

ADMINISTRATEUR DE SOCIÉTÉ ANONYME UN STATUT EN MUTATION

Patrick DE WOLF
Avocat, De Wolf en vennoten
Maître de conférences aux FUCAM

I. INTRODUCTION

1. Le statut juridique de l'administrateur est à multiples facettes.

Nomination, révocation, rémunération, durée du mandat, responsabilité, indépendance, conflit d'intérêt, droits et obligations sont autant de questions qui suscitent l'attention des dirigeants de sociétés mais aussi des praticiens et des auteurs.

Ces derniers sont interpellés par des réformes législatives faisant suite: (i) parfois, à l'adoption d'une Directive ou d'un Règlement européen, (ii) souvent (et presque toujours depuis la fin des années nonante) à la nécessité d'adapter le fonctionnement des sociétés au marché international des capitaux et, enfin, (iii) beaucoup plus rarement, pour donner suite à une profonde réflexion des milieux juridiques et d'affaires sur l'optimalisation des structures sociétales:

(i) Le vote de la loi du 6 mars 1973 consécutif à la première directive européenne en matière de sociétés commerciales du 9 mars 1968 illustre le premier type de réforme, que l'on crut durable, et qui vit le conseil d'administration devenir l'organe prépondérant des sociétés anonymes, mettant ainsi fin à cent ans de prééminence de l'assemblée générale. Véritable révolution copernicienne, la loi entérine la prééminence qu'occupait déjà, dans les faits, le conseil d'administration¹, par l'introduction d'une disposition le dotant du "*pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social à l'exception de ceux que la loi réserve à l'assemblée générale*" (ancien art. 54 L.C.S.C.; art. 522, § 1^{er} C.S.). Ce transfert de pouvoir de l'assemblée générale vers le conseil d'administration s'est encore accentué par l'introduction en droit belge, en 1984, de la technique du capital autorisé, dans la foulée de la deuxième directive européenne.

(ii) Un autre mouvement de réforme, très en vogue de nos jours bien que né aux Etats Unis d'Amérique il y a presque septante ans, tend à incorporer dans nos pratiques et, plus récemment, en droit positif, les enseignements de la doctrine initiée par Berle et Means² et mieux connue sous le nom de '*corporate governance*'. Elle entretient une réflexion partie de la prise de conscience de la séparation grandissante entre la propriété du capital des entreprises et le pouvoir exercé dans celles-ci. Les propriétaires des plus grandes entreprises sont des actionnaires 'atomisés' à qui manquent la possibilité, les qualités et l'information devant leur permettre d'évaluer l'activité de dirigeants spécialisés. Le débat entre les tenants de cette doctrine s'anime autour de la quête du 'Gaal organisationnel' qui est le *mécanisme permettant de combler la distance qui sépare la propriété du capital et le contrôle en rendant les dirigeants responsables de leurs performances*³. L'efficacité devient le maître-mot: pour augmenter la valeur de la société, le contrôle est délégué à des dirigeants aux qualités spécialisées, non sans risque qu'ils privilégient leurs propres intérêts, aux frais des actionnaires. Aussi, le personnage qui émerge, garant de la réduction du coût d'agence (*minimizing agency cost*) est l'*administrateur indépendant*.

La loi du 13 avril 1995 y fait un écho timide et maladroit en introduisant à l'article 60bis L.C.S.C. (art. 524 C.S.) une procédure particulière pour toute décision relevant du conseil d'administration d'une société cotée pouvant avantager un actionnaire influent⁴.

Un projet de loi et une proposition de loi, respectivement des 23 et 25 avril 2001, s'inscrivent dans la même tendance. Ces textes seront évoqués dans le présent rapport.

(iii) La réforme la plus réfléchie, probablement la plus vaste et fondamentale, fruit d'une longue et patiente réflexion des milieux d'affaires et académiques, n'est pas

¹ La dispersion des titres dans le public, le souci de l'anonymat, l'absentéisme des actionnaires sont les principaux facteurs qui ont rendu nécessaire, par souci d'efficacité, le renforcement du rôle d'organe permanent de gestion que tient le conseil d'administration.

² A. BERLE et G. MEANS, *The modern Corporation and Private Property* (1933).

³ R.J. GILSON et M.J. ROE, "Understanding the Japanese Keiretsu: Overlaps between Corporate Governance and Industrial Organization", *The Law of the Business Enterprise*, Oxford University Press, pp. 290-291.

