuellement le cas dans les L.C.S.C., le Code des sociétés contient également une définition du groupe horizontal, appelé consortium.

Il y a "consortium" lorsqu'une société et une ou plusieurs autres sociétés de droit belge ou étranger, qui ne sont ni filiales les unes des autres, ni filiales d'une même société, sont placées sous une direction unique.

Le fait de ne présenter aucun lien de parenté mutuel signifie qu'aucune des sociétés concernées ne sont des filiales entre elles, ni les filiales d'une même autre société.

Il s'agit ici aussi d'une définition factuelle, mais la loi prévoit que ces sociétés sont présumées, de manière irréfragable, être placées sous une direction unique lors-

qu'elle résulte de contrats conclus entre ces sociétés ou de clauses statutaires, ou lorsque leurs organes d'administration sont composés en majorité des mêmes personnes.

En outre, les sociétés sont présumées, sauf preuve contraire, être placées sous une direction unique, lorsque leurs actions, parts ou droits d'associés sont détenus en majorité par les mêmes personnes.

e. Sociétés liées et associées (art. 11, Code des sociétés) ⁴⁵

La définition des sociétés liées se rapporte au domaine de la formation de groupe.

Il faut entendre par sociétés liées à une société les sociétés qu'elle contrôle, les sociétés qui la contrôlent, les sociétés avec lesquelles elle forme consortium. Les sociétés liées englobent également toutes les filiales des sociétés liées entre elles.

Le lien peut par ailleurs également exister entre des personnes, que ce soient des personnes physiques ou morales. Jusqu'à présent, les définitions utilisées supposaient en effet toujours la forme de société. Cet élargissement permet aux personnes physiques et aux personnes morales (p. ex. une ASBL, une fondation) d'être associées à la formation de groupe au niveau juridique.

Une forme moins puissante de liens entre sociétés, et donc une forme de groupe plus faible, sont les sociétés associées.

Il faut entendre par " société associée ", toute société, autre qu'une filiale ou une filiale commune, dans laquelle une autre société détient une participation et sur l'orientation de laquelle elle exerce une influence notable. ⁴⁶

Cette influence notable est présumée exister, sauf preuve contraire, si les droits de vote attachés à cette participation représentent un cinquième ou plus des droits de vote des actionnaires ou associés de cette société.

Il y a donc deux critères : une participation de l'une des sociétés dans l'autre société et, grâce à cette participation, une influence notable effective de la première société sur l'orientation de la gestion de l'autre société.

f. Participation et lien de participation (art. 13 et 14, Code des sociétés) ⁴⁷

Nous avons vu que deux sociétés sont associées entre elles lorsque l'une des sociétés détient une participation dans l'autre société et exerce ainsi effectivement une influence notable sur l'orientation de la gestion de l'autre société.

Sont considérés comme constitutifs d'une participation les droits sociaux détenus dans d'autres sociétés lorsque cette détention vise, par l'établissement d'un lien durable et spécifique avec ces sociétés, à permettre à la société d'exercer une influence sur l'orientation de la gestion de ces sociétés.

En d'autres termes, la possession des droits sociaux en question n'est pas un choix fortuit pour un placement financier qui aurait aussi bien pu se faire dans d'autres actions ou même dans d'autres instruments financiers, mais un choix conscient en vue de créer un lien avec la société concernée.

Est présumée constituer une participation, sauf preuve contraire :

1. la détention de droits sociaux représentant le dixième du capital, du fonds social ⁴⁸ ou d'une catégorie d'actions de la société ;
2. la détention de droits sociaux représentant une quotité inférieure à 10 % lorsque par l'addition des droits sociaux détenus dans une même société par la société et par ses filiales, ceux-ci représentent le dixième du capital, du fonds social ou d'une catégorie d'actions de la société en cause ;
3. la détention de droits sociaux représentant une quotité inférieure à 10 % lorsque les actes de disposition relatifs à ces actions ou parts ou l'exercice des droits y afférents sont soumis à des stipulations conventionnelles ou à des engagements unilatéraux auxquels la société a souscrit.

Il s'ensuit que les sociétés avec lesquelles il existe un lien de participation sont les sociétés qui ne sont, d'une part, pas des sociétés liées, mais entre lesquelles il existe des participations, soit directement, soit par le biais de filiales et ce, aussi bien en amont qu'en aval.⁴⁹

Il existe donc toujours un lien de participation entre sociétés associées ; le contraire n'est toutefois pas nécessairement le cas.

Les sociétés entre lesquelles un lien de participation existe constituent donc la forme de groupe la plus faible.

4. UNE PREMIÈRE AMORCE VERS UN DÉVELOPPEMENT SYSTÉMATIQUE D'UN DROIT DE GROUPE BELGE ?

L'ébauche faite ci-dessus du futur droit de groupe en droit des sociétés doit frapper de stupeur le juriste spécialisé en sociétés " pur sang ".

