

Le manque d'empathie à l'égard des *stakeholders*

Yves DE CORDT

Professeur à l'UCLouvain

Avocat à Bruxelles (*Law Square*)

1. Pour que le droit belge des sociétés soit plus fonctionnel, efficient et compétitif, le législateur poursuit quatre objectifs : simplicité, liberté, flexibilité et attractivité. L'avant-projet approuvé par le gouvernement recèle de nombreuses nouveautés, potentialités et subtilités intéressantes ainsi que d'inévitables imperfections et approximations. On peut espérer qu'après d'ultimes ajustements, la réforme stimulera le dynamisme et la créativité des praticiens et de leurs clients.

L'objet de ma contribution est de démontrer qu'au-delà des mesures compensatoires de la suppression du capital dans les SRL/SC et des règles traditionnelles relatives à l'intégrité du capital, l'avant-projet ne tient pas suffisamment compte des détenteurs d'enjeux (*stakeholders*) autres que les actionnaires.

À cette fin, j'analyserai la limitation du droit d'agir en nullité des décisions, l'absence de définition de l'intérêt social, le plafonnement de la responsabilité des dirigeants, l'absence de statut légal des administrateurs indépendants et le déclassement de l'assemblée générale des obligataires¹.

I. Le droit d'agir en nullité des décisions des organes²

2. Dans sa première version, l'avant-projet de Code des sociétés et des associations (CS&A) prévoyait, à l'article 2:42, qu'une action en nullité d'une décision ne pouvait être introduite que par la personne morale ou par « une personne **associée à son fonctionnement en vertu de la loi ou des statuts** » et ayant intérêt au respect de la règle de droit non observée.

Pour justifier l'ajout de cette exigence d'« association au fonctionnement », par rapport à l'article 178 du Code des sociétés (CS), en vertu duquel l'action en nullité appartient à « tout intéressé », l'exposé des motifs prétendait erronément

¹ Pour une analyse détaillée de certains sujets, je renvoie aux excellentes contributions de mes collègues M. WYCKAERT, P. A. FORIERS et R. HOUBBEN.

² J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Précis de droit des sociétés*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 771 et s.

que, conformément à la jurisprudence dominante, l'action en nullité ne pouvait pas être exercée par des tiers (cocontractants, créanciers, travailleurs).

Le projet déposé à la Chambre en revient fort heureusement au droit commun de la recevabilité d'une action en justice : « le tribunal de l'entreprise prononce la nullité d'une décision à la requête de la personne morale ou d'une personne qui a intérêt au respect de la règle de droit méconnue » (art. 2:43). Puisse le projet être, sur ce point, adopté en l'état.

Dans l'exposé des motifs, l'auteur du projet précise que « cela vise au premier chef les associés, actionnaires, obligataires et membres des sociétés ou associations, mais aussi les membres des organes d'administration ». Mais il semble restreindre les causes de nullité aux irrégularités formelles en indiquant que « les tiers, tels que les créanciers ou les membres du personnel, n'ont pas intérêt au respect des **règles de droit relatives à la forme** des résolutions des personnes morales »³. En effet, sont aussi frappées de nullité, les décisions entachées d'excès ou de détournement de pouvoir.

En droit des sociétés, l'avènement du principe majoritaire est lié à la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés commerciales. Le groupement acquiert une existence propre, distincte de celle de ses membres ; en ce qu'elle n'est pas une simple juxtaposition de personnes, la société peut imposer ses décisions aux associés qui s'y opposent. En cas de détournement de pouvoir, la décision sert les intérêts privés de certains actionnaires privilégiés au détriment de la société. Lorsqu'il est amené à connaître d'un tel détournement de pouvoir, le juge doit vérifier si la décision incriminée est manifestement contraire à l'intérêt propre de la société (voy. *infra*). Le pouvoir d'appréciation du juge est plus large lorsque les actions en nullité sont introduites par d'autres parties prenantes que les actionnaires minoritaires, comme le permet l'article 178 CS. Si l'on accorde au juge le pouvoir de contrôler le contenu des décisions des organes, ce contrôle de légitimité doit s'effectuer selon le principe de la *marginal toetsing*. Pourquoi contraindre, dans de telles hypothèses, le créancier à emprunter la voie oblique ou à tenter une action paulienne pour remettre en cause une opération qui lui porte préjudice ?

3. En l'état actuel des choses, le nombre de décisions relatives au droit d'agir en nullité des décisions des organes de sociétés n'est pas très élevé et rares sont celles qui déclarent irrecevables, à défaut d'intérêt, les actions introduites par des tiers.

³ Il convient de relever incidemment que le CS&A n'appréhende pas encore, de manière globale, l'hypothèse des nullités « en chaîne/cascade » (irrégularité d'une décision en raison de la nullité de la composition d'un organe d'administration). Ces nullités peuvent être atténuées/exclues par le législateur (exemples en droit belge : la publicité rend inopposable toute irrégularité affectant une nomination ; l'usage de l'expression « sans que cela puisse porter préjudice à la régularité de la composition de l'organe d'administration jusqu'à cette date », en cas de cooptation non confirmée ou de non-respect des exigences en matière de diversité des genres). Ces exceptions ponctuelles sont insuffisantes face à l'ampleur potentielle des nullités en chaîne et la Belgique n'a pas encore connu, à cet égard, les développements jurisprudentiels observés en France et en Allemagne.

