

Le rôle consultatif du notaire, de l'expert-comptable et du conseil fiscal à l'occasion de la constitution de sociétés

Journée d'étude du 18 février 2004

Le 18 février 2004, l'Institut des Experts-comptables et des Conseils fiscaux et la Fédération royale du Notariat belge ont organisé une journée d'étude commune sur les principaux points du droit des sociétés à prendre en considération à l'occasion de la constitution d'une société et au cours de ses premières années d'existence. L'exposé introductif a été donné par Johan De Leenheer, Président de l'IEC, qui a également présenté les différents orateurs de la matinée. Karel Tobback, Président de la FRNB, a quant à lui présenté les orateurs de l'après-midi et a prononcé l'allocution de clôture.

Vous trouverez ci-après un bref résumé des différents exposés.

ACTES POSÉS AU NOM D'UNE SOCIÉTÉ EN FORMA- TION : PRINCIPES GÉNÉRAUX ET POINTS PARTICULIERS DE DROIT FISCAL

Le premier orateur de la journée, Monsieur Olivier CAPRASSE, avocat

et professeur à l'Ulg, a commencé son exposé par une explication des aspects juridiques dans le cadre des actes posés au nom d'une société en formation.

Cette problématique, régie par l'article 60 du Code des sociétés, a été scindée en deux parties dans l'exposé, à savoir : l'engagement et le désengagement des promoteurs.

En ce qui concerne l'engagement des promoteurs, le système prévu par la loi dispose que, lorsqu'une personne prend un engagement au nom et pour le compte d'une société en formation, cette personne est tenue immédiatement par cet engagement et bénéficie immédiatement des droits qui y sont liés.

La société est considérée comme étant en formation jusqu'au dépôt de l'acte constitutif au greffe du tribunal de commerce.

Le désengagement signifie que la personne est déchargée des droits et obligations issus de l'engagement pris au nom et pour le compte de la société en formation, et que cette société, entièrement constituée, devient titulaire des droits et obligations nés de l'acte.

Deux conditions cumulatives doivent être remplies pour que ce régime du désengagement soit applicable :

- la société doit être constituée et acquérir la personnalité dans les deux ans de l'engagement ;
- au plus tard dans les deux mois de l'acquisition de sa personnalité juridique, la société doit reprendre les engagements passés lorsqu'elle était en formation.

Si ces deux conditions sont remplies, les promoteurs seront déchargés de toute responsabilité et la société sera considérée depuis l'origine comme partie contractante.

Après avoir examiné ce régime général, Monsieur CAPRASSE a fourni à l'auditoire quelques renseignements pratiques quant à la manière dont la société doit reprendre les engagements et a clôturé son discours en précisant que le régime de l'article 60 est supplétif.

Le traitement spécifique en droit fiscal de l'achat d'un immeuble par une société en formation a été commenté de manière très éclairante par Madame Hilde PELGROMS, conseil fiscal et conseillère au

Département juridique de la FRNB. L'oratrice a, au cours de son exposé, rappelé quelques points essentiels de cette problématique.

Le premier point concerne les conséquences d'une reprise tardive de l'engagement (ratification). L'oratrice a analysé un jugement du Tribunal de 1ère Instance d'Anvers du 30 novembre 2001.

Ce jugement décide "qu'en cas d'acquisition d'un immeuble pour compte d'une société en formation, l'engagement visé à l'article 13bis des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (art. 60 C. soc.) doit être interprété en ce sens que celui qui souscrit l'engagement est personnellement tenu de cet engagement, mais ne doit pas être considéré comme propriétaire de l'immeuble.

Aussi, en cas de reprise tardive des engagements par la société, l'absence de transfert de propriété entre celui qui s'est engagé et la société qui reprend l'engagement n'entraîne pas la perception d'un droit de mutation."

Madame PELGROMS rappelle que l'Administration est en appel de cette décision et que selon elle une double perception des droits pourrait être d'application. Cette opinion n'est pas partagée par toute la doctrine.

Le deuxième point concerne les conséquences de la ratification tacite. L'oratrice y rappelle le problème de la preuve de la sincérité de la date des accords ou des actes secrets. La preuve peut être rapportée par toute voie de droit (à l'exception du serment). Il s'agit d'une interprétation de l'article 18 du Code d'enregistrement. Quelques exemples sont également signalés par l'auteur.

Dans un troisième point, Madame PELGROMS a analysé le compromis d'achat au nom d'une société existante ou en formation, au travers d'une décision du Tribunal de commerce de Charleroi du 14 juin 2000. Selon le Tribunal, il découle de l'article 13bis des L.C.S.C. (art. 60 C. soc.) que les engagements pris au nom d'une société en formation avant l'acquisition, par celle-ci, de la personnalité juridique, et qui sont repris par la société dans les deux mois de sa constitution, sont réputés avoir été contractés par elle dès l'origine.

