

Les nouveautés du Code des sociétés et des associations concernant la gouvernance des SA et des SRL

Henri Culot

Avocat au barreau de Bruxelles

Partner Prioux Culot + Partners

Professeur à l'Université catholique de Louvain

Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

INTRODUCTION

La gouvernance n'est pas le thème dans lequel le nouveau Code des sociétés et des associations¹ se montre le plus novateur. L'objectif a plutôt été d'améliorer ponctuellement certains mécanismes, en fonction principalement des attentes des entreprises, telles que perçues par les rédacteurs du projet.

Par rapport aux règles antérieures, de nombreuses modifications portent sur des points de détail, qu'il serait à la fois inutile et fastidieux de répertorier ici. On a donc choisi quatre domaines dans lesquels se concentrent la plupart des réformes : il s'agit des modes d'administration (section 1), de la gestion des conflits d'intérêts (section 2), du statut de l'administrateur (section 3) et des droits de vote double et multiple (section 4). L'ampleur du sujet explique aussi qu'on s'en tienne à exposer les grandes lignes, sans entrer dans des analyses trop pointilleuses, mais en concentrant le propos sur les principes, surtout s'ils procèdent de quelque nouveauté.

Pour chacun de ces thèmes, on examine les règles applicables dans les deux types de sociétés les plus usités, à savoir la société anonyme (SA) et la société à responsabilité limitée (SRL), tout en précisant sans plus y revenir que les règles de la société coopérative sont pour l'essentiel identiques à celles de la SRL.

SECTION 1. MODES D'ADMINISTRATION

§ 1. Régime de la SA : obligation de choisir entre trois possibilités

C'est assurément dans la société anonyme que les règles de gouvernance sont le plus fondamentalement réformées, même s'il ne s'agit pas d'une révolution. Le nouveau régime impose de choisir l'un des trois régimes prévus par la loi : moniste (A), dual (B), ou administrateur unique (C). Quel que soit le choix, on peut (mais on ne doit pas) y adjoindre un deuxième organe, uniquement chargé de la gestion journalière (§ 3).

A. Administration moniste

Le régime moniste ne diffère guère du mode d'administration prévu pour la société anonyme dans le Code des sociétés de 1999. L'organe d'administration de la société est alors un conseil d'administration collégial, dans la formule la plus classique².

Ce conseil d'administration est composé de trois membres au moins, désignés par l'assemblée générale pour une période maximale de six ans (art. 7:85, § 2). Si la société ne compte qu'un ou deux actionnaires, le conseil d'administration peut se limiter à deux personnes. Dans ce cas, l'éventuelle voix prépondérante accordée à un membre (généralement le président) en cas de

¹ Sauf indication contraire, tous les numéros d'articles renvoient au Code des sociétés et des associations, introduit par la loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, M.B., 4 avril 2019. La matière est arrêtée au 1^{er} juillet 2020.

² J. MALHERBE et al., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 606-609.

partage des voix, ne peut avoir d'effet (art. 7:85, § 1^{er}). Cela affecterait en effet le caractère collégial de l'organe.

Le conseil d'administration exerce toutes les compétences de gestion et d'administration, comme précédemment. Il est désormais exprimé plus clairement que l'organe d'administration est habilité à prendre toutes les décisions, sauf celles expressément confiées à l'assemblée générale (art. 7:93). La règle n'est pas nouvelle, mais on trouvait encore dans l'ancien Code une phrase qui semblait attribuer une compétence générale à l'assemblée générale³.

B. Administration duale

Le mode d'administration dual consiste à répartir les compétences d'administration et de gestion entre deux organes : le conseil de direction et le conseil de surveillance.

En droit belge, ceci constitue une demi-nouveauté. D'une part, on connaissait en effet déjà le comité de direction, auquel le conseil d'administration pouvait, sous sa responsabilité, déléguer une partie de ses compétences, à l'exclusion de celle de décider de la politique générale de la société et des compétences réservées, celles que le Code des sociétés confiait spécifiquement au conseil d'administration (art. 524bis C. Soc). D'autre part, des législations particulières, notamment dans le secteur des banques et des assurances⁴, qui avaient été précédées de règles et pratiques prudentielles aux effets similaires, prévoyaient depuis longtemps une forme de dualisme dans ces institutions financières, de manière à créer une séparation entre la direction effective de l'activité opérationnelle et une fonction de surveillance. Ce dualisme a aussi servi à éviter l'intrusion des (représentants de fait des) actionnaires dans la fonction bancaire ou d'assurance en tant que telle. C'est ce que l'on appelait l'autonomie de la fonction bancaire.

Là où ce système n'était pas imposé, il ne rencontrait pas un grand succès, peut-être en raison de son manque de clarté⁵ ou de son caractère « hybride » résultant de la possibilité pour les mêmes personnes de siéger dans les deux organes⁶. En pratique, on préférait le cas échéant créer un « comité exécutif » (la créativité était de mise pour trouver une autre appellation que « comité de direction »), qui n'était pas un organe reconnu par la loi mais auquel le conseil d'administration confiait par mandat un certain nombre de prérogatives.

³ Art. 531 C. Soc. : « L'assemblée générale des actionnaires a les pouvoirs les plus étendus pour faire ou ratifier les actes qui intéressent la société ».

⁴ Art. 24 de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse et art. 45 de la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance.

⁵ Voy. X. DIEUX et P. DE WOLF, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : *Capita Selecta* », *J.T.*, 2019, p. 526.

⁶ E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations – présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 217 ; E. POTTIER, T. L'HOMME, L.-Y. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », in E. POTTIER (coord.), *Le Code des sociétés et des associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 212-213 ; D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 234-239.

Dans la nouvelle version, le dualisme est dit « intégral ». Ceci signifie qu'une même personne ne peut pas siéger dans les deux organes d'une même société, de sorte que le conseil de surveillance est totalement distinct du conseil de direction, ce qui – espère-t-on – lui permettra de mieux assurer sa fonction de surveillance⁷.

La répartition des compétences est aussi mieux organisée. Il ne s'agit plus d'une délégation par le conseil d'administration, mais bien d'une répartition légale des compétences entre les deux organes⁸.

En ce qui concerne le pouvoir de décision, la répartition reste plus ou moins identique. « *Le conseil de surveillance est chargé de la politique générale et la stratégie de la société et de tous les actes qui sont réservés spécifiquement au conseil d'administration* » (art. 7:109, § 1^{er}). On y ajoute le pouvoir d'établir les rapports prévus par le Code (rapport de gestion, apports en nature, etc.) et les projets préalables à une restructuration (fusion, scission, apport de branche, etc.). Son rôle est évidemment aussi de « surveiller » le conseil de direction, ce qui inclut le pouvoir de désigner et de révoquer ses membres, de leur accorder la décharge (art. 7:109, § 3), et d'entendre ou d'exiger des rapports sur ses activités.

Le conseil de direction, quant à lui, reçoit la compétence résiduaire, c'est-à-dire tout ce qui relève de l'organe d'administration (et donc pas de l'assemblée générale) mais qui ne relève pas du conseil de surveillance (art. 7:110, al. 1^{er}). En pratique, il s'agit principalement des compétences opérationnelles : conclusion de contrats, activités commerciales ou industrielles, investissements, politique et engagement du personnel, emprunts et autres opérations financières, etc. Son action doit s'inscrire dans le cadre de la politique générale décidée par le conseil de surveillance.

Le conseil de direction fait rapport de ses actions au conseil de surveillance, annuellement au moins. Ce rapport doit être écrit et notamment porter sur « les lignes directrices de la politique stratégique générale, les risques généraux et financiers ainsi que les systèmes de gestion et de contrôle de la société ». Le conseil de direction doit aussi transmettre régulièrement les informations

⁷ La règle est cependant inverse en matière d'établissements de crédit, où le comité de direction doit être composé exclusivement d'administrateurs (art. 24, § 1^{er} de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse). Dans les sociétés d'assurance, le comité de direction est composé « d'au moins trois personnes qui sont membres de l'organe légal d'administration » (art. 45, § 1^{er}, al. 2 de la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance). Voy. C. JAMMAERS, « Impacts de la réforme du Code des sociétés sur la gouvernance des entreprises d'assurances », *Forum financier / Droit bancaire et financier*, 2019, p. 171.

⁸ Sur la répartition des compétences : P. BOSSARD, « La société anonyme », in E.-J. NAVEZ (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Analyse critique et modèles de clauses commentés*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 88-89 ; J. MALHERBE et al., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 612-615 ; E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations – présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 218-220 ; E. POTTIER, T. L'HOMME, L.-Y. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », in E. POTTIER (coord.), *Le Code des sociétés et des associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 216-219 ; D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 244-247.

nécessaires pour que le conseil de surveillance puisse exercer ses compétences, soit d'office, soit sur demande (art. 7:111).

La répartition des compétences entre les deux organes est cependant moins absolue qu'il n'y paraît à première vue. L'article 7:110, alinéa 1^{er} autorise en effet les statuts à « apporter des restrictions aux pouvoirs du conseil de direction », tout en précisant que ces restrictions ne sont pas opposables aux tiers. Il en découle néanmoins qu'il est possible de prévoir statutairement une autre répartition des compétences que celle prévue par le Code, et en particulier d'étendre les compétences du conseil de surveillance en réduisant celles du conseil de direction⁹.

Sur le plan de la compétence de représentation, il a fallu respecter le régime de la *prokura*, qui implique qu'un organe doit disposer de la plénitude des pouvoirs de représentation. C'est le conseil de direction qui a été choisi : il peut représenter la société à l'égard des tiers et en justice dans les domaines qui relèvent de ses compétences (ce qui est logique) mais aussi en ce qui concerne les compétences du conseil de surveillance (art. 7:110, al. 2). Ce dernier, quant à lui, est aussi compétent pour représenter la société, mais uniquement dans sa sphère de compétence (art. 7:109, § 2). Il y a donc une double possibilité de représentation pour ce qui concerne cette dernière.

C. Administrateur unique

La figure de l'administrateur unique est nouvelle dans le droit belge de la société anonyme. On la connaissait déjà sous la forme du gérant dans la SPRL, où elle était un exemple de ce que cette dernière était conçue comme une version « simplifiée » de la SA, ne nécessitant donc pas (entre autres choses) un organe d'administration collégial. Sans doute la pratique de la SPRL a-t-elle permis de se convaincre qu'un organe collégial n'est pas toujours indispensable pour bien gérer une société. C'était aussi une demande des groupes internationaux présents en Belgique à travers une filiale qui, bien qu'il s'agisse théoriquement d'une société comme une autre, ne prend guère de décisions stratégiques. C'est, enfin, un des rares cas où la réforme de 2019 étend les règles de la SPRL à la SA, plutôt que l'inverse.