L'intérêt, au sens de l'article 17 du Code judiciaire, est l'avantage qu'une action en justice peut apporter à son demandeur (préservation de son droit subjectif/objet de sa demande). Cet intérêt doit être personnel, légitime, né et actuel au moment de l'introduction de l'action.

La recevabilité de l'action de « tout intéressé » implique que, même lorsqu'ils sont unanimes, les actionnaires ne peuvent promouvoir l'intérêt social en toute liberté et qu'ils sont soumis à l'obligation de ne pas nuire volontairement à la société et aux tiers.

Après avoir déclaré recevable une action en nullité introduite, pour cause de détournement de pouvoir, par un détenteur d'enjeu, qu'il soit créancier, travailleur ou consommateur, et, partant, avoir reconnu son intérêt à agir, un juge examinera, en toute cohérence, la validité de la décision en appréciant l'existence du détournement à l'aune d'un intérêt social qui dépasse le seul intérêt commun des associés.

L'action en annulation d'une décision irrégulière n'est donc pas exclusivement réservée aux actionnaires⁴ : à titre d'exemples puisés dans la jurisprudence, une décision de dissolution irrégulière peut être attaquée par un créancier⁵ ; l'administrateur dispose d'un intérêt pour s'opposer à la décision par laquelle son mandat a été révoqué⁶ ; le créancier gagiste a un intérêt à contester une décision de la société dont il détient les actions en gage, qui a un effet direct sur la valeur des actions⁷ ; les travailleurs peuvent remettre en cause la décision de saisir la commission paritaire de la reconnaissance de raisons d'ordre économique ou technique⁸.

4. Subordonner la recevabilité de l'action en nullité des décisions à la démonstration que le demandeur est associé au fonctionnement de la société laisse planer des doutes et la jurisprudence aura du mal de discerner les catégories de personnes recevables...

Outre les associés/actionnaires et membres des organes concernés, qu'en sera-t-il :

- des commissaires et des curateurs ?
- de l'actionnaire d'une société mère qui agit en nullité d'une décision de la filiale ?
- de la personne devenue actionnaire après la prise de décision irrégulière ?

⁴ Comm. Termonde (2^e ch.), 27 septembre 2012, *TRV*, 2015, p. 472, note S. DE DIER : « l'action en nullité contre des décisions de l'assemblée générale revient à tout intéressé (article 178 CS). Un tiers peut, dans certaines circonstances, intenter une telle action ».

⁵ Comm. Mons (réf.), 14 juillet 2000, *J.D.S.C.*, 2002, p. 319, note M.-A. DELVAUX ; *TRV*, 2000, p. 389.

⁶ Comm. Gand (div. Termonde) (2^e ch.), 22 mai 2014, *DAOR*, 2014, p. 145 ; *J.D.S.C.*, 2015, p. 87, note W. EL KAMEL.

⁷ Comm. Anvers (13^e ch.), 16 septembre 2011, *TRV*, 2013, p. 175, note J. MARIEN.

⁸ C. trav. Liège (9^e ch.), 25 juin 2007, *J.T.T.*, 2007, p. 365.

- de l'action introduite par le cédant d'actions immédiatement après que lui ait été signifiée par le cessionnaire une action tendant à l'annulation de la cession ?
- en cas de non-respect du droit des créanciers d'obtenir des sûretés (réduction de capital) ?
- des investisseurs pressentis en cas d'augmentation de capital sans dérogation au droit de préférence ?
- de l'action d'une autorité de régulation/autorité administrative indépendante ?
- dans les sociétés avec un administrateur/actionnaire unique ?

Au regard de ces incertitudes, il serait préférable de s'en tenir à la règle actuelle, selon laquelle l'action en nullité appartient à tout intéressé.

Il convient de souligner que le projet de CS&A déposé à la Chambre, qui confirme *in fine* le droit des tiers intéressés d'agir en nullité de toutes les décisions des organes, leur reconnaît également, par souci de cohérence, celui de contester les décisions prises par l'organe d'administration d'une SA/SRL en violation des dispositions légales en matière de conflits d'intérêts (voy. e.a. art. 7:96, § 2, et 7:97, § 5⁹), qui aurait auparavant réservé à la société elle-même.

En outre, il serait contradictoire d'imposer, sous l'impulsion du législateur européen, des obligations d'information non financière¹⁰, tout en empêchant les personnes intéressées par ces questions (qui sont le plus souvent des *stakeholders* non associés au fonctionnement de la société en vertu de la loi ou des statuts) de demander la nullité des décisions de la société.