Lorsque les circonstances entourant la signature du compromis de vente d'un immeuble permettent de considérer que les conditions requises par cette disposition sont remplies, la société doit par conséquent être réputée avoir été partie au compromis, et, partant, avoir acquis l'immeuble directement. C'est donc à tort que l'Administration décompose l'opération en, d'une part, une première vente avec réserve d'élire command et, d'autre part, une déclaration de command irrégulière du point de vue fiscal (pour non-respect des conditions prévues par l'article 159,1° du Code d'enregistrement), entraînant une nouvelle perception du droit proportionnel.

L'oratrice a terminé son exposé sur la question suivante : Que se passe-t-il lors de l'achat pour une société encore à constituer (sans communication de la forme de la société, de son nom, de son siège social...) ?

L'acquisition d'un immeuble par une personne qui déclare agir au nom d'une société commerciale en formation, avant que cette société n'ait acquis la personnalité juridique, rend le droit exigible, pour autant toutefois que l'acquisition n'ait pas lieu sous la condition

suspensive que cette société soit constituée. La communication des différents éléments relatifs à la société à constituer n'est pas exigée par l'Administration et, à ce jour, il n'y a aucune position officielle connue de l'Administration. Il s'agit d'une question de fait.

LE PLAN FINANCIER, L'APPORT ET LE QUASI-APPORT

Dans son exposé, Monsieur Gérard DELVAUX, expert-comptable et réviseur d'entreprises a analysé en détail la problématique de l'établissement d'un plan financier, ainsi que l'apport et le quasi-apport.

L'orateur a commencé par rappeler que notaires comme experts-comptables sont les conseillers de l'entreprise et, en tant que tels, les "gardiens de la légalité".

Elaboration du plan financier

Monsieur DELVAUX a indiqué que, lors d'une première réunion avec le client, il convient que l'expert-comptable externe conseille à celui-ci de faire appel à un notaire.

L'expert-comptable doit se demander pourquoi l'entrepreneur personne physique veut entrer en société, et examiner les motifs d'ordre fiscal ou patrimonial qui plaident en faveur de cette solution.

L'orateur a souligné que l'expert-comptable ne peut se départir d'un regard critique ; si nécessaire, il ne doit pas hésiter à "décourager" le client qui souhaiterait se lancer dans une entreprise sociétaire qu'il ne maîtriserait pas. Au cours de la première réunion, la discussion devra également porter sur le choix de la forme juridique à adopter pour la société.



De g. à d. : Olivier CAPRASSE, Bernard TILLEMAN et Eric SPRUYT.

Monsieur DELVAUX a insisté sur l'importance que revêt l'élaboration du plan financier, qui constitue le premier budget de l'entreprise. Le Code des sociétés, en particulier ses articles 215, 391 et 440, précise que, préalablement à la constitution de la société, les fondateurs remettent un plan financier au notaire instrumentant ; ce document n'est pas publié, mais est conservé par le notaire. Le plan financier engage toute la responsabilité des associés ou fondateurs.

La responsabilité des fondateurs doit être mise en évidence : elle est importante si la société est déclarée faillie dans les trois ans de sa constitution et si son capital social est insuffisant.

L'expert-comptable externe doit mettre en garde l'entrepreneur sur le fait qu'il ne peut que donner un avis, sans s'immiscer dans la gestion : il doit se limiter à une assistance, ne pas participer à la gestion.

Le plan financier est le premier budget de l'entreprise ; c'est un outil de gestion qui se fonde sur un certain nombre d'hypothèses susceptibles d'être ensuite démenties par les faits.

Monsieur DELVAUX estime que, si les circonstances contraignent à s'écarter de la vision initiale des entrepreneurs, il est nécessaire de convoquer une assemblée générale extraordinaire pour adapter le plan financier à ces circonstances.

Par ailleurs, l'orateur rappelle que, selon le législateur, le Conseil de l'IEC détermine les règles selon lesquelles les experts-comptables stagiaires sont chargés de l'élaboration, à titre gratuit et sous le contrôle de leur maître de stage, d'un plan financier pour les entrepreneurs dans le cadre de leur premier établissement. Il précise à cet égard que l'IEC veille à ce que les stagiaires établissent ce plan financier sous la conduite stricte d'un maître de stage. De même, le Conseil peut également déterminer

les règles selon lesquelles les membres externes de l'IEC rendent une première consultation gratuite aux entreprises qui la demandent dans le cours de leur première année d'activités : Monsieur DELVAUX estime que cette première consultation gratuite doit rester limitée.