Le principe de l'administrateur unique est simple : une seule personne est titulaire de tous les pouvoirs d'administration (art. 7:101)¹⁰. Comme tout administrateur, il peut s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale (art. 2:55). À l'inverse de ce qui est prévu pour les administrateurs de SRL, il n'est pas possible pour une SA de désigner plusieurs administrateurs « uniques », c'est-à-dire plusieurs personnes détenant, chacune individuellement – et donc de manière nécessairement concurrente – la totalité des pouvoirs d'administration. S'il y a plusieurs administrateurs dans une SA, ils forment nécessairement un organe collégial.

⁹ Sur cette question, J. DELVOIE, « Ceci n'est pas un dualisme ? Over het nieuwe duale bestuurmodel in de NV », *T.P.R.*, 2019, pp. 767-777.

¹⁰ J. MALHERBE et al., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 610-612.

L'inconvénient d'un administrateur unique réside dans l'absence de collégialité. Lorsque celle-ci est requise, en particulier dans les sociétés cotées, on aurait pu interdire la figure de l'administrateur unique. Ce n'est toutefois pas la voie qui a été choisie. Pour accommoder les deux systèmes, l'article 7:101, § 1^{er}, alinéa 2 prévoit que, si une exigence de collégialité s'impose, l'administrateur unique doit être une société anonyme dotée d'un organe d'administration collégial¹¹. La délibération collégiale, ainsi d'ailleurs que d'autres exigences relatives à l'organe d'administration (équilibre des genres, application des règles de conflit d'intérêts, administrateurs indépendants, rémunération, etc.) sont alors reportées au niveau de la SA administratrice et réalisées en quelque sorte par l'intermédiaire de celle-ci. Il demeure qu'il n'y a qu'un représentant permanent au sein de la société administrée, mais son rôle se borne à transmettre les décisions prises par l'organe collégial de l'administrateur personne morale qu'il représente. Cette technique fait son apparition dans la loi (art. 7:101, § 1^{er}, al. 2-4), mais la pratique était déjà connue en particulier dans les quelques sociétés cotées qui avaient (eu) la forme de sociétés en commandite par actions.

Si la figure de l'administrateur unique peut s'expliquer comme une manière de simplifier ou de flexibiliser le droit de la SA, elle sert aussi à remplacer la société en commandite par actions. Le souhait du ministre était en effet de réduire le nombre de formes sociales et, dans cette perspective, d'en supprimer plusieurs, dont la SCA. Pourtant, divers acteurs trouvaient à cette forme des attraits dont la SA n'était pas dotée, notamment à des fins d'organisation patrimoniale ou successorale¹².

L'idée n'était pas d'interdire ces mécanismes. Aussi les a-t-on rendus possibles dans la société anonyme, forme classique la plus proche de la SCA¹³. Comme une (ancienne) SCA, la SA peut donc désormais être dirigée par un organe d'administration formé d'une seule personne. Les statuts peuvent conférer à l'administrateur un statut d'inaliénabilité, ou presque, comme on le verra *infra*. Ils peuvent aussi désigner son successeur ou un suppléant au cas

¹¹ E. POTTIER, T. L'HOMME, L.-Y. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », in E. POTTIER (coord.), *Le Code des sociétés et des associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 211.

¹² E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations – présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 214-215.

¹³ X. DIEUX et P. DE WOLF, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : *Capita Selecta* », *J.T.*, 2019, p. 503 ; P.A. FORIERS, « Principes généraux et dispositions communes », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 45. Pour des propositions de clauses statutaires qui mettent en œuvre la possibilité de reproduire les caractéristiques d'une SCA dans une SA, voy. P. BOSSARD, « L'organisation et la gestion et la répartition du pouvoir », in E.-J. NAVEZ (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Analyse critique et modèles de clauses commentés*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 346-349. Aux pp. 350-353, le même auteur explique comment on peut arriver à un résultat similaire au départ d'une SRL.

où il ne pourrait plus exercer sa fonction¹⁴ ou encore lui reconnaître un droit de veto lui permettant de s'opposer aux décisions de l'assemblée générale¹⁵.

Enfin, et c'était une demande spécifique de certains acteurs, les statuts peuvent prévoir (mais ils ne le doivent pas) que l'administrateur unique est solidairement responsable des engagements de la société, comme l'était le gérant d'une SCA. Si cet administrateur unique est une personne morale, seul cet administrateur unique, à l'exclusion de son représentant permanent, est personnellement responsable des engagements de la personne morale (art. 2:55, al. 3)¹⁶.

§2. Régime de la SRL : administration individuelle ou collégiale

A. Un ou plusieurs administrateurs agissant seuls

Sous le Code précédent, la plupart des SPRL étaient gérées par un ou plusieurs gérants (art. 255 C. Soc.), ayant chacun le pouvoir d'agir seul pour décider au nom de la société et pour la représenter à l'égard des tiers.

Cette formule, courante, bien connue des acteurs concernés et du grand public, et pratique pour les sociétés petites et moyennes, reste le principe dans la SRL et subsiste presque sans modification. L'appellation de gérant – désormais réservée aux sociétés de personnes – est toutefois remplacée par celle d'administrateur.

Comme l'indique l'article 5:73, « chaque administrateur a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet de la société » et « chaque administrateur » représente la société à l'égard des tiers.

La société peut désigner un seul administrateur ou en désigner plusieurs, ce qui ne modifie pas les règles de décision ou de représentation, sauf à opter pour une administration collégiale (voir *infra*). Il existe toutefois une incidence sur la gestion des conflits d'intérêts (voir *infra*).

B. Administration collégiale

Le Code des sociétés de 1999 n'interdisait pas d'aménager statutairement une administration collégiale dans la SPRL, mais il ne le prévoyait pas explicitement et ne l'organisait que de manière lacunaire, principalement au moyen d'une disposition relative aux conflits d'intérêts faisant état d'un « collège de

¹⁴ D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 223.

¹⁵ D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 231.

¹⁶ Cette dernière disposition se trouvait à l'article 61, § 2, alinéa 3 du Code des sociétés mais on avait « oublié » de la reproduire dans le Code de 2019 (P. BOSSARD, *CSA – Examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, p. 536 ; D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 224). La loi de réparation du 28 avril 2020 a remédié à cette erreur.

gestion ». Aussi, il revenait aux statuts d'organiser le fonctionnement de l'organe collégial, généralement sur le modèle du conseil d'administration de la SA. En pratique, ce mode d'administration est resté minoritaire.

Désormais, l'administration collégiale de la SRL est une possibilité instituée par le Code des sociétés et des associations (art. 5:73, § 1^{er}, al. 3), ce qui ne veut évidemment pas dire qu'elle va susciter un engouement en pratique. Cette possibilité est toutefois conçue comme une dérogation au régime de base, qui reste l'administration individuelle.

Le Code prévoit en conséquence un corpus de règles qui s'appliquent si la société opte pour une administration collégiale. Il s'agit pour l'essentiel d'une transposition des règles prévues pour le conseil d'administration dans la société anonyme : prise de décision collégiale, inopposabilité aux tiers de la répartition des tâches entre administrateurs, représentation par l'organe d'administration sauf clause statutaire de représentation (art. 5:73, § 2), possibilité de cooptation d'un administrateur (art. 5:71), rédaction de procès-verbaux (art. 5:75) et réglementation des conflits d'intérêts (art. 5:76, § 2).

§ 3. Délégué à la gestion journalière comme organe facultatif

A. *Le délégué à la gestion journalière dans la SRL*

La figure du délégué à la gestion journalière est connue depuis longtemps dans la SA (art. 525 C. Soc.), qui auparavant devait toujours être dirigée par un organe collégial. Il était donc particulièrement utile, dans cette société, de prévoir un autre organe, habilité à agir individuellement, pour s'occuper des questions quotidiennes. Après avoir un temps envisagé de supprimer, pour les SA, la fonction de délégué à la gestion journalière, au motif qu'il était possible d'atteindre un résultat similaire au moyen d'un mandat, le législateur l'a finalement maintenue (art. 7:121) dès lors qu'elle était largement utilisée et que le monde des affaires s'opposait à une suppression, ce qui démontrait en quelque sorte son utilité.

La même raison expliquait sans doute qu'un délégué à la gestion journalière ne soit pas prévu dans les dispositions légales relatives à la SPRL, généralement dirigée par un gérant doté de pouvoirs individuels. Celui-là était compétent tant pour les petites choses que pour les grandes, et qui peut le plus, peut le moins.

Pour la plupart des SRL, cette situation n'a pas évolué et la désignation d'un ou plusieurs administrateurs habilité(s) à agir seul(s) rend inutile, en pratique, celle d'un délégué à la gestion journalière. Il y a pourtant parfois un intérêt à prévoir un tel délégué même en présence d'un administrateur unique ou d'administrateurs dotés de pouvoirs individuels, si l'administrateur souhaite bénéficier de l'aide d'une sorte d'adjoint, aux pouvoirs plus limités.

Dans l'optique de faire de la SRL la « société de base »¹⁷ et pour éviter que d'aucuns choisissent la SA en raison de caractéristiques qu'elle posséderait

¹⁷ Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, DOC 54 3119/001, p. 21.

et qu'on ne trouverait pas dans la SRL, le législateur a donc aligné le droit de la SRL sur celui de la SA en prévoyant, comme dans la SA, la possibilité d'un délégué à la gestion journalière.

L'article 5:79, qui prévoyait ce délégué dans la SRL, contenait une référence aux statuts, supposés déterminer « leur nomination, leur révocation et leurs pouvoirs », alors qu'une telle référence aux statuts ne figurait pas dans la disposition correspondante applicable à la SA. L'inconvénient de cette formulation était important dans une perspective de droit transitoire, car la plupart des statuts des anciennes SPRL ne disaient rien du délégué à la gestion journalière, qui n'était pas prévu dans l'ancien Code. La loi de réparation du 28 avril 2020¹⁸ est venue corriger cette incohérence et aligner les textes : une disposition spéciale des statuts n'est désormais plus nécessaire pour désigner un délégué à la gestion journalière dans une SRL.

B. *Notion de gestion journalière*

La Cour de cassation s'accrochait à une conception particulièrement restrictive de la gestion journalière. Ainsi, dans un arrêt du 26 février 2009, elle avait encore affirmé que « Les actes de la gestion journalière sont ceux qui sont commandés par les besoins de la vie quotidienne de la société et ceux qui, en raison tant de leur peu d'importance que de la nécessité d'une prompt solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration lui-même »¹⁹.

Les mots « tant ... que » de l'attendu qui précède impliquaient qu'outre les actes de la vie quotidienne, n'étaient inclus dans la gestion journalière que les actes qui répondaient cumulativement à deux conditions : le peu d'importance et l'urgence. D'autres juridictions, et en particulier le Conseil d'État, se montraient particulièrement rigoureuses en ce qui concerne l'appréciation de cette notion et rejetaient comme irrecevables des demandes ou des recours introduits par ou sur ordre du délégué à la gestion journalière.

