

**GESTION DE LA SA : FRAGMENTATION DES
ORGANES ET SPÉCIALISATION DES TACHES**

PAR

Patrick DE WOLF

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES
DE WOLF & PARTNERS
MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'UCL ET AUX FUCAM (1)

(1) Nous remercions Laurent Haverbeke, avocat au barreau de Bruxelles, pour sa collaboration.

SOMMAIRE

	PAGES
I. – INTRODUCTION	126
II. – LE CONSEIL D'ADMINISTRATION	129
A. – <i>Rappel historique</i>	129
B. – <i>Pouvoirs de gestion et de représentation</i>	130
(i) Pouvoirs de gestion	131
(ii) Pouvoirs de représentation	132
III. – LE PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION	135
IV. – LE DELEGUÉ À LA GESTION JOURNALIÈRE	136
V. – LES MANDATS SPÉCIAUX	140
VI. – LE COMITÉ DE DIRECTION	141
A. – <i>Introduction : la loi du 2 août 2002 et la corporate governance</i>	141
B. – <i>Les pouvoirs du comité de direction</i>	143
VII. – LES COMITÉS CONSULTATIFS	145
VIII. – LES ADMINISTRATEURS INDÉPENDANTS	146
A. – <i>Le régime introduit en 2002</i>	146
B. – <i>La loi du 17 décembre 2008</i>	147
IX. – LES CODES «CORPORATE GOVERNANCE 2009» ET «BUYSSE II»	149
A. – <i>Le code corporate governance 2009</i>	149
B. – <i>Le Code Buysse II</i>	154
(i) Composition équilibrée et indépendante du conseil d'administration	155
(ii) Le rôle du président	156
(iii) Rôle des administrateurs externes	156

(iv) Les comités d'avis et conseils d'avis	157
(v) Le contrôle des risques	157
(vi) Nécessité d'avoir un (senior) management performant	158
(vii) Recommandations spécifiques aux entreprises familiales	158
X. - LES COMITÉS D'AUDIT ET DE RÉMUNÉRATION	159
A. - <i>Le comité d'audit</i>	159
(i) Champ d'application	160
(ii) Composition du comité d'audit, administrateur indépendant	161
(iii) Missions du comité d'audit	163
(iv) Obligations du contrôleur légal des comptes à l'égard du comité d'audit	164
B. - <i>Le comité de rémunération</i>	164
XI. - CONCLUSIONS	165
BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE	166

I. - INTRODUCTION

1. Les organes de gestion de la SA ont subi de profondes mutations au cours de ces dix dernières années marquées par un trait commun : une forme de fragmentation de l'organe moniste (monolithique) issu de la législation ancienne.

Le phénomène est apparu historiquement dans le cadre d'une réflexion sur l'efficacité des structures de gestion, sous l'angle double de la corporate governance et du dualisme des structures (essentiellement en Allemagne, aux Pays-Bas et en France).

2. La loi du 2 août 2002, connue sous le nom de «loi de corporate governance» a introduit deux «sous-ensembles» au sein du conseil d'administration, sur une base optionnelle. Il s'agit :

- du comité de direction (article 524*bis* C.Soc.), auquel peuvent être délégués, par décision du conseil d'administration, la plupart des pouvoirs de gestion et de représentation, à l'exclusion de ce qui relève de la politique générale de la société et des pouvoirs réservés au conseil d'administration;
- des comités consultatifs (article 522, §1^{er}, *in fine* C.Soc.), que le conseil d'administration peut créer en son sein et dont il détermine la composition et les missions.

3. À l'exception des comités d'audit et de rémunération, la loi est muette sur le type de comités pouvant être mis en place par les sociétés, de sorte qu'il faut se référer aux codes de bonne gouvernance pour connaître les comités que la pratique suggère de mettre en place. Ces codes sont les suivants :

- le code de corporate governance 2009 (qui se substitue au code Lippens 2002) pour ce qui concerne les sociétés cotées et,
- le code Buysse II de 2009 (qui se substitue au code Buysse 2005) pour les sociétés non cotées.

Les comités consultatifs les plus usités sont les comités d'audit, de nomination, de rémunération et stratégique.

4. Dans le sillage de la directive audit 2006/43/CE, la loi du 17 décembre 2008 instituant notamment un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières, a « officialisé » le comité d'audit, en le rendant obligatoire dans les sociétés cotées et les sociétés financières (article 526bis et ter C.Soc.) (2).

Sa composition et son fonctionnement ont amené le législateur à redéfinir la notion d'administrateur indépendant (article 526ter C.Soc.) et à recourir explicitement à la notion d'administrateur non exécutif, ce que la loi du 2 août 2002 n'avait pas fait, même dans le cadre du comité de direction.

Plus récemment, la loi du 6 avril 2010 « visant à renforcer le gouvernement d'entreprise dans les sociétés cotées et les entreprises publiques autonomes et visant à modifier le régime des interdictions professionnelles dans le secteur bancaire et financier » a institutionnalisé, pour les sociétés cotées, certaines règles de corporate governance qui relevaient encore récemment de la « soft law ».

Les administrateurs doivent désormais établir un rapport de gouvernement d'entreprise dont le contenu est précisé dans le nouvel article 96, §2 C.Soc. Ce rapport qui fait partie intégrante du rapport annuel de gestion comprend aussi, entre autres, un rapport de rémunération.

Le Code des sociétés régleme également la matière du comité de rémunération dont la constitution est rendue obligatoire dans les sociétés cotées (art. 526quater C.Soc.).

(2) Pour un examen de l'ensemble de la réforme, voy. P. DE WOLF et M. DESIMPELAERE, « La réforme du contrôle des sociétés : un pas vers la confiance retrouvée », *J.T.*, 2009, p. 741.

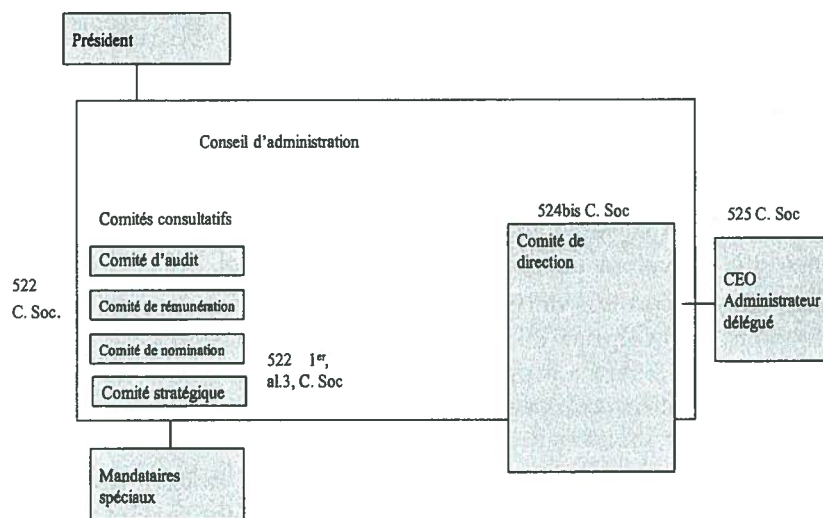
5. En sus du conseil d'administration de type classique (moniste), du comité de direction et des comités consultatifs, il convient d'évoquer les deux figures relativement stables que sont :

- le délégué à la gestion journalière (art. 525 C.Soc.); et
- le président du conseil d'administration.

Les réformes légales et les codes de gouvernance ont assigné à ces deux personnes des rôles de plus en plus distincts, sous le vocable de CEO (chief executive officer) pour le délégué à la gestion journalière, toujours dans l'optique sous-jacente aux réformes visées ci-avant, de séparer les rôles au sein des conseils d'administration en donnant corps aux notions d'administrateurs exécutifs et non exécutifs.

6. A ces organes visés par la loi, s'ajoutent encore, dans la gestion et la représentation des sociétés, des mandataires spéciaux, soumis aux règles du Code civil et dont le rôle peut s'avérer déterminant dans l'organisation des sociétés.

7. Le schéma suivant illustre la fragmentation des organes de gestion opérée de manière assez spectaculaire :



La présente contribution a pour objet d'examiner chacun de ces organes, comités et mandataires, essentiellement sous l'angle de leurs pouvoirs respectifs.

8.
par l'
Société
(1873
la dis
à l'ad
vatio
géné
ner te

La
l'artic
pour
de l'h
de l'o
sans p
vaient
conse

L'a
de la
mité,

9. s
tent é
Dai
nistra
société
nistra

(3) P
spéciaux
(4) E
(5) A
trateurs
mandati
ou la pr
(6) L
commer
(7) C

II. - LE CONSEIL D'ADMINISTRATION

A. - *Rappel historique*

8. A l'origine, le conseil d'administration était un organe habilité par l'assemblée générale.

Sous l'égide de la première réglementation du droit des sociétés (1873) l'assemblée générale était en effet l'organe souverain et, selon la distinction civiliste, la loi cantonnait le conseil d'administration à l'*administration* (3) du patrimoine social, c'est-à-dire à sa conservation et à la manière de le faire fructifier, réservant à l'assemblée générale le pouvoir de *disposer* du patrimoine social et donc d'aliéner tout ou partie de ce patrimoine.

La souveraineté de l'assemblée générale, consacrée par l'article 70, alinéa 1^{er}, L.C.S.C. (art. 531 C.Soc.), emportait la faculté pour celle-ci de *déléguer* ses pouvoirs au conseil (4), de lui en *retirer*, de l'*habiliter* à faire tous actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social, et enfin, de *ratifier* des actes posés par le conseil sans pouvoirs suffisants (5). Les statuts ou l'assemblée générale pouvaient même empiéter sur les attributions appartenant en propre au conseil d'administration sur la base de la loi (6).

L'assemblée était, en clair, l'organe hiérarchiquement supérieur de la société anonyme. Le conseil y puisait non seulement sa légitimité, par le truchement de la nomination, mais aussi ses pouvoirs.

9. Si les administrateurs ont pour vocation de gérer, ils représentent également la société.

Dans l'ancien régime, toutes les limites aux pouvoirs des administrateurs dûment publiées étaient opposables aux tiers (7). La société n'était pas non plus engagée par les actes posés par un administrateur dépassant l'objet social.

(3) P. DE WOLF, «Le conseil d'administration : répartition, délégation de pouvoirs et mandats spéciaux», *J.T.*, 1998, pp. 217 et s.

(4) Et pour autant qu'il s'agisse d'opérations que l'assemblée pour autoriser.

(5) A l'exception des pouvoirs lui revenant exclusivement (nommer et révoquer les administrateurs et les commissaires, approuver les comptes annuels, donner décharge ou intenter l'*actio mandati*, décider de l'affectation des bénéfices sociaux, modifier les statuts, décider la dissolution ou la prorogation de la société).

(6) L. SIMONT, «La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales», *R.P.S.*, 1974, p. 35.

(7) Cass. Fr., 28 janv. 1891, *R.P.S.*, 1891, p. 341.

ioniste),
it d'évo-

gné à ces
vocable
on jour-
visées ci-
ation en
non exé-

a gestion
r, soumis
erminant

rganes de

525 C. Soc

CEO
Administrateur
délégué

un de ces
l'angle de

Le régime de la représentation par la double signature était déjà pratiqué : le concours d'un seul administrateur à la signature ou à la ratification d'un acte était inopérant lorsque les statuts d'une société portaient que «la signature de deux administrateurs est nécessaire pour lier la société» (8).