Ceux qui n'ont pas l'œil pour les aspects comptables du droit des sociétés sont en effet confrontés à un certain nombre de notions dont ils n'avaient pas connaissance

jusqu'à présent.

Mais il n'y aura quand même pas beaucoup de changements à court terme : l'intégration de cet appareil de notions dans le Code des sociétés résulte en effet en premier lieu du choix de l'insertion du droit comptable relatif au droit des sociétés dans ce même code. Aucune modification directe n'est apportée aux règles proprement dites de ce droit comptable.

Le juriste spécialisé en sociétés doit toutefois être conscient du fait qu'il devra désormais, dans l'application de ces quelques règles de groupe en droit des sociétés schématisées au point II, côtoyer des notions bien définies alors qu'il travaillait auparavant avec une application analogique. Cette sécurité juridique ne peut être qu'applaudie.

Cela n'enlève rien au fait que la classification n'est toujours pas entièrement arrêtée : le seuil de 10 % soit du droit de vote pour le rachat d'actions propres ou l'achat par une filiale directe, soit du capital relatif à la détention d'actions de la société mère par chaque filiale, présente par exemple peu d'affinités avec la limite des 10 % en vigueur pour la détermination d'une participation.⁵⁰

De même, la limite des 95 % qui met hors service la réglementation des conflits d'intérêts visé tant à l'art. 60 L.C.S.C./art. 523 Code des sociétés qu'à l'art. 60bis L.C.S.C./art. 524 Code des sociétés, est un seuil propre à cette situation.

Un autre exemple est l'absence, encore et toujours, d'un cadre de référence indépendant pour les cas d'autocontrôle, notion qui n'apparaît par ailleurs pas non plus en tant que telle dans le nouveau code.

La question se pose bien entendu de savoir si les choses vont rester ainsi. Le droit des sociétés disposera à compter du 6 février 2001 (au plus tard) d'un appareil de notions soigneusement développé et connu au niveau comptable qui définit la notion de groupe de façon très nuancée et dans différentes gradations. Il faut s'attendre à ce que ceux-ci s'influencent mutuellement.

On peut donc ainsi s'imaginer que des règles de groupe en droit des sociétés qui ont pour objectif la protection du capital, soient plutôt limitées aux cas où il s'agit d'un contrôle direct et exclusif, tandis que des mesures visant à lutter contre l'autocontrôle, par exemple, peuvent avoir un champ d'application plus large.

De cette manière, la codification offre la possibilité au droit des sociétés, sans de trop grands bouleversements, de se rapprocher de nouveau quelque peu de la réalité.