Or, en Belgique, le délégué à la gestion journalière, qui est souvent aussi un administrateur portant alors le titre d'« administrateur-délégué », est en pratique considéré comme le chef d'entreprise ou, pour utiliser un acronyme anglophone devenu commun, comme le CEO. Il y avait donc une discordance forte entre les pouvoirs de ce CEO tels que perçus par l'intéressé, la pratique, la presse, les partenaires commerciaux et le public en général (à savoir : presque tout) et les pouvoirs que le droit des sociétés attribuait au délégué à la gestion journalière (à savoir : presque rien)²⁰. Cette discordance conduisait de nombreux dirigeants à prendre des décisions en dépassement de leurs pouvoirs, souvent sans s'en rendre compte, ce qui nuisait à la sécurité juridique

¹⁸ Loi du 28 avril 2020 transposant la directive (UE) 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, et portant des dispositions diverses en matière de sociétés et d'associations, M.B., 6 mai 2020.

¹⁹ Cass., 26 février 2009, *Pas.*, 2009, p. 592.

²⁰ E. POTTIER, T. L'HOMME, L.-Y. Tu et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », in E. POTTIER (coord.), *Le Code des sociétés et des associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 221.

et était susceptible, dans des circonstances malheureuses, d'engager leur responsabilité.

Le nouveau Code fournit donc l'occasion d'élargir la notion de gestion journalière, sur le modèle proposé par P. Lambrecht²¹. Le texte, de même portée pour la SA et pour la SRL, s'appuie sur la jurisprudence précitée de la Cour de cassation, mais transforme la condition cumulative en une condition alternative : « La gestion journalière comprend aussi bien les actes et les décisions qui n'excèdent pas les besoins de la vie quotidienne de la société que les actes et les décisions qui, soit en raison de leur intérêt mineur qu'ils représentent soit en raison de leur caractère urgent, ne justifient pas l'intervention de l'organe d'administration » (art. 5:79, al. 2 ; voy. aussi art. 7:121, al. 2).

La gestion journalière inclut donc désormais trois types d'actes : ceux relevant de la vie quotidienne de la société, ceux qui sont urgents (même s'ils sont importants) et ceux qui ne revêtent qu'un intérêt mineur (même s'ils ne sont pas urgents)²².

§4. Appréciation

Les nouveautés des systèmes de gouvernance introduites par le Code des sociétés et des associations suscitent diverses réactions, même si ce n'est pas dans ce domaine que le Code est particulièrement innovant. On se contente ici d'en formuler quatre.

Premièrement, on peut se demander pourquoi le législateur n'a pas poussé jusqu'au bout le parallélisme qu'il a commencé d'organiser entre la SA et la SRL²³. Ainsi, il est possible d'avoir dans les deux formes, selon les règles identiques ou très proches, un administrateur unique, un organe d'administration collégial et un délégué à la gestion journalière. En revanche, l'administration duale reste réservée à la SA et la pluralité d'administrateurs dotés de pouvoirs individuels n'est possible que dans la SRL. Les raisons de ce choix n'apparaissent pas clairement, et l'on ne peut s'empêcher d'y voir une résurgence de l'ancienne logique : l'administration duale est réservée aux grandes structures et l'administration collégiale est malgré tout préférée dans la SA, l'absence de collégialité en présence de plusieurs administrateurs n'étant acceptée que dans la SRL, et l'administrateur unique n'étant que toléré dans la SA pour fournir un substitut à la SCA en voie d'extinction. Tant qu'à multiplier les possibilités,

²¹ P. LAMBRECHT, « L'Amendement : Pour une définition légale de la gestion journalière », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, pp. 472-474.

²² P. BOSSARD, « La société anonyme », in E.-J. NAVEZ (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Analyse critique et modèles de clauses commentés*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 90 ; E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations – présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 221 ; D. WILLERMAIN, « L'administration de la société à responsabilité limitée », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 137.

²³ Sur les principales différences qui subsistent : D. WILLERMAIN, « L'administration de la société à responsabilité limitée », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 115-116 ; D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 186-187.

on aurait tout aussi bien pu autoriser tous les modes de gouvernance dans toutes les formes de sociétés à responsabilité limitée. La subdivision du Code en livres consacrés chacun à une forme de société, comme le Code de 1999, n'a sans doute pas favorisé ce type d'harmonisation.

En deuxième lieu, la doctrine s'interroge sur le succès que l'administration duale va rencontrer, et donc sur son utilité. Le dualisme du Code de 1999 n'avait convaincu qu'un nombre réduit de sociétés. Il est vrai qu'il s'agissait d'un dualisme hybride et à certains égards peu clair. Il n'avait pas permis l'installation d'une « culture » de l'administration formellement duale dans les sociétés, quoiqu'en pratique elles fussent nombreuses à distinguer, y compris sur le plan organique, les décisions exécutives de celles plus formelles ou stratégiques²⁴. Si le dualisme du Code de 2019 est mieux organisé, consacré dans un corpus de dispositions séparé et plus clair, il est aussi marqué par une plus grande rigidité, à rebours de l'esprit libéral qui imprègne le code dans son ensemble.

Il n'est pas certain que ces dispositions plus strictes, en particulier l'interdiction de siéger dans les deux organes, mènent le nouveau dualisme à plus de succès que l'ancien. Il ne semble en tout cas pas adapté aux banques et aux sociétés d'assurances, pour lesquelles la loi impose certes un dualisme organique, mais aussi une présence des « exécutifs » dans l'organe d'administration « supérieur ». Ces sociétés, pourtant des candidates naturelles à l'adoption du régime dual, restent donc dirigées par un conseil d'administration, avec des aménagements permettant de respecter les exigences de gouvernance qui leur sont propres. Le régime dual pourrait peut-être rencontrer l'intérêt de sociétés détenues par des actionnaires étrangers, dont le pays d'origine est habitué aux systèmes de gouvernance dualistes. C'est une possibilité que la pratique confirmera éventuellement.

Troisièmement, malgré son élargissement, la notion de gestion journalière reste particulièrement étriquée et, en tout cas, très loin de l'idée qu'on se fait des pouvoirs d'un CEO. S'il faut saluer un pas dans la bonne direction, on peut regretter l'occasion manquée de redéfinir la notion de manière plus fondamentale. Aménager les termes de la formule ancienne de la Cour de cassation offrait l'avantage de la facilité et évitait un bouleversement conceptuel – avantage non négligeable en termes de sécurité juridique – mais condamnait presque inévitablement à rester dans une conception étroite du rôle du délégué à la gestion journalière, marquée par des concepts d'ailleurs éminemment sujets à appréciation comme la vie quotidienne, l'urgence et l'importance mineure. Il existe cependant désormais une manière de prévoir un « vrai » CEO : c'est d'en faire un administrateur unique, qui est alors doté de tous les pouvoirs d'administration. Mais cela va peut-être un peu loin dans l'autre sens, en privant la société du bénéfice de la collégialité dans la prise de décision, dont les vertus ne sont plus à démontrer au moins pour les décisions importantes dans les grandes sociétés.

Quatrièmement, il reste possible de prévoir des comités consultatifs (art. 7:98), y compris un « management committee », mais ils ne sont pas des organes et

²⁴ Voy. J. DELVOIE, « Ceci n'est pas un dualisme ? Over het nieuwe duale bestuurmodel in de NV », T.P.R., 2019, pp. 774-775.

n'ont en principe aucun pouvoir décisionnel. Ici aussi, on a privilégié une forme de continuité mais on n'a pas réfléchi en profondeur à certains aspects qui avaient pourtant pris de l'importance au cours des deux dernières décennies. Notamment, la question de savoir si les comités n'ont pas – quand même – une vraie compétence décisionnelle dans la société et si les membres des comités encourent une responsabilité particulière en cette qualité ne semble pas avoir été réfléchi, alors que l'occasion s'en présentait.

SECTION 2. CONFLITS D'INTÉRÊTS

§ 1. Au sein de l'organe d'administration²⁵

Il y a conflit d'intérêts lorsqu'un administrateur ou son représentant permanent a un intérêt de nature patrimoniale, direct ou indirect, opposé à celui de la société, à propos d'une opération ou décision relevant des compétences de l'organe d'administration de celle-ci²⁶. Si les principes relatifs à la gestion des conflits d'intérêts au sein de l'organe d'administration restent globalement inchangés, les règles sont clarifiées sur plusieurs points et, surtout, les solutions sont déclinées en fonction des différents modes de gouvernance.

A. Principes

Les règles relatives aux conflits d'intérêts varient en fonction de la forme sociale et du mode de gouvernance choisi par la société. On peut toutefois déceler des principes sous-jacents à ces différentes règles.

Trois types de solutions sont prévues pour gérer les conflits d'intérêts, dans le cadre d'un système « en cascade » partant de la solution préférable qui

²⁵ Sur les conflits d'intérêts dans la SRL, voy. P. BOSSARD, « CSA – Examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations », Limal, Anthemis, 2020, pp. 434-439 ; E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations – présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 160-162 ; V. SIMONART, « Le nouveau régime des conflits d'intérêts », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 147-172 ; D. WILLERMAIN, « La société à responsabilité limitée : au-delà de la suppression du capital », in E. POTTIER (coord.), *Le Code des sociétés et des associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 134-137 ; D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 202-205. Dans la SA : P. BOSSARD, *CSA – Examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 550-554 ; J. MALHERBE et al., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 628-638 ; E. POTTIER, T. L'HOMME, L.-Y. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », in E. POTTIER (coord.), *Le Code des sociétés et des associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 225-230 ; D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 220-222.

²⁶ Sur le champ d'application des règles de conflit d'intérêts, V. SIMONART, « Le nouveau régime des conflits d'intérêts », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 149-154 ; K. RENIERS, « Is de nieuwe belangenconflictprocedure in het WVV te cumuleren met andere uitkeringsregelingen ter bescherming van het vennootschapsbelang en het belang van de aandeelhouders ? », *Tax, Audit & Accountancy*, n° 66, 2020, pp. 6-17.

basculer vers une autre qui l'est moins, si la première n'est pas possible. Ce qui est ou non possible dépend du mode de gouvernance que la société a adopté.

La première solution consiste à faire prendre la décision par des membres du même organe, mais qui ne sont pas affectés par le conflit d'intérêts. Ainsi, le conseil d'administration et, dans le régime dual, le conseil de surveillance, restent en principe compétents pour prendre la décision, mais celui ou ceux de leurs membres qui sont affectés par le conflit ne peuvent participer à la délibération ni à la prise de décision (art. 7:96 et 7:115). Cette solution est aussi appliquée lorsqu'une SRL compte plusieurs administrateurs habilités à agir seuls et qu'un d'entre eux au moins n'est pas en situation de conflit. Dans ce cas la décision est prise collégialement par les administrateurs non affectés par le conflit²⁷ ou, s'il est seul, individuellement par celui qui n'est pas affecté (art. 5:76, § 1^{er}, al. 1^{er}).