De manière plus générale, le CS&A reconnaît à tout intéressé un droit d'agir pour promouvoir l'intérêt de la société ou préserver le sien : exemples : nomination d'un réviseur d'entreprises chargé d'exercer les fonctions de commissaire jusqu'à sa nomination/remplacement ; nomination d'un administrateur provisoire en cas de décès, d'incapacité ou empêchement du gérant d'une SNC/SCS ; action en dissolution d'une société coopérative comptant moins de trois fondateurs valablement engagés au cours de son existence ; action en dissolution d'une société lorsque l'actif net est réduit sous certains montants ; action en dissolution d'une société pour usurpation d'un agrément ; action en nullité des fusions et des scissions.

⁹ Sans préjudice du droit des personnes mentionnées aux articles 2:43 et 2:45 de demander la nullité ou la suspension de la décision du conseil d'administration, la société peut demander la nullité des décisions prises ou des opérations accomplies en violation des règles prévues au présent article si l'autre partie à ces décisions ou opérations avait ou devait avoir connaissance de cette violation.

¹⁰ J.-M. GOLLIER, « Publication d'informations non financières – Commentaires de la loi du 3 septembre 2017 », *J.T.*, 2018, p. 241 ; D. SZAFRAN, « Les informations non-financières dans le rapport annuel et le rôle des administrateurs en matière de développement durable », *RPS-TRV*, 2018, p. 176.

En tout état de cause, si on maintient que la nullité peut être demandée par tout intéressé, cela n'empêche pas le juge d'adopter une conception plus ou moins restrictive/extensive de l'intérêt à agir (distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives).

II. L'intérêt de la société comme critère de validité/légitimité¹¹

5. L'auteur du projet de CS&A a renoncé à élaborer une définition légale du concept d'intérêt social car cela l'aurait amené à s'immiscer dans la controverse relative à la portée de ce concept (intérêt des actionnaires v. intérêt de l'entreprise) et cela comportait le risque de le pétrifier.

Il eut été, selon moi, opportun de confirmer que : « les personnes morales régies par le présent code poursuivent un intérêt distinct des intérêts individuels de leurs associés et doivent être gérées au mieux de leur intérêt supérieur »¹².

Dans leur rapport « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », rédigé à la demande du Gouvernement français et rendu public le 9 mars 2018, Nicole Notat et Jean-Dominique Senard défendent l'idée que la société ne doit plus seulement être conçue comme un vecteur de profit mais relever les défis environnementaux & sociaux. Ils recommandent que les parties prenantes soient davantage associées à l'élaboration des décisions stratégiques, avec, notamment, le renforcement de la présence des salariés au sein des instances de direction et la création de comités composés de représentants des autres parties prenantes (voy. *infra*, les assemblées générales de *stakeholders*).

Parmi les recommandations législatives/normatives (*hard law/soft law*) du rapport, j'épingle :

- ajouter un second alinéa à l'article 1833 du Code civil (français) : « (...) La société doit être gérée dans son intérêt propre, en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » ;
- confier aux conseils d'administration la formulation d'une raison d'être visant à guider la stratégie de l'entreprise au regard des enjeux sociaux et environnementaux ;

¹¹ Y. DE CORDT, *L'intérêt social comme vecteur de la responsabilité sociétale*, coll. Responsabilité sociale des entreprises, Academia-Bruylant, 2008 ; Y. DE CORDT et J.-M. GOLLIER, « La responsabilité sociétale des entreprises sous le prisme du droit des sociétés », in C. GRENSON (coord.), *Dix ans après le Code des sociétés : où en sommes-nous arrivés ?*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 111 ; Y. DE CORDT, « Sociétés anonymes, avez-vous du cœur ? », in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 271 ; Y. DE CORDT, « La responsabilité sociétale des entreprises – Les enjeux et les outils du droit des sociétés », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2009, p. 11.

¹² Y. DE CORDT, « Amendement – Consacrer une évidence : les personnes morales doivent être gérées dans leur intérêt », *RPS-TRV*, 2016, p. 211.

- inciter les grandes entreprises, par les codes de gouvernance, à se doter d'un « comité des parties prenantes », guidant les réflexions du conseil d'administration ;
- développer les critères « RSE » dans les rémunérations variables des dirigeants.

6. L'intérêt social ne peut, en tout état de cause, être réduit à l'intérêt commun des associés car la personnalité juridique ne peut être attribuée qu'aux entités constituées en vue de la réalisation d'intérêts différents de ceux de leurs membres. Au demeurant, le contenu de l'ancien article 19 CS ne sera repris, dans le CS&A, que dans les dispositions applicables à la société sans personnalité juridique : « La société simple est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre leur industrie, l'argent ou d'autres biens corporels ou incorporels en commun en vue de partager le bénéfice patrimonial direct ou indirect qui pourra en résulter. **Elle est conclue pour l'intérêt commun des parties** » (art. 4.1).

À s'en tenir à la validité/légitimité des décisions, tout organe doit prendre en considération l'intérêt autonome et transcendant de la société, dont la continuité, le développement et la prospérité doivent être assurés dans le long terme. En cas de litige, la validité d'une décision sera jugée en examinant sa conformité à cet intérêt, défini selon la forme (de la SNC à la SA cotée ou non) et l'objet (secteurs industriel, immobilier, financier, de la distribution, ...) de la société ainsi que le type de décision (agrément d'un actionnaire, révocation d'un administrateur, distribution de dividendes, variations de capital, fusions...), le contexte dans lequel elle est prise (continuité, croissance ou crise) et la relation que la société entretient avec chaque catégorie de partenaires.