10. La loi du 6 mars 1973, adoptée à la suite de la première directive communautaire en matière de sociétés commerciales du 9 mars 1968, a procédé à une inversion des rapports qu'entretient le conseil d'administration avec l'assemblée générale, souvent qualifiée de révolution copernicienne.

Tout en omettant de modifier l'article 70, alinéa 1^{er} L.C.S.C. (art. 531 C.Soc.), source des pouvoirs souverains de l'assemblée générale, et sans modifier dès lors la structure classique des organes sociaux, le législateur, refondant l'article 54 des mêmes lois (art. 522 C.Soc.), a investi le conseil de la plénitude des pouvoirs de gestion. Cette discordance entre les articles 54 et 70 L.C.S.C. (art. 522 et 531 C.Soc.) fut considérée par les auteurs comme un simple défaut de toilettage de texte, le système mis en place répondant aux attentes de la doctrine exprimées par le Professeur Van Ommeslaghe dès 1960 au terme d'une étude remarquée de droit comparé (9).

Cette réforme devait consacrer outre un renversement, une séparation nette des pouvoirs entre les différents organes sociaux, l'assemblée générale semblant avoir perdu tout pouvoir d'injonction à l'égard du conseil d'administration de même que tout pouvoir de modification des décisions prises par celui-ci.

Par comparaison aux figures usitées en droit public, le régime ainsi mis en place en Belgique est un régime où l'assemblée (parlementaire) n'a que des pouvoirs limités, là où le conseil (l'exécutif) dispose de la plénitude de compétence.

B. — *Pouvoirs de gestion et de représentation*

11. Pour fonctionner efficacement, la société doit être munie non seulement d'un organe de gestion mais également d'un organe de

(8) Trib. Comm. Bruxelles, 3 mars 1879, *Pas.*, 1879, III, 339.

(9) P. VAN OMMEFLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1960. Voy. aussi P. DE WOLF, «Le conseil d'administration : répartition, délégation de pouvoirs et mandats spéciaux», *op. cit.*, pp. 217 et s.

re
ge
il

le
de

dé
dé
«f

tio
la
tio
ges
nal
ma
d'u
pas
S
nis
ne
sau

I
teu
d'er
C.S

(1
La ce
l'asse
lorsqi
soi in
cée et
des lo
cié, d
au sei
lution

représentation. Le conseil d'administration étant le seul organe de gestion devant obligatoirement être mis en place dans une société, il est tout naturellement en charge de ces deux fonctions.

D'inspiration allemande, la première directive européenne de 1968 opère une nette distinction entre la sphère de la *gestion* et celle de la *représentation* de la société.

La directive et la loi n'ont trait qu'au pouvoir de représentation dévolu aux organes sociaux, sans modifier le droit applicable aux délégations particulières de pouvoirs à des mandataires ou autres «fondés de pouvoirs».

(i) *Pouvoirs de gestion*

12. En matière de *gestion*, les pouvoirs du conseil d'administration ne sont plus restreints aux seuls actes d'administration; dans la ligne d'une pratique statutaire courante, le conseil d'administration reçoit les pleins pouvoirs (10). S'il peut se munir d'organes de gestion journalière (comité de direction et délégués à la gestion journalière), certaines compétences lui sont cependant dévolues de manière exclusive. Le conseil d'administration dispose également d'une compétence résiduaire, c'est-à-dire de toutes celles qui ne sont pas explicitement attribuées par la loi à un organe spécifique.

Si les statuts peuvent restreindre les pouvoirs du conseil d'administration, de telles limitations, dans un souci de protéger les tiers, ne sont pas opposables à ces derniers, même si elles sont publiées, sauf si le tiers était de mauvaise foi (art. 526 C.Soc.).

L'utilité de limitations statutaires aux pouvoirs des administrateurs reste toutefois entière sur le plan interne car susceptibles d'engager la responsabilité des administrateurs (art. 527 et 528 C.Soc.).

(10) On en déduirait à tort que l'assemblée générale ait pour autant perdu toute légitimité. La cession d'un fonds de commerce par le gérant de SPRL sans le consentement préalable de l'assemblée générale peut apparaître comme une violation du pacte social. Ainsi, il a été jugé que, lorsque le gérant d'une SPRL a cédé le fonds de commerce de la société - acte qui n'est pas en soi incompatible avec l'objet social - sans que l'assemblée générale se soit préalablement prononcée et qu'il refuse de rendre compte de sa gestion, il méconnaît les articles 73, 74 et 77 et suivants des lois coordonnées sur les sociétés commerciales et se comporte comme s'il était l'unique associé, de sorte que l'*affectio societatis* n'existe plus et qu'il y a en conséquence de justes motifs, au sens de l'article 139, alinéa 3, des lois sur les sociétés commerciales, pour prononcer la dissolution judiciaire de la société (Trib. Comm. Bruxelles, 18 mai 1990, *R.P.S.*, 1990, p. 140).

Organe *collégial* (11) de gestion, le conseil d'administration peut répartir les tâches entre les administrateurs, sans que cette répartition soit opposable aux tiers, même lorsqu'elle est publiée. Il est permis de voir dans ce mode de répartition des tâches, les prémisses de la distinction entre administrateurs passifs et actifs (ou exécutifs et non exécutifs), selon la distinction issue de la pratique anglo-saxonne, voire des comités de direction créés dans les grandes sociétés avant la loi de corporate governance (regroupant les administrateurs actifs) à qui les pouvoirs les plus divers étaient confiés hors cadre légal.

(ii) *Pouvoirs de représentation*

13. Le conseil d'administration, organe collégial, *représente la société à l'égard des tiers et en justice* (art. 522, §2 C.Soc.).

Eu égard à la lourdeur que peut impliquer la collégialité dans la représentation, s'est développée la pratique des « signatures », elle-même source de confusion juridique pour la société et les tiers. Aussi, la protection des tiers a motivé l'adoption de règles européennes (12) et entraîné des tempéraments à la représentation collégiale.

En vertu de la directive du 9 mars 1968,

« Si la législation nationale prévoit que le pouvoir de *représenter* la société peut, par dérogation à la règle légale en la matière, être attribué par les statuts à une seule personne ou à plusieurs personnes agissant conjointement, cette législation peut prévoir l'opposabilité de cette disposition des statuts aux tiers à condition qu'elle concerne le pouvoir général de représentation; l'opposabilité aux tiers d'une telle disposition statutaire est réglée par les dispositions de l'article 3 » (13).

Sur cette base, le législateur permet aux statuts de prévoir que la société sera engagée non pas par l'ensemble du conseil d'administration uniquement mais par un ou par plusieurs administrateurs qui

(11) Dans la SPRL, chaque gérant peut accomplir tous les actes de gestion ou de représentation (art. 257 C. Soc). La collégialité est l'exception.

(12) « Considérant que la coordination des dispositions nationales concernant la publicité, la validité des engagements de ces sociétés et la nullité de celles-ci revêt une particulière importance, notamment en vue d'assurer la protection des tiers » (deuxième considérant de la directive du 9 mars 1968).

(13) Article 9, 3, de la directive du 9 mars 1968.

deviennent alors de véritables organes de représentation de la société.

La validité et l'opposabilité de ces pouvoirs de représentation sont soumises à trois conditions non exemptes de controverses (14) :

- la possibilité de conférer ces pouvoirs doit être prévue par les *statuts*;
- ces pouvoirs doivent être conférés à un ou plusieurs *administrateurs*, agissant seuls ou conjointement;
- ces pouvoirs doivent s'étendre à la représentation *générale* de la société.

On déduit de l'article 522 C.Soc. que d'éventuelles limitations posées aux pouvoirs des représentants, même publiées, sont inopposables aux tiers. Il en va de même des répartitions de tâches entre administrateurs : elles sont inopérantes à l'égard des tiers qui sont, ici, la partie protégée par la directive européenne.

Peuvent seules être opposées aux tiers les clauses portant double (ou triple) signature rédigées conformément aux règles rappelées ci-avant. En ce cas, c'est la société qui est protégée.

14. La société est également engagée par les actes de ses organes qui excèdent l'objet social (15). Le législateur a prévu des dispositions originales, avec un principe et une exception.

Le principe : la société est engagée même par les actes de ses organes qui ne relèvent pas de l'objet social. Les tiers n'ont pas à lire les statuts sur ce point. Ils devraient même s'en abstenir, souligne le professeur Chaput (16), car il existe une exception : leur mauvaise foi. Bien qu'indifférente pour les autres limitations statutaires, la mauvaise foi du tiers libérera la société en cas de dépas-

(14) P. PELTZER et A. BENOÎT-MOURY, «Le clair-obscur des pouvoirs de représentation de sociétés anonymes en droit belge», *J.T.*, 1979, p. 437; A. BENOÎT-MOURY et P. PELTZER, «Représentation de la société anonyme depuis la première directive européenne de coordination du droit des sociétés», *R.P.S.*, 1977, *op. cit.*, p. 71 et L. SIMONT, «La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales», *R.P.S.*, 1974, n° 45 et s.; P. DE WOLF, «Le conseil d'administration : répartition, délégation des pouvoirs et mandats spéciaux», *op. cit.*, pp. 217 et s.

(15) Article 526 C.Soc. : «La société est liée par les actes accomplis par le conseil d'administration, par les administrateurs ayant qualité pour la représenter conformément à l'article 522, §2, par les membres du comité de direction ou par le délégué à la gestion journalière, même si ces actes excèdent l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve».

(16) Y. CHAPUT, *Droit des sociétés*, P.U.F., Paris, 1993, pp. 162-163.

sement de l'objet social. Mais cette mauvaise foi, élément psychologique, est strictement définie puisque sa réalisation dépendra, en pratique, de la rédaction statutaire de l'objet social, d'une part, et de la portée de l'acte, d'autre part.

«La société est liée (...) à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet». Il faut non seulement prouver que le tiers connaissait l'objet social, mais aussi qu'il avait conscience de l'inadéquation de l'acte à l'objet. La preuve est difficile à rapporter, la plupart des actes intéressant directement ou indirectement l'activité sociale.

«La société est liée (...) à moins qu'elle ne prouve que le tiers ne pouvait ignorer que l'acte dépassait cet objet *compte tenu des circonstances*». Compte tenu des circonstances (17)!

La seule publication des statuts, en elle-même, n'entraîne pas de présomption de mauvaise foi, contrairement au droit commun de la publicité légale.

Qu'en est-il des tiers? Peuvent-ils exciper du dépassement de l'objet social pour se délier? La Cour de cassation a tranché la controverse par la négative (18): elle ne reconnaît plus aux limites statutaires qu'un effet purement interne et refuse aux tiers la faculté de pouvoir les invoquer. Le professeur Benoît-Moury a mis en exergue la portée de l'arrêt de notre Cour suprême sur la formulation des statuts. L'auteur souligne que «*les formulations larges utilisées dans les clauses relatives à l'objet social étaient précédemment motivées en partie par le souci d'éviter que des tiers n'allèguent de dépassements éventuels pour ne pas exécuter des engagements désavantageux. Le risque n'existant plus, il peut paraître souhaitable aux associés de limiter la sphère d'activité de leur société à titre de garantie de la bonne gestion des mandataires sociaux*» (19).

(17) Y. CHAPUT, *op. cit.*, p. 163: les circonstances sont «celles propres à la qualité du cocontractant, lui-même dirigeant, commissaire aux comptes, banquier de la société. (...) celles tenant à l'environnement: acte objectivement anormal (...) Question d'espèce».

(18) Cass. 12 nov. 1987, *R.D.C.*, 1988, p. 500; *T.R.V.*, 1988, p. 107 et note L. LIFSSENS; *R.C.J.B.*, 1989, p. 387 et note A. BENOÎT-MOURY.