Dans d'autres cas de figure, l'organe affecté par le conflit est dépossédé de ses pouvoirs et la décision doit être prise par un autre organe, qu'on pourrait qualifier de « supérieur ». C'est le cas lorsque tous les membres de l'organe d'administration sont en situation de conflit : s'il s'agit du conseil d'administration ou du conseil de surveillance dans la SA ou des administrateurs dans la SRL, c'est l'assemblée générale qui doit être convoquée pour autoriser l'opération, qui est ensuite exécutée par l'organe normalement compétent (art. 5:76, § 1^{er}, al. 2 ; art. 7:96, § 1^{er}, al. 4).

On applique la même logique en cas d'administrateur unique : s'il rencontre un conflit d'intérêts, la situation est analogue à celle où tous les administrateurs sont en conflit (art. 7:102, § 1^{er}, al. 1^{er}). Toutefois, si l'administrateur unique est une personne morale dirigée par un organe collégial, alors il est possible d'appliquer la procédure de conflits d'intérêts au niveau de la personne morale administratrice. On retombe donc sur la première solution si les membres de l'organe d'administration de la personne morale administratrice ne sont pas tous en conflit. Dans le cas contraire, on applique le deuxième régime et c'est l'assemblée générale de la société administrée qui autorise l'opération (art. 7:102, § 1^{er}, al. 2).

La technique de l'organe « supérieur » est aussi appliquée au conseil de direction dans le régime dual, même lorsque ses membres ne sont pas tous en situation de conflit. Selon l'article 7:117, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, « le conseil de direction renvoie cette décision au conseil de surveillance, qui procède conformément à l'article 7:115 ». On peut se demander s'il était nécessaire d'obliger le conseil de surveillance à appliquer la procédure de conflit d'intérêts en son sein, alors qu'aucun de ses membres ne peut faire partie du conseil de direction et qu'il est donc possible qu'aucun de ses membres ne soit en situation de conflit. Mais malgré l'étanchéité sur le plan de la composition, on redoute

²⁷ V. SIMONART, « Le nouveau régime des conflits d'intérêts », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 155-156 ; D. WILLERMAIN, « L'administration de la société à responsabilité limitée », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 132 ; D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 204.

vraisemblablement une proximité entre les deux organes, et l'on s'est dit que deux précautions valent mieux qu'une.

Enfin, le dernier cas est celui où, à défaut d'autre possibilité, on laisse la personne en situation de conflit décider elle-même, tout en la soumettant à une procédure destinée à faire la transparence sur l'opération. Ce mode de gestion du conflit est réservé au cas où l'administrateur unique est simultanément l'actionnaire unique de la société : dans ce cas, rien n'est en effet résolu en demandant à l'assemblée générale d'autoriser l'opération. On précise que cette solution ultime ne s'applique pas dans tous les cas où une société unipersonnelle est dirigée par un administrateur unique : il faut en outre que l'actionnaire et l'administrateur soient la même personne (art. 5:76, § 4 et art. 7:102, § 1^{er}, al. 3).

B. Exceptions

Le Code précise que les règles en matière de conflits d'intérêts ne s'appliquent pas dans deux cas où les risques d'abus sont réduits. Il s'agit, d'une part, des « opérations habituelles conclues dans des conditions et sous les garanties normales du marché pour des opérations de même nature » (art. 5:76, § 5, al. 2 ; art. 7:96, § 3, al. 2 ; art. 7:102, § 2, al. 2 et art. 7:115, § 3, al. 2). Sont par exemple visées les opérations par lesquelles un dirigeant d'entreprise achète les biens ou services commercialisés par son entreprise dans les mêmes conditions que tout autre client.

D'autre part, on n'applique pas les règles de conflit d'intérêts dans le cadre d'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 ou entre sociétés dont 95 % au moins des voix attachées à l'ensemble des titres émis par chacune d'elles sont détenus par une autre société » (art. 5:76, § 5, al. 1^{er} ; art. 7:96, § 3, al. 1^{er} ; art. 7:102, § 2, al. 1^{er} et art. 7:115, § 3, al. 1^{er}). Sont donc ici visées les opérations entre une société-mère et sa filiale, ou entre deux sociétés-sœurs, si le lien de participation est d'au moins 95 %. L'idée est que le risque est mince du point de vue de l'actionnaire, dans la mesure où la perte éventuellement réalisée d'un côté serait compensée par le gain indu de l'autre.

On peut se demander si cette dernière exception est cohérente avec la règle qui réglemente néanmoins le conflit d'intérêts d'un administrateur unique qui est aussi l'actionnaire unique²⁸. Dans ce cas également, l'actionnaire ne court aucun risque, parce que ce qu'il perdrait comme actionnaire serait compensé par ce qu'il a gagné comme administrateur. La comparaison entre les deux situations pose la question de savoir si les règles de conflit d'intérêts sont là pour protéger les actionnaires seulement, ou si elles sont aussi destinées à protéger les tiers. On semble avoir opté pour la première conception en ce qui concerne les opérations entre sociétés détenues à 95 %, mais pour la seconde s'agissant de l'administrateur unique également actionnaire unique.

²⁸ Cette règle particulière est expressément réservée dans la disposition prévoyant l'exception considérée ici (art. 5:76, § 5, al. 1^{er} ; art. 7:102, § 2, al. 1^{er}). Elle constitue donc une « exception à l'exception ».

C. Procédure

La gestion du conflit d'intérêts suppose de suivre une procédure particulière.

L'administrateur en conflit doit en informer ses collègues, en expliquant la nature de l'intérêt opposé. La déclaration doit figurer dans le procès-verbal de la réunion. Ensuite, l'administrateur concerné se retire : il ne peut participer ni à la délibération ni à la décision. Tel n'était pas le cas dans le cadre du Code des sociétés de 1999, ce que de nombreux intervenants avaient des difficultés à comprendre. Les règles sont désormais alignées sur un certain bon sens²⁹, au prix toutefois de risquer de perturber certains équilibres délicats au sein des organes d'administration, notamment quand le pouvoir est réparti entre deux groupes aux intérêts antagonistes³⁰.

Dans le procès-verbal de la réunion, les administrateurs doivent expliquer la nature de l'opération envisagée, ses conséquences patrimoniales pour la société et les raisons qui justifient la décision prise. Cet extrait du procès-verbal est publié dans le rapport de gestion ou, à défaut, en annexe aux comptes annuels. S'il ne s'agit pas d'un organe collégial et qu'il n'y a donc pas de réunion ni de procès-verbal, ces éléments doivent figurer dans un rapport spécial³¹.

Le commissaire de la société, s'il y en a un, doit recevoir l'extrait du procès-verbal et, sur la base des informations qui lui sont ainsi communiquées, inclure dans son rapport une section séparée contenant sa propre évaluation des conséquences patrimoniales de la décision pour la société.

D. Sanction

La société peut demander la nullité des opérations accomplies en violation de la procédure de conflits d'intérêts, si le tiers concerné avait ou devait avoir conscience de cette violation. L'action en nullité est aussi ouverte à toute personne pouvant justifier d'un intérêt au respect de la règle violée (art. 5:77, § 2 ; art. 7:96, § 2 ; art. 7:103, § 2 et art. 7:115, § 2).

Par ailleurs, le non-respect de la procédure est une violation du Code des sociétés et des associations, susceptible d'entraîner la responsabilité solidaire des administrateurs envers la société ou envers les tiers (art. 2:56, al. 3).

§2. Au sein d'un groupe comprenant une société cotée

A. Introduction

En ce qui concerne les conflits d'intérêts entre sociétés d'un groupe comprenant une société cotée, les auteurs du Code des sociétés et des associations souhaitaient partir du texte de l'article 524 du Code des sociétés, avec un double objectif : (i) clarifier le champ d'application de cette disposition, qui

²⁹ Y. DE CORDT et H. CULOT, « La réforme du droit belge des sociétés », *Rev. soc.*, 2019, p. 445.

³⁰ D. WILLERMAIN, « La société à responsabilité limitée : au-delà de la suppression du capital », in E. POTTIER (coord.), *Le Code des sociétés et des associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 135.

³¹ V. SIMONART, « Le nouveau régime des conflits d'intérêts », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 159.

pouvait être mal comprise ou mal appliquée dans la pratique et (ii) étendre ce champ d'application pour couvrir des opérations ou décisions potentiellement problématiques, mais qui n'étaient pas visées auparavant.

Par la suite, le législateur a transposé la directive (UE) 2017/828, dite « SRD II »³², qui modifie assez substantiellement le régime des conflits d'intérêts intragroupe. On aurait certes pu réfléchir aux deux aspects dès 2019, mais le Ministre ne l'a pas souhaité, essentiellement parce que le groupe de travail rédigeant le nouveau Code et l'instance chargée de préparer la transposition de la directive appartenaient à deux sphères séparées. Chacun son métier, donc, avec comme conséquence une application cumulative des deux réflexions, qui aboutit à un régime particulièrement complexe (art. 7:97 et 7:116), peut-être d'ailleurs davantage encore qu'auparavant.

On en expose ici les grandes lignes, sans entrer dans tous les détails.

B. Champ d'application

Ratione personae, est en principe visé un conflit d'intérêts entre une société cotée et une partie liée, à l'exception des filiales de la société cotée. Sont indirectement visées aussi les opérations entre une filiale de la société cotée et une partie qui lui est liée : dans ce cas, l'opération ou la décision doit être soumise au conseil d'administration de la société cotée. La notion de partie liée s'entend au sens des normes comptables internationales IAS/IFRS, telles qu'adoptées dans l'Union européenne³³.

Les opérations impliquant une filiale sont exemptées, dès lors que l'éventuel abus n'influencerait pas les comptes consolidés : l'appauvrissement d'une société viendrait compenser l'enrichissement d'une autre, et elles sont par hypothèse toutes les deux comprises dans le périmètre de consolidation.