Le plan financier est un plan prévisionnel des activités à réaliser par la société en formation et des moyens financiers dont elle doit disposer à cette fin. Dès lors, le professionnel comptable doit mettre en équation les souhaits des fondateurs pour une période de deux ou trois ans à dater de la constitution de la société.

Des éléments sont à mettre en évidence et à chiffrer en fonction de l'activité projetée. Le professionnel comptable devra faire une étude de faisabilité, analyser les produits, les charges, les services et biens divers afin de se positionner sur les dépenses nécessaires à l'activité de la société future. Il doit aussi cerner l'importance des frais de personnel, vérifier quels sont les moyens

financiers mis à la disposition de l'entreprise (fonds propres, crédits à octroyer...), si des apports en nature ou des investissements sont nécessaires pour faire fonctionner l'entreprise.

L'élaboration d'un plan financier devra donc se fonder sur l'établissement d'un budget de résultat et d'un budget d'investissement. Le professionnel comptable veillera aussi à ne pas omettre d'appliquer la TVA.

Ensuite, lorsque le résultat prévisionnel aura été obtenu, il sera plus aisé de tracer un bilan sur les trois exercices à venir. Il faudra à ce moment élaborer un tableau prévisionnel de trésorerie.

L'orateur a souligné aussi que le professionnel comptable doit

prendre le temps nécessaire à l'élaboration de ce plan : des logiciels comptables et budgétaires performants l'y aideront, et, si l'entrepreneur a bien réfléchi à l'élaboration de son plan financier, celle-ci ne sera pas trop dispendieuse. Vérifiant la faisabilité de l'entreprise, le professionnel comptable ne manquera pas, dans son rapport, de mentionner qu'il donne un avis en fonction des éléments que lui ont donnés les fondateurs.

L'apport en nature

Brièvement, Monsieur DELVAUX a abordé le deuxième volet de son exposé : l'apport en nature. Celui-ci fait l'objet d'une nouvelle définition du Code des sociétés : l'apport en nature n'est ni un apport en espèces, cela va de soi, ni un apport

en industries. Il ne peut dès lors être rémunéré par des actions.

Monsieur DELVAUX a mis aussi l'accent sur le fait que c'est le réviseur d'entreprises, et non l'expert-comptable externe, qui est habilité par la loi à établir un rapport spécial à l'occasion d'un apport en nature ou d'un quasi-apport.

De manière générale, l'orateur a demandé aux notaires de s'assurer de la qualité des professionnels comptables qui établissent les rapports de contrôle dans le cadre des missions spéciales prévues par le Code des sociétés : il arrive en effet que des experts-comptables internes établissent illégalement de tels rapports, avec toutes les conséquences qu'entraîne cette infraction sur le plan disciplinaire.

En l'espèce, le rôle du réviseur d'entreprises consiste à vérifier

De g. à d. : Jan VAN BAEL, Pierre NICAISE, Patrick DE WOLF, Gérard DELVAUX., Karel TOBBACK, Philippe ERNST en Johan DE LEENHEER.



qualitativement et quantitativement les différents apports en nature. Leur valeur économique doit être prise en compte, et cette valeur ne doit être ni surévaluée, ni sous-évaluée.

Monsieur DELVAUX a évoqué cependant une exception : lors d'une scission par constitution de société nouvelle, c'est la valeur comptable, et non économique, qui doit être examinée.

Le réviseur d'entreprises contrôle donc les modes d'évaluation de chaque apport en nature, mais Monsieur DELVAUX fait observer que, selon une nouvelle norme édictée par le Conseil de l'IRE, le réviseur d'entreprises devra dorénavant mentionner explicitement qu'il ne se prononce pas sur le caractère légitime de l'opération. A cette fin, le principe "no fairness opinion" sera expressément mentionné, soit dans le corpus, soit dans la conclusion du rapport révisoral.

SOCIÉTÉ ET DROIT MATRIMONIAL

Monsieur Johan DU MONGH, avocat et professeur suppléant à la KULeuven, a présenté dans son exposé quelques points touchant à la fois le droit patrimonial familial et le droit des sociétés. Il a notamment commenté de manière pratique les conséquences et le statut des parts des conjoints qui entrent dans une société.

Tout d'abord, l'orateur a traité la question de savoir dans quelle mesure une personne mariée qui constitue (avec d'autres) une société peut être considérée comme propriétaire des parts. Dans cette hypothèse, le conjoint de l'intéressé(e) est-il copropriétaire ou les parts sont-elles la propriété exclusive de l'intéressé(e) ? Il convient de répondre à cette question en fonction du régime matrimonial des conjoints. Conformément au régime légal,

tout ce qui est acquis par un des conjoints tombe dans la communauté. Les parts acquises avec ce patrimoine commun font donc partie du patrimoine commun. Toutefois, si des moyens propres ont été utilisés ou si un emploi clair a été réalisé, les parts sont la propriété exclusive de l'apporteur. Si les conjoints sont mariés sous le régime de la séparation des biens, les parts sont la propriété exclusive de l'apporteur du bien.