(19) A. BENOÎT-MOURY, «Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés», *Actualités du droit*, Liège, 1991-1, p. 105.

III. - LE PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

15. Si la fonction du président du conseil d'administration n'est pas expressément organisée par le Code des sociétés, la pratique tirée des règles des assemblées délibérantes (auxquelles renvoie l'article 63 C.Soc.) lui a traditionnellement conféré certaines compétences spécifiques que les codes de corporate governance ont reprises.

Ainsi, il revient souvent au président du conseil d'administration le droit de convoquer le conseil d'administration, d'en diriger les séances, d'accorder la parole ou de la retirer à un de ses membres et de décider si le conseil d'administration est valablement constitué pour délibérer.

Du reste, le président est au regard du droit des sociétés un administrateur comme les autres. Ses pouvoirs ne sont pas opposables aux tiers.

16. Les codes de gouvernance recommandent par ailleurs de ne pas cumuler la fonction de président du conseil d'administration avec celle d'administrateur délégué (ou de CEO).

17. Lorsque le président du conseil d'administration est chargé seul ou conjointement de pouvoirs de représentation, l'article 522 §2 C.Soc. s'applique, à son endroit, de même que les règles déjà évoquées en matière de clauses de double signature.

Le président se voit généralement attribuer, par les statuts, une place particulière résultant de la *voix prépondérante* qui lui est confiée en cas de partage des voix au conseil d'administration. Le blocage au sein de l'organe d'administration est ainsi évité.

On restera attentif aux effets de l'article 518, §1^{er}, C.Soc. :

«Les administrateurs doivent être au nombre de trois au moins. Toutefois, lorsque la société est constituée par deux fondateurs ou que, à une assemblée générale des actionnaires de la société, il est constaté que celle-ci n'a pas plus de deux actionnaires, la composition du conseil d'administration peut être limitée à deux membres jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivant la constatation par toute voie de droit de l'existence de plus de deux actionnaires.»

«La disposition statutaire octroyant une voix prépondérante au président du conseil d'administration cesse de plein droit de sortir ses effets jusqu'à ce que le conseil d'administration soit à nouveau composé de trois membres au moins (20).»

Dans la pratique, on notera encore que, couplé avec un système de *présidence alternée*, la voix prépondérante s'avère d'un grand secours pour éviter le blocage de l'organe de gestion d'une filiale commune détenue par ses deux actionnaires, chacun à concurrence de 50 %.

IV. - LE DELEGUÉ À LA GESTION JOURNALIÈRE

18. A l'instar du conseil d'administration envisagé en tant qu'organe de gestion, l'*organe chargé de la gestion journalière* est un mandataire, dans l'ordre interne, tantôt - rarement - de l'assemblée générale, tantôt du conseil d'administration, en fonction de l'organe qui l'a désigné. Il est, à l'égard des tiers, l'organe de *représentation* de la société pour ce qui concerne la gestion journalière des affaires de la société. La délégation de la gestion journalière est facultative.

Dans la société anonyme, la gestion journalière peut être assumée par un administrateur - lequel porte alors le titre d'administrateur délégué - ou par d'autres personnes (par exemple un cadre de l'entreprise), éventuellement dans les liens d'un contrat de travail ou, encore, par une autre société alors qualifiée de société de *management*.

Il est toutefois à noter que l'article 525 C.Soc. ne précise pas quel est l'organe compétent pour désigner le délégué à la gestion journalière. La décision de déléguer la gestion journalière n'est dès lors pas une compétence exclusive du conseil d'administration. En conséquence, s'il devait exister un comité de direction dans la société, celui-ci pourrait très bien déléguer la gestion journalière (21).

(20) G. KEUTGEN et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, «La société et son fonctionnement», in *Droit des sociétés : les lois des 7 et 13 avril 1995*, Academia-Bruylant, 1995, p. 283.

(21) G. KEUTGEN, «Le comité de direction : un nouvel organe sociétaire», in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme - Hommage à Madame Benoît-Moury*, Bruylant, 2004, p. 77; E. POTTIER, «Le comité de direction», in *Administrateurs de sociétés*, Séminaire Vanham & Vanham du 12 mai 2005, p. 17.

19. Le législateur n'a pas défini la notion de «gestion journalière», laissant ce soin à la jurisprudence. La Cour de cassation, dans son arrêt du 17 septembre 1968, a consacré deux catégories d'actes de gestion journalière (22) :

- ceux qui ne dépassent pas 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 prompte solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration.

Les actes de gestion journalière se limitent dès lors à l'expédition des affaires courantes ou à l'exécution de décisions prises par un autre organe. Le pouvoir de représentation connaît les mêmes limites. Le délégué à la gestion journalière ne peut donc représenter la société en justice que dans le cadre d'un litige modeste.

L'appréciation des limites de la gestion journalière consiste à vérifier la relation entre l'acte et l'objet social de la société, sa dimension, son capital social, ... En conséquence, les contours de la notion de gestion journalière sont variables et propres à chaque société; ceux-ci ne peuvent se déterminer qu'en opérant une analyse concrète au cas par cas pour chaque société. Ainsi, certains actes importants seront exclus du champ de la gestion journalière d'une société donnée au vu de ses activités ou de son importance économique, alors qu'ils pourraient très bien rester dans ces limites dans le chef d'une autre société (23).

La définition des pouvoirs de cet organe souffre d'un manque de clarté, en ce que les limites à ce pouvoir ne sont pas strictement définies.

20. La pratique de certaines sociétés consistant à étendre la notion de la gestion journalière par l'insertion d'une clause spécifique dans leurs statuts n'offre aucune solution au problème.

En effet, le concept de gestion journalière étant une notion légale, les limites légales, même si elles ne sont pas claires, sont opposables

(22) Cass. 17 sept. 1968, *Pas.*, 1969, p. 61; confirmé par Cass. 21 février 2000, *JDSC*, 2001, p. 49.

(23) Le Conseil d'Etat adopte une position encore plus restrictive. La juridiction administrative considère qu'un recours en annulation ne relève jamais de la gestion journalière, quand bien même ce recours concernerait une question peu importante dans le chef d'une société dégageant un chiffre d'affaire de plusieurs centaines de millions d'euros (voy. C.E., 10 décembre 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 1221, en cause la SA Belgacom).

aux tiers. Une telle définition extensive sera dès lors réduite à la notion légale (24).

Pareilles clauses restent cependant utiles sur le plan interne, en vue de la mise en cause de la responsabilité du délégué à la gestion journalière qui aurait dépassé les limites statutaires de sa fonction.

21. Les limitations des pouvoirs du délégué à la gestion journalière – parfois sous forme d'une procuration écrite – sont courantes. Même publiées, ces limitations sont sans effet à l'égard des tiers. Elles restent en revanche un précieux moyen de pression et de contrôle dans l'ordre interne, lorsque le conseil ou l'assemblée désire sanctionner le délégué qui a outrepassé ses pouvoirs (25).

De cette manière, un acte posé par le délégué à la gestion journalière qui, tout en étant contenu dans les limites de la définition légale donnée par la Cour de cassation, excède les limites statutaires posées à son pouvoir, est valablement posé et engage incontestablement la société à l'égard des tiers.

Par contre, les limites légales ressortant de la définition de la Cour de cassation sont opposables aux tiers, de sorte qu'un acte posé par le délégué à la gestion journalière qui excède les pouvoirs tels que définis par la jurisprudence n'engage pas la société.

22. La définition des pouvoirs du délégué à la gestion journalière par la Cour de cassation a fait l'objet de critiques de la part de la doctrine en raison de son inadéquation à la réalité pratique des affaires (26). Certains auteurs (27) ont même tenté de donner une lecture assez extensive de la définition donnée par la Cour de cassation afin de la concilier avec les nécessités pratiques, en consacrant non deux mais trois catégories d'actes comme relevant de la gestion journalière :

(24) B. TILLEMAN, *Bestuur van vennootschappen*, Bruges, La Charte, 2005, p. 662.

(25) P. DE WOLF, «Le conseil d'administration : répartition, délégation de pouvoirs et mandats spéciaux», *op. cit.*, pp. 222-223.

(26) P. VAN OMMESELAERE, X. DIEUX, «Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence (1979 à 1990)», *R.C.J.B.* 1^{ère} partie : 1992, 573-705, 2^{ème} partie : 1993, 639-824, 3^{ème} partie : 1994, 733-820; P. NICAISE, «La société anonyme», in *Traité pratique de droit commercial*, Kluwer, 1998, t. IV, p. 321.

(27) D. VAN GERVEN et M. WYCKAERT, «Kroniek. Vennootschapsrecht (1999-2000)», *TRV*, 2000, p. 357; P. MALHERBE, «Réception de la société anonyme au Conseil», in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 709; voy aussi B. TILLEMAN, *Bestuur van vennootschappen*, Bruges, La Charte, 2005, p. 555 qui considère les actes urgents comme relevant toujours de la gestion journalière.

- les actes nécessaires aux besoins quotidiens de la société;
- les actes de peu d'importance; et
- les actes nécessitant une solution rapide et ne pouvant attendre l'intervention du conseil d'administration.

23. La Cour de cassation a rendu un arrêt le 26 février 2009 (28).

L'espèce tranchée par la Cour a trait à un règlement-taxe sur les emplacements de parking d'une commune de la Région bruxelloise contre lequel une grande enseigne de la distribution a introduit une réclamation, par le canal de son «legal affairs manager» et de son «directeur exécutif ventes».

Le tribunal de première instance a débouté la chaîne de distribution sur la base de l'argument développé par la commune en vertu duquel les mandataires du réclamant avaient excédé le délai d'un mois après l'introduction de la réclamation, pour établir l'existence du mandat.

En degré d'appel, la chaîne de distribution a produit une lettre de son administrateur délégué confirmant l'existence d'un mandat verbal en faveur de ses deux cadres, conféré avant l'expiration du délai de réclamation.

L'introduction d'une réclamation à l'encontre d'un règlement-taxe communal étant de peu d'importance au regard de l'ampleur des activités de la chaîne de distribution, la Cour d'appel fit droit à son recours en disant pour droit que cet acte tombait manifestement dans le cadre de la gestion journalière. L'importance des activités de la chaîne de distribution (en nombre de points de vente, de chiffre d'affaires et d'employés), comparée à la modicité de la taxe conduisait tout logiquement la Cour d'appel à cette conclusion.

La Cour de cassation ne le vit pas de la même manière et considéra que l'arrêt de la Cour d'appel n'était pas légalement justifié car il était exclusivement fondé sur le caractère de peu d'importance de l'acte envisagé sans examiner toutefois si l'acte en question *nécessitait une solution d'une promptitude telle qu'il ne pouvait attendre une réunion du conseil d'administration*. Cette dernière condition n'étant pas remplie, la Cour estima que la cassation s'imposait.

(28) Cass., 26 février 2009, *RDC*, 2009, p. 948; *TRV*, 2009, p. 444.

La Cour a dès lors confirmé la définition restrictive de la gestion journalière en rappelant que les critères de *peu d'importance* et d'*urgence* constituaient deux critères distincts cumulatifs (29).

Les difficultés pratiques qui découlent de cette définition restent donc intactes.

24. Le délégué à la gestion journalière est incompetent pour poser un acte urgent qui ne serait pas nécessaire aux besoins quotidiens de la société. Le conseil d'administration doit donc se réunir chaque fois qu'un tel acte doit être posé.

Une solution à ce problème peut être trouvée dans la mise en place d'un comité de direction qui n'est pas soumis à cette restriction.