Les organes d'une société dotée de la personnalité juridique doivent estimer, en opportunité, si et dans quelle mesure, il est conforme à son intérêt supérieur de prendre en considération d'autres intérêts que ceux des actionnaires (mise en balance) ; ils doivent apprécier, au cas par cas, l'importance de chaque détenteur d'enjeu, établir une hiérarchie et les promouvoir en harmonie.

L'intérêt de la société est donc à la fois une *contrainte* (ne pas nuire à autrui), un *instrument d'équilibre* entre les intérêts, un *outil de gestion stratégique* (pour assurer la croissance de la société et améliorer sa place sur les marchés/son rôle dans sa sphère d'influence) et une *cause de justification objective* des décisions « altruistes » (rentabilité au sens large différée) prises par les dirigeants.

Plus globalement, l'intérêt de la société doit être préféré à l'intérêt social pour apprécier la validité/légitimité des décisions des organes et des dispositions statutaires/conventionnelles. Il serait judicieux de s'en tenir, à travers tout le CS&A, au critère de l'intérêt de la société – comme en matière de désignation d'experts-vérificateurs, de conflits d'intérêts, de refus de répondre aux questions dans le cadre d'une assemblée générale – et de le substituer aux critères plus ambigus de l'intérêt social/intérêt légitime, notamment dans les

dispositions relatives aux conventions de vote, aux clauses d'inaliénabilité ou au droit de préférence.

III. La responsabilité des dirigeants¹³

Les fautes (art. 2:55)

7. Le CS&A confirme que les dirigeants de droit ou de fait sont responsables envers la personne morale de leurs *fautes de gestion*. Lorsque l'organe d'administration forme un collège, ses membres sont solidairement responsables des fautes de gestion, ce qui n'est pas prévu par l'article 527 CS et permettra d'esquiver la subtile distinction entre fautes communes/concurrentes et responsabilité *in solidum*/solidaire.

Le principe de la *marginal toetsing* est, à juste titre, consacré dans le CS&A : « 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 ». Ce principe prend en compte le fait que les organes d'administration doivent fréquemment prendre des décisions, avec une marge d'appréciation, dans des circonstances où il n'est pas possible de déterminer quelle décision aurait prise une personne prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances. Il s'agit d'éviter que les juges se substituent à l'organe d'administration en émettant des jugements d'opportunité *a posteriori* sur la décision prise. On ne peut systématiquement déduire des effets négatifs d'une décision qu'elle serait fautive.

Malheureusement, comme souvent, l'auteur du projet abuse des adverbes, ce qui nuit à la clarté du texte. Le sens qu'on doit leur donner et la manière dont il faut interpréter chacun en lien avec les deux autres demeurent relativement vagues : existe-t-il une nuance entre être normalement prudent et avoir raisonnablement une opinion divergente, ou bien les dirigeants normaux sont-ils toujours raisonnables ?

8. Même si l'organe d'administration ne forme pas un collège, ses membres répondront solidairement, comme c'est le cas actuellement, envers la personne morale et les tiers, de tout dommage résultant de *violations des dispositions légales et statutaires*.

Le CS&A permettra aux dirigeants d'être déchargés de leur responsabilité solidaire pour les fautes auxquelles ils n'ont pas pris part¹⁴ (faute de gestion ou non-respect des règles) s'ils les ont dénoncées aux autres membres de l'organe d'administration ou à l'organe d'administration collégial et au conseil de surveillance.

¹³ Y. DE CORDT et D. PHILIPPE (dir.), *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*, Bruxelles, la Charte, 2007.

¹⁴ Par exemple, il a protesté contre la décision fautive et cela est attesté dans le procès-verbal.

L'exposé des motifs confirme que l'auteur du projet n'envisage l'exonération du dirigeant que si sa non-participation à la violation n'est pas fautive, ce qu'en l'état, le texte légal ne précise pas. Il serait souhaitable que, comme dans le texte actuel de l'article 528 CS, il soit requis qu'« aucune faute ne leur est imputable ». On vise en particulier le cas où un dirigeant ne sera pas exonéré si son absence à la réunion n'est pas justifiée ; il n'a certes pas pris part à la violation, mais il a fautivement omis de s'opposer à ce qu'elle soit commise.

L'article 528 CS subordonne l'exonération à la dénonciation des violations lors de la première assemblée générale suivant le moment où les dirigeants en ont eu connaissance. Le projet de CS&A n'impose plus que l'assemblée générale soit informée. L'exposé des motifs s'en explique : « Cette dernière condition est trop stricte parce qu'elle met généralement les administrateurs membres d'un organe collégial dans une situation impossible. En effet, on ne peut plus fonctionner convenablement comme membre d'un organe collégial après avoir accusé, devant les actionnaires, ses collègues ou un certain nombre d'entre eux d'avoir commis une faute ».