NOTES

1. *Avocate à Bruxelles (DE BANDT, VAN HECKE, LAGAE & LOESCH - LINKLATERS & ALLIANCE) - Chargée de cours à la K.U. Leuven.*
2. *A.R. relatif à la définition des notions de société-mère et de société filiale pour l'application des lois coordonnées sur les sociétés commerciales.*
3. *Se retrouvent plus précisément dans l'Annexe, Chapitre III, section I, IV, A. Le terme "société" au lieu "d'entreprise" est uniquement utilisé dans l'A.R. du 14 octobre 1991.*
4. *Relatif aux comptes consolidés des entreprises; voir art. 2-6.*
5. *Le choix de la répétition des définitions comptables dans un A.R. distinct avait une origine triple : le droit comptable s'applique aux entreprises et non aux sociétés; une modification de l'A.R. du 8 octobre 1976 modifierait indirectement la loi sur les sociétés; et d'un point de vue législatif, il est préférable qu'une loi ne renvoie pas au texte d'un A.R. : voir E. WYMEERSCH, "Enkele gemeenschappelijke begrippen", dans *Het gewijzigd vennootschapsrecht 1991*, Maklu, 1991, p. 18, n° 26. L'intention n'était donc aucunement de laisser les notions relatives aux deux législations se développer chacune de leur côté.
La question de l'opportunité d'un développement distinct de la notion de contrôle par champ d'application pertinent a déjà été examinée en détail par J. WOUTERS, "Controle over een vennootschap als regelgevend criterium", T.R.V., 1993, 109-130; voir également les réflexions de E. WYMEERSCH, l.c., p. 21, n° 28, et de P.-A. FORIERS, "La notion de contrôle et le périmètre de consolidation", dans *Nouvelles orientations en droit comptable*, CDVA, 1994, pp. 311-312, n° 2.*
6. *Loi du 7 mai 1999 instituant le Code des sociétés, M.B., 6 août 1999, qui entrera probablement en vigueur le 6 février 2001.*
7. *Art. 38 de l'A.R. du 8 novembre 1989 relatif aux offres publiques d'acquisition et aux modifications du contrôle des sociétés, pris en exécution de la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition.*
8. *Art. 41 de l'A.R. du 8 novembre 1989.*
9. *Art. 2, § 1er, 6° et 7° de l'A.R. du 8 novembre 1989.*
10. *Voir art. 5 et 6 de l'A.R. du 10 mai 1989 relatif à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse, également pris en exécution de la loi du 2 mars 1989.*
11. *J. WOUTERS signale que le pouvoir de contrôle dans le droit comptable est principalement axé sur la reproduction d'une image fidèle de la situation financière d'une société dans le cadre du groupe auquel elle appartient, et doit donc être interprété au sens large, d'une manière objective et économique. La notion de contrôle dans le droit financier se situe par contre dans le souci du traitement égal des actionnaires minoritaires dans le cas d'un changement de contrôle, de sorte qu'une approche stricte, plutôt juridique, convient davantage (I.c., p. 128, n° 30).
Une telle approche différenciée est difficilement défendable pour des définitions identiques. Dans le droit des sociétés, la notion de société fonctionne plutôt comme une norme de conduite : il faut éviter que la société-mère ne fasse par le biais de sa société filiale ce qui lui est interdit de faire directement. La question se pose également ici de savoir s'il ne faut pas appliquer à cet effet une notion de contrôle plus stricte que celle utilisée pour l'établissement des comptes annuels consolidés : E. WYMEERSCH, l.c., p. 21, n° 28.*
12. *Voir p. ex. en ce qui concerne l'A.R. relatif aux comptes consolidés des entreprises du 6 mars 1990 : J.-P. MAES et Y. STEMPIERWSKY, "La transposition en droit belge de la septième directive du Conseil des Communautés européennes relative aux comptes consolidés", R.D.C.B., 1990, 460.*
13. *Bruxelles, 1er mars 1988, T.R.V., 1988, 115.*
14. *E. WYMEERSCH, l.c., p. 100, n° 128; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, Kalmthout, Biblo, 1995, n° 348, p. 257.*
15. *M. WYCKAERT, o.c., n° 352 et suiv., p. 260 et suiv.*
16. *E. WYMEERSCH, l.c., p. 112 et suiv., n° 142 et suiv.; M. WYCKAERT, o.c., n° 642 et suiv., p. 442 et suiv.*
17. *Il est ainsi malgré tout indirectement fait référence à la même notion de contrôle : voir ci-dessus, n° 3.*
18. *E. WYMEERSCH, l.c., p. 128 et suiv., n° 188 et suiv. ; M. WYCKAERT, o.c., n° 649 et suiv., p. 446 et suiv.*
19. *Voir notamment le préambule de la directive 92/101/CEE du 23 novembre 1992 modifiant la deuxième directive (JOCE L 1992, n° 347/64).*
20. *En ce qui concerne la S.P.R.L. : voir art. 128ter L.C.S.C./art. 329 Code des sociétés ; pour la S.C.R.L., voir art. 158, 1° L.C.S.C./art. 430 Code des sociétés ; pour les conséquences sur le plan pénal : art. 206 L.C.S.C./art. 648 Code des sociétés.*
21. *T. TILQUIN et R. PRIoux, "Management buy-outs et leveraged management buy-outs : considérations de droit des sociétés et de droit fiscal", T. Bank, 1989, p. 205, n° 35 ; L. LIEVENS, "De gevaren van artikel 52ter Vennootschappenwet – Inzonderheid in de context van een management buy-out", N.F.M., 1994/3, p. 17, n° 18-19.*
22. *Il semble que le législateur belge ait complètement raté son coup pour la définition : la société concernée est une société contrôlée par les membres du personnel au moment de l'opération, et elle ne pourra donc être liée à la S.A. qui finance l'opération qu'à l'occasion de celle-ci : K. GEENS, "Verwerving van eigen aandelen en personeelsaandelen" dans *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, p. 44, n° 25.*