Une deuxième question portait sur la problématique du droit de vote. Le droit de vote attaché aux parts qui font partie de la communauté revient-il à un seul conjoint ou ce droit s'étend-il à l'autre conjoint ? S'il s'agit de parts nominatives, seul celui au nom duquel les parts sont inscrites peut en principe exercer le droit de vote lié à ces parts. Si les parts ne sont pas nominatives, les deux conjoints peuvent exercer le droit de vote lié à ces parts, sur la base du principe de la gestion



concurrentielle du patrimoine commun.

Ensuite, Monsieur DU MONGH a abordé la question de savoir lequel des époux a droit à la plus-value sur les parts. En principe, il y a lieu de considérer en cette matière que si les parts sont communes, les plus-values sont également communes.

Le cas dans lequel l'habitation familiale est apportée dans une société a également été étudié. Les règles de protection des régimes primaire et secondaire sont-elles encore applicables si l'habitation est la propriété d'une société ? Une jurisprudence récente de la Cour de cassation a considéré que l'habitation familiale apportée dans la société est totalement soustraite aux règles de protection précitées. Si l'on souhaite conserver la protection du régime primaire après l'apport en société, il s'agira de se réserver un droit réel (par ex. l'usufruit ou le droit d'habitation) lors de la cession.

Le conjoint qui est habilité à exercer le droit de vote attaché aux parts est également compétent pour déterminer lui-même le revenu lié à ces parts via la décision de distribuer ou non les bénéfices

de la société. Toutefois, si les conjoints sont mariés sous le régime légal, les dividendes éventuels, liés à ces parts, tombent dans le patrimoine commun. Par conséquent, la décision de ne pas distribuer de bénéfices a pour effet que la communauté acquiert moins de revenus, alors que la valeur des parts (propres) augmente. Dans ce contexte, une évolution est perceptible dans la jurisprudence : le fait de décider de manière conséquente de ne pas distribuer de bénéfices peut être qualifié d'abus du droit de vote. Dans ce cas, le juge de paix pourrait en tenir compte pour déterminer la pension alimentaire. Monsieur DU MONGH a terminé son exposé en formulant une remarque importante. La pratique bancaire implique souvent l'exigence que le conjoint de la personne mariée qui donne un cautionnement signe également ce document. Cette demande de la banque s'explique par la possibilité qu'a le conjoint de faire déclarer la nullité de la sûreté. La cosignature par le conjoint implique en effet la renonciation de ce dernier à son droit de faire déclarer la nullité du cautionnement. Dans ce contexte, il convient toutefois de veiller très attentivement à ce que la cosignature ne puisse être considérée comme un cautionnement commun.

DROITS D'ENREGISTREMENT ET CONSTITUTION D'UNE SOCIÉTÉ

Dans son exposé, Monsieur Eric SPRUYT, notaire, professeur à la Fiscale Hogeschool et à la VPOO/Vlekho, a analysé de manière quasi chirurgicale la question des relations entre les droits d'enregistrement et les apports, importante s'il en est dans le cadre de la constitution d'une société. L'examen des dispositions réglementant l'obligation d'enregistrement (art. 19, 1°, 2°, 5° et 26 du C. enreg.) constituait son premier angle d'attaque de la matière. Il a abordé, en l'illustrant d'un schéma pratique, la délicate question des droits qui peuvent frapper les apports, qu'il a agrémentée ensuite de commentaires pertinents sur les différentes hypothèses d'école, et plus particulièrement sur le taux réduit de 5 % (art. 115 et 115bis, 119 (base imposable) et 120 (apports mixtes) du C. enreg). Dans ce cadre, il a mis ainsi en exergue tout l'intérêt que présente potentiellement l'apport d'un bien immobilier sous réserve d'usufruit et de revendre ensuite cet usufruit à la société, auquel cas seul un prélèvement de 25 EUR s'applique en application de l'article 159, 3° C. enreg.

	%	Type	Personnes	Situation
Biens mobiliers	0.5 %	sans objet	sans objet	sans objet
Biens immobiliers	0.5 % 0.5 % 12.5 %/10 % 25 EUR	immeuble pas immeuble immeuble immeuble	personne morale sans objet personne physique personne physique	sans objet sans objet Belgique étranger

C'est la question des apports soumis au droit de vente qui a retenu ensuite son attention. En la matière, la situation géographique de l'immeuble apporté et la qualité de l'apporteur doivent être prises en consi-

dération, puisque seuls les immeubles situés en Belgique apportés par une personne physique sont visés par les dispositions de l'article 159, 7° du C. enreg., y compris lorsqu'ils sont apportés à des sociétés étrangè-

res. Dans ce cadre, l'application du régime des marchands de biens (art. 62 C. enreg.) et les remboursements sur base de l'article 212 C. enreg., sont envisageables au contraire des dispositions de l'article 53 C. enreg.