V. - LES MANDATS SPÉCIAUX

25. Sous réserve des pouvoirs qui lui sont expressément réservés par la loi, un organe peut déléguer ses pouvoirs à un de ses membres, voire à un tiers, en dehors des délégations de pouvoir qui sont organisées par le droit des sociétés.

La validité de tels mandats n'est pas controversée, pourvu qu'ils ne puissent s'interpréter comme une délégation générale, le mandat général étant interdit. Le Code des sociétés réservant explicitement pareil mandat au conseil d'administration, celui-ci ne pourrait se décharger entièrement de cette responsabilité.

Pareille délégation de pouvoir peut être donnée à des tiers, mais aussi à un organe de la société, qui agiront en qualité de mandataire suivant les règles du droit commun du mandat. La société sera ainsi tenue par les opérations qui excèdent son objet social mais ne le sera pas lorsque le mandataire sort des limites de son mandat, sauf pour le tiers à s'appuyer sur la théorie du mandat apparent.

Cependant, la ligne de démarcation entre la gestion journalière (dont les limitations statutaires sont inopposables au tiers) et un mandat formulé en termes généraux est difficile à établir.

Quelques observations et remarques, s'imposent à cet endroit :

(29) E. POTTIER, A. BERTRAND, «Gestion journalière : la prudence s'impose», *RDC*, 2009, p. 951; C. CLOTTENS, «De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte», note sous Cass. 26 février 2009, *TRV*, 2009, p. 444.

- Lors
voirs
sent
d'évi
évite
- Lors
tant
l'obl
doct
recoi
moy
- L'oc
quen
de c
nistr
C.Soc
journ
des r
du m
n'on
de c

26.
place
l'organ
créé de
par la
La
C.Soc.
directi
ture d
au sei
d'une

- Lorsqu'elle est confiée à un *administrateur*, la délégation de pouvoirs pourrait être interprétée comme devant s'étendre à la représentation générale de la société. Pour cette raison, il est prudent d'éviter que la clause de pouvoirs ne figure dans les statuts pour éviter ce risque.
- Lorsque la situation de fait soumise au juge (acte déterminé sortant de la compétence d'un délégué à la gestion journalière), l'oblige à conclure - conformément à une solution unanime de la doctrine - que la société n'a pu être valablement engagée, le recours au mandat apparent ou à la ratification s'avère être le moyen le plus efficace de protéger les tiers.
- L'octroi de mandats spéciaux est de droit et ne nécessite en conséquence - contrairement à une ancienne interprétation de la Cour de cassation - aucune habilitation statutaire : le conseil d'administration, les représentants généraux au sens de l'article 522, §2 C.Soc., le comité de direction ainsi que les délégués à la gestion journalière dans le cadre de cette gestion, peuvent donc conférer des mandats particuliers aux personnes de leur choix. Sauf le cas du mandat conféré par le délégué à la gestion journalière, les tiers n'ont pas à vérifier si les pouvoirs entrent ou non dans la sphère de compétence de ceux qui les ont donnés.

VI. - LE COMITÉ DE DIRECTION

A. - Introduction : la loi du 2 août 2002 et la corporate governance

26. Face à la nécessité dans les grandes sociétés de mettre en place un organe intermédiaire entre le conseil d'administration et l'organe de gestion journalière, la pratique avait depuis longtemps créé des comités de direction et ce bien avant le régime mis en place par la loi du 2 août 2002 dite de corporate governance.

La loi de corporate governance a consacré, à l'article 524bis C.Soc., la possibilité d'instituer un organe *optionnel*, le comité de direction, dont la création a pour effet de mettre en place une structure duale (ou dualiste) et, partant, une dissociation des fonctions au sein du conseil d'administration, entre les personnes chargées d'une fonction de direction et les autres, cantonnées à la sur-

la gestion
ortance et
(29).
on restent

pour poser
quotidiens
ir chaque

a mise en
te restric-

t réservés
in de ses
ouvoir qui

rvu qu'ils
le mandat
licitement
ourrait se

tiers, mais
mandataire
sera ainsi
nais ne le
ndat, sauf
ent.

ournalière
ers) et un
'.

endroit :

, RDC, 2009,
genwoordiging

veillance des premières et à la définition de la politique générale de la société.

L'option ouverte par la loi du 2 août 2002 s'attache à répondre aux préoccupations liées à l'efficacité des entreprises et à une plus grande transparence dans la répartition des compétences et des responsabilités au niveau de l'administration des sociétés.

Ces préoccupations sont d'ailleurs clairement reprises par les codes de corporate governance.

Les sociétés cotées sont directement incitées à se conformer aux principes, dispositions et lignes de conduite, du Code de corporate governance 2009 («comply or explain») dans un objectif, répété, d'efficacité à long terme :

«L'objectif principal du Code est de contribuer à la création de valeur à long terme. Le succès des entreprises montre qu'une bonne gouvernance peut conduire à la création de richesse, non seulement pour les actionnaires mais aussi pour toutes les autres parties prenantes. En revanche, les manquements des entreprises peuvent entraîner d'importantes pertes bien au-delà de la perte de valeur pour les actionnaires.

La crise financière a montré combien la confiance est importante. Une bonne gouvernance d'entreprise, basée sur la transparence et la responsabilité, renforce la confiance des investisseurs et des financiers dans les sociétés et profite aux autres parties prenantes. La confiance permettra, à son tour, aux sociétés d'avoir accès à un financement externe et d'obtenir des ressources à un moindre coût. La gouvernance peut également apporter des avantages macroéconomiques comme l'amélioration de l'efficacité et de la croissance économiques ainsi que la protection des investissements privés.» (30)

Par une sorte de phénomène de capillarité, les autres entreprises, moyennes ou petites, subissent le même effet d'attraction. Les principes de bonne gouvernance y gagnent de plus en plus de terrain. Ils s'appréhendent comme un ensemble de règles visant non seulement à accroître l'efficacité du fonctionnement des organes sociétaires mais aussi à harmoniser et à codifier les rapports qu'entretiennent ces organes entre eux, pour éviter les dérapages illustrés par les affaires ayant conduit à une réflexion sur la gouvernance.

(30) Code de corporate governance 2009, p. 7 (www.corporategovernancecommittee.be).

Les codes de corporate governance font l'objet d'un examen spécifique ci-après (IX).

27. La création d'un comité de direction est facultative. Afin de pouvoir instituer un comité de direction au sein d'une société, les statuts doivent prévoir expressément cette possibilité. A défaut de délégation statutaire de pouvoirs au comité de direction, le conseil conservera donc, a priori, sa structure «unitaire».

Par contre, l'organisation et le mode de fonctionnement du comité de direction peuvent être prévus par les statuts ou, *à défaut de clause statutaire, par le conseil d'administration.*

B. - *Les pouvoirs du comité de direction*

28. L'organisation du comité de direction est sensiblement plus libre que celle du conseil d'administration, les statuts ou une décision du conseil d'administration pouvant la déterminer librement.

Le comité de direction est un collège fonctionnant comme tel. Les statuts ou le conseil d'administration peuvent néanmoins prévoir une majorité renforcée, voire même l'unanimité, pour les décisions à prendre par le comité de direction.

Au même titre que ce qui prévaut pour le conseil d'administration, une éventuelle répartition des tâches interne entre les membres du comité de direction n'est pas opposable aux tiers, quand bien même elle serait publiée (article 524bis, alinéa 5 C.Soc.).

De surcroît, les actes accomplis par les membres du comité de direction qui dépassent les limites de l'objet social engagent néanmoins la société, à moins qu'il soit établi que le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances (article 526 C.Soc.).

29. L'article 524bis C.Soc. permet de déléguer au comité de direction l'ensemble des pouvoirs de gestion appartenant au conseil d'administration sans que cette délégation ne puisse porter sur *la politique générale* de la société, ou sur *l'ensemble des actes réservés au conseil d'administration en vertu d'autres dispositions de la loi*. Ainsi par exemple, la possibilité de procéder à une augmentation de capital par la voie du capital autorisé ne peut être déléguée au comité de direction.

L'idée sous-jacente à la constitution d'un comité de direction est d'instituer un organe intermédiaire entre la gestion journalière et le conseil d'administration qui conserve la tâche de définir les stratégies et les lignes de conduite qui doivent être suivies par la société.

Il est conseillé de déterminer clairement les pouvoirs et les compétences du comité de direction par rapport à ceux du conseil d'administration dans le cadre d'un règlement d'ordre intérieur ou d'un protocole d'accord, ceci afin d'éviter des conflits de compétence entre les deux organes (31).

Le comité de direction demeure en outre sous le contrôle du conseil d'administration à qui il doit rendre des comptes (32). En effet, il appartient au conseil d'administration de veiller à ce que la politique générale qu'il a décidée soit bien mise en œuvre par le comité de direction.

La relation entre les deux organes prenant sa source dans une délégation de pouvoir donnée par le conseil d'administration, ce dernier peut éventuellement décider de supprimer le comité de direction (33).

30. En ce qui concerne les pouvoirs de représentation du comité de direction, l'article 524bis, al. 3 C.Soc. dispose que «*les statuts peuvent conférer à un ou plusieurs membres du comité de direction le pouvoir de représenter la société, soit seuls, soit conjointement*». Cette clause statutaire est opposable aux tiers dans les conditions prévues par l'article 76 C.Soc., c'est-à-dire à partir du jour de sa publication aux annexes du Moniteur belge.

Des restrictions plus rigoureuses au pouvoir de représentation du comité de direction qui seraient imposées, conformément à l'article 524bis, al. 3 C.Soc., dans les statuts ou la décision du conseil d'administration ne pourraient en revanche être opposées aux tiers.

(31) G. KEUTGEN, «Le comité de direction : un nouvel organe sociétaire», in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, séminaire CDVA Liège du 11 mars 2004, Bruylant, 2004, pp. 57 à 86.

(32) *Doc. Parl.*, Ch., n° 50-1211/001, p. 35. L'exposé des motifs parle de «rapport» du comité de direction. Ce terme doit s'entendre au sens de «reporting» ou de «rapportering», ce que confirme le texte néerlandais de l'exposé des motifs. Aucune obligation légale ne nous semble exister pour le comité de direction de présenter annuellement l'équivalent d'un rapport de gestion au conseil d'administration. Les statuts ou le conseil d'administration sont toutefois libres d'imposer une obligation en ce sens.

(33) G. KEUTGEN, «Le comité de direction : un nouvel organe sociétaire», *op. cit.*, p. 64.

Dans l'éventualité où le pouvoir de représentation serait délégué de manière générale au comité de direction, il convient de limiter ce pouvoir afin qu'il reflète les pouvoirs de gestion dont le comité de direction peut être investi. En effet, le comité de direction est sans pouvoir pour les matières réservées au conseil d'administration. Si un acte posé par le comité devait relever d'une des matières réservées, la société ne serait pas liée (34).

En outre, la mise en place d'un comité de direction ne pourrait réduire le pouvoir de représentation générale du conseil d'administration. La société est valablement engagée vis-à-vis des tiers lorsqu'elle agit par le biais de son conseil d'administration (35).

VII. - LES COMITÉS CONSULTATIFS

31. L'article 522, §1^{er}, alinéa 3 C.Soc., dispose que «le conseil d'administration peut créer en son sein et sous sa responsabilité un ou plusieurs comités consultatifs. Il définit leur composition et leur mission».

Cette disposition a entériné une pratique déjà ancienne.