23. *Tel que défini à l'art. 12, §2 de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises/art. 15 Code des sociétés.*
24. *Egalement d'application dans la S.P.R.L. (art. 136 L.C.S.C./art. 281 Code des sociétés).*
25. *On admet, dans le cadre du droit actuel, qu'à présent que l'art. 77 L.C.S.C. ne renvoie pas suffisamment clairement aux arrêts d'exécution relatifs aux comptes annuels consolidés, ceux-ci ne sont pas intégrés dans les L.C.S.C., de sorte qu'une violation de cet article n'est pas assimilée à une violation des L.C.S.C. : voir H. OLIVIER, "Responsabilité du commissaire-réviseur dans le cadre d'un groupe de sociétés" dans *Aspecten van ondernemings-groepen*, Kluwer, 1989, pp. 418-419 ; K. GEENS, "Effets juridiques des comptes consolidés", dans *Nouvelles orientations en droit comptable*, o.c., p. 377, n° 12.*
26. *Cette notion est définie dans les L.C.S.C. proprement dites (art. 52quinquies, § 1er, deuxième alinéa).*
27. *Comp. E. WYMEERSCH, l.c., p. 20, n° 27.*
28. *Repris de l'A.R. du 14 octobre 1991 (art. 1).*
29. *Repris de l'A.R. du 14 octobre 1991 (art. 2).*
30. *Voir la remarque pertinente en la matière de E. WYMEERSCH, l.c., p. 23, n° 29. Il s'avérera en outre qu'une telle distinction est pertinente pour d'autres parentés, et notamment pour la détermination du lien de participation.*
31. *E. WYMEERSCH, l.c., p. 25, n° 31; comp. également P.-A. FORIERS, l.c., p. 315, n° 8.*
32. *Comp. E. WYMEERSCH, l.c., p. 28 et suiv., n° 35-38 ; P.-A. FORIERS, l.c., p. 313, n° 4.*
33. *E. WYMEERSCH, l.c., p. 34, n° 40. Dans le droit comptable, une telle fausse estimation peut entraîner des violations du droit comptable (mentions dans le commentaire, comptes consolidés, image fidèle). Comme le fait à juste titre remarquer WYMEERSCH, la principale différence est toutefois que le conseil d'administration qui doit apprécier l'ampleur du groupe, a la possibilité de défendre ses évaluations in tempore non suspecto, p. ex. en éclaircissant et en justifiant certains choix dans le rapport de gestion. Les tiers ne peuvent donc pas davantage être trompés dans leurs attentes raisonnables.*
34. *Comp. E. WYMEERSCH, l.c., p. 27, n° 33.*
35. *Dans certains cas, ce droit découle automatiquement de la possession de 50 % + 1 voix des droits de vote.*
36. *Voir la critique à ce sujet chez P.-A. FORIERS, l.c., p. 318, n° 10.*
37. *Voir p. ex. le fond warrant bénévolement émis par la Société Générale en 1996 en faveur des actionnaires minoritaires de Tractebel.*
38. *Une application connue de cette règle élargissant le pouvoir de contrôle est l'affaire Wagons-Lits (Bruxelles, 6 août 1992, T.B.H., 1992, 789, et Cass., 10 mars 1994, R.D.C.B., 1995, 176), dans laquelle il a été jugé que S.G.B. intervenait en qualité de "porteur" pour Accor afin d'acquérir indirectement le contrôle de Wagons-Lits par le biais de Cofinin.*
39. *La limitation du droit de vote dont il est question dans le Code des sociétés est visée à l'art. 554 du Code, l'actuel art. 76 des L.C.S.C.*
40. *E. WYMEERSCH, l.c., p. 69, n° 88 et suiv., dont les exemples ne sont toutefois pas toujours très clairs.*
41. *Repris de l'A.R. du 14 octobre 1991 (art. 2) et de l'A.R. relatif aux comptes annuels consolidés des entreprises du 6 mars 1990 (art. 2).*
42. *Pour une définition plus détaillée, voir P.A. FORIERS, l.c., p. 321, n° 12 et suiv.*
43. *E. WYMEERSCH, l.c., p. 27, n° 34.*
44. *Repris de l'A.R. du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises, Annexe, Chapitre III, IV.A., § 6.*
45. *Repris de l'A.R. du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises, Annexe, Chapitre III, IV.A., § 1er et de l'A.R. du 6 mars 1990 relatif aux comptes consolidés des entreprises, art. 6.*
46. *La notion de "participation" est également définie à son tour, comme on le voit ci-dessous.*
47. *Repris de l'A.R. du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises, Annexe, Chapitre III, IV, § 6.*
48. *Certaines formes de sociétés, comme p. ex. la S.N.C., n'ont pas de capital dans le sens juridique du terme.*
49. *La formulation prudente du texte de loi mérite d'être nuancée : par sociétés avec lesquelles il existe un lien de participation, il faut entendre les sociétés, autres que les sociétés liées dans lesquelles la société détient directement ou dont les filiales détiennent une participation qui, à la connaissance de l'organe de gestion de la société, détiennent directement ou dont les filiales détiennent une participation dans le capital de la société et qui, à la connaissance de l'organe de gestion de la société, sont filiales des sociétés visées au 2° (art. 14, 2° et 3° Code des sociétés). On peut en effet admettre en aval que la société qui détient elle-même la participation concernée, directement ou par le biais d'une filiale, (i) sait qu'elle détient les actions concernées et (ii) peut évaluer les circonstances dans lesquelles ces actions acquièrent le caractère d'une participation. En amont, aucune de ces deux connaissances n'est toutefois une évidence.*
50. *Comp. E. WYMEERSCH, l.c., p. 20, n° 27.*