Last but not least, c'est avec la problématique des régimes d'exemption que Monsieur SPRUYT a terminé son exposé. Trois régimes ont été ainsi décortiqués avec l'œil du véritable spécialiste de la question qu'il est incontestablement : les fusions, scissions et les apports d'universalité de biens (art. 117, § 1 C. enreg.), les apports d'une branche d'activité (art. 117, § 2 C. enreg.), la fusion à l'anglaise (art. 117, § 3 C. enreg.).

EXIGENCES SPÉCIFIQUES DE COMPÉTENCE ET FORMALITÉS ADMINISTRATIVES

Monsieur Philippe ERNST, avocat et professeur à l'UA, a présenté dans son exposé un certain nombre d'amendements récents qui revêtent une certaine importance pour les fondateurs de sociétés. Il a notamment commenté la loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante. Cette loi a considérablement modifié la législation relative à l'établissement.

L'orateur a commencé son analyse par une description de l'historique et des objectifs du nouveau régime. La nouvelle loi a essentiellement pour objectif de stimuler l'entreprise indépendante et de rendre le secteur plus compétitif. En introduisant ce nouveau régime, le législateur a également voulu éviter les faillites prématurées d'entreprises indépendantes.

Ensuite, Monsieur ERNST a décrit le champ d'application de la loi. Aucun critère purement quantitatif n'est utilisé pour définir la notion de "PME". Les critères utilisés sont les suivants :

- (1) le nombre moyen de travailleurs ne peut être supérieur à 50 sur base annuelle ;
- (2) la possession d'actions ou

parts dans le chef des actionnaires ou titulaires de parts externes ne peut s'élever à plus de 25 % ; et

- (3) un chiffre d'affaires annuel de max. 7 000 000 EUR ou un total de bilan de max. 5 000 000 EUR.

L'orateur a comparé ces critères à ceux prévus par la législation comptable et par l'ancienne législation. Le deuxième critère est nouveau et vise à limiter l'influence des fournisseurs de capitaux externes en faveur de l'entreprise indépendante.

Enfin, Monsieur ERNST a analysé de manière détaillée le cœur de la législation, à savoir les nouvelles règles d'établissement pour les PME.

La loi stipule que le futur entrepreneur indépendant doit satisfaire cumulativement à trois conditions :

- (1) connaissances de base de la gestion d'entreprise ;
- (2) compétence professionnelle ;
- (3) attestation d'établissement.

En ce qui concerne les connaissances de base en gestion d'entreprise, l'indépendant - qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale - doit apporter la preuve qu'il maîtrise le programme fixé par AR (droit, comptabilité, commerce et informatique). Cette preuve peut notamment être apportée par des diplômes et certificats ou par une certaine expérience pratique. Remarquons à cet égard que l'expert-comptable et le conseil fiscal sont dispensés de cette obligation, parce que la connaissance de la gestion d'entreprise est déjà réglementée par un régime particulier pour les titulaires de ces professions.

L'attestation d'établissement certifie que l'indépendant satisfait aux

exigences légales concernant les connaissances de la gestion d'entreprise et la compétence professionnelle. Auparavant, elle était délivrée par les Chambres provinciales des métiers et négoce. Mais un régime uniforme a été élaboré afin d'éliminer les divergences existant entre les différentes chambres au niveau de la politique d'agrément. Cette tâche a été confiée aux guichets d'entreprises lors de la création de la Banque-Carrefour des Entreprises (BCE). Depuis le 1er juillet 2003, ils vérifient si l'entreprise satisfait aux conditions légales régissant l'exercice de la profession au moment de son inscription au registre de commerce. L'inscription à la BCE fait en principe office de preuve que l'intéressé remplit les conditions fixées en matière de capacités entrepreneuriales.

L'orateur a conclu son exposé en signalant que les infractions à la législation sont sanctionnées par des amendes pénales et administratives, et en commentant brièvement la procédure pour la recherche et la poursuite des contrevenants.

PORTE-FORT ET MANDAT LORS DE LA CONSTITUTION DE SOCIÉTÉS

Monsieur Bernard TILLEMANN, professeur à la KU Leuven et à la KULAK a ensuite pris la parole pour présenter la problématique du portefort et du mandat lors de la constitution de sociétés.

Tout d'abord, le professeur TILLEMANN a commenté de manière détaillée la forme juridique du mandat. Différents aspects partiels ont été approfondis, dont la nature du mandat, la forme du mandat et la sanction au cas où le mandataire outrepassé ses compétences.