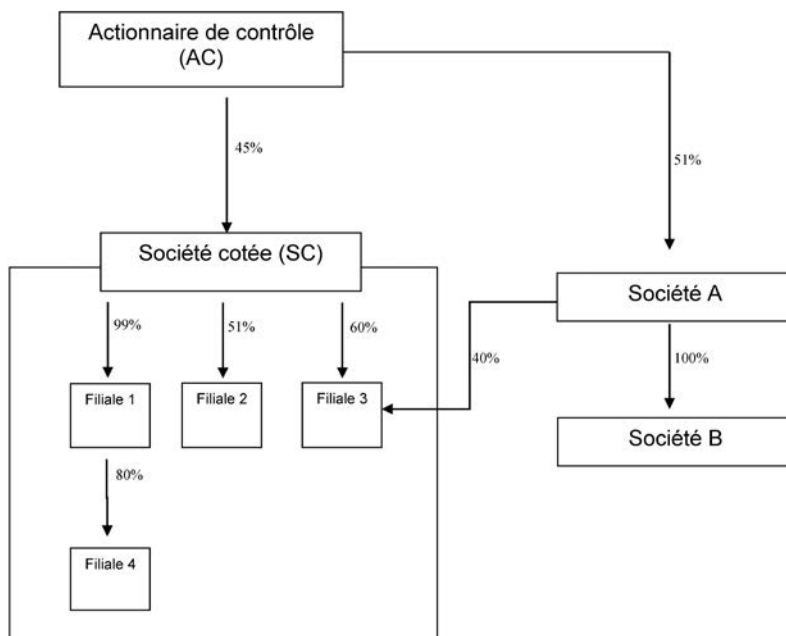
Toutefois, au-delà de ce que la directive exige, le droit belge réintègre dans le champ d'application les opérations conclues entre une société cotée et sa filiale si la personne qui contrôle la société cotée possède, directement ou indirectement, un intérêt d'au moins 25 % dans la filiale en question indépendamment (on pourrait dire, parallèlement) de la participation dans la société cotée, c'est-à-dire, en cas de participation indirecte dans la filiale de la société cotée, au travers d'autres personnes physiques ou morales que la société cotée³⁴. On évite ainsi que celui qui contrôle la société cotée cherche, en avantageant cette filiale, à se procurer indirectement un avantage au détriment des autres actionnaires de la société cotée.

³² Directive (UE) 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, *J.O.*, L 132, 20 mai 2017, pp. 1-25.

³³ Art. 9-12 de la norme IAS 24, annexée au Règlement (CE) n° 1126/2008 de la Commission du 3 novembre 2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, *J.O.*, L 320, 29 novembre 2008, p. 1.

³⁴ Voy. J. MALHERBE et al., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 641 ; E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations – présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 224-225.

Un schéma étant souvent plus clair que de longues explications, les travaux préparatoires ont proposé le diagramme suivant³⁵. Bien qu'il s'agisse d'une filiale de la société cotée, les opérations avec la société dénommée « Filiale 3 » seront soumises aux règles de conflit d'intérêts, comme si elle était une société liée sans être une filiale, en raison de la participation « parallèle » supérieure à 25 % de l'actionnaire de contrôle, par l'intermédiaire de la « société A ».



Le législateur belge a aussi souhaité étendre le champ d'application *ratione materiae* à des décisions de l'organe d'administration qui ne sont en principe pas soumises à ces règles, car il s'agit de décisions préparatoires d'opérations qui sont ensuite soumises à l'approbation de l'assemblée générale³⁶. Même si l'assemblée générale – donc, pourrait-on dire, les actionnaires – a le dernier mot, l'expérience a montré que les conditions de l'opération sont souvent définies, en substance, par l'organe d'administration, et que l'assemblée générale n'exerce en pratique qu'un pouvoir assez formel de ratification, d'autant qu'elle est généralement dominée par un actionnaire de contrôle, sans que les autres actionnaires ne disposent d'un contre-pouvoir effectif.

³⁵ Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, DOC 54 3119/001, p. 231.

³⁶ Auparavant, la FSMA recommandait d'appliquer volontairement la procédure de conflit d'intérêts dans ce type de cas : X. DIEUX et P. DE WOLF, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : *Capita Selecta* », *J.T.*, 2019, p. 524 ; E. POTTIER, T. L'HOMME, L.-Y. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », in E. POTTIER (coord.), *Le Code des sociétés et des associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 232.

Ces décisions de l'organe d'administration sont les suivantes : (i) les décisions par lesquelles l'organe d'administration décide de proposer à l'assemblée générale un apport en nature par une partie liée à la société (ce qui inclut l'apport de branche d'activité et l'apport d'universalité) et (ii) l'approbation d'un projet de fusion, de scission ou d'opération assimilée avec une partie liée, ou encore un projet d'apport d'universalité à une partie liée à la société³⁷.

À nouveau, ceci ne s'applique pas si la partie liée est une filiale de la société, sauf si l'actionnaire de contrôle dispose d'une participation significative ne passant par la société cotée (voir ci-dessus).

Alors que les auteurs du Code des sociétés et des associations ont étendu le champ d'application des règles *ratione materiae*, les personnes chargées de la transposition de la directive SRD II ont, quant à elles, fait un large usage des dérogations que cette directive autorise. Il ne s'agit pas des mêmes questions et il n'y a donc pas là une incohérence au sens strict du terme, mais en termes de politique législative, on peut se demander si le législateur belge souhaite un régime minimaliste ou englobant. Son attitude semble indiquer qu'il veut les deux à la fois.

Ainsi, ne sont pas soumises à la réglementation (art. 7:97, § 1^{er}, al. 3 et art. 7:116, § 1^{er}, al. 3) :

- Les « décisions et aux opérations habituelles pour la société cotée ou ses filiales, intervenant dans des conditions et sous les garanties normales du marché pour des opérations de même nature » ;
- Les « décisions et [...] opérations représentant moins d'1 % de l'actif net de la société cotée, tel qu'il résulte des comptes consolidés », en cumulant toutes les opérations concernant cette même partie liée pendant les douze derniers mois ;
- Les décisions et opérations au sujet de la rémunération des dirigeants ; on rappellera à cet égard que la rémunération des administrateurs doit en principe être décidée par l'assemblée générale (art. 2:50) ;
- Pour les établissements de crédit et avec l'accord de l'autorité de contrôle, les décisions adoptées par l'établissement de crédit pour exécuter les décisions de l'autorité de contrôle afin de préserver la stabilité de l'établissement de crédit ou du système financier ;
- Certaines opérations touchant aux fonds propres, à savoir « l'acquisition ou l'aliénation d'actions propres, [...] la distribution d'acomptes sur dividende et [les] augmentations de capital dans le cadre du capital autorisé sans limitation ou suppression du droit de préférence des actionnaires existants. »

C. Procédure

Les opérations qui entrent dans le champ d'application de cet article sont d'abord soumises à un comité, composé de trois administrateurs indépendants

³⁷ J. MALHERBE et al., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 639 ; E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations – présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 226.

de la société cotée. Ce comité peut se faire assister par un expert, aux frais de la société, s'il le souhaite.

Ce comité doit rendre un « avis circonstancié », écrit et motivé, sur la proposition de décision ou d'opération. Le Code précise les critères à prendre en considération et les rubriques que cet avis doit contenir. Le cas échéant, l'avis de l'expert est intégré ou annexé à l'avis du comité.

L'organe d'administration ou le conseil de surveillance prend la décision sur la base de l'avis du comité, étant entendu que les administrateurs « impliqués » ne participent pas à la délibération et au vote. Ce que le mot « impliqué » signifie n'est pas parfaitement clair³⁸. On aurait pu imaginer de se référer aux critères du conflit d'intérêts de l'administrateur, comme on le faisait précédemment. Choisir un autre vocable signifie peut-être qu'on visait autre chose, mais le législateur n'a pas précisé quoi. On peut imaginer qu'il s'agira souvent des administrateurs liés à l'actionnaire de contrôle, mais rien ne dit qu'ils sont nécessairement tous impliqués dans tous les cas de conflits.

Le Code précise que, si tous les administrateurs sont « impliqués », l'opération ou la décision doit être soumise à l'assemblée générale, avant d'être ensuite, le cas échéant, exécutée par l'organe d'administration. Ce cas de figure pose la question de savoir si les administrateurs indépendants (en général) mais impliqués (en ce qui concerne cette opération ou décision particulière) pourraient faire partie du comité d'avis. Il semble que oui, à défaut de quoi suivre la procédure n'est pas possible, mais il reste inconfortable de se dire que l'avis prétendument désintéressé a été donné par des personnes « impliquées ».

Le commissaire est également informé et doit communiquer son appréciation, en particulier sur les données financières et comptables sur lesquelles reposent l'avis du comité et la décision de l'organe d'administration.

La décision fait l'objet d'une publicité immédiate, au moyen d'une annonce publique contenant les mentions précisées par la loi, accompagnée de l'avis du comité, éventuellement des raisons pour lesquelles l'organe d'administration n'a pas suivi cet avis et du rapport du commissaire. Dans le rapport de gestion, il suffit désormais de donner un « aperçu » des annonces publiées pendant l'exercice, en indiquant pour le surplus l'endroit où l'on peut consulter ces annonces.

SECTION 3. STATUT DE L'ADMINISTRATEUR

On ne peut pas affirmer que le Code des sociétés et des associations réforme véritablement le statut de l'administrateur, mais il apporte quelques précisions, compléments et modifications dont la plupart sont bienvenus.

³⁸ Avis du Conseil d'État n° 66.666/2/AG, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2019-2020, DOC 55 0553/003, pp. 12-13.

§1. Nomination et révocation

L'administrateur est, en règle, nommé et révoqué par l'assemblée générale. Pour les membres du conseil de direction, cette compétence revient au conseil de surveillance (art. 7:107, al. 3). Le Code autorise aussi, en cas de vacance, la cooptation par l'organe d'administration lui-même, s'il est collégial, et sauf interdiction statutaire (art. 5:71 et 7:88)³⁹.

Dans la société anonyme et à l'exception de l'administrateur unique, les administrateurs sont nommés pour une durée déterminée, qui ne peut excéder six ans (art. 7:85, § 2). Dans la SRL, ils peuvent être désignés pour une durée déterminée ou indéterminée (art. 5:70, § 2)⁴⁰. Sauf disposition contraire, leur désignation court à compter du jour de la réunion de l'assemblée générale qui les nomme, jusqu'à celui de la réunion de l'assemblée générale ordinaire de l'exercice au cours duquel leur fonction prend fin, selon la décision de nomination.

La révocation *ad nutum*, ce qui signifie qu'elle peut être donnée à tout moment, sans motif, sans préavis et sans indemnité, reste la règle, mais cette norme est désormais supplétive, alors qu'une jurisprudence ancienne⁴¹, mais critiquée⁴², la considérait comme d'ordre public dans la SA. Si telle est l'idée générale, les règles sont exprimées de manière plus nuancée.

Ainsi, pour les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance d'une SA, la révocabilité *ad nutum* est la règle mais, d'une part, l'assemblée générale qui révoque peut, sauf si les statuts l'interdisent, fixer la date de prise d'effet de la révocation et décider d'octroyer une indemnité à l'administrateur révoqué et, d'autre part, les statuts peuvent prévoir un délai de préavis et/ou une indemnité de départ. Même si tel est le cas, l'assemblée générale peut néanmoins révoquer *ad nutum* s'il existe de justes motifs – notion singulièrement plus large que la faute grave, qu'elle englobe (art. 7:85, § 3 et art. 7:105, § 4)⁴³.

³⁹ D. WILLERMAIN, « L'administration de la société à responsabilité limitée », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 120-121 ; D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 197-198.