Si la délicatesse de l'auteur du projet peut être comprise en cas de faute de gestion et pour toute faute dans le cadre d'une structure dualiste (puisque le conseil de surveillance recevra la dénonciation), il y va d'une forme de naïveté en cas de violation du code et des statuts au sein de l'organe d'administration collégial d'une structure moniste. En effet, la portée de la dénonciation du dirigeant sera souvent nulle car ses collègues étaient d'emblée conscients du non-respect des règles, voire en étaient les co-auteurs ou les complices.

Le plafonnement (art. 2:56)

9. Sauf revirement inattendu, le CS&A instaurera une limitation de la responsabilité des dirigeants à des montants progressifs en fonction de la taille de la société.

Chaque plafond s'appliquera (i) à l'égard de la société et des tiers, (ii) à toutes les personnes visées dans leur ensemble, (iii) par fait ou ensemble de faits et (iv) quel que soit le nombre de demandeurs. En d'autres termes, si plusieurs demandeurs introduisent une même action et si un même ensemble de faits peut donner lieu, pour l'administrateur, à plusieurs types de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle (violation du Code ou des statuts, faute de gestion...), l'indemnisation globale maximale est déterminée par chaque montant/plafond. En définitive, ces montants ne seront multipliés ni par le nombre de demandeurs/qualifications, ni par le nombre d'administrateurs.

La limitation de la responsabilité ne s'appliquera pas (i) lorsque l'administrateur est soumis à des obligations de garantie, c'est-à-dire quand il doit assurer, en vertu du code, l'engagement d'un tiers (ex. : nullité d'une souscription à une augmentation de capital ou non-respect de l'obligation de libération

minimale)¹⁵, (ii) en cas d'intention frauduleuse ou à dessein de nuire, (iii) à la responsabilité solidaire visée aux articles 442^{quater} et 458 du CIR 1992 et aux articles 73^{sexies} et 93^{undecies}C du Code TVA, (iv) en cas de fraude fiscale grave au sens de l'article 4, 23°, k), de la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces et (v) à la responsabilité solidaire visée à l'article XX.226 du Code de droit économique.

10. Le plafonnement nous semble critiquable, notamment au regard des normes supérieures (articles 10 et 11 de la Constitution), en raison des différences de traitement et des déséquilibres qu'il engendrera¹⁶. Nous en examinons quelques-uns ci-dessous.

La limitation de responsabilité à quatre montants (de 250.000 à 12 millions d'euros) est fonction de la taille de la société mais seuls sont retenus les critères financiers (chiffre d'affaires et total du bilan) et non le critère social (nombre de travailleurs), ce qui révèle un état d'esprit.

Le dommage causé à la société et aux tiers par la faute des dirigeants d'une société n'est pas nécessairement proportionnel à sa taille. En outre, il arrive que les fautes des dirigeants aient précisément pour effet d'altérer sa situation financière (détournement de clientèle, désintérêt, prodigalité...). Ainsi, on pourrait constater, *a fortiori* sur plusieurs exercices consécutifs, que plus les effets dommageables des fautes seront importants, plus le plafond de responsabilité sera bas¹⁷.

La limitation s'applique quel que soit le fondement de la responsabilité, en ce compris le droit commun des contrats et de la responsabilité aquilienne, qui ne prévoit pas de limitation de responsabilité pour les autres catégories de personnes. La différence de traitement entre un simple mandataire et un dirigeant agissant sur la base d'un mandat est dès lors flagrante et injustifiable.

Le plafonnement s'applique indépendamment du nombre de victimes, alors qu'il est prévisible que l'ampleur du dommage sera d'autant plus importante que les victimes sont nombreuses. À nouveau, selon ce mécanisme, plus le dommage sera important, moins chaque victime sera indemnisée. En outre, le texte est muet quant à la répartition des dommages et intérêts entre les différentes victimes si, en raison du plafond, chacune ne peut obtenir une réparation intégrale. Quid si une victime assigne en responsabilité après que d'autres aient

¹⁵ La limitation de la responsabilité ne s'applique pas davantage lorsqu'un administrateur est mis en cause non en cette qualité mais en tant qu'actionnaire ou fondateur.

¹⁶ Voy., sur ce point, le substantiel avis n° 61.988/2 du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 54-3119/002, pp. 12 et s.

¹⁷ Dans le projet, en réponse à cette observation du Conseil d'État, il est tenu compte du chiffre d'affaires et du total du bilan calculés sur une moyenne de trois ans. L'exposé des motifs indique en outre que, si le juge constate que la faute de l'administrateur a eu une incidence significative sur le total du bilan/chiffre d'affaires, il pourra se fonder, pour apprécier le montant du plafond, sur des chiffres redressés correspondant à ce qu'ils auraient dû être si la faute n'avait pas été commise.

obtenu une indemnisation atteignant le plafond ? Il arrivera qu'une victime obtienne une réparation complète alors qu'une autre ne recevra aucune indemnisation, ce qui crée une discrimination entre elles en fonction de la rapidité de réaction¹⁸.