De g. à d. : Eric SPRUYT, Bernard TILLEMAN, Hilde PELGROMS, Olivier CAPRASSE, Johan DU MONGH en Johan DE LEENHEER.

En général, un mandat peut être général ou spécial, exprès ou non exprès. Toutefois, un mandat pour la constitution d'une société doit être spécial et exprès. De plus, les noms des mandants doivent toujours être connus ab initio dans les sociétés de personnes afin de constituer la société.

Un mandat pour la constitution d'une société doit toujours être donné par écrit à peine de nullité. Un tel mandat peut, dans le cas d'une société dotée de la personnalité juridique complète, être donné soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé. En outre, le mandat pour la constitution d'une société dotée de la personnalité juridique complète doit contenir un certain nombre de mentions spécifiques qui ne sont pas les mêmes pour toutes les formes juridiques.

Toutefois, la publicité n'est pas requise. Vu que le mandat de constitution d'une société n'est pas en lui-même un acte prescrit, la législation linguistique n'est pas pertinente en principe en la matière. Pourtant, il est conseillé de la respecter.

En droit des sociétés, ceux qui ont pris un engagement pour des tiers sont censés être personnellement responsables, si le mandat remis n'est pas considéré comme valable. Par conséquent, le représentant incompetent est, dans ce cas, personnellement tenu comme actionnaire et fondateur.

Ensuite, le professeur TILLEMAN a procédé à une analyse détaillée de

la forme juridique du porte-fort. Le porte-fort en vue de la constitution d'une société est une convention en vertu de laquelle une personne s'engage à convaincre un tiers de souscrire les actions d'une société à constituer. Le porte-fort est un engagement juridique et personnel de faire quelque chose. Le porte-fort est tenu à une obligation de résultats.

En principe, le porte-fort n'est pas personnellement responsable. Dans le cas du porte-fort pour la souscription d'actions d'une SA, une règle légale (dérogatoire) particulière est toutefois d'application. Le promettant qui se porte fort pour la souscription d'actions acquiert automatiquement la qualité de fondateur, si l'engagement de sous-

cription pour lequel il s'est porté fort n'a pas été ratifié (en temps utile). La constitution d'une SPRL via un porte-fort est traditionnellement jugée impossible, compte tenu du caractère intuitu personae de cette société. En revanche, le porte-fort est, en théorie, possible pour les sociétés non dotées de la personnalité juridique. Un porte-fort ne semble être pertinent que lorsqu'il contient une obligation, pour le porte-fort, d'exécuter personnellement en nature l'engagement promis du tiers de souscrire les actions si ce dernier ne souhaite pas contracter l'engagement promis. Dans d'autres cas, l'absence de ratification peut en effet entraîner la nullité de la société.

Avant l'introduction du régime légal concernant la société et l'association en formation, la forme juridique du porte-fort était parfois utilisée pour contracter au nom d'une personne morale en formation.

La personne qui se porte fort pour un tiers qu'il souscrira les actions d'une SA doit veiller à ce que l'engagement soit ratifié en temps utile, à savoir deux mois après sa naissance si l'identité du tiers est directement communiquée, quinze jours si son nom n'a pas été divulgué. Une ratification de la souscription en dehors du délai légal est inopérante. L'opération ratifiée est directement imputée au tiers avec effet rétroactif.

PUBLICITÉ DE L'ACTE CONSTITUTIF. L'ARTICLE 69 DU CODE DES SOCIÉTÉS

Monsieur Jan VAN BAEL, notaire et professeur à l'UA et à la K.U. Brussel, a commencé son exposé en soulignant que l'article 69 du Code des sociétés contient un certain nombre d'innovations au niveau du contenu

par rapport aux dispositions des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, bien que cela n'ait pas été l'intention du législateur. Aussi, l'orateur n'a pas manqué de critiquer le nouveau régime et ses imprécisions et absurdités.

Dans la version initiale de l'article 69, chaque société devait déposer au greffe un extrait de l'acte constitutif, ainsi que l'original ou une expédition de l'acte lui-même. Ce régime s'appliquait à tous les types de sociétés, y compris la SNC et la SCS. Il serait ainsi porté préjudice à la particularité de la SCS qui garantit la discrétion sur l'identité de l'associé commanditaire. Cette imperfection a été rectifiée dans une loi de réparation en prévoyant la suppression du dépôt obligatoire de l'acte constitutif intégral. Mais le problème n'a pas été totalement résolu pour autant, parce que l'article 75 du Code des sociétés stipule que l'acte doit être déposé en cas de démission ou d'admission d'associés commanditaires. En outre, une version coordonnée des statuts doit être déposée après chaque modification des statuts. Selon l'orateur, une nouvelle loi de réparation est donc souhaitable. L'obligation de publication des actes de sociétés aux Annexes du Moniteur belge a été considérablement modifiée. En ce qui concerne la dénomination sociale, la distinction entre le nom de la société et un nom imaginaire a été supprimée, et ce alors que la SNC continue à être appelée société "en nom collectif". L'orateur estimait qu'il serait préférable d'utiliser pour ce type de société le terme "société de personnes (simple) à responsabilité illimitée". Désormais, tous les types de sociétés doivent désigner leur siège social avec précision et en faire mention. Ensuite, l'orateur a abordé les conséquences de ces nouvelles obligations, comme notamment les