⁴ Pour une critique de cette disposition, voy. X. DIEUX, "L'exercice du pouvoir au sein de la société anonyme – Observations sur quelques incertitudes", in *Mélanges Jean PARDON*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 268 et suiv.

devenue loi. Le projet, qui remonte à 1979, connu sous le n° 387⁵, régulièrement invoqué par les meilleurs auteurs s'avère être, même aujourd'hui et malgré certaines faiblesses, une source constante d'inspiration, particulièrement en matière d'administration et de surveillance des sociétés anonymes. Les articles 90 et suivants du projet n° 387 ont trait à la mise en place d'un système *dualiste* de gestion, par l'instauration d'un conseil de surveillance chargé de surveiller les *administrateurs-gérants* qui ne sont révocables que pour des motifs graves ou moyennant un préavis qui ne peut être inférieur à six mois (art. 94).

Le Règlement européen du 8 octobre 2001 portant statut de la Société Européenne (SE) instaure un régime optionnel entre système moniste ou dualiste. Nul doute que le projet n° 387 guidera les auteurs de la future loi d'application.

Nonobstant ces réformes et courants de pensée, le statut de l'administrateur n'a pas fort évolué dans les principes qui l'ont fondé respectivement en 1873 et 1973 mais risque de subir, particulièrement dans les sociétés cotées, de profondes mutations dans les mois et les années à venir.

C'est à la description des mutations à venir et des principes qui les sous-tendent qu'est consacrée la première partie du présent rapport. Le statut de l'administrateur sera ensuite abordé *de lege lata* au travers d'un examen des articles 517 à 520 C.S.

II. LE CONSEIL D'ADMINISTRATION: LE CHOIX DU SYSTÈME MONISTE – TENTATIONS DU SYSTÈME DUALISTE

2. Le système belge est axé sur le modèle *moniste* puisqu'à l'exception du système en vigueur dans les banques, les SA belges ne doivent posséder qu'un seul organe d'administration.

Le système dualiste se fonde, on le sait, sur la distinction, réelle dans la pratique, entre administrateurs actifs et passifs. Il est consacré notamment par le droit allemand.

A. La loi du 6 mars 1973

La loi du 6 mars 1973, adoptée à la suite de la première directive communautaire en matière de sociétés commerciales du 9 mars 1968, n'a pas modifié la conception de notre système sur ce point.

Elle fut en revanche novatrice dans les rapports qu'entretient le conseil d'administration avec l'assemblée générale, matière où la loi semblait avoir fixé de manière nette et durable les compétences respectives du conseil d'administration et de l'assemblée générale dans les sociétés anonymes. Tout en omettant de modifier l'article 70, alinéa 1^{er} L.C.S.C., source des pouvoirs souverains de l'assemblée et sans modifier dès lors la structure classique des organes sociaux, le législateur, refondant l'article 54 des mêmes lois, avait investi le conseil de la plénitude des pouvoirs de gestion. Cette discordance entre les articles 54 et 70 L.C.S.C. fut considérée par les auteurs comme un simple défaut de toilettage de texte, le système mis en place répondant à leurs vœux, exprimés par le Professeur VAN OMMESLAGHE dès 1960, au terme d'une étude remarquée de droit comparé⁶.

Cette réforme devait consacrer outre un renversement, une séparation nette des pouvoirs des 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.

B. Le projet n° 387

3. Le projet de loi 387⁷ déposé par le gouvernement en 1979 avait, on le sait, pour objet de refondre notre droit des sociétés.

Il devait apporter de radicaux changements en matière d'administration des sociétés anonymes.

La suprématie effective du conseil d'administration s'y trouvait confirmée de même qu'y était adopté le modèle dualiste incarné par l'archétype allemand. Le projet n'octroyait à l'assemblée générale que les pouvoirs lui reconnus par la loi ou les statuts, réparant ainsi l'oubli du législateur de 1973. Le pouvoir du conseil s'en trouvait néanmoins tempéré, par suite de son dédoublement.

Le projet n° 387 prévoyait, en effet, que l'organe d'administration serait constitué de deux entités, l'une composée de dirigeants actifs ayant, sauf quelques exceptions, le pouvoir de poser tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social (*le conseil de gestion*) et l'autre, composée d'administrateurs non actifs chargés d'exercer sur l'activité des premiers un contrôle permanent et investi d'un pouvoir d'autorisation préalable pour les actes ou décisions engageant la politique générale de la société (*le conseil de surveillance*)⁸.