Selon l'exposé des motifs, ce régime aligne la responsabilité des administrateurs sur celle des réviseurs d'entreprise (article 24 de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises). Toutefois, les missions des réviseurs d'entreprises, qui relèvent de l'intérêt général, diffèrent fondamentalement de celles des dirigeants. En outre, leurs effets potentiellement dommageables sont qualitativement et quantitativement incomparables.

La limitation de responsabilité ne s'applique pas pour des responsabilités particulières au bénéfice du fisc et de l'ONSS, ce qui introduit une discrimination à l'égard des autres victimes.

De manière plus générale, les articles XX.225 à XX.227 du Code de droit économique ont pour objectif d'aggraver la responsabilité des dirigeants en cas de faillite, en prévoyant que la totalité des dettes sociales peut être mise à leur charge à concurrence de l'insuffisance d'actif. Le législateur se montrerait incohérent en prévoyant, d'une part, une telle aggravation et, d'autre part, un plafonnement de responsabilité en faveur des dirigeants.

Pour justifier la suppression de certaines sanctions pénales, l'auteur du projet invoque une préférence pour l'efficacité des sanctions civiles infligées en application des dispositions relatives à la responsabilité des administrateurs (première version de l'exposé des motifs, p. 222). Cette justification est un leurre si la responsabilité civile des dirigeants est limitée. Au-delà de sa fonction réparatrice, la responsabilité civile est censée avoir une fonction dissuasive, qui sera fortement amoindrie par la combinaison (i) de la limitation des sanctions pénales, (ii) du plafonnement de la responsabilité civile et (iii) de l'encouragement de faire couvrir cette responsabilité par une assurance, dont les primes sont payées par la société.

Dans le même registre, on enseigne généralement qu'en droit des sociétés, la mise en cause de la responsabilité des membres des organes est préférable à la remise en cause de la validité de leurs décisions (nullité). Or, dans son avant-projet, le Gouvernement veillait, d'une part, à plafonner la responsabilité des dirigeants et, d'autre part, à restreindre le droit des tiers à agir en nullité.

Enfin, l'équilibre des responsabilités des dirigeants/sociétés repose sur un parallélisme cohérent : si les dirigeants ont poussé la société à la faute, les victimes obtiennent, en raison de la transparence de l'organe, une indemnisation à charge de celle-ci ; si la société peut reprocher une faute à ses dirigeants, elle

¹⁸ Selon l'exposé des motifs, dans la majorité des cas, la responsabilité des administrateurs est mise en cause en cas de faillites ou d'autres situations de concours. C'est alors le curateur/liquidateur qui agira en regroupant les demandes ; si le dommage total excède le plafond, les sommes récupérées seront, en principe, réparties au marc le franc.

se retournera contre eux. Le plafonnement envisagé rompt cet équilibre : la responsabilité de la société à l'égard des tiers demeurera illimitée tandis que celle des dirigeants sera limitée à des montants réduits. La société, ses actionnaires et ses créanciers risquent d'être les « dindons de la farce ».

11. Parmi les arguments invoqués, dans l'exposé des motifs (première et seconde versions), par l'auteur du projet à l'appui de son initiative, deux retiennent particulièrement notre attention, sans susciter notre conviction, outre le souhait d'inciter les compagnies d'assurance à couvrir adéquatement le risque de responsabilité des dirigeants¹⁹.

Le premier argument consiste à dire que, la responsabilité des administrateurs envers les tiers étant appréciée plus sévèrement en Belgique que dans les pays voisins²⁰, les sociétés belges peuvent avoir des difficultés, dans un contexte de globalisation, à recruter des administrateurs étrangers talentueux sur le marché international des dirigeants d'entreprises. Il est légitime qu'après avoir retenu le siège statutaire comme critère d'application du droit belge des sociétés, la Belgique tente d'être attractive dans le cadre d'une concurrence régulatoire entre états membres, engendrée par la jurisprudence européenne en matière de mobilité des sociétés. Mais pratiquer une sorte de nivellement par le bas dans le domaine de la responsabilité des dirigeants, au détriment des victimes, semble inopportun, voire néfaste. En outre, l'auteur du projet ne peut plus invoquer, pour justifier son initiative, l'absence de *business judgement rule* en droit belge alors qu'il consacre par ailleurs le principe de la *marginal toetsing*, qui s'en inspire.

Le second argument tient à une différence de traitement prétendument injustifiée entre, d'une part, la responsabilité illimitée des membres de l'organe de gestion et, d'autre part, la responsabilité limitée des autres dirigeants (non

¹⁹ L'introduction de plafonds de responsabilité contribuerait, selon l'auteur du projet, à accroître l'assurabilité de risques financiers, ainsi mieux déterminés, liés à la responsabilité des administrateurs.

²⁰ Dans le CS et le projet de CS&A, la responsabilité des administrateurs peut être mise en cause pour toute faute généralement quelconque alors que, selon l'exposé des motifs, dans les pays voisins, cette responsabilité est limitée en raison de restrictions apportées au droit des tiers d'agir contre les administrateurs et d'une conception plus étroite de la notion de faute. Dans les pays de *common law* et dans les pays de tradition germanique, les tiers sont le plus souvent irrecevables à agir en responsabilité contre les administrateurs car une telle action requiert un lien particulier entre l'administrateur et le tiers. Or un tel lien n'est censé exister qu'entre l'administrateur et la société. Par ailleurs, si cette théorie de la relativité aquilienne n'est pas admise en France, la Cour de cassation française a développé la théorie de la « faute détachable », selon laquelle les tiers ne peuvent mettre en cause la responsabilité d'un administrateur que pour des fautes étrangères à l'exercice de ses fonctions. En outre, dans les ordres juridiques étrangers, la notion de faute est interprétée moins sévèrement lorsqu'il s'agit d'administrateurs de sociétés. En vertu de la « *business judgement rule* », l'administrateur est présumé avoir agi consciencieusement et un tribunal ne peut renverser cette présomption que si le demandeur prouve que l'administrateur était confronté à un conflit d'intérêts personnel, qu'il ne s'est manifestement pas informé de manière suffisante avant de prendre une décision ou qu'il ait, avec intention frauduleuse, causé un dommage à la société.

membres de l'organe de gestion), pourtant plus influents, qui bénéficient de la protection de l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail (responsabilité du travailleur uniquement pour faute lourde, dol ou fautes légères réitérées) ou exercent leurs activités sous le couvert d'une société de management à responsabilité limitée²¹. En supprimant cette apparente inégalité, par un nivellement par le bas en matière de responsabilité, l'auteur du projet en créera plusieurs autres, notamment à l'égard des titulaires de profession libérales. En outre, le régime actuel fait précisément en sorte que les membres du comité de direction institué en vertu de l'article 524bis CS assument – quel que soit leur statut – les mêmes responsabilités que les administrateurs, que ce soit pour faute de gestion ou pour violation des dispositions légales ou statutaires (art. 527 et 528 CS). L'inégalité est ainsi supprimée, en quelque sorte, par un « nivellement par le haut », ce qui est plus judicieux. C'est précisément pour esquiver cette responsabilité que de nombreuses sociétés – cotées ou non – ont créé des *executive committee*/comités exécutifs²².

IV. Les administrateurs indépendants²³

12. Nous regrettons qu'aucune disposition du CS&A n'impose *a priori* la présence des administrateurs indépendants au sein des sociétés cotées, indépendamment des procédures de conflits d'intérêts « intra-groupe » et de la composition des comités d'audit/rémunération.

Quant à la composition de ces comités, il faudrait imposer qu'ils soient, l'un et l'autre, composés d'une majorité d'administrateurs indépendants et que leurs membres soient compétents en matière de politique de rémunération ou de comptabilité et d'audit²⁴.

Le projet ne contient malheureusement pas un statut intégral des administrateurs indépendants, que nous suggérons de longue date. En l'état, ils sont soumis au principe de la révocabilité *ad nutum*, dont la portée évoluera certes dans le projet : leur mandat est, en principe, révocable à tout moment, sans motif ni indemnité. On peut le regretter dans la mesure où cette instabilité risque de les inciter, sous la pression de leurs collègues et de l'assemblée générale, à s'abstenir de critiques désagréables pour les autres administrateurs et l'actionnaire de contrôle. Pour prévenir ces comportements, incompatibles avec le rôle des administrateurs indépendants, le législateur pourrait prévoir que leur

²¹ Il convient de rappeler que l'administratrice personne morale est tenue de désigner, comme représentant permanent, une personne physique, qui assume les mêmes obligations/responsabilités que si elle était elle-même administratrice (art. 61 CS).

²² K. GEENS et M. WYCKAERT, « Het gebruik van het facultatief dual systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen : enkele facts en figures », *TRV*, 2010, pp. 527 et s.

²³ Y. DE CORDT et A. HANNOUILLE, « Les administrateurs indépendants – Analyse comparative en droit belge et droit français », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre – Autour du droit bancaire et financier et au-delà*, Paris, Joly éditions, 2017, pp. 303 et s.

²⁴ Le CS et le projet de CS&A – prévoient qu'au moins un membre du comité d'audit doit être (i) un administrateur indépendant et (ii) compétent en matière de comptabilité et d'audit.

révocation n'est possible que sur la proposition de l'organe d'administration moyennant une décision de l'assemblée générale statuant avec une majorité renforcée et pour de justes motifs. On pourrait même imposer qu'un administrateur indépendant ne soit révoqué que sur avis conforme du conseil d'entreprise. En définitive, il s'agirait de rapprocher les modalités de révocation des administrateurs indépendants de celles des commissaires, ce qui serait cohérent puisqu'ils exercent tous, à des degrés divers, une forme de surveillance.

Un tel parallèle se justifie *a fortiori* au moment de la nomination. Le CS&A confirme, à cet égard, que, dans les sociétés dotées d'un conseil d'entreprise, les noms des candidats aux mandats d'administrateurs indépendants lui simplement « communiqués » avant leur nomination par l'assemblée générale. Or les commissaires sont nommés sur présentation du conseil d'entreprise, qui – sur proposition de l'organe d'administration – décide à la majorité des voix émises par ses membres et à la majorité des voix émises par les membres nommés par les travailleurs²⁵.