mentions prescrites par la loi en ce qui concerne la durée de la société, la désignation de l'identité des associés, le montant du capital social et l'exercice. En ce qui concerne l'administration, il a été souligné qu'en pratique, la distinction entre les sociétés « prokura et non-prokura » va s'estomper. La distinction est toutefois maintenue dans la loi. En ce qui concerne la description de l'objet social, le Code des sociétés dispose actuellement que l'objet social doit être décrit avec précision pour tous les types de sociétés, même pour la SNC et la SCS. Selon Monsieur VAN BAEL, il est également conseillé de décrire de manière expresse dans l'objet social la nature des activités (civile ou commerciale) en vue de l'application correcte des formalités administratives prescrites par la loi lors de l'inscription à la BCE. L'orateur est également favorable à la description de l'objet social sur base des codes NACEbel et à une description générale pour éviter tout problème concernant le dépassement de l'objet social.

L'ÉLABORATION DES STATUTS. ANALYSE DE QUELQUES CLAUSES PARTICULIÈRES

Usufruit sur actions

Monsieur Luc WEYTS, notaire et professeur extraordinaire à la KU Leuven, s'est penché de manière approfondie sur la problématique de l'usufruit sur actions.

L'usufruit sur actions est une curiosité en droit. Il s'agit en effet d'un droit réel ayant pour objet un droit personnel. Il en découle que tant les dispositions du droit civil que celles du Code des sociétés trouveront à s'appliquer à l'usufruit sur actions. Les règles générales du Code civil relatives à l'usufruit sont

appliquées, bien que ces règles ne prévoient pas expressément l'usufruit sur actions.

Les conséquences de l'octroi d'un droit d'usufruit sur des actions ont ensuite été analysées. En général, on peut dire que le nu-proprétaire est l'associé. L'usufruitier a toutefois son mot à dire au sein de la société en plus de son droit au produit des actions.

Les intérêts des associés et de l'usufruitier peuvent parfois diverger. Il se peut en effet que l'usufruitier cherche à obtenir un produit aussi élevé que possible (dividendes), alors que les autres associés estiment qu'il est plutôt préférable d'affecter les bénéfices aux réserves.

L'usufruitier est le titulaire des droits de jouissance. Il peut faire valoir son droit aux dividendes. L'orateur conseille de faciliter la perception des dividendes en déposant les actions qui sont normalement conservées physiquement par le nu-proprétaire auprès d'un tiers neutre, comme un expert-comptable. La question de savoir si l'usufruitier peut également prétendre aux bénéfices réservés est controversée. Les réserves légales et statutaires sont censées faire partie du capital et reviennent au nu-proprétaire. Selon l'orateur, les réserves immunisées devraient être attribuées à l'usufruitier. D'éventuelles contestations entre l'usufruitier et le nu-proprétaire peuvent être évitées en prévoyant une clause statutaire.

En cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves, les nouvelles actions resteront soumises au même régime que les anciennes actions. Le nu-proprétaire est propriétaire et l'usufruitier voit son droit étendu à ces nouvelles actions. Ici aussi, tout litige peut, selon l'orateur, être résolu d'avance via une convention entre les parties ou via une clause statutaire.

En cas d'augmentation de capital par un nouvel apport (en numéraire), le nu-proprétaire exercera son droit de préférence, sauf disposition statutaire contraire. Les nouvelles actions peuvent tomber sous le même régime que les anciennes actions à concurrence de la valeur du droit de préférence. La souscription supplémentaire (en numéraire) reviendra toutefois à une des deux parties, selon que les fonds ont été versés par l'usufruitier ou le nu-proprétaire.

En ce qui concerne l'exercice des droits de membre, il existe diverses tendances dans la doctrine. A cet égard, l'orateur a renvoyé à l'article de D. DE MAREZ paru en février 2004 dans le revue *Rechtskundig Weekblad*. Ici aussi, une clause statutaire peut éviter de nombreux problèmes.

Selon l'orateur, l'exercice du droit de vote à l'assemblée générale ordinaire revient à l'usufruitier. En cas de modification des statuts en revanche, seul le nu-proprétaire peut émettre un vote. Selon la Cour de cassation, une clause statutaire prévoyant comme règle générale que le droit de vote est exercé par l'usufruitier n'est pas valable. Le droit d'information peut être exercé par les deux parties. Aussi, il est conseillé de transmettre le rapport annuel à l'usufruitier et au nu-proprétaire. Tous deux peuvent également être présents à l'assemblée générale.



Enfin, la convocation à une assemblée générale n'est possible que pour le titulaire du droit de vote.

Le Comité de direction

Monsieur Pierre NICAISE, notaire, maître de conférence à l'UCL et directeur du Centre d'études Jean Renault, et Monsieur Patrick DE WOLF, avocat et maître de conférence à l'UCL, ont donné ensemble un exposé sur le Comité de direction et ont commenté un certain nombre de clauses statutaires à ce sujet.

Le Comité de direction trouve son origine légale dans la loi-programme du 2 août 2002, dont l'article 33 insère une section Ibis dans le livre VIII, titre IV, chapitre I du Code des sociétés.

La création d'un Comité de direction dans les sociétés anonymes est facultatif, mais nécessite une habilitation statutaire. Cela va de soi puisque cet organe sera doté d'une compétence propre de gestion et de représentation.

Les membres du Comité de direction (minimum 2 personnes, administrateurs ou non) sont nommés et révoqués, à défaut de clauses statutaires particulières, par le Conseil d'administration.

La problématique du cumul entre le mandat d'administrateur et de membre du Comité de direction a aussi été exposée par l'orateur.

En ce qui concerne les pouvoirs du Comité de direction, l'on retiendra qu'une délégation particulière doit intervenir. Cette délégation de pouvoir peut être large, mais ne peut pas porter sur la politique générale de la société ni sur les actes réservés au conseil d'administration. Le Comité de direction peut aussi être chargé de pouvoirs de représentation.

La loi prévoit aussi que le Conseil d'administration de la société doit surveiller le Comité de direction.

L'orateur s'est ensuite penché sur le régime applicable aux conflits d'intérêts, qui est exposé dans l'article 524ter du Code des sociétés.

Finalement, les orateurs ont procédé à l'examen de trois types de clauses statutaires : une clause statutaire générale, et deux clauses spécifiques portant création d'un Comité de direction.

Représentation et administration

Monsieur Bernard TILLEMANN, professeur à la KULeuven et à la KULAK, a présenté de manière détaillée la possibilité d'insérer des clauses statutaires concernant la présentation et l'élection d'administrateurs.

Tout d'abord, le professeur TILLEMANN a attiré l'attention sur la clause de proposition impérative. Une telle clause consiste à ce que le nombre de mandats soit fixé de manière statutaire et à ce que l'assemblée générale ne puisse nommer, pour chaque poste vacant, que des administrateurs/gérants parmi les candidats présentés par des (un groupe d') associés déterminés. A cet effet, plusieurs catégories d'actions sont créées. Ainsi, on peut par exemple prévoir que les actions A appartiennent à un groupe d'actionnaires et que les actions B appartiennent à un autre groupe d'actionnaires.

Les clauses statutaires de proposition impérative ne peuvent porter préjudice au droit de choix de l'assemblée générale. Par conséquent, elles doivent être libellées de telle manière que l'assemblée générale conserve un certain choix effectif.

Le professeur TILLEMANN conseille de prévoir le double de candidats par mandat. De plus, ce droit de choix doit être réel. Ainsi, il n'y a pas de véritable choix pour l'assemblée générale lorsqu'un groupe d'actionnaires présente deux candidats, dont l'un ne peut manifestement pas être accepté.

En ce qui concerne la suppression des clauses de proposition impérative, il existe dans la SPRL, la SA et la SCA une procédure spécifique de modification des statuts en ce qui concerne la modification des droits liés aux catégories de titres. Une telle modification des statuts suppose (notamment) une majorité des trois quarts dans chaque catégorie, afin de supprimer une clause de proposition impérative. Pour les autres formes de sociétés, la suppression de la clause de proposition impérative doit être motivée par l'intérêt de la société. A cet égard, le professeur TILLEMANN conseille de déclarer la procédure spécifique de modification des statuts relative à la modification des droits liés aux catégories d'actions (dans la SPRL, la SA et la SCA) également applicable à ces types de sociétés en vertu d'une clause statutaire.

Enfin, le professeur TILLEMANN a attiré l'attention sur la problématique du droit de cooptation. Dans le cadre de la clause de proposition impérative, il est conseillé d'adapter également le droit de cooptation.

Ensuite, il a mis en avant la possibilité d'insérer dans les statuts une "clause en matière de vote". A cet égard, le professeur TILLEMANN a cité la technique du droit de vote cumulatif, en vertu duquel les statuts stipulent que tous les mandats d'administrateur vacants doivent être pourvus en même temps – en un tour de scrutin.