⁴⁰ D. WILLERMAIN, « L'administration de la société à responsabilité limitée », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 118.

⁴¹ Cass., 22 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 543 ; Cass., 13 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 825.

⁴² Voy. P. CRAHAY, « La révocation des administrateurs dans le Code des sociétés et des associations », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020, p. 45-46 ; E. POTTIER, T. L'HOMME, L.-Y. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », in E. POTTIER (coord.), *Le Code des sociétés et des associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 200.

⁴³ Voy. Y. DE CORDT et H. CULOT, « La réforme du droit belge des sociétés », *Rev. soc.*, 2019, pp. 443-444 ; X. DIEUX et P. DE WOLF, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : *Capita Selecta* », *J.T.*, 2019, p. 523 ; J. MALHERBE et al., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 592-593. Sur la notion de justes motifs, P. CRAHAY, « La révocation des administrateurs dans le Code des sociétés et des associations », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020, pp. 52-53 ; D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 217.

Les règles sont similaires dans la SRL⁴⁴. Dans la SRL, l'administrateur peut être nommé dans les statuts. Dans ce cas, il n'est révocable sans motifs que moyennant une modification des statuts, ou à la majorité simple mais alors moyennant de justes motifs (art. 5:70, § 3)⁴⁵.

L'administrateur unique d'une SA peut aussi être nommé dans les statuts (art. 7:101, § 1^{er}). Ceux-ci peuvent indiquer le nom de son successeur. Les statuts peuvent en outre prévoir que la révocation de l'administrateur unique suppose son consentement (art. 7:101, § 3), mais même dans ce cas, l'assemblée générale peut, sans son accord, révoquer l'administrateur unique, dans les conditions de quorum et de majorité prévues pour la modification des statuts et moyennant l'existence de justes motifs (art. 7:101, § 4, al. 2)⁴⁶. Une action minoritaire particulière est prévue pour faire révoquer judiciairement l'administrateur unique : la demande doit être introduite devant le président du tribunal de l'entreprise par un ou plusieurs actionnaires titulaires d'actions avec droit de vote qui représentent au moins 10 % du capital, 3 % dans une société cotée. La demande est introduite par un mandataire unique et doit faire état de justes motifs pour être accueillie (art. 7:101, § 4, al. 3-5)⁴⁷.

Le Code précise explicitement que les administrateurs ne peuvent pas exercer cette fonction dans le cadre d'un contrat de travail. Ils sont donc, en cette qualité, des travailleurs indépendants (art. 5:70, § 1^{er}, al. 2 ; art. 7:85, § 1^{er}, al. 3 ; art. 7:105, § 2 et art. 7:107, al. 2). C'était déjà la règle auparavant, même si elle ne figurait pas telle quelle dans le Code des sociétés. Ceci n'empêche pas que le titulaire de la fonction d'administrateur exerce par ailleurs, dans le cadre d'un contrat de travail, une fonction distincte au sein de la même entreprise⁴⁸.

⁴⁴ Sur les différences entre SA et SRL au sujet de la révocation des administrateurs, voy. D. WILLERMAIN, « Le contrôle de l'actionariat et de l'administration des sociétés familiales constituées sous forme de SRL et de SA (spécialement dans une perspective de transmission de la société) », *Revue de planification patrimoniale belge et internationale*, 2020, pp. 134-135.

⁴⁵ Selon D. WILLERMAIN, le caractère en principe supplétif des règles de révocation ne permet pas de renforcer la majorité simple qui suffit légalement en cas de justes motifs (« L'administration de la société à responsabilité limitée », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 122-123). Dans le même sens, P. CRAHAY, « La révocation des administrateurs dans le Code des sociétés et des associations », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020, pp. 53-54. Voy. aussi D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 199-200.

⁴⁶ D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 226.

⁴⁷ E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations – présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 216 ; D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 227-228.

⁴⁸ J. MALHERBE et al., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 593-594 ; E. POTTIER, T. L'HOMME, L.-Y. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », in E. POTTIER (coord.), *Le Code des sociétés et des associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 198-199 ; D. WILLERMAIN, « L'administration de la société à responsabilité limitée », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 126 ; D. WILLERMAIN, « La société à responsabilité limitée : au-delà de la suppression du capital », in E. POTTIER (coord.), *Le Code des sociétés et des associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 129-130 ; D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés,

Les nouvelles dispositions contiennent aussi des précisions sur la démission des administrateurs, sans vraiment modifier les règles antérieures. Elles indiquent que la démission ne suppose pas, pour être effective, qu'elle soit acceptée ou « actée » par la société. Il suffit qu'elle lui soit notifiée. Toutefois, l'administrateur doit rester en fonction pendant la durée raisonnable nécessaire à son remplacement si la société le lui demande⁴⁹. La société a l'obligation de publier la cessation des fonctions de l'administrateur, mais si elle néglige ce devoir, l'administrateur concerné peut, lui-même, se charger des publications nécessaires (art. 5:70, § 4 ; art. 7:85, § 4 et art. 7:105, § 5).

§2. Rémunération

La fonction d'administrateur est en principe rémunérée⁵⁰. Le Code affirme ainsi le droit à une rémunération, même s'il n'en fixe pas le montant (art. 5:72, 7:89 et 7:108). Les statuts ou l'assemblée générale pourraient toutefois prévoir l'exercice de la fonction à titre gratuit, ce qui peut être intéressant pour éviter le paiement des cotisations de sécurité sociale des travailleurs indépendants⁵¹.

L'assemblée générale est compétente pour déterminer le montant de la rémunération d'un administrateur (art. 2:50)⁵². Cette règle générale s'applique à toutes les personnes morales.

Des règles spécifiques, qu'on n'expose pas ici, sont prévues pour la rémunération des administrateurs des sociétés cotées (art. 7:89/1 à 7:92)⁵³.

§3. Indépendance

La qualité d'administrateur indépendant vaut surtout pour les sociétés cotées et certaines entités d'intérêt public, qui en ont besoin pour faire partie de leur comité d'audit et de leur comité de rémunération, et éventuellement pour former le comité chargé donner un avis sur les conflits d'intérêts intragroupe.

Auparavant, l'article 526ter du Code des sociétés contenait une liste de critères, essentiellement négatifs, permettant de définir l'indépendance. Le Code des sociétés et des associations s'en réfère quant à lui à la *soft law*, au

spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 190-191.

⁴⁹ Ces modalités de notification à la société et de maintien dans la fonction à la demande de la société sont difficiles à appliquer en cas d'administrateur unique : comment la société est-elle représentée dans ces actes ? (D. WILLERMAIN, « L'administration de la société à responsabilité limitée », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 124-125).

⁵⁰ D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 191.

⁵¹ J. MALHERBE et al., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 602.

⁵² X. DIEUX et P. DE WOLF, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : *Capita Selecta* », *J.T.*, 2019, p. 523 ; J. MALHERBE et al., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 595.

⁵³ Voy. X. DIEUX et P. DE WOLF, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : *Capita Selecta* », *J.T.*, 2019, p. 524 ; J. MALHERBE et al., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 597-601 ; E. POTTIER, T. L'HOMME, L.-Y. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », in E. POTTIER (coord.), *Le Code des sociétés et des associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 207-208.

prix d'un mélange des genres, peu clair et peu orthodoxe, dont on ne voit pas l'utilité à part la « flexibilité »⁵⁴, ce qui pourrait se traduire plus clairement par la possibilité de faire passer pour indépendants des administrateurs qui ne le sont pas (vraiment)⁵⁵.

Le Code énonce d'abord une règle tautologique : « Un administrateur d'une société cotée est considéré comme indépendant s'il n'entretient pas avec la société ou un actionnaire important de celle-ci de relation qui soit de nature à mettre son indépendance en péril ».

Pour le reste, il formule une présomption simple selon laquelle est indépendant celui qui satisfait aux « critères prévus dans le code belge de gouvernance d'entreprise que le Roi désigne conformément à l'article 3:6, § 2, alinéa 4. Le Roi veille à ce que ce code contienne une liste de critères adéquats ».

On note cependant que :

- L'article 3:6 précité n'impose pas au Roi de désigner un code de gouvernance d'entreprise, mais lui en laisse seulement la faculté ;
- Par arrêté du 12 mai 2019⁵⁶, le Roi, comme il était en réalité prévu dès le départ, a désigné le Code de gouvernance d'entreprise (dit « Code 2020 ») établi par la Commission Corporate Governance, une émanation de la Fédération des entreprises de Belgique ;
- Rien n'indique, ni dans l'arrêté, ni dans son préambule, ni dans le rapport au Roi, qu'au moment de prendre cet arrêté, on aurait vérifié le caractère adéquat des critères que le Code 2020 contient ;
- Le Code 2020 ne fixe pas des critères impératifs, mais seulement des recommandations auxquelles il est permis de déroger si la société estime qu'elles ne sont pas adéquates en fonction de sa situation⁵⁷. Certains considèrent qu'il revient alors à l'assemblée générale de trancher⁵⁸, mais peut-on faire confiance à son jugement lorsqu'il faut décider si le candidat administrateur est suffisamment indépendant, c'est-à-dire pas trop proche de l'actionnaire de contrôle ?

Il n'aura pas fallu attendre longtemps pour que des libertés soient prises avec la notion d'indépendance, comme dans le cas de cette société proposant de qualifier d'indépendants, à l'occasion de leur renouvellement, deux administrateurs qui ne l'étaient pas précédemment, en considérant qu'en raison de la taille réduite de la société, il se justifiait de réduire de trois ans à six mois la

⁵⁴ E. POTTIER, T. L'HOMME, L.-Y. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », in E. POTTIER (coord.), *Le Code des sociétés et des associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 204.

⁵⁵ Voy. Y. DE CORDT et H. CULOT, « La réforme du droit belge des sociétés », *Rev. soc.*, 2019, p. 443.

⁵⁶ A.R. du 12 mai 2019 portant désignation du code de gouvernement d'entreprise à respecter par les sociétés cotées, *M.B.*, 17 mai 2019.

⁵⁷ Pour une synthèse des dispositions du Code de gouvernement d'entreprise 2020 en matière d'indépendance, J. MALHERBE et al., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 588-589 ; E. POTTIER, T. L'HOMME, L.-Y. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », in E. POTTIER (coord.), *Le Code des sociétés et des associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 204-206.

⁵⁸ P. LAMBRECHT, « Aspects de droit financier », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 602.

période pendant laquelle les personnes concernées ne peuvent pas avoir été manager exécutif ou délégué à la gestion journalière dans la société. La FSMA est intervenue pour s'opposer à cette désignation et l'assemblée générale de la société s'est inclinée, en désignant les administrateurs sans qu'ils soient reconnus comme indépendants⁵⁹.

Au-delà de l'inefficacité du système pour garantir une réelle indépendance des administrateurs indépendants, on peut regretter cette manière de déléguer à des organismes privés sans légitimité démocratique le soin de fixer des critères essentiels au fonctionnement de mécanismes prévus dans l'intérêt général. Il est aussi dommage que le législateur n'ait pas souhaité prévoir, en faveur des administrateurs indépendants, une forme de protection contre le pouvoir de l'actionnaire de contrôle, par exemple en prévoyant une désignation pour une durée fixe comme cela existe dans le cas du commissaire (art. 3:61, § 1^{er}).

§4. Responsabilité

Le Code des sociétés et des associations prévoit, dans son livre 2, un régime de responsabilité des dirigeants commun à toutes les personnes morales régies par le Code⁶⁰, c'est-à-dire, en résumé, les différentes formes de sociétés dotées de la personnalité juridique, les ASBL et AISBL et les fondations. Ce régime s'applique non seulement aux administrateurs, mais aussi à leurs représentants permanents si les administrateurs sont des personnes morales, aux délégués à la gestion journalière et aux administrateurs de fait⁶¹. Il s'agit du régime général de responsabilité, étant entendu que des dispositions particulières prévoient des cas supplémentaires de responsabilité à propos d'opérations spécifiques.

Ce régime contient une obligation positive de bon comportement de l'administrateur : « Chaque membre d'un organe d'administration ou délégué à la gestion journalière est tenu à l'égard de la personne morale de la bonne exécution de la mission qui lui a été confiée » (art. 2:51)⁶². La loi de réparation du 28 avril 2020 remplace le mot « mandat » utilisé précédemment par celui de mission, ce qui est effectivement préférable dans la mesure où le dirigeant

⁵⁹ Voy. le procès-verbal de l'assemblée générale ordinaire de la SA Asit Biotech du 15 juin 2020, https://www.asitbiotech.com/images/fr/pdf/2020/Proces_verbal_de_l_Assemblee_Generale_Ordinaire_du_15_juin_2020.pdf (consulté le 11 juillet 2020).

⁶⁰ X. DIEUX et P. DE WOLF, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : *Capita Selecta* », *J.T.*, 2019, p. 511 ; E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations – présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 67. Pour une analyse critique, L. CORNELIS et A. FRANÇOIS, « Les résidus de la responsabilité des administrateurs », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 251-295.

⁶¹ L. CORNELIS et A. FRANÇOIS, « Les résidus de la responsabilité des administrateurs », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 257-258 ; E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations – présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 68.

⁶² H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, « Het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen (WVV) (deel 1) », *R.W.*, 2019-2020, p. 535 ; E. POTTIER et F. LEFÈVRE, « La responsabilité des organes », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 175.

n'est pas un mandataire de la société au sens propre du terme⁶³. Le Code conserve toutefois le terme de mandat, tant pour les dirigeants que pour les commissaires, en de nombreux autres endroits. L'énoncé des devoirs des administrateurs ne va pas plus dans les détails, alors qu'on aurait pu expliciter des devoirs spécifiques reconnus par la doctrine et la jurisprudence (devoir de diligence ou de discrétion, par exemple). On ne trouve pas non plus de disposition générale sur les droits des administrateurs⁶⁴.

En conformité avec la jurisprudence établie, le Code des sociétés et des associations énonce la règle de l'appréciation marginale : « Ces personnes ne sont toutefois responsables que des décisions, actes ou comportements qui excèdent manifestement la marge dans laquelle des administrateurs normalement prudents et diligents placés dans les mêmes circonstances peuvent raisonnablement avoir une opinion divergente » (art. 2:56, al. 1^{er}, 3^e phrase)⁶⁵. Si le juge peut sanctionner le dirigeant qui n'a pas bien exécuté sa mission, il ne peut toutefois pas substituer, surtout *a posteriori*⁶⁶, sa propre appréciation à celle du dirigeant, si ce dernier disposait d'un pouvoir d'appréciation⁶⁷. On ne peut pas tenir responsable le dirigeant qui aurait choisi, parmi différents comportements licites et raisonnablement possibles, celui qui s'est postérieurement avéré dommageable. La faute suppose au contraire qu'il ait adopté un comportement qu'aucun dirigeant raisonnable n'aurait pu avoir dans les mêmes circonstances.

Les règles antérieures sont quelque peu renforcées en ce qui concerne la solidarité (art. 2:56, al. 2 et 3). Si l'organe d'administration est collégial, la responsabilité des dirigeants est toujours solidaire ; on ne fait plus la distinction – qui était parfois difficile à apprécier dans la pratique – entre la responsabilité solidaire pour les fautes communes et la responsabilité *in solidum* pour les fautes concurrentes⁶⁸. Dans les autres cas, c'est-à-dire s'il y a plusieurs

⁶³ Il existait en outre une discordance entre le texte français et le texte néerlandais. Pour une discussion de cette question, voy. X. DIEUX et P. DE WOLF, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : *Capita Selecta* », *J.T.*, 2019, pp. 507-508 ; L. CORNELIS et A. FRANÇOIS, « Les résidus de la responsabilité des administrateurs », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 253-256.

⁶⁴ D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 193. Sur les devoirs des administrateurs, A. TILLEUX et J. SALTEUR, « Administrateur de société, une fonction aux devoirs multiples », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, pp. 315-340.

⁶⁵ E. POTTIER et F. LEFÈVRE, « La responsabilité des organes », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 177-178. Sur la question de savoir si ceci concerne le pouvoir du juge ou la définition de la faute, et les conséquences de ce débat, voy. L. CORNELIS et A. FRANÇOIS, « Les résidus de la responsabilité des administrateurs », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 260-265.

⁶⁶ P. BOSSARD, *CSA – Examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, p. 130.

⁶⁷ Y. DE CORDT et H. CULOT, « La réforme du droit belge des sociétés », *Rev. soc.*, 2019, p. 444 ; P. DE WOLF, « La responsabilité des administrateurs ou la recherche de l'impossible équilibre », *Tax, Audit & Accountancy*, n° 63, 2019, p. 27 ; E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations – présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 69.

⁶⁸ E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations – présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 69.

dirigeants qui peuvent agir individuellement, la responsabilité n'est solidaire qu'en cas de violation du Code ou des statuts. Le dirigeant qui n'a pas pris part à la faute peut se dégager de la solidarité en dénonçant l'infraction à tous les autres membres de l'organe d'administration ainsi que, le cas échéant, au conseil de surveillance (art. 2:56, al. 4)⁶⁹. Si l'on comprend que la dénonciation intervient ainsi plus rapidement qu'auparavant (lorsqu'elle devait être portée devant l'assemblée générale), on peut toutefois se demander si la dénonciation d'un collègue auprès d'autres collègues (voire auprès d'un seul collègue qui serait par hypothèse le fautif) sera une méthode plus efficace pour mettre un terme aux irrégularités et pour maintenir un fonctionnement harmonieux de l'organe d'administration⁷⁰.

Le Code reprend aussi la jurisprudence désormais établie de la Cour de cassation dite de la « coexistence » des responsabilités en cas de faute extracontractuelle (art. 2:56, al. 1^{er}, 2^e phrase)⁷¹. Dans son arrêt du 20 juin 2005, la Cour avait en effet affirmé que « si la faute commise par l'organe d'une société au cours de négociations préalables à la conclusion d'un contrat engage la responsabilité directe de cette personne morale, cette responsabilité n'exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l'organe mais coexiste avec celle-ci », un attendu unanimement étendu à tous les cas de responsabilité aquilienne. En cas de faute extracontractuelle commise par un organe dans l'exercice de ses fonctions, tant la société que l'organe personnellement sont responsables. Cette solution n'est guère cohérente avec la théorie de l'organe, mais en pratique elle est de nature à renforcer les fonctions dissuasive et d'indemnisation de la responsabilité extracontractuelle.

La principale nouveauté en matière de responsabilité des dirigeants est l'introduction d'une limitation de cette responsabilité (art. 2:57). L'idée d'une limitation de la responsabilité se base sur des arguments⁷² qui ne convainquent guère⁷³. Il s'agirait par exemple de favoriser la couverture de la responsabilité des dirigeants par un contrat d'assurance, alors que le fait que la responsabilité soit précédemment illimitée ne l'avait jamais empêché, tous les contrats d'assurance prévoyant évidemment un plafond à la couverture⁷⁴. Le Code n'impose par ailleurs aucune obligation d'assurance. On devrait aussi prévoir une égalité de traitement entre les dirigeants et les travailleurs salariés, en oubliant

⁶⁹ L. CORNELIS et A. FRANÇOIS, « Les résidus de la responsabilité des administrateurs », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 270-272 ; E. POTTIER et F. LEFÈVRE, « La responsabilité des organes », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 182-183.

⁷⁰ Y. DE CORDT et H. CULOT, « La réforme du droit belge des sociétés », *Rev. soc.*, 2019, p. 444.

⁷¹ P. DE WOLF, « La responsabilité des administrateurs ou la recherche de l'impossible équilibre », *Tax, Audit & Accountancy*, n° 63, 2019, p. 28.

⁷² Voy., pour un résumé de ceux-ci, P. BOSSARD, *CSA – Examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, p. 132-134.

⁷³ L. CORNELIS et A. FRANÇOIS, « Les résidus de la responsabilité des administrateurs », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 276-281 ; Y. DE CORDT et H. CULOT, « La réforme du droit belge des sociétés », *Rev. soc.*, 2019, pp. 444-445.

⁷⁴ E. POTTIER et F. LEFÈVRE, « La responsabilité des organes », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 186.

qu'évidemment les dirigeants dirigent alors que les employés doivent obéir⁷⁵. On est même allé jusqu'à invoquer un argument de « guerre des talents »⁷⁶, selon lequel, à défaut de limiter la responsabilité, on risquait de ne plus trouver personne pour assumer la charge de dirigeant d'entreprise en Belgique.

Heureusement, le projet initial a été largement vidé de sa substance au cours du processus législatif. La limitation de responsabilité des dirigeants ne s'applique pas « en cas de faute légère présentant dans leur chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel, de faute grave, d'intention frauduleuse ou à dessein de nuire dans le chef de la personne responsable », ni aux obligations de garantie prévues par exemple en cas d'apport en nature, ni à certaines responsabilités particulières en matière fiscale et de sécurité sociale (art. 2:57, § 3). Le libellé assez large de la première exclusion et les concepts susceptibles d'appréciation sur lesquels elle repose permettront au juge de condamner pleinement ceux qui doivent l'être⁷⁷.