Le droit belge se grandit en énonçant des critères formels d'indépendance dans le Code des sociétés. Il devrait même les renforcer, notamment en abaissant le seuil de participation au capital (de 10 à 5 %) en-dessous duquel un actionnaire peut être considéré comme un administrateur indépendant. Nous espérons vivement que le législateur résistera à la tentation de remplacer le régime actuel d'indépendance, qui relève de la *hard law*, par un système combinant une définition générale de la notion d'administrateur indépendant et une présomption simple d'indépendance, avec un renvoi au Code belge de gouvernance d'entreprise pour la mention des critères d'indépendance. Si ces critères relèvent de la *soft law*, ils ne s'appliqueront pas lorsque le conseil d'administration établira qu'au-delà du non-respect des critères, le candidat n'entretient effectivement pas de relation susceptible d'affecter son indépendance à l'égard de la société ou de ses actionnaires importants (« *comply or explain* »). Une telle régression risquerait de susciter la méfiance des marchés et des investisseurs, ce que veut précisément éviter l'auteur du projet.

V. L'assemblée générale des obligataires/stakeholders²⁶

13. Dans le projet de CS&A, l'assemblée générale des obligataires n'est plus considérée comme un organe de la société anonyme, contrairement à l'organe

²⁵ Si les majorités ne peuvent être obtenues, le président du tribunal de commerce/des entreprises du siège de la société, statuant à la requête de tout intéressé et siégeant comme en référé, nomme un réviseur d'entreprises chargé d'exercer les fonctions/missions de commissaire jusqu'à son remplacement.

²⁶ Y. DE CORDT, « Les assemblées générales de *stakeholders* », *Liber amicorum Bernard Remiche*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 99.

d'administration et à l'assemblée générale des actionnaires (« Titre 4. – Organes de la société et assemblée générale des obligataires »)²⁷.

L'argument principal est que l'assemblée générale des obligataires représente l'intérêt des obligataires, ce qui permet, au passage, de confirmer que l'autre assemblée générale – celle des actionnaires – ne représente pas ces derniers mais la société elle-même et son intérêt propre²⁸.

À nos yeux, cette disqualification/requalification de l'assemblée générale des obligataires, qui ne sont pas des créanciers comme les autres en ce qu'ils contribuent au financement à long terme de la société et subissent le risque de son insolvabilité, représente une occasion manquée.

Afin de gérer de manière optimale ses relations avec ses parties prenantes, qui prennent des risques, à des degrés divers, en lui faisant confiance, la société doit les identifier, déceler leurs préoccupations, discerner les opportunités/défis qu'elles représentent, faire preuve d'empathie à leur égard, évaluer l'impact de ses activités et prendre des décisions conformes à ses analyses. Cela implique un dialogue clairvoyant, qui, selon la catégorie de *stakeholder*, peut être mené au sein de différentes instances. En fonction de son objet social, de sa situation économique, des effets de ses décisions et de sa sensibilité aux réactions des marchés, une société doit faire preuve de créativité pour concevoir de telles instances.

Le CS organise déjà une instance de ce type. L'assemblée générale des obligataires constitue un organe de délibération qui s'intègre dans l'organisation interne de la société et prend des décisions dans l'intérêt mutuel de la société et des obligataires. Elle peut rechercher toutes les combinaisons susceptibles de favoriser les enjeux en présence. Ainsi, le législateur lui reconnaît le pouvoir d'adapter les conditions de l'emprunt à l'évolution de la situation de la société émettrice. Cette assemblée ne commettra un détournement de pouvoir que si elle privilégie excessivement les intérêts de ses membres au détriment de la société.

Au sein même de la société et au départ de l'assemblée générale des obligataires, le CS&A pourrait instaurer, de manière flexible, cohérente et évolutive, un lieu de rencontres, d'échanges et de règlement des conflits entre ses représentants et ceux d'autres *stakeholders significatifs* que les actionnaires, à savoir ceux qui assument des risques particuliers et influencent sa réputation, sa solvabilité et son développement. Je songe évidemment aux travailleurs et aux obligataires mais aussi aux fournisseurs, clients, riverains, institutions publiques, associations... Ces instances de transparence d'alliance et de vigilance, voire de résilience, favoriseraient la diffusion pédagogique d'informations (économiques, sociales, environnementales...) pertinentes et fiables et constitueraient des forums de consultation, d'explication et de discussion.

²⁷ Sous le « Titre IV. – Organes » relatif à la société anonyme, le CS distingue l'administration/gestion journalière, l'assemblée générale des actionnaires et l'assemblée générale des obligataires.

²⁸ Parmi les *stakeholders*, l'actionnaire peut exercer ses droits politiques au sein d'un organe, l'assemblée générale, car, aux yeux du législateur, sa mise court un risque plus grand. Or il manque d'assiduité et de motivation et son risque est relatif dans la mesure où ses actions sont librement négociables.