Les codes de corporate governance, plus amplement décrits ci-après (IX), apportent des précisions utiles relatives à la constitution et aux fonctions des différents comités. Soulignons que les comités ne jouissent que d'une compétence d'avis.

32. On notera toutefois que la loi du 17 décembre 2008 a réservé un sort particulier au comité d'audit (art. 526bis C.Soc.). Il dispose de compétences propres, telle celle qui consiste à autoriser le commissaire d'une société cotée ou d'une société faisant partie d'un grand groupe au sens de l'art. 16 C.Soc. à ne pas respecter la règle dite du «one to one», imposant une proportion équivalente entre les honoraires d'audit et les autres honoraires (art. 133, al. 6, 1^o C.Soc.) (36).

(34) E. POTTIER, «Le comité de directions», in *Administrateurs de sociétés*, Séminaire Vanham & Vanham du 12 mai 2005, p. 17; J.-M. NELISSEN GRADE, «Het nieuwe directiecomité», in *Nieuw Vennootschapsrecht 2002 - Wet Corporate Governance*, Biblo, 2003, n° 54, pp. 137-138; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, «Corporate Governance - La loi du 2 août 2002», in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, n° 46, Larcier, 2004, n° 9, pp. 24-25.

(35) E. POTTIER, «Le comité de directions», in *Administrateurs de sociétés*, Séminaire Vanham & Vanham du 12 mai 2005, p. 17.

(36) Voy. X. DIEUX et D. WILLERMAIN, «Corporate Governance - La loi du 2 août 2002», *op. cit.*, pp. 42-43, n° 16; K. GEENS, «Le conseil d'administration dans le système moniste belge», in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 25 et s., particulièrement p. 41, n°s 15 et 16.

<u>Date</u>	<u>N° facture</u>	<u>N° dossier</u>	<u>NOM</u>	<u>Montant facturé</u>
23/01/2013	130064	13EUR002	janv-13 HUGHES HUBBARD / EPS	€ 3.500,00
15/01/2013	130079	12COR325	Alcanthe Developement / Capital restructuring	€ 6.073,26
25/01/2013	130080	13FIS002	JEANTET / VERTIGO	€ 1.310,00
			SUB-TOTAL JANVIER	€ 10.883,26
28/02/2013	130554	13EUR006	févr-13 STRATASYS / SALES REPRESENTATIVE AGREEMENT	€ 2.870,00
28/02/2013	130598	13EUR005	FUSHI / TRAINING COMPETITION POLICY	€ 7.580,00
28/02/2013	130697	12EUR017	ERICSSON TURKEY / COMMISSION	€ 8.146,00
28/02/2013	130803	13COR325	Acanthe Developpement / restructuring	€ 5.500,00
			SUB-TOTAL FEVRIER	€ 24.096,00
28-mars	131005	13COR325	mars-13 Acanthe Developpement / restructuring	€ 10.980,57
30-mars	131175	12EUR017	ERICSSON TURKEY / COMMISSION	€ 26.472,50
			avr-13	
			mai-13	

La loi du 6 avril 2010 réserve également un sort particulier au comité de rémunération dont la création est rendue obligatoire au sein des sociétés cotées. Ce comité joue un rôle important dans la publicité de la politique de rémunération adoptée au sein des sociétés (art. 526^{quater} C.Soc.).

[Les comités d'audit et de rémunération sont examinés plus en détails ci-dessous (X).]

VIII. – LES ADMINISTRATEURS INDÉPENDANTS

A. – *Le régime introduit en 2002*

33. Conscient que la réalité économique des groupes de sociétés a entraîné (i) de légitimes préoccupations dans le chef des actionnaires extérieurs au groupe et dans celui des créanciers des sociétés qui composent ce groupe et (ii) des interrogations sur l'avantage que constituent des dispositions préventives par rapport aux sanctions classiques de la responsabilité civile et de la théorie de l'abus de majorité, le législateur a prévu une procédure particulière de prévention des conflits d'intérêt applicable aux seules sociétés cotées.

En vertu de l'article 524 C.Soc., certaines décisions ou opérations accomplies en exécution d'une décision prise par une société cotée, doivent faire l'objet d'une procédure préalable d'appréciation par un comité formé de trois administrateurs indépendants et d'un ou plusieurs experts indépendants.

Ce comité doit apprécier le gain ou le préjudice qui résultera, pour la société et ses actionnaires, de la décision ou l'opération concernée qui intéresse d'autres sociétés du groupe au sens de la loi.

La pratique du recours aux administrateurs indépendants fut ainsi consacrée légalement en 2002, quoique limitée aux décisions et opérations précitées dans les sociétés cotées. Cette réforme ouvrit la voie à une réforme plus profonde de la structure organique de la société anonyme qui aboutira, en 2008, à l'institution plus généralisée des administrateurs indépendants et, par conséquent, à l'introduction d'un véritable système dualiste (optionnel, idéalement) dans notre droit des sociétés (37).

(37) Voy. K. GEENS, «Le conseil d'administration dans le système moniste belge», in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 25 et s., pp. 45-52; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, «Corporate Governance. La loi du 2 août 2002», Les dossiers du J.T., n° 46, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2004, pp. 61-87, n° 28-40.

B. – La loi du 17 décembre 2008

34. La loi du 17 décembre 2008 instituant notamment un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières, a introduit un article 526^{ter} dans le Code des sociétés qui consacre les critères d'indépendance des administrateurs. Ces critères valent tant pour les membres du comité d'audit et de rémunération que pour les administrateurs indépendants visés à l'article 524 C.Soc.

Ces critères sont :

- (i) ne pas avoir exercé de mandat exécutif dans l'organe de gestion ou une fonction de membre du comité de direction ou de délégué à la gestion journalière auprès de société ou des sociétés qui lui sont liées, durant les cinq années précédant sa nomination (38),
- (ii) ne pas avoir siégé au conseil d'administration en tant qu'administrateur non exécutif pendant plus de trois mandats successifs, ou douze ans maximum (*i.e.* un nouveau critère prévu par la loi du 17 décembre 2008),
- (iii) ne pas avoir fait partie du personnel de direction (39) de la société ou d'une société liée durant les trois années précédant sa nomination (40),
- (iv) ne pas recevoir, ni avoir reçu, de rémunération ou autre avantage en dehors d'une rémunération perçue comme membre non exécutif de l'organe de gestion ou membre d'un organe de surveillance (*i.e.* un nouveau critère prévu par la loi du 17 décembre 2008),
- (v) ne pas détenir de droits sociaux supérieurs à 10 % du capital, du « fonds social » (41) ou d'une catégorie d'actions dans l'entreprise (directement ou indirectement) (42) (43).

(38) Cette période était de deux ans auparavant et concernait tout type de mandat (exécutif ou non).

(39) La notion de « personnel de direction » vise les personnes chargées de la gestion journalière de l'entreprise, qui ont le pouvoir de représenter et d'engager l'employeur, ainsi que les membres du personnel directement subordonnés à ces personnes, lorsqu'ils remplissent également des missions de gestion journalière.

(40) Cette période était de deux ans auparavant.

(41) L'utilisation du « fonds social » nous semble étrange en matière de sociétés anonymes. En effet, le Code des sociétés ne connaissait jusqu'ici dans ce cadre que le capital social.

(42) Des règles particulières ont été prévues afin que cet administrateur ne détienne pas non plus indirectement (par le biais de sociétés contrôlées par lui ou par des conventions d'actionnaires) des droits sociaux qui représentent une quotité supérieure à 10 % du capital, du fonds social ou d'une catégorie d'actions de la société.

(43) Étonnante est l'absence d'interdiction de détention d'autres droits, comme les droits de souscription, les options, les obligations convertibles.

rticulier au
ligatoire au
ant dans la
n des socié-

nés plus en

s

de sociétés
des action-
des sociétés
l'avantage
t aux sanc-
ie de l'abus
lière de pré-
étés cotées.

i opérations
ociété cotée,
ciation par
et d'un ou

ni résultera,
l'opération
ns de la loi.
nts fut ainsi
ns et opéra-
la voie à une
été anonyme
ministrateurs
able système
és (37).

belge», in *L'orga-*
et s., pp. 45-52;
, Les dossiers du

- (vi) ne pas entretenir, ni avoir entretenu au cours du dernier exercice social, une relation d'affaire significative avec la société ou des sociétés liées (directement ou indirectement),
- (vii) ne pas avoir été au cours des trois dernières années, associé ou salarié de l'auditeur externe de la société, actuel ou précédent ou d'une société qui leur est liée (*i.e.* un nouveau critère prévu par la loi du 17 décembre 2008),
- (viii) ne pas être membre exécutif de l'organe de gestion d'une société dans laquelle un administrateur exécutif de la société siège en tant que membre non exécutif, ou membre d'un organe de surveillance, ni entretenir d'autres liens importants avec les administrateurs exécutifs de la société du fait de fonctions occupées dans d'autres sociétés ou organes,
- (ix) n'avoir pas au sein de l'entreprise, un conjoint, cohabitant légal, ou membre de sa famille au deuxième degré exerçant un mandat exécutif ou de direction, ou membre du personnel de direction.

Notons que ces neuf critères sont également repris dans la définition de l'administrateur indépendant visée dans le nouveau code belge de corporate governance, publié le 12 mars 2009 (44) (45).

La loi prévoit un régime transitoire afin de permettre aux sociétés de se conformer aux critères d'indépendance précités (46) :

- les administrateurs des sociétés cotées nommés avant le 8 janvier 2009 (47), qui satisfont à l'ancien article 524, §4, 2 C.Soc., mais non aux critères de l'article 526ter C.Soc., peuvent agir en qualité d'administrateur indépendant selon les anciens critères jusqu'au 1^{er} juillet 2011,
- les membres de l'organe légal d'administration des entreprises financières, nommés avant le 8 janvier 2009, qui satisfont aux critères définis et publiés dans le rapport annuel établi par cet organe pour déterminer leur indépendance, peuvent agir en qua-

(44) La notion d'administrateur indépendant est reprise dans l'article 2.1.1/1 du Code de corporate governance de 2009.

(45) La nouvelle version du code belge de gouvernance d'entreprise est le résultat des travaux menés au sein de la Commission Corporate Governance sous la présidence d'Herman Daems. Elle remplace la première version de 2004. Le Code de corporate governance 2009 tient compte des réglementations, européenne et belge, affectant la gouvernance des entreprises, des évolutions des codes et bonnes pratiques de gouvernance dans les autres pays de l'Union européenne.

(46) Voy. l'article 24, §2 et §3 de la loi du 17 décembre 2008.

(47) *I.e.* la date d'entrée en vigueur de la loi du 17 décembre 2008.

lité de membres indépendants selon les anciens critères jusqu'au 1^{er} juillet 2011,

Il en résulte que les administrateurs des sociétés cotées et des entreprises financières nommés après le 8 janvier 2009, doivent d'ores et déjà respecter les critères fixés par l'article 526^{ter} C.Soc.

IX. - LES CODES «CORPORATE GOVERNANCE 2009» ET «BUYSSE II»

A. - *Le code corporate governance 2009*

35. La corporate governance est à l'origine de recommandations additionnelles qui viennent compléter les règles du Code des sociétés. En Belgique, deux codes reprennent ces recommandations : le Code de corporate governance de 2009 (48) pour les sociétés cotées et le Code Buysse II (49) pour les sociétés non-cotées.

Les règles applicables en matière de corporate governance s'attachent principalement à définir le rôle et le fonctionnement du conseil d'administration, sans modifier les règles légales applicables à celui-ci afin de préserver ses relations avec les actionnaires de la société. Ces règles ont comme objectif d'assurer la bonne efficacité du conseil d'administration, notamment par la création de différents comités spécialisés ayant pour mission de procéder à l'examen de questions spécifiques et de le conseiller à ce sujet (art. 5.1. du Code de corporate governance 2009). La prise de décisions reste une compétence collégiale du conseil d'administration mais celui-ci est aidé dans sa tâche par une redéfinition des rôles de chacun (président, administrateurs exécutifs et non exécutifs) et la création de divers comités spécialisés dans l'une ou l'autre des missions assignées au conseil d'administration.

La mouture récente du Code de corporate governance n'introduit aucune révolution sur le plan de l'administration de la société. Les changements introduits concernent principalement la politique de rémunération des dirigeants.

36. Le Code de corporate governance 2009 comprend trois ensembles de règles :

(48) Disponible sur le site www.corporategovernancecommittee.be.

(49) Disponible sur le site www.codebuysse.be.

- les principes
- les dispositions
- les lignes de conduite

Les neuf principes de gouvernance d'entreprise sont les mêmes que ceux du Code Lippens :

- Principe 1 : La société adopte une structure claire de gouvernance d'entreprise.
- Principe 2 : La société se dote d'un conseil d'administration effectif et efficace qui prend des décisions dans l'intérêt social.
- Principe 3 : Tous les administrateurs font preuve d'intégrité et d'engagement.
- Principe 4 : La société instaure une procédure rigoureuse et transparente pour la nomination et l'évaluation du conseil d'administration et de ses membres.
- Principe 5 : Le conseil d'administration constitue des comités spécialisés.
- Principe 6 : La société définit une structure claire de management exécutif.
- Principe 7 : La société rémunère les administrateurs et les managers exécutifs de manière équitable et responsable.
- Principe 8 : La société engage avec les actionnaires existants et potentiels un dialogue basé sur la compréhension mutuelle des objectifs et des attentes.
- Principe 9 : La société assure une publication adéquate de sa gouvernance d'entreprise.

37. Quelles sont les recommandations applicables à ce que le Code de corporate governance désigne comme le management exécutif (50) ?

La notion de management exécutif ne reçoit aucune définition légale; toutefois le Code de corporate governance prévoit que le management exécutif se compose des personnes suivantes : les administrateurs exécutifs, le CEO (délégué à la gestion journalière), les

(50) E. POTTIER, «Le comité de directions», in *Administrateurs de sociétés*, Séminaire Vanham & Vanham du 12 mai 2005, p. 17.

membres du comité de direction ainsi que les membres de tout autre comité exécutif.

Le management exécutif regroupe au minimum tous les administrateurs exécutifs (art. 6.2 du Code de corporate governance).

38. L'objectif visé par le Code de corporate governance est d'établir une nette séparation entre les responsabilités du conseil d'administration et les responsabilités exécutives de la conduite des activités de la société (art. 1.5 du Code de corporate governance).

C'est au conseil d'administration qu'il revient de déterminer la structure du management exécutif et d'en nommer les membres avec l'assistance du comité de nomination (art. 6.1 et 1.4 du Code de corporate governance) pour autant qu'il confie au management exécutif les pouvoirs nécessaires pour lui permettre d'assumer ses responsabilités et obligations.

39. Le Code de corporate governance prévoit les fonctions minimales qui doivent être confiées au management exécutif⁽⁵¹⁾ (art. 6.5), à savoir :

- être chargé de la conduite de la société;
- mettre en place des contrôles internes (systèmes d'identification, d'évaluation, de gestion et de suivi des risques financiers et autres), basés sur le cadre référentiel approuvé par le conseil d'administration, sans préjudice du rôle de suivi du conseil d'administration;
- soumettre au conseil d'administration la préparation exhaustive, ponctuelle, fiable et exacte des états financiers, conformément aux normes comptables et aux politiques de la société;
- préparer la communication adéquate des états financiers et des autres informations significatives financières et non financières de la société;
- soumettre au conseil d'administration une évaluation objective et compréhensible de la situation financière de la société;
- fournir en temps utile au conseil d'administration toutes les informations nécessaires à l'exécution de ses obligations.

(51) Il est renvoyé à ce sujet à l'étude de Y. DE CORDT, «Le dirigeant d'entreprise, un personnage à multiples facettes», in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Larcier, 2009, pp. 21 et s.

ont les mêmes

e gouvernance

stration effec-
dans l'intérêt

d'intégrité et

reuse et trans-
ion du conseil

s comités spé-

e management

s et les mana-
esponsable.

s existants et
compréhension

ate de sa gou-

s à ce que le
, management

une définition
prévoit que le
ntes : les admi-
ournalière), les

s, Séminaire Vanham

Le Code de corporate governance prévoit en outre que le management exécutif est responsable à l'égard du conseil d'administration et qu'il lui rend compte de l'exercice de ses fonctions. Le conseil d'administration a également la charge d'évaluer les performances du management exécutif.

L'article 6.6 du Code de corporate governance impose d'adopter des procédures claires pour les points suivants :

- proposition par le management exécutif de décisions à prendre par le conseil d'administration;
- prise de décisions par le management exécutif;
- rapport au conseil d'administration sur les décisions clés prises par le management exécutif;
- évaluation du CEO et des autres membres du management exécutif.

40. Le rôle du président du conseil d'administration a été décrit avec plus de précisions sous l'impulsion des dispositions de corporate governance.

Les articles 2.5 à 2.7 du Code de corporate governance lui attribuent la responsabilité de coordonner et de diriger le conseil d'administration, en veillant à développer un climat de confiance au sein du conseil en contribuant à des discussions ouvertes, à l'expression constructive des divergences de vues et à l'adhésion aux décisions prises par le conseil d'administration.

C'est à lui que revient d'établir l'ordre du jour, de veiller à la bonne application des procédures relatives à la préparation, aux délibérations, aux prises de décisions et à leur mise en œuvre ainsi qu'à la communication des informations nécessaires avant les réunions. Il doit en outre veiller à développer une interaction efficace entre le conseil d'administration et le management exécutif.

L'article 8.9 du Code de corporate governance lui attribue aussi la direction de l'assemblée générale. A cet égard il lui revient de prendre les mesures nécessaires afin qu'il soit répondu aux questions des actionnaires. Les administrateurs répondent aux questions relatives aux rapports annuels et aux points portés à l'ordre du jour, dans la mesure où les réponses ne risquent pas de porter gravement préjudice à la société, à ses actionnaires ou à son personnel.

41. Le Code de corporate governance s'attache aussi à répartir clairement les responsabilités entre la fonction de président du conseil d'administration et celle de CEO. Cette répartition doit être mise par écrit et faire l'objet d'une approbation par le conseil d'administration.

Ainsi, l'article 1.5 du Code de corporate governance prévoit que les fonctions de Président du conseil d'administration et de CEO doivent être exercées par des personnes différentes, dans un souci de distinguer la responsabilité du conseil d'administration, d'une part, et celle de la responsabilité exécutive, d'autre part.

De la même manière, l'article 4.7 du Code de corporate governance dispose que s'il est envisagé de nommer un ancien administrateur en tant que CEO, le conseil d'administration doit examiner avec soin les aspects positifs et négatifs qui résulteraient de cette nomination et doit justifier de la conformité de cette désignation avec l'intérêt de la société, dans le chapitre se rapportant à la corporate governance de son rapport annuel.

42. Comme déjà mentionné ci-avant, le Code de corporate governance charge le président de la promotion d'une réelle interaction entre le conseil d'administration et le management exécutif.

Dans un souci de dialogue entre les différents organes de la société, l'article 1.6 du Code de corporate governance précise que le président et le CEO se doivent d'établir des relations étroites. Le président doit aussi supporter et conseiller le CEO tout en respectant l'autonomie et les responsabilités de celui-ci. Il doit également le consulter, par exemple, pour établir l'ordre du jour du conseil d'administration (article 2.5 du Code de corporate governance)

Le CEO est envisagé comme un homme d'action qui s'attaque directement aux problèmes quotidiens de la société alors que le président a un rôle plus réflexif sur les opérations sans se charger lui-même de celles-ci.

43. L'article 2.3 du Code de corporate governance impose que la moitié des administrateurs soit non-exécutifs. De plus, au minimum trois administrateurs non-exécutifs doivent répondre aux critères d'indépendance qui sont listés à l'Annexe A du Code de corporate governance.

Les administrateurs exécutifs et non-exécutifs sont appréhendés comme jouant des rôles distincts et complémentaires au sein du conseil d'administration.

Selon l'article 3.3 du Code de corporate governance, les administrateurs exécutifs ont la charge de communiquer toutes les informations utiles en rapport avec les activités et les finances de la société qui seraient nécessaires au bon fonctionnement du conseil d'administration.

Les administrateurs non-exécutifs, quant à eux, procèdent à l'évaluation rigoureuse de la performance du management exécutif dans la réalisation des objectifs convenus. Ils ont aussi comme tâche d'évaluer de manière détaillée la performance du management exécutif dans le cadre de la réalisation des objectifs convenus. Les administrateurs non-exécutifs procèdent également à l'évaluation régulière (de préférence au moins une fois par an) de leur interaction avec le management exécutif. A cet effet, ils se réunissent au moins une fois par an sans que le CEO et les autres administrateurs exécutifs ne soient présents.

44. A l'instar du Code Lippens, le Code de corporate governance 2009 ne fournit aucune précision spécifique au sujet des comités de direction. Ceci vient confirmer la tendance dominante moniste dans la structure de gouvernance des sociétés belges.

La seule référence au comité de direction se retrouve à l'article 6.2 du Code de corporate governance qui précise que, lorsqu'il existe un comité de direction, le management exécutif comprend également tous les membres du comité de direction que celui-ci soit ou non constitué conformément à l'article 524bis C.Soc.

B. – Le Code Buysse II

45. Le Code Buysse II (*corporate governance – recommandations à l'attention des entreprises non cotées en bourse*) établi à l'initiative de l'UCM et de l'UNIZO est subdivisé en dix parties :

- Introduction et principes généraux;
- Bonne gouvernance d'entreprise;
- La responsabilité sociale de l'entreprise
- Le conseil d'avis;
- Un conseil d'administration actif;

- Un (senior) management performant;
- Des actionnaires engagés;
- Contrôle et gestion des risques;
- Recommandations spécifiques aux entreprises familiales - Gouvernance familiale;
- Publicité des règles en matière de corporate governance.

L'objet du Code Bysse II est *l'organisation plus efficace de la structure au niveau de la direction des entreprises ainsi que de ses processus décisionnels, l'accroissement de la transparence et son objectivation*. Les entreprises non cotées en bourse doivent en effet tirer avantage tant au niveau interne qu'au niveau externe de l'application de tels principes.

« Ainsi, [précisent les auteurs du Code Bysse II en guise d'introduction] *une structure efficace au niveau de la direction :*

- *donne une image professionnelle de l'entreprise à l'ensemble des parties concernées, aux banques et au monde financier en particulier;*
- *est un atout sur le marché du recrutement;*
- *peut jouer un rôle important afin d'assurer la continuité de l'entreprise, dans les entreprises familiales en particulier;*
- *peut contribuer à augmenter la rentabilité des entreprises».*

46. Attardons-nous quelque peu aux recommandations visées par le Code Bysse II se rapportant à l'organisation du conseil d'administration :

(i) *Composition équilibrée et indépendante du conseil d'administration*

47. Le Code Bysse II recommande la désignation d'*administrateurs non exécutifs* ou *externes* au sein du conseil d'administration,

La notion d'administrateur externe est définie comme suit :

« Les administrateurs externes sont des administrateurs qui n'appartiennent pas au management ni à l'actionnariat de contrôle. Des administrateurs qui correspondent à cette définition pourront, dans la plupart des cas, être considérés comme indépendants à moins que leur relation avec le management ou avec les actionnaires soit de nature à faire naître des doutes. Bien que l'indépendance des administrateurs externes se recommande, il faut souligner que, surtout dans des petites et moyennes entreprises, leur compétence est plus importante que leur

indépendance au sens strict. Ce qui est crucial, c'est leur autorité objective, qui est fondée sur leur compétence et leur bonne relation avec la direction de l'entreprise, et qu'ils pourront faire valoir dans l'intérêt de l'entreprise.».

Le Code Buisse II souligne que toute entreprise doit idéalement faire entrer dans son conseil d'administration plusieurs administrateurs externes en veillant toutefois à tenir compte de la taille, de la structure et de la phase de développement de l'entreprise.

C'est bien donc la compétence plus que l'indépendance qui est mise en exergue dans le Code Buisse II qui poursuit, en qualifiant les administrateurs externes, qu'ils «*sont une caisse de résonance pour le chef d'entreprise*»; ceux-ci détiennent l'expérience et veillent à la transmission de connaissance.

(ii) *Le rôle du président*

A l'instar du Code de corporate governance 2009, il est recommandé ici de ne pas cumuler la fonction de président du conseil d'administration avec celle d'administrateur délégué, ceci toujours en fonction de la taille et de la phase de développement de l'entreprise.

Le président est considéré comme le gardien des processus gérant le fonctionnement du conseil d'administration, celui qui prodigue des conseils judicieux à l'actionnaire et au management, qui a le profil d'un médiateur et d'un arbitre; il conduit et dirige le processus de nomination du top management ainsi que les membres du conseil d'administration.

(iii) *Rôle des administrateurs externes*

Le Code Buisse II donne les fonctions suivantes aux administrateurs externes :

- assurer l'existence d'un regard objectif sur l'entreprise;
- donner des conseils impartiaux;
- former une caisse de résonance pour l'entrepreneur;
- augmenter la discipline et le sens des responsabilités en ce qui concerne le reporting;
- aider en situation de crise;
- veiller à la succession de l'administrateur délégué;

- partager avec l'entreprise leurs réseaux et leurs relations; et
- veiller à l'expérience et à la transmission de la connaissance.

Le Code met toutefois en exergue le caractère collégial du conseil d'administration. *« Il convient d'éviter qu'il y ait une discorde entre les administrateurs exécutifs et les administrateurs non exécutifs au sein du conseil d'administration, même si les administrateurs externes ont la possibilité de se réunir séparément en cas de nécessité. »*

Les décisions du conseil d'administration doivent être prises après concertation et avec un effort permanent de consensus. La plus-value d'un conseil d'administration actif réside précisément dans l'interaction entre les administrateurs externes et les autres administrateurs. Le président doit veiller à ce que tous les administrateurs puissent exprimer leur opinion individuellement et en toute indépendance. »

(iv) Les comités d'avis et conseils d'avis

48. Le Code reconnaît l'utilité des comités d'avis et en distingue quatre qui sont susceptibles d'assister le conseil d'administration dans sa prise de décisions : le comité d'audit, le comité de nomination, le comité de rémunération et le comité stratégique. C'est au conseil d'administration qu'il revient d'apprécier s'il y a lieu ou non de créer ces comités en tenant compte des défis auxquels il est confronté et de la taille de l'entreprise.

A côté de ces comités, le Code Buyse II prévoit aussi la faculté de créer un conseil d'avis qui conseillera la direction de l'entreprise sur la gestion de la société. Ce conseil devrait être équitablement composé de membres internes et de membres externes qui doivent justifier d'une indépendance.

(v) Le contrôle des risques

49. Comparé à sa version de 2005, le Code Buyse II s'attache à définir plus en détails ses recommandations relatives au contrôle des risques. Le conseil d'administration est chargé de définir une politique claire et des procédures de contrôle en matière de gestion des risques.

Cette tâche sera prise en charge en pratique par le management de la société.

(vi) *Nécessité d'avoir un (senior) management performant*

50. Le senior management est défini comme étant l'ensemble des administrateurs exécutifs, des membres du comité de direction (ou comité de management) et du top management.

Le senior management coïncidera, souvent, avec l'administrateur délégué (CEO), qu'il soit assisté ou non d'un ou de plusieurs administrateurs exécutifs ou membres de la direction.

La stratégie d'entreprise est décidée, cela a été rappelé, par le conseil d'administration en vertu des principes qui découlent du «*mission statement*». C'est alors au senior management qu'il revient d'exécuter cette stratégie et d'informer le conseil d'administration de cette direction opérationnelle, de l'évolution des résultats et des propositions éventuelles nécessaires au redressement de la stratégie.

Le Code Buisse II érige l'administrateur délégué en responsable du bon fonctionnement du management tant à l'égard du conseil d'administration qu'à l'égard des actionnaires, raison pour laquelle il est suggéré de faire ratifier la nomination d'un administrateur délégué non par le conseil d'administration mais par l'assemblée générale.

Il est enfin recommandé, en fonction, toujours, de la taille et de la phase de développement de l'entreprise, de procéder à une déclaration de corporate governance qui, le cas échéant, peut être reprise dans le rapport annuel de l'entreprise.

(vii) *Recommandations spécifiques aux entreprises familiales*

51. Le Code Buisse II propose la mise en place d'un *forum familial* qui constitue une plateforme de communication et d'information ainsi que de consultation sur toutes les questions qui concernent l'entreprise. Il suggère également la fixation de certaines règles du jeu dans le cadre d'une *charte familiale*. Cette charte peut ainsi fixer les règles concernant :

- les valeurs et la vision familiales,
- la propriété de l'entreprise familiale,
- les objectifs financiers de la famille,
- les carrières dans l'entreprise familiale,
- la «gouvernance» de l'entreprise familiale,
- etc ...

Le Code Bysse II suggère également que le conseil d'administration et le management agissent conjointement pour encourager l'implication de l'ensemble des actionnaires dans l'entreprise et qu'au moins deux fois par an une concertation entre les actionnaires, le conseil d'administration et le management soit organisée.

Il est, dans un même contexte, recommandé de procéder à la rédaction d'une convention entre actionnaires qui s'accorde au minimum sur :

- les cas où la transmission des titres n'est soumise à aucune limitation;
- les limitations posées à la cessibilité des titres telles que par exemple les clauses d'agrément et de préemption;
- le prix qui devrait être payé pour les titres dans ces cas de figure.

Le Code Bysse II recommande également d'insérer dans la convention entre actionnaires des dispositions concernant la composition du conseil d'administration.

Nous ne pouvons, en cette matière, que suggérer que les statuts reflètent les desiderata des actionnaires quant à la composition du conseil d'administration afin d'éviter tout problème quant à l'applicabilité des principes ainsi décidés à l'égard de l'ensemble des actionnaires.

Le Code recommande aussi de mettre en place des processus relatifs à la transmission de l'entreprise familiale et au règlement des conflits.

X. - LES COMITÉS D'AUDIT ET DE RÉMUNÉRATION

A. - *Le comité d'audit*

52. Selon la Directive Audit (52), l'existence de comités d'audit contribue à minimiser les risques encourus par les sociétés en matière financière, opérationnelle ou réglementaire et accroît la qualité de l'information financière.

Chaque entité d'intérêt public doit donc être dotée d'un comité d'audit (53).

(52) Directive 2006/43/CE.

(53) Considérant n° 24 et article 41, §1 de la Directive 2006/43/CE.

Ce comité est chargé du suivi du processus d'élaboration de l'information financière, du suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle externe et d'audit interne, du suivi du contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés, ainsi que de l'examen et du suivi de l'indépendance du contrôleur légal des comptes ou du cabinet d'audit. Il intervient également dans le processus de nomination du contrôleur légal en formulant une recommandation (54).

53. Notons qu'afin de doter le conseil d'administration d'instances de conseil et d'avis destinées à améliorer l'efficacité de la gestion et à prévenir les conflits d'intérêt, la loi *corporate governance* avait déjà consacré l'existence de comités consultatifs (art. 522, §1^{er}, *in fine* C.Soc.), dont la mission est de faciliter la tâche du conseil d'administration (55).

Le Code Lippens avait ensuite recommandé la création de comités spécialisés, tel que le comité d'audit.

(i) *Champ d'application*

54. Faisant usage des possibilités ouvertes par la Directive Audit, la loi du 17 décembre 2008 impose la création d'un comité d'audit au sein des sociétés cotées (art. 526bis C.Soc.) et au sein :

- des sociétés (européennes) cotées (56);
- des établissements de crédit (57);
- des entreprises d'assurances (58);
- des entreprises d'investissement (59);
- des sociétés de gestion d'organismes de placement collectif (60).

55. Lorsque ces sociétés remplissent, sur une base consolidée, au moins deux des trois critères suivants : (i) nombre moyen de salariés

(54) A. ROBERT, «La huitième directive concernant le contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés», in *Revue des sociétés*, Dalloz, 2007, p. 763.

(55) M. DE SAMBLANX «Audit comites: recente ontwikkelingen», in *Liber Amicorum Henri Olivier*, Die Keure, 2002, pp. 187 et s.

(56) Articles 899bis, 913bis, 913ter et 917, §4, nouveau C.Soc.

(57) La loi du 17 décembre 2008 modifie ainsi la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit.

(58) La loi du 17 décembre 2008 modifie ainsi la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances.

(59) La loi du 17 décembre 2008 modifie ainsi la loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement.

(60) La loi du 17 décembre 2008 modifie ainsi la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement.

inférieur à 250 personnes sur l'ensemble de l'exercice concerné, (ii) total du bilan inférieur ou égal à 43.000.000 €, (iii) chiffre d'affaires net annuel inférieur ou égal à 50.000.000 €, les fonctions du comité d'audit peuvent être exercées par l'organe d'administration.

La loi du 17 décembre 2008 exige en ce cas que la société dispose d'au moins un administrateur indépendant, à la condition, qu'au cas où le président du conseil d'administration en est un membre exécutif, il ne préside pas cet organe lorsque celui-ci agit en qualité de comité d'audit.

56. Les entreprises d'investissement et les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif qui répondent à ces critères de taille sont, elles, totalement exemptées de l'obligation d'instaurer un comité d'audit.

57. Notons également que la loi du 17 décembre 2008 prévoit d'autres assouplissements à ces règles générales.

En effet, les établissements de crédit et les entreprises d'assurance qui sont des filiales d'une société dans laquelle un comité d'audit dont les attributions s'étendent à tout le groupe a été institué, peuvent bénéficier de dérogations accordées par la CBFA, pour autant cependant que leurs titres ne soient pas admis à la négociation sur un marché réglementé.

Sont en outre exemptés purement et simplement, les organismes de placement collectif à nombre variable de parts publiques (tels que définis à l'article 10 de la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuille d'investissement) et pour les sociétés dont la seule activité consiste à émettre des titres adossés à des actifs, avec dans ce dernier cas l'obligation de justifier l'absence de comité d'audit ou de confier les fonctions du comité d'audit au conseil d'administration (art. 526bis, §7 nouveau C.Soc.).

Enfin, un régime spécifique est mis en place pour les sociétés européennes cotées dotées d'une structure dualiste : un comité d'audit est instauré au sein du conseil de surveillance (art. 913bis et 913ter C.Soc.).

(ii) *Composition du comité d'audit, administrateur indépendant*

58. Deux critères sont essentiels pour la désignation des membres du comité d'audit : l'indépendance et la compétence. Le comité

d'audit est d'ailleurs composé de membres non exécutifs du conseil d'administration. Au moins un membre du comité d'audit doit être un administrateur indépendant et compétent en matière de comptabilité et d'audit.

Aux termes du nouvel article 526*bis* C. Soc., le comité d'audit est composé de membres non exécutifs du conseil d'administration (61).

Au moins un membre du comité d'audit doit être un administrateur indépendant et compétent en matière de comptabilité et d'audit. Cette formulation semble ainsi sous-entendre que certains membres du conseil d'administration ne doivent pas être compétents en matière de comptabilité et d'audit alors qu'il appartient au conseil d'administration, dans son ensemble, d'arrêter les comptes annuels. L'argument pourrait être toutefois difficilement invoqué à l'avenir par un administrateur pour tenter d'échapper à sa responsabilité.

59. L'article 526*ter*, nouveau C.Soc. impose des critères auxquels doivent répondre les membres indépendants du conseil d'administration en s'inspirant de la recommandation de la Commission des Communautés Européennes du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et des comités institués au sein du conseil d'administration ou de surveillance.

Ces critères ont été analysés ci-avant (VIII).

60. Notons qu'en ce qui concerne les établissements financiers et les entreprises d'assurances, la loi du 17 décembre 2008 prescrit que les membres du comité d'audit disposent d'une «compétence collective» dans le domaine des activités de la société et en matière de comptabilité et d'audit, sans définir la notion de «compétence collective». Cette notion nous paraît signifier que la somme des compétences des membres du comité d'audit doit former au moins une compétence complète dans le domaine des activités de la société et en matière de comptabilité et d'audit.

(61) Un administrateur membre du comité de direction et tout administrateur qui s'est vu déléguer la gestion journalière est présumé par la loi être un administrateur exécutif.

(iii) *Missions du comité d'audit*

61. La loi du 17 décembre 2008 précise que le comité d'audit est chargé au moins des missions suivantes :

- (i) suivi du processus d'élaboration de l'information financière,
- (ii) suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques de la société,
- (iii) s'il existe un audit interne, suivi de celui-ci et de son efficacité,
- (iv) suivi du contrôle légal des comptes annuels, des comptes consolidés, en ce compris le suivi des questions et recommandations formulées par le commissaire et le cas échéant par le réviseur d'entreprises chargé du contrôle des comptes consolidés,
- (v) examen et suivi de l'indépendance du commissaire et, le cas échéant, du réviseur d'entreprises chargé du contrôle des comptes consolidés, en particulier pour ce qui concerne la fourniture de services complémentaires à la société.

Ces missions sont également reprises dans le nouveau Code de corporate governance publié le 12 mars 2009 (62).

Le comité d'audit fait régulièrement rapport au conseil d'administration sur l'exercice de ses missions et au moins lors de l'établissement par celui-ci des comptes annuels, des comptes consolidés, et, le cas échéant, des états financiers résumés destinés à la publication.

Rappelons que le comité d'audit intervient également dans le processus de nomination du contrôleur légal des comptes.

62. Les missions assignées au comité d'audit sont ainsi beaucoup plus lourdes que celles assignées aux comités qui peuvent être créés en application de l'article 522 C.Soc., tel que le comité de rémunération ou de nomination. Alors que ces derniers ne sont autorisés à donner que de simple avis, la tâche qui pèse sur les comités d'audit est incontestablement plus exigeante (63).

(62) Ces missions sont reprises dans l'article 5.2/6 du Code de corporate governance 2009.

(63) Voy. pour une analyse du droit français à ce sujet : P. MERLE « Les nouvelles responsabilités des comités d'audit », in *Bulletin Joly Sociétés, actualité du droit des sociétés*, février 2009, n° 2, pp. 216 et s.

(iv) *Obligations du contrôleur légal des comptes à l'égard du comité d'audit*

63. La Directive Audit impose aux Etats membres de veiller à ce que les contrôleurs légaux confirment chaque année au comité d'audit leur indépendance, communiquent les services additionnels fournis à l'entité contrôlée et à ce qu'ils examinent avec le comité d'audit les risques pesant sur leur indépendance.

La loi du 17 décembre 2008 prévoit ce renforcement des interactions entre le commissaire et le comité d'audit. Ainsi, le commissaire confirme dorénavant son indépendance, par écrit, chaque année, au comité d'audit.

Selon l'article 526bis, §5, nouveau, C.Soc., le commissaire doit informer le comité d'audit des questions importantes apparues dans l'exercice de sa mission en particulier les faiblesses significatives du contrôle interne, au regard du processus d'information financière.

B. – *Le comité de rémunération*

64. La loi du 6 avril 2010 «visant à renforcer le gouvernement d'entreprise dans les sociétés cotées et les entreprises publiques autonomes et visant à modifier le régime des interdictions professionnelles dans le secteur bancaire et financier» impose différentes obligations aux sociétés belges cotées dans le but d'informer le public des rémunérations qui sont allouées aux dirigeants d'entreprise.

Elle instaure tout d'abord une obligation d'information en imposant aux sociétés cotées d'émettre une déclaration de gouvernement d'entreprise dans le rapport annuel de gestion (96, §2 C.Soc.) portant notamment sur la rémunération des dirigeants de la société.

65. En parallèle à ce mécanisme de publicité, la loi du 6 avril 2010 instaure l'obligation pour les sociétés cotées d'instituer en leur sein un comité de rémunération qui est conçu comme un réel outil de transparence.

La conception de ce comité est fort semblable à ce qui a été mis en place pour comité d'audit. Le comité de rémunération n'a pas de pouvoir de décision mais uniquement le droit d'émettre des avis. Il est également constitué au sein même du conseil d'administration à qui revient la prise de décision effective et collégiale.

A l'instar de ce qui est d'application pour le comité d'audit, lorsque ces sociétés remplissent, sur une base consolidée, au moins deux des trois critères suivants : (i) nombre moyen de salariés inférieur à 250 personnes sur l'ensemble de l'exercice concerné, (ii) total du bilan inférieur ou égal à 43.000.000 €, (iii) chiffre d'affaires net annuel inférieur ou égal à 50.000.000 €, les fonctions du comité de rémunération peuvent être exercées par l'organe d'administration (art. 526^{quater}, §4 C.Soc.).

Tout comme le comité d'audit, le comité de rémunération est composé exclusivement de membres non-exécutifs du conseil d'administration. Le Code dispose en outre qu'il doit être composé d'une majorité d'administrateurs indépendants au sens de l'article 526^{ter} C.Soc., là où le comité d'audit ne doit en compter qu'un.

Le comité de rémunération se réunit au moins deux fois par an et est en charge de la préparation du rapport de rémunération qui fait partie intégrante du rapport annuel de gestion. Ce nouveau comité joue dès lors un rôle important en ce qui concerne la publicité de la politique de rémunération, d'autant plus qu'il est chargé de commenter ce rapport aux actionnaires lors de l'assemblée générale annuelle et de le communiquer aux représentants du personnel.

XI. - CONCLUSIONS

66. En synthèse de ce qui précède, on constate que la loi et les codes de gouvernance ont redessiné une grande partie du tableau des organes de gestion de la SA, guidés dans un premier mouvement, par un souci d'efficacité accrue (corporate governance et dualisme) et, dans un second mouvement, par la volonté de renforcer le contrôle du management (comité d'audit), dans le sillage de la directive Audit.

Une tendance marquée sous-tendant la mouvance de la corporate governance est la responsabilisation du management par rapport à l'assemblée générale. Le constat est posé : l'assemblée générale est tout à fait impuissante pour opérer un contrôle efficace sur le management de la société.

A la suite de la fragmentation de l'organe d'administration, la tâche de contrôle de la gestion de la société, qui revenait avant à

l'assemblée générale, se voit remise en grande partie entre les mains du management lui-même.

Le rôle dévolu au conseil d'administration *sensu stricto* en est une belle illustration. En effet, celui-ci a tendance à se tourner de plus en plus vers le contrôle du management exécutif.

67. Le recours aux «comités» est également un des signes marquant de cette réorganisation, le reste des organes ou représentants ne subissant pas de changement fondamental.

La plus extrême prudence s'impose dans le maniement pratique de ces comités aux régimes aussi divers et variés.

Les praticiens auront à cœur, en instituant tel ou tel comité, d'avoir à l'esprit les questions les plus importantes : composition et pouvoirs du comité ? responsabilité des membres ? comité obligatoire ou optionnel ? interaction entre les membres de ces comités et ceux des autres entités ?

Les nouveaux codes de gouvernance sont venus à point nommé pour guider les dirigeants de petites et grandes sociétés sur l'architecture idéale du gouvernement d'entreprises.

68. Dans le sillage des réformes de 2008 et des nouveaux codes de gouvernance, les notions d'administrateurs «indépendants», «non-exécutifs» ou «externes» gagnent en clarté, et ce pour le plus grand bénéfice des sociétés sommées d'accroître leur efficacité.

A l'entame de cette deuxième décennie du siècle, les règles de fonctionnement des organes de gestion de la SA ne se déclinent plus comme avant : les rôles de chacun sont voués à une spécialisation accrue ; les organes de ce fait subissent une fragmentation très nette, allant en s'accroissant.

Un silencieux *big bang* en somme.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

1. - LE CONSEIL D'ADMINISTRATION

- A. BENOIT-MOURY, P. PELTZER, «Représentation de la société anonyme depuis la première directive européenne de coordination du droit des sociétés», *R.P.S.*, 1977, p. 62.
- P. PELTZER, A. BENOIT-MOURY, «Le clair-obscur des pouvoirs de représentation de sociétés anonymes en droit belge», *J.T.*, 1979, p. 437.

- P. DE WOLF, «Le conseil d'administration : répartition, délégation de pouvoirs et mandats spéciaux», *J.T.*, mars 1998.
- B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, Bruges, Die Keure, 2005.
- P. DE WOLF, «Administrateur de société anonyme. Un statut en mutation», *D.A.O.R.*, 2002, p. 50.

2. - LE DÉLÉGUÉ À LA GESTION JOURNALIÈRE :

- O. CAPRASSE, «Le délégué à la gestion journalière et les délégations particulières de pouvoir», in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme - Hommage à Madame Benoit-Moury*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 87.
- E. POTTIER, A. BERTRAND, «Gestion journalière : la prudence s'impose», *R.D.C.*, 2009, p. 951.
- C. CLOTTENS, «De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte», *T.R.V.*, 2009, p. 444.

3. - LE COMITÉ DE DIRECTION :

- G. KEUTGEN, «Le comité de direction : un nouvel organe sociétaire», in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme - Hommage à Madame Benoit-Moury*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 57.
- E. POTTIER, «Le comité de direction», in *Administrateurs de sociétés*, Séminaire Vanham & Vanham du 12 mai 2005, p. 17.

4. - LE COMITÉ D'AUDIT

- P. DE WOLF, M. DESIMPELAERE, «La réforme du contrôle des sociétés : un pas vers la confiance retrouvée», *J.T.*, 2009, p. 741.
- C. VAN DER ELST, I. DE POORTER, «Upgrading corporate governance : auditcomités in het wetboek van vennootschappen», *T.R.V.*, 2009, p. 397.

5. - LE COMITÉ DE RÉMUNÉRATION

- A. AUTENNE, R. AYDOGDU, «La transparence dans la loi du 6 avril 2010 visant à renforcer le gouvernement d'entreprise», *D.B.F.*, 2010, p. 157.