Lorsque la limitation de responsabilité s'applique, le montant du plafond dépend de la taille de la personne morale, évaluée au regard de son chiffre d'affaires et du total de son bilan, en considérant la moyenne des trois derniers exercices⁷⁸. Dans les sociétés les plus petites, la responsabilité est limitée à 125 000 euros et le plafond est fixé à 12 millions d'euros pour les plus grandes (ce qui inclut les entités d'intérêt public)⁷⁹. Le plafond s'applique par fait générateur de responsabilité, quel que soit le nombre de responsables et de victimes. Le montant maximal est donc, pour le paiement, à répartir entre les responsables et, pour l'indemnisation, entre les victimes, sans que le code ne précise le critère de répartition. La limitation de responsabilité, si elle s'applique, vaut quelle que soit la base juridique de la responsabilité.

D'importants risques de traitement discriminatoire, pointés notamment par le Conseil d'État⁸⁰, subsistent dans ce régime de limitation de responsabilité⁸¹.

⁷⁵ Voy. E. POTTIER et F. LEFÈVRE, « La responsabilité des organes », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 185, qui exposent que le législateur est parti de l'idée que telle n'était pas la situation dans les grandes sociétés, où les membres du management sous contrat de travail auraient, dans les faits, un pouvoir décisionnel plus grand que les administrateurs. En meilleure logique, cette constatation, à la supposer exacte, aurait dû conduire à rendre les managers pleinement responsables (puisque'ils dirigent en fait), plutôt qu'à limiter la responsabilité de tout le monde, au détriment de la société et des tiers.

⁷⁶ E. POTTIER et F. LEFÈVRE, « La responsabilité des organes », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 186 et 189.

⁷⁷ Sur les exceptions à la limitation de responsabilité, P. BOSSARD, *CSA – Examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 138-142 ; L. CORNELIS et A. FRANÇOIS, « Les résidus de la responsabilité des administrateurs », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 286-290 ; P. DE WOLF, « La responsabilité des administrateurs ou la recherche de l'impossible équilibre », *Tax, Audit & Accountancy*, n° 63, 2019, pp. 29-30 ; E. POTTIER et F. LEFÈVRE, « La responsabilité des organes », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 194-196.

⁷⁸ H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, « Het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen (WVV) (deel 1) », *R.W.*, 2019-2020, p. 536.

⁷⁹ Sur le calcul des plafonds, E. POTTIER et F. LEFÈVRE, « La responsabilité des organes », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 187-191.

⁸⁰ Avis du Conseil d'État n° 61.988/2, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, DOC 54 3119/002, pp. 12-18.

⁸¹ E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations – présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 73-74.

La personne morale ne peut pas limiter davantage la responsabilité de ses dirigeants. Elle, ses filiales et les entités qu'elle contrôle ne peuvent pas les exonérer ou les garantir par avance contre des actions en responsabilité (art. 2:58). Une autre société (par exemple la société-mère) pourrait toutefois accorder une telle garantie ; l'exonération ou la décharge peuvent aussi être accordées par la société après que les conditions de la responsabilité sont réunies. La société peut, de même, conclure un contrat d'assurance couvrant la responsabilité de ses dirigeants⁸².

SECTION 4. DROITS DE VOTE DOUBLES ET MULTIPLES

Le législateur a voulu largement libéraliser la question du droit de vote.

Bien entendu, le principe demeure qu'une action donne droit à une voix (art. 5:42, al. 1^{er} et 7:51, al. 1^{er}) ou, dans la SA, à un nombre de voix proportionnel à la part du capital qu'elle représente (art. 7:51, al. 2)⁸³. Sauf dans les sociétés cotées, ce principe est devenu purement supplétif (art. 5:42, al. 1^{er} et 7:52). Ceci permet donc de créer statutairement des actions sans droit de vote⁸⁴ ou des actions à vote multiple, quasiment sans limite⁸⁵. On peut aussi conditionner le droit de vote à toutes sortes de circonstances : le type d'assemblée générale, la nature des questions à décider, l'identité ou des caractéristiques du titulaire de l'action, le moment auquel le vote est exercé, etc. Il est ainsi possible d'organiser très librement la répartition des pouvoirs au sein de la société et de découpler presque entièrement cette question des droits économiques liés à l'action.

On se gardera cependant d'en déduire que tout ce qui est possible serait nécessairement opportun. Les praticiens peuvent imaginer moult « bonnes idées » qui, en réalité, créent au sein de la société des déséquilibres et des intérêts mal alignés, souvent à la source d'abus ou de conflits. Il n'est pas certain non plus – mais c'est à la pratique de le confirmer éventuellement – que le fisc acceptera sans sourciller des constructions alambiquées qui, comme par enchantement, permettraient d'éviter l'impôt. Une certaine prudence reste donc de mise.

⁸² P. BOSSARD, *CSA – Examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, p. 149 ; L. CORNELIS et A. FRANÇOIS, « Les résidus de la responsabilité des administrateurs », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 291-293 ; E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations – présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 75.

⁸³ D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020, p. 127.

⁸⁴ Quelques règles particulières, juridiquement impératives mais peu contraignantes en pratique, continuent à s'appliquer aux actions sans droit de vote (art. 5:47 et 7:57).

⁸⁵ D. BRULOOT, « De invoering van het meervoudig stemrecht in het WvV en de gevolgen voor vennootschapsgroepen », *Tax, Audit & Accountancy*, n° 66, 2020, p. 32 ; X. DIEUX et P. DE WOLF, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : *Capita Selecta* », *J.T.*, 2019, p. 521 ; J. MALHERBE et al., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 683 ; D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020, pp. 128-129.

La réglementation du droit de vote est plus rigide dans les sociétés cotées, ce qui se comprend. Ces sociétés ont le choix entre deux systèmes impératifs. Le premier, assez simple, est celui dans lequel chaque action confère un droit de vote proportionnel à la part du capital qu'elle représente, ce qui revient à dire, dans la plupart des cas, que chaque action donne droit à une voix.

L'autre système possible est inspiré du droit français⁸⁶ : il s'agit de conférer un second droit de vote aux actionnaires fidèles, c'est-à-dire ceux qui sont titulaires d'actions nominatives qu'ils ont conservées sans interruption depuis au moins deux ans (art. 7:53)⁸⁷. Des règles assez détaillées sont prévues pour calculer le délai de deux ans, c'est-à-dire son point de départ et les différentes circonstances faisant perdre le second droit de vote. Il s'agit en principe de la cession de l'action, mais des dérogations sont prévues par exemple en cas de transfert de propriété dans le cadre d'une fusion ou d'une succession⁸⁸. Il n'échappe à personne qu'un tel système est généralement de nature à favoriser l'actionnaire de contrôle, qui est souvent le seul à faire inscrire ses actions au nominatif et à les conserver longtemps.

Si la société souhaite opter pour le droit de vote double, elle doit l'inscrire dans ses statuts⁸⁹. La majorité requise pour adopter cette modification statutaire a suscité des débats animés⁹⁰. En règle générale, une modification des statuts suppose de réunir une majorité des trois quarts des voix lors de l'assemblée générale extraordinaire. Au motif que, dans plusieurs sociétés cotées bien identifiées, il ne serait pas possible de réunir trois quarts de voix en faveur d'une telle modification, le législateur a, après bien des discussions, opté pour une majorité dérogatoire des deux tiers, applicable uniquement pour instaurer le droit de vote double. Toute autre modification des statuts, et notamment le retour au droit de vote proportionnel, supposait une majorité des trois quarts. La preuve est donc faite que ce système nuit aux actionnaires minoritaires, sans quoi personne n'aurait craint qu'ils ne votent pas en sa faveur ; on sait aussi quel type d'actionnaires le législateur souhaite favoriser. La loi de réparation du 28 avril 2020 rétablit toutefois le parallélisme en prévoyant que « La suppression du droit de vote double est soumise aux mêmes conditions de quorum et de majorité que pour son introduction » (art. 7:53, § 1^{er}, al. 4).

Dans les premiers mois d'application de cette règle, les sociétés concernées ont réalisé que, nonobstant la majorité réduite prévue par la loi, leurs statuts préoyaient, selon la règle antérieure, une modification à la majorité des trois quarts. Or, il est admis que, si les statuts d'une SA ne peuvent pas diminuer la majorité légale prévue pour leur modification, ils peuvent en revanche la

⁸⁶ X. DIEUX et P. DE WOLF, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : *Capita Selecta* », *J.T.*, 2019, p. 522.

⁸⁷ C. CLOTTENS et J. DE WOLF, « Het loyaalstemsrecht in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen », *R.P.S.-T.R.V.*, 2019, pp. 150-180.

⁸⁸ J. MALHERBE et al., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 683-684.

⁸⁹ D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020, p. 130.

⁹⁰ Voy. J. DELVOIE et S. DECLERCOQ, « De invoering van meervoudig stemrecht en loyaalstemsrecht in bestaande vennootschappen », *R.P.S.-T.R.V.*, 2019, pp. 143-147.

renforcer⁹¹. En clair, il fallait réunir trois quarts des voix en vertu des statuts, même si la loi se contentait de deux tiers. Qu'à cela ne tienne : il ne fut pas difficile d'obtenir du législateur qu'il précise, dans la loi de réparation, qu'« il ne peut être dérogé à cette majorité [des deux tiers] que par une disposition statutaire qui vise spécifiquement l'introduction du droit de vote double » (art. 7:53, § 1^{er}, al. 1^{er}), ce qui revient en pratique à faire prévaloir la majorité des deux tiers prévue par l'article 7:53 sur toute clause statutaire antérieure à la promulgation du Code des sociétés et des associations. Ainsi foule-t-on aux pieds les constructions savamment organisées d'actionnaires qui avaient conservé une minorité de blocage de 25 %, pensant qu'elles leur permettraient d'empêcher la modification des statuts, sans égard pour la sécurité juridique, la prévisibilité et la confiance légitime⁹².

CONCLUSION

Les développements qui précèdent montrent que les règles de gouvernance des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée ont été améliorées sur plusieurs points, sans toutefois provoquer un quelconque bouleversement par rapport aux règles et pratiques antérieures qui, dans l'ensemble, donnaient déjà satisfaction.

C'est en les pratiquant dans la durée qu'on verra vraiment si les nouvelles règles sont judicieuses. Il faut laisser aux acteurs le temps de se les approprier et d'utiliser avec imagination les différentes possibilités qu'elles ouvrent. C'est aussi dans quelques années qu'on découvrira éventuellement des abus ou des effets pervers, qu'il s'agira alors de corriger.

En attendant, les nouvelles règles semblent bien reçues auprès des acteurs concernés, tantôt soulagés de pouvoir continuer « comme avant », tant heureux de la liberté plus grande qui leur est accordée pour organiser à leur guise le fonctionnement de la société.

⁹¹ J. DELVOIE et S. DECLERCO, « De invoering van meervoudig stemrecht en loyaalstemsrecht in bestaande vennootschappen », *R.P.S.-T.R.V.*, 2019, p. 146.

⁹² Avis du Conseil d'État n° 66.666/2/AG, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2019-2020, DOC 55 0553/003, pp. 29-31.