⁵ Projet du 5 décembre 1979, *Doc. Parl. Ch.*, Session 1979-1980, 387.

⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1960; Cons. Aussi X. DIEUX, "L'exercice du pouvoir au sein de la société anonyme – observations sur quelques incertitudes", *Mélanges Jean PARDON*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 254 et P. DE WOLF "Le conseil d'administration: répartition, délégation de pouvoirs et mandats spéciaux", *J.T.*, 1998, p. 217 et s.

⁷ Projet du 5 décembre 1979, *Doc. Parl. Ch.*, Session 1979-1980, 387.

⁸ X. DIEUX, *op. cit.*, p. 255-256.

Par application de l'article 90 du Projet, les administrateurs sont répartis entre deux organes distincts: les administrateurs-gérants, chargés de la gestion des affaires sociales, et le conseil de surveillance, chargé de contrôler la gestion. Le mot "administrateur", lorsqu'il est employé dans le projet sans autre qualification, désigne conjointement les membres du conseil de surveillance et les administrateurs gérants.

Au terme de l'article 92, les administrateurs-gérants sont nommés par le conseil de surveillance. Soulignons, avec RESTEAU⁹, que le projet abandonne, pour les administrateurs-gérants, la conception d'un mandat au profit d'un contrat sui generis de gestion, dont nous reviendrons sur les potentialités qu'il offre en matière de stabilité du statut des dirigeants.

Ce vaste projet fut abandonné au profit de modifications successives partielles et parfois peu cohérentes, réalisées à la hâte pour mettre – souvent tardivement – le droit belge en concordance avec le droit communautaire.

Hors le cas de la refonte intervenue en 1973 des équilibres entre assemblée générale et conseil d'administration, notre pays n'a pas opté pour un revirement majeur d'orientation. Les nombreuses réformes législatives, essentiellement des années nonante, n'ont pas engagé les changements structurels suggérés par le très ambitieux projet n° 387¹⁰ et ont même eu pour objet ou pour effet, selon certains auteurs, de renforcer les prérogatives de l'assemblée au détriment de ceux du conseil d'administration¹¹.

C'est donc en d'autres termes que le débat s'est poursuivi en Belgique.

D'abord, sous l'influence de la pratique, déjà rappelée en droit bancaire, de l'instauration de *comités de direction* qui regroupent, dans les grandes sociétés, des administrateurs actifs et à qui les pouvoirs les plus divers peuvent être confiés. C'est le même souci d'efficacité qui a conduit la pratique à doter le président du conseil d'administration de pouvoirs renforcés. Le Président du conseil d'administration, pas plus que les comités de direction, n'ont cependant la qualité d'organes.

Ensuite, à la faveur d'une réflexion sur le gouvernement des entreprises ("*corporate governance*").

Le projet de loi n° 1211 du 23 avril 2001, commenté ci-après (n° 15 et suivants), tend à opérer une avancée significative en la matière.

C. Conceptions anglo-saxonne et continentale.

4. Le besoin persiste néanmoins, en droit des sociétés, d'offrir des concepts de gouvernement d'entreprise aptes à combattre les conséquences potentiellement négatives de chaque structure d'actionnariat, que celle-ci soit dispersée (société "publique") ou concentrée ("actionnariat de référence"), ce qui implique un degré d'autonomie suffisant de l'organe d'administration¹².

Cette problématique n'est pas neuve; elle date de la grande crise financière des années trente et s'est traduite par deux réponses différentes: le *corporate governance* anglo-saxon et le dualisme germanique.

- Le modèle germanique, introduit en Allemagne dès 1937 et reproduit, moyennant certains aménagements, aux Pays-Bas en 1971 vise à assurer l'autonomie de gestion du *Vorstand* ou du *Raad van Beheer* à l'égard d'actionnaires de contrôle refoulés vers l'*Aufsichtsrat* ou le *Raad van Commissarissen*¹³.

Ce modèle intègre, non sans un certain succès, le facteur travail dans la politique de l'entreprise (présence de représentants des travailleurs dans l'*Aufsichtsrat* et dans le *Raad van commissarissen*) et en fait un aspect important de l'intérêt social, ce qui a eu pour conséquence une pacification des relations entre employeurs et employés permettant aux entreprises allemandes et néerlandaises de résister à des tentatives de reprises étrangères agressives.

- Le système anglo-saxon, certes d'inspiration moniste, diffère du nôtre. Il fut mis au point pour répondre au problème de contrôle qui se posait aux sociétés "publiques" dont l'actionