

SOMMAIRE

- p. 1/ Les options sur actions attribuées directement aux gérants de sociétés de management n'entrent plus en considération pour la réduction de moitié de l'avantage imposable
- p. 4/ Conventions d'actionnaires – En bref
- p. 7/ Constructions de protection dans les sociétés et opposabilité

Les options sur actions attribuées directement aux gérants de sociétés de management n'entrent plus en considération pour la réduction de moitié de l'avantage imposable

L'administration fiscale, à l'initiative du Ministre des Finances, a récemment mis fin, par voie de circulaire, à la pratique des services centraux de réduire de moitié l'avantage imposable relatif aux options sur actions attribuées aux représentants permanents de sociétés de management qui exercent un mandat d'administrateur dans une autre société, tel que visé à l'article 43, §6 de la Loi du 26 mars 1999 concernant le statut fiscal des options sur actions.

Contexte

Bien que de nombreux managers, administrateurs et gérants de sociétés effectuent leurs prestations de management par l'intermédiaire d'une société de management (unipersonnelle) qui facture les rémunérations afférentes à ces services au client, il y est souvent dérogé lorsque ce même client souhaite rémunérer le prestataire au moyen d'options sur actions. La raison à cela réside dans le régime fiscal des options sur actions. Aux termes de la Loi du 26 mars 1999 (ci-après dénommée la 'Loi sur les op-

tions'), les options sur actions (non cotées en bourse) (ou warrants) qui sont acceptées par écrit dans les 60 jours de l'offre sont imposées au moment de leur 'attribution' (c.-à-d. le 60e jour qui suit la date de l'offre) sur la base d'une évaluation forfaitaire.

L'avantage de toute nature imposable s'élève en principe à 18% de la valeur des actions sous-jacentes au jour de l'offre. Pour les actions cotées en bourse, la valeur de l'action est, au choix de la personne qui offre les options, le dernier cours de clôture qui précède le jour de l'offre ou le cours moyen de clôture des 30 jours précédant l'offre, tandis que pour les actions non cotées, la valeur des actions doit être déterminée par l'organe de gestion de la société qui attribue les options sur avis conforme du commissaire-réviseur de la société émettrice des actions sur lesquelles portent les options. Le pourcentage de 18% vaut pour les options d'une durée de 5 ans à partir de l'offre et est majoré de 1% par année entamée à partir du cinquième anniversaire de l'offre (article 43, §5 Loi sur les options). Donc, pour les op-

tions d'une durée de 10 ans à partir de l'offre, l'avantage imposable est fixé à 23% de la valeur des actions au jour de l'offre.

Cet avantage imposable peut, sous certaines conditions, être réduit de moitié (soit 9% pour les options d'une durée jusqu'à 5 ans), majoré de 0,5% par année entamée à partir du cinquième anniversaire de l'offre. Parmi les conditions à respecter, il faut, entre autres, que les options portent sur les actions de la société au profit de laquelle l'activité professionnelle est exercée ou sur les actions de la société mère de cette société.

Cet avantage imposable est soumis aux taux progressifs ordinaires de 25% à 50% (plus taxes communales). Il s'agit là du seul impôt dû. L'exercice (ou la vente) ultérieur(e) des options et la vente des actions sous-jacentes avec plus-value demeurent en principe exonérés d'impôt, à condition que les options et les actions fassent partie du patrimoine privé du bénéficiaire et ne soient pas utilisées à des fins professionnelles.

Ce régime fiscal avantageux ne s'applique toutefois qu'aux options (ou warrants) attribuées à des personnes physiques, à l'exclusion des sociétés. Cela explique pourquoi de nombreux prestataires avec une société de management préfèrent que les options leur soient attribuées en leur nom propre ou que la société de management transfère les options reçues à son gérant. La question se pose toutefois de savoir si, en l'occurrence, l'avantage imposable peut être réduit de moitié. Vu que les prestataires en question travaillent avec une société de management, dont ils sont le gérant, ils exercent en principe leur activité professionnelle au profit de cette société de management, et donc pas directement au profit du client. Pour cette raison, il semble donc que l'avantage imposable réduit ne trouve pas à s'appliquer dans ce cas précis.

Point de vue des services centraux

Depuis quelque temps, les services centraux de l'administration fiscale avaient pourtant un autre point de vue sur la question, dès lors qu'il était satisfait à deux conditions, à savoir :

- (i) la société de management exerce un mandat d'administrateur ou de gérant ou de membre du comité de direction de la société cliente ; et
- (ii) la personne physique a été désignée comme représentant permanent de la société de management au sein de l'organe de gestion de la société cliente, au sens de l'article 61 du Code des sociétés.

Dans ce cas spécifique, les services centraux estimaient que la personne physique-représentant permanent devait être assimilée à un administrateur ou gérant de la société cliente, de sorte qu'on pouvait argumenter que l'avantage imposable réduit pouvait malgré tout trouver à s'appliquer. Ils se fondaient en cela sur les dispositions du Code des sociétés qui stipule que ce représentant permanent est soumis aux mêmes conditions que l'administrateur ou le gérant lui-même et qu'il (ou elle) encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il (ou elle) exerçait cette mission en nom et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale (société de management) qu'il (ou elle) représente. En outre, la personne morale ne peut révoquer son représentant permanent sans nommer de successeur dans le même temps. Les services centraux renvoyaient également au fait que ces représentants permanents sont des dirigeants d'entreprise au sens de l'article 32, alinéa premier, 1° CIR 1992 de la société dont ils sont le représentant permanent (Question n°39 de Mme Lejeune, du 14.01.2009, Questions et Réponses, Chambre, 2008-2009, n° 046, p. 28-30).

Sur la base de ces arguments, les services centraux sont arrivés à la conclusion que le représentant permanent exerce son activité professionnelle au profit de la société cliente au profit de laquelle les prestations de management sont effectuées. Vu qu'en l'espèce, les options attribuées portaient sur les actions de la société au profit de laquelle l'activité professionnelle était exercée ou de sa société mère, la condition en vue de la réduction de moitié de l'avantage imposable était remplie.

Point de vue modifié

Fin 2016, ce raisonnement a néanmoins fait beaucoup de bruit dans la presse et le Ministre des Finances a décidé de ne plus l'appliquer. À l'époque, il avait annoncé qu'une circulaire remettrait les points sur les i.

Cette circulaire a été publiée le 13 avril 2017 (Circulaire 2017/C/21 relative à des options sur actions attribuées à des gérants de sociétés de management). Dans cette circulaire, il est dit clairement que le gérant de la société de management exerce son activité professionnelle au profit de la société de management et non au profit du client de la société de management, et ce en toutes circonstances et indépendamment du fait que la société de management soit ou ne soit pas administratrice de la société cliente. Par conséquent, les options attribuées au gérant n'entrent pas en considération pour la réduction de moitié de l'avantage imposable. La circulaire confirme toutefois implicitement que l'impôt sur l'avantage déterminé

forfaitairement conformément à la Loi sur les options demeure applicable aux options attribuées directement au gérant, même si c'est la société de management qui effectue les prestations de management.

Il importe de faire remarquer que ce point de vue modifié ne s'applique qu'aux attributions d'options sur actions dont la date de l'offre est postérieure à la publication de la circulaire, soit aux offres faites à partir du 14 avril 2017.

Quid de l'attribution d'options à la société de management ?

Bien qu'il soit clair que les options sur actions qui sont attribuées directement au gérant de la société de management par la société cliente relèvent du champ d'application de la Loi sur les options, même si ce dernier a contracté avec la société de management, la question se pose de savoir s'il ne serait pas plus logique d'attribuer également les options à la société de management.

La question de l'évaluation à des fins fiscales de la relation de travail entre la personne physique-dirigeant d'entreprise de la société de management et la société cliente au profit de laquelle les prestations de management sont effectuées, a été abordée dans des points de vue antérieurs des services centraux. L'évaluation de cette relation de travail doit avoir lieu à la lumière de tous les éléments de fait et de droit propres à chaque cas. Selon les services centraux, la circonstance que la société-cliente ou sa société mère attribue des options sur actions directement aux dirigeants d'entreprise précités ne constitue cependant pas en soi un critère déterminant pour l'évaluation de cette relation de travail.

Le simple fait de l'attribution directe n'est donc pas déterminant, ce qui implique qu'il est préférable, pour le reste, de donner suffisamment de substance au rôle et aux activités de la société de management. Vu sous cet angle, il peut donc quand même être utile d'attribuer les options sur actions à la société de management elle-même.

Deux cas de figure sont possibles dans ce contexte. Dans le premier, les options sont conservées et, le cas échéant,

également exercées par la société de management. En l'occurrence, la commission de ruling est d'avis que la valeur réelle de ces options est imposable dans le chef de la société de management comme étant une sorte de rémunération en nature de ses services. En revanche, la commission de ruling ne dit pas comment la valeur réelle des options doit être déterminée.

Dans le deuxième cas de figure, la société de management transfère directement les options qu'elle a reçues et les offre à son gérant-personne physique. Dans la mesure où une offre écrite valable est faite au gérant, qui est acceptée par écrit dans les 60 jours, le gérant sera imposé lors de l'attribution, à savoir le 60^e jour après la date de l'offre, sur la base des principes énoncés dans la Loi sur les options. La réduction de moitié de l'avantage imposable ne trouvera à nouveau pas à s'appliquer, puisque les actions sous-jacentes sont celles de la société cliente (ou de sa société mère). Dans ce scénario, la commission de ruling accepte que la moins-value réalisée par la société de management lors de l'attribution gratuite des options à son dirigeant d'entreprise soit déductible fiscalement à titre de charge professionnelle par la société de management, de sorte que l'impôt sur la valeur réelle des options dans le chef de la société de management peut être neutralisé (voy. e.a. Décision anticipée n° 2016.499 dd. 22.11.2016).

En conclusion, on peut donc dire que dans de nombreux cas (et surtout lorsque la société de management n'exerce pas de mandat d'administrateur pour lequel son gérant agit en qualité de représentant permanent), il est malgré tout préférable d'attribuer les options sur actions à la société de management, mais de les transférer directement au gérant-personne physique. De cette manière, le gérant bénéficie quand même du statut fiscal accordé par la Loi sur les options, sans que la société de management ne soit mise hors-jeu ni n'encoure à un impôt quelconque.

Marc DE MUNTER
Corporate Tax Partner
Baker Tilly Belgium

Conventions d'actionnaires¹ – En bref

1. Introduction – Définition

Les conventions d'actionnaires sont nées de la pratique journalière. Elles ne constituent de ce fait pas des contrats nommés, tels les contrats de location ou de vente, pour lesquels le législateur a créé un cadre légal.

Le Code des sociétés ne contient par ailleurs qu'un nombre restreint de dispositions, dans lesquelles certaines conventions sont réglées (articles 510 et suivants C. Soc. concernant la restriction de la cessibilité des actions d'une SA et article 551 C. Soc. concernant les conventions de vote).

La convention d'actionnaires est conclue entre tous les actionnaires ou entre certains actionnaires d'une société, mais il arrive parfois aussi que des tiers intéressés soient parties à une telle convention. Elle règle certains aspects qui ne sont pas prévus dans les statuts ou dans la loi.

Les tiers intéressés cosignataires de la convention peuvent être : en cas d'actionnariat 50/50, une tierce partie désignée par les deux actionnaires qui, par exemple, se voit attribuer un mandat irrévocable lui permettant de voter avec un nombre limité d'actions, de façon à éviter les blocages ; un administrateur, non-actionnaire, lors de la rédaction d'une clause de non-concurrence.

La société elle-même peut également être partie à la convention d'actionnaires. A cet égard, il convient de préciser que seul un administrateur habilité à cet effet peut engager la société – de manière valable (et opposable aux tiers) – à être partie à la convention.

La convention d'actionnaires constitue donc un cadre alternatif et complémentaire aux statuts et à la loi régissant les droits et obligations des parties.

2. Contenu de la convention d'actionnaires

La convention d'actionnaires peut régler tout un tas d'aspects, pour autant qu'elle ne soit pas contraire aux dispositions légales d'ordre public ou de droit impératif, ou aux statuts.

Il importe de savoir que certains aspects relèvent expressément des statuts. Tout d'abord, l'article 69 C. Soc. s'applique à toutes les personnes morales et sociétés, quelle que soit la forme qu'elle ont adoptée (SA, SPRL, SCS, etc.). Ensuite, certaines dispositions sont propres à la forme de société, tel l'article 453 C. Soc. concernant la SA qui mentionne les données à reprendre obligatoirement dans l'acte de société (statuts) d'une SA.

Tout contrat, y compris la convention d'actionnaires, est en outre soumis aux règles générales relatives aux obligations et aux contrats, lesquelles figurent essentiellement dans le Code civil. Les conditions de validité (consentement, capacité, objet et cause), les conditions de forme, les règles de preuve et les règles d'interprétation, propres à chaque contrat, lui sont donc applicables.

Enfin, les dispositions suivantes du Code des sociétés entre autres méritent une attention particulière lors de la conclusion d'une convention d'actionnaires :

- la révocabilité immédiate (*ad nutum*, à tout moment) d'administrateurs d'une SA ;
- l'interdiction de clause léonine (*pactum leonina*), décrite à l'article 32 C. Soc.

Dans la pratique, les conventions d'actionnaires contiennent généralement les accords suivants :

- accords concernant le financement de la société ;
- accords concernant l'entrée de nouveaux actionnaires ;
- accords concernant la politique générale et la stratégie de la société ;
- accords concernant le maintien d'un équilibre entre les actionnaires en cas de modification du capital social ;
- accords concernant une clause de non-concurrence pour les administrateurs sortants ;
- accords concernant les administrateurs à nommer, par exemple, droit de présentation contraignant pour chaque catégorie d'actionnaires ;
- accords concernant la distribution de dividendes, par exemple, interdiction de distribuer des dividendes pendant une période déterminée en vue de la constitution d'une réserve ;
- accords concernant l'aliénabilité des actions et la méthode d'évaluation.

¹ Principales références : PATTYN, J., *Aandeelhoudersovereenkomsten*, Bruxelles, Larcier, 2012, 204 p. ; BRAECKMANS, H., *Handboek Vennootschapsrecht*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 924 p.

Les nombreux accords possibles, qui peuvent faire l'objet d'une convention d'actionnaires, sont généralement classés en quatre catégories :

- dispositions relatives à la cession d'actions ;
- dispositions réglant l'exercice des pouvoirs dans la société ;
- dispositions relatives à la répartition des bénéfices ou des pertes ;
- dispositions relatives au règlement des litiges.

3. Forme de la convention d'actionnaires

L'intervention d'un notaire n'est pas requise lors de l'établissement d'une convention d'actionnaires, alors qu'elle l'est lors de l'établissement des statuts de la plupart des sociétés.

De même, aucune majorité qualifiée n'est requise en cas de modification de la convention d'actionnaires, alors que c'est le cas en cas de modification des statuts. Seul l'accord des parties signataires de la convention d'actionnaires est nécessaire pour modifier les accords.

Une convention sous seing privé, bref un document écrit, suffit (en autant d'exemplaires originaux qu'il y a de parties à la convention). Une convention d'actionnaires verbale est valable *strico sensu*, parce qu'un accord de volontés pur et simple entre les parties suffit. En cas de contestation, une convention verbale pose toutefois des problèmes de preuve quasi insurmontables.

4. Statuts ou convention d'actionnaires ?

Le choix de consigner les accords dans les statuts ou dans une convention d'actionnaires, dépend notamment des considérations suivantes :

- Tous les actionnaires doivent-ils, ou peuvent-ils, être associés aux accords ?
- Une possibilité de modification flexible et peu formelle est-elle indiquée ?
- Une certaine discrétion est-elle requise ?
- La publicité (opposabilité aux tiers) est-elle nécessaire ou souhaitable ?

Un gros avantage de la convention d'actionnaires est le libre choix des participants (qui sera partie aux accords pris). Alors que les restrictions statutaires à la cessibilité lient tous les actionnaires actuels et futurs, *et* la société

(sauf convention contraire expresse), ces mêmes restrictions ne lient que les parties lorsqu'elles sont prévues par une convention d'actionnaires. Les actionnaires (encore une fois, à la condition qu'aucune restriction statutaire de la cessibilité ne soit prévue) ont donc le choix de s'y soumettre ou non.

Cela peut avoir son importance dans les sociétés familiales, lorsqu'un groupe préfère que la libre cessibilité des actions soit restreinte, tandis que l'autre groupe, au contraire, ne souhaite pas qu'il y ait de restrictions à la cessibilité des actions.

Un autre avantage est la flexibilité de modification. Les statuts ne sont modifiables qu'après qu'une assemblée générale extraordinaire se soit réunie, ce qui prend généralement du temps, *et* que les majorités qualifiées sont atteintes, ce qui n'est généralement pas réaliste. L'intervention d'un notaire est en outre généralement requise.

Bien qu'en règle générale, la modification de la convention d'actionnaires requière l'unanimité, tous les actionnaires ne doivent pas obligatoirement être parties à cette convention (de sorte que l'unanimité est plus facile à atteindre), alors que tous les actionnaires sont soumis aux accords statutaires. Et ce n'est pas tout, il y a plus important encore : une clause peut être insérée dans la convention d'actionnaires, en vertu de laquelle la possibilité de modification est soumise à une majorité convenue, sans plus. A supposer que six des vingt-quatre actionnaires concluent une convention d'actionnaires, il est possible de stipuler que la convention d'actionnaires *peut* être modifiée, si la majorité approuve la modification. Quatre des six actionnaires forment en l'occurrence une majorité suffisante. Cela contraste fortement avec une modification de statuts, pour laquelle une majorité qualifiée (généralement) de trois quarts des actionnaires présents est requise, soit, dans notre exemple, dix-huit (lorsque tous les actionnaires sont présents).

De plus, une convention d'actionnaires n'est pas soumise à la condition de publicité, contrairement aux statuts d'une société. Si les accords requièrent une certaine discrétion, une convention d'actionnaires sera la solution la plus indiquée. Compte tenu de l'effet relatif de la convention à l'égard des tiers qui ne sont pas parties à la convention d'actionnaires, seule l'existence de la convention, à l'exclusion de son contenu, est opposable aux tiers. Les tiers ne peuvent tirer aucun droit de la convention d'actionnaires et ne sont tenus à aucune obligation visée dans la convention d'actionnaires.

Cela peut avoir son importance dans la pratique. Si, par exemple, des restrictions à la cessibilité des actions ont été prévues dans la convention d'actionnaires, la société, si elle n'est pas partie à la convention d'actionnaires, peut toujours procéder en tant que tiers à l'inscription d'une cession d'actions, à propos de laquelle certains actionnaires ont convenu des restrictions. Si ces restrictions avaient été prévues dans les statuts, la société aurait été tenue de les respecter et n'aurait pas pu procéder à cette inscription.

5. Clauses usuelles

Nous nous intéresserons uniquement dans la présente contribution aux conventions d'actionnaires conclues par les actionnaires de SA et de SPRL, essentiellement parce qu'il s'agit des deux formes de sociétés les plus susceptibles de subsister après la réforme du Code des sociétés, dont la réécriture est actuellement en préparation.

Dans la SPRL, les restrictions à la cessibilité des actions sont inhérentes à la forme de société, parce que celle-ci est pour l'essentiel encore une société de personnes, où la personnalité et les qualités des personnes sont déterminantes lors de la conclusion d'un contrat de société entre les associés. Eu égard à ce qui précède notamment, le nombre d'actionnaires d'une SPRL est généralement réduit. Les conventions de vote sont dès lors très exceptionnelles.

Dans la SA, les restrictions à la cessibilité des actions et conventions de vote sont régies par la loi, de sorte qu'il convient de tenir compte, dans la convention d'actionnaires, des conditions visées aux articles 510 et suivants C. Soc. (restriction de la cessibilité des actions d'une SA) et à l'article 551 C. Soc. (conventions de vote dans une SA) (voy. ci-dessus).

Les autres clauses usuelles suivantes seront commentées de manière succincte :

- dispositions réglant l'exercice des pouvoirs dans la société ;
- dispositions relatives à la répartition des bénéfices ou des pertes ;
- dispositions relatives au règlement des litiges.

Les accords suivants se retrouvent ainsi souvent dans les conventions d'actionnaires.

- **Accords concernant la nomination des administrateurs**

La nomination des administrateurs fait partie des prérogatives de l'assemblée générale, sans qu'une majorité

qualifiée ne soit généralement requise. Par conséquent, les nominations et révocations d'administrateurs peuvent normalement être votées à la majorité simple. Il s'ensuit que les actionnaires majoritaires décident de la composition de l'organe de gestion.

Pour y remédier, il est souvent convenu d'un droit de présentation contraignant. Cela signifie qu'une ou plusieurs personnes, actionnaires ou non, se voient conférer le droit de présenter des candidats à la fonction d'administrateur de la société.

A cet égard, il importe de préciser que le choix appartient à l'assemblée générale et que la *décision finale* lui revient. C'est pourquoi les actionnaires présentent toujours plus d'un candidat.

- **Accords concernant la révocation des administrateurs**

La question de savoir si des accords (conventions de vote) peuvent être pris concernant la révocation semble avoir été tranchée par l'arrêt du 13 avril 1989 de la Cour de cassation (Cass. 13 avril 1989, *TRV* 1989, 321). La Cour a décidé que les accords concernant la révocation d'un administrateur sont autorisés, pour autant que ces accords ne lient ni la société, ni l'assemblée générale. Il convient par conséquent de veiller à ne pas engager la société en tant que partie à une convention d'actionnaires dans laquelle figurent de tels accords.

La question de savoir si des accords peuvent être pris concernant les indemnités de préavis et la garantie de durée des mandats, reste quant à elle controversée. Par sécurité, il nous paraît indiqué de ne pas reprendre d'accords de ce type dans une convention d'actionnaires.

- **Accords concernant le pouvoir votal des actionnaires ou administrateurs**

Toute extension du droit de vote (octroi de davantage de droits de vote proportionnellement à la part du capital représentée par les actions) est exclue. L'article 541 C. Soc. qui dispose que chaque actionnaire a autant de voix qu'il possède de parts du capital de la société, est d'ordre public.

La *limitation* du droit de vote, en revanche, peut faire l'objet d'accords. Il peut être convenu, par exemple, que le droit de vote est limité en fonction du nombre d'actions et du nombre d'absents. Illustrons cela à l'aide d'un exemple. Le nombre total d'actions est de 1000. Seules 200 actions,

détenues par deux actionnaires, sont représentées à l'assemblée générale, de la manière suivante: A 150 et B 50. A peut normalement voter pour ou contre tous les points de l'ordre du jour normal (c.-à-d. ceux pour lesquels aucune majorité qualifiée n'est requise), sans plus. Compte tenu de l'accord de limitation, A ne pourra toutefois voter qu'avec 150 voix sur 1000, de sorte que A n'obtiendra jamais la majorité.

Les droits de vote peuvent également être limités en fonction de certains seuils préalablement convenus.

La limitation du droit de vote est cependant aussi limitée par la loi. Il est en effet stipulé à l'article 544 C. Soc. que la limitation s'impose à tout actionnaire, quels que soient les titres pour lesquels il prend part au vote.

– Accords concernant le fonctionnement des organes de la société

Nous songeons à cet égard aux accords repris dans une convention d'actionnaires concernant les formalités de convocation, l'octroi de mandats, la compétence de convoquer une assemblée générale, etc.

6. Fin de la convention d'actionnaires – conflits

Les conventions d'actionnaires sont avant tout des contrats (voy. ci-dessus), de sorte qu'elles peuvent être

conclues pour une durée indéterminée ou pour une durée déterminée.

Si la convention d'actionnaires a été conclue pour une durée déterminée, aucune résiliation anticipée n'est possible, sauf si les parties en décident autrement. Les conventions à durée indéterminée peuvent toujours être résiliées à tout moment, bien que les parties puissent également y insérer des modalités à respecter en la matière (la possibilité de résiliation en tant que telle ne peut toutefois pas être exclue).

Les conventions d'actionnaires peuvent donc prévoir des clauses d'entrée et de sortie pour chaque partie, soumises ou non à une majorité convenue. Ces clauses peuvent également s'inscrire dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges.

Flexibilité et travail sur mesure sont dès lors essentiels lors de l'établissement d'une convention d'actionnaires.

Dans une prochaine contribution, nous traiterons du règlement de conflits entre actionnaires.

Arn CALEWAERT
Associé CGK Advocaten Antwerpen

Constructions de protection dans les sociétés et opposabilité

A. Généralités : protection statutaire

1.
Lors de la constitution d'une société, les fondateurs partent généralement d'un modèle de base sans prêter beaucoup d'attention aux dispositions statutaires susceptibles de protéger les intérêts des actionnaires – qui, le cas échéant, exercent également un mandat d'administrateur – à l'avenir. Il est pourtant particulièrement important de rédiger des statuts adaptés à la société et de ne pas simplement se baser sur un modèle.

Quels sont en l'occurrence les éléments à examiner en vue d'assurer la protection des actionnaires?

- Gestion de la société;
- Représentation de la société;
- Relations entre les actionnaires.

2.
Pourquoi devrions-nous déjà reprendre ces éléments dans les statuts lors la constitution de la société? Parce que dans le cas contraire, il faudrait modifier les statuts et qu'il se peut que certaines majorités ne soient alors

plus atteintes. Pourquoi ne pas simplement les reprendre dans une convention d'actionnaires ?

Les dispositions de protection reprises dans les statuts s'appliquent à tous les actionnaires, mais aussi aux administrateurs de la société, sachant que les statuts sont opposables à l'organe de gestion. Les dispositions reprises dans une convention d'actionnaires, en revanche, s'appliquent uniquement aux parties signataires de cette convention.

Les statuts de sociétés peuvent également être modifiés moyennant les majorités requises et s'appliquent alors automatiquement à tous les actionnaires, tandis que les conventions d'actionnaires ne peuvent généralement être modifiées qu'à l'unanimité des parties qui les ont conclues.

Comme nous l'avons déjà expliqué dans une précédente contribution, une convention d'actionnaires est évidemment utile et peut, par exemple, également contenir des dispositions relatives aux cessions forcées d'actions qui sont liées aux résultats réalisés par la société en exécution d'un plan d'affaires. Un exemple : un actionnaire est contraint de céder ses parts à un autre actionnaire si une marge prédéfinie n'est pas atteinte. De ce fait, le contrôle au sein des sociétés se déplace.

Une convention d'actionnaires contiendra généralement aussi des dispositions beaucoup plus détaillées que les dispositions statutaires. Elle peut ainsi prévoir des droits de suite ou des clauses d'indemnisation forfaitaire si un actionnaire ne respecte pas un droit de préemption.

Il est dès lors préférable de définir la base de la protection dans les statuts de la société et, le cas échéant, de compléter cette base par une convention d'actionnaires.

3. Les statuts sont-ils contraignants ?

Pour les actionnaires, les statuts sont la règle à suivre. Les actionnaires sont évidemment libres de renoncer à l'application de certaines règles de protection lors des négociations concernant la cession d'actions, si cela s'avère souhaitable dans le cadre de la prise de certaines décisions, mais les surprises sont en principe exclues.

B. Quelles dispositions de protection peut-on prévoir ?

4.

Un premier type de dispositions de protection sont celles concernant la nomination de l'organe de gestion.

L'assemblée générale nomme les administrateurs. Une disposition peut être reprise dans les statuts qui règle la présentation des administrateurs. Chaque groupe d'actionnaires peut alors présenter une liste d'administrateurs à l'assemblée générale avant que celle-ci ne procède à leur nomination, et l'assemblée générale pourra alors nommer des administrateurs de ces listes.

Cette méthode garantit la présence d'un administrateur pour chaque groupe d'actionnaires.

L'administrateur ne devient pas pour autant le représentant de l'actionnaire, il est avant tout l'administrateur de la société et le seul intérêt vers lequel il doit tendre est celui de la société.

5.

Une fois le Conseil d'administration nommé, son fonctionnement peut être examiné. Le Conseil d'administration est en principe un organe collégial qui ne peut se réunir qu'à partir du moment où une majorité de ses membres est présente. Les statuts peuvent définir la fréquence des réunions et les procès-verbaux à rédiger, ainsi que les formalités de convocation.

Les administrateurs ont une obligation de suivi actif, ils doivent s'informer sur la situation de la société et l'organe de gestion doit se réunir à chaque fois que l'intérêt de la société le requiert.

6.

Si le Conseil d'administration n'est pas composé d'un nombre impair de personnes, il peut également être stipulé, en vue d'éviter un partage des voix, qu'une voix prépondérante est attribuée à un gérant ou à un administrateur.

Cette décision ne peut pas être prise en interne par le Conseil d'administration lui-même.

7.

Une répartition des compétences au sein du Conseil d'administration est-elle indiquée ?

Dans les grandes sociétés, il peut être utile de prévoir une répartition des compétences au sein du Conseil d'administration.

Une telle répartition des compétences n'est pas opposable aux tiers, même en cas de publication au Moniteur belge. A l'égard des tiers, tous les administrateurs conservent la plénitude de compétence, mais en interne, à l'égard de la société, la répartition des compétences peut jouer un rôle pour les administrateurs.

La répartition des compétences ne concerne évidemment que la gestion journalière de la société qui peut être déléguée par le Conseil d'administration, et ne s'applique pas aux compétences essentielles du Conseil d'administration, telles que l'établissement du rapport de gestion et l'établissement des comptes annuels.

8.
Qu'en est-il de la représentation ?

La représentation de la société n'a rien à voir avec la répartition interne des compétences. Ces dispositions règlent le nombre de signatures requises.

A cet égard, il est préférable de prévoir dans les statuts la possibilité pour les administrateurs de prendre à distance des décisions par écrit.

9.
Les actionnaires constituent un autre point d'attention dans les statuts.

Les dispositions les concernant portent sur plusieurs aspects, tels que :

- le quorum de présence aux assemblées générales ;
- les majorités aux assemblées générales ;
- le maintien de la parité au sein de l'assemblée générale par des restrictions à la libre cessibilité des actions ;
- la restriction de la cessibilité en cas de transmission de parts à cause de la mort ou de la disparition d'un actionnaire.

Si de telles dispositions sont reprises dans les statuts, elles s'appliquent, comme nous l'avons dit, à tous les actionnaires, et deviennent opposables entre actionnaires, indépendamment de la présence de l'actionnaire à une assemblée générale, dans le cadre du règlement de litiges.

La validité des décisions de l'assemblée générale pourra être examinée à la lumière de ces dispositions, lesquelles devront évidemment aussi être respectées dans le cadre des procédures de départ forcé et d'exclusion devant les tribunaux.

Les tribunaux doivent en effet tenir compte des statuts, lorsqu'ils sont appelés à statuer dans le cadre d'un tel litige.

10.
Le Code des sociétés prévoit une structure de base qui est de droit impératif et à laquelle il ne peut être dérogé, sauf par des dispositions plus strictes.

En fonction du type d'assemblée générale, un quorum de présence minimale est requis en vue de pouvoir prendre des décisions. Ce quorum peut évidemment être renforcé. Idem pour les majorités à atteindre en cas de vote.

11.
Une autre technique de protection classique est de prévoir des droits de préemption – qui figurent déjà dans le Code des sociétés – en combinaison avec des clauses d'approbation et d'acceptation.

Une cession de parts entre vifs est ainsi organisée, et la libre cessibilité des actions est limitée, ou à tout le moins soumise à certaines approbations préalables ou assortie de possibilités pour les autres actionnaires de reprendre préalablement les actions.

L'étape suivante de ces clauses est la définition de la méthode d'évaluation.

C. Opposabilité / sanctions

12.
Nous avons donc un canevas potentiel auquel les actionnaires soumettent la cession.

Qu'en est-il maintenant si un ou plusieurs actionnaires ne s'en tiennent pas à ce canevas et ne respectent pas les droits de préemption ou clauses d'approbation lors d'une vente ou cession d'actions. Quelles sont alors les possibilités ?

L'analyse doit partir des possibilités de l'actionnaire resté sur la touche ou « mécontent » à qui les actions n'ont pas été proposées.

Un premier aspect concerne sa position à l'égard de l'acquéreur des parts, à savoir, dans notre hypothèse, un tiers qui n'était pas encore actionnaire. Il a acquis les parts d'un actionnaire existant qui a négligé de respecter le droit de préemption.

Un deuxième aspect concerne sa position à l'égard du vendeur.

Un troisième aspect concerne la position de la société dont les parts ont été vendues, et de son conseil d'administration.

13.
La nullité de la cession peut éventuellement être requise à charge de l'acquéreur.

Cela a notamment été confirmé dans un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 07/06/2012 (J.L.M.B., 2013, liv. 29, 1495).

Dans cet arrêt, la Cour estime que la nullité de la vente peut être infligée comme sanction «en tant que réparation en nature», sachant qu'il s'agit de la seule manière de rétablir la situation et qu'une indemnité ne le pouvait pas. C'est donc possible, s'il peut raisonnablement être admis que l'actionnaire lésé aurait exercé son droit de préemption, ou même qu'il l'exercerait encore après la vente à l'égard du tiers qui a acquis les parts.

En cause, la Cour n'est pas allée jusqu'à attribuer directement les parts à l'actionnaire lésé – ce qui est également possible – parce que la vente initiale a en l'occurrence eu lieu dans le cadre d'une problématique conjugale et que les parts ont été cédées pour 1 € symbolique, ce qui ne correspondait pas à leur valeur réelle.

La jurisprudence part également du principe que la nullité peut être requise si le tiers avait connaissance du droit de préemption avant la vente. Dans une SPRL et une SCRL, ce droit est inscrit dans la loi, de sorte qu'un tiers ne peut l'ignorer.

Une indemnité peut également être réclamée au tiers, s'il peut être prouvé que le tiers avait connaissance de la clause. Il est alors question de tierce complicité du vendeur à la rupture du contrat.

14.

L'actionnaire lésé peut demander réparation au vendeur des parts qui a ignoré le droit de préemption. Les accords contractuels non respectés s'appliquent entre l'actionnaire lésé et le vendeur.

Si le juge prononce la nullité et qu'il n'attribue pas directement les parts à l'actionnaire lésé, ce dernier peut

encore exercer son droit de préemption à l'égard du vendeur.

Si le tribunal décidait d'attribuer directement les parts, l'acquéreur devrait récupérer le prix qu'il a payé pour les parts.

15.

Quoi qu'il en soit, la société, par le biais de ses administrateurs, ne reconnaîtra pas la cession opérée en méconnaissance du droit de préemption, et les administrateurs à qui les statuts sont opposables, devront refuser d'inscrire cette cession dans le registre des actionnaires.

Les administrateurs sont en effet tenus des respecter les statuts sous peine de voir leur responsabilité engagée.

La société ne reconnaîtra donc que l'ancien actionnaire comme actionnaire, et devra lui payer les éventuels dividendes. Le cas échéant, celui-ci devra les verser à l'acquéreur de ses parts. Ce dernier ne pourra toutefois pas exercer directement les droits attachés aux actions contre la société.

Principales sources :

- TILLEMANN, B., *Statutaire variaties inzake overdrachtsbeperkingen bij niet-publieke vennootschappen, in Knelpunten van 30 jaar Vennootschapsrecht, Biblo, 1999*
- J.L.M.B., 2013, liv 29, 1475, arrêt Cour d'appel de Liège du 7.6.2012, avec note de M. COIPEL
- HALLEMEERSCH, N., note dans RDC 2015, 5, 430

Marc KIPS
CGK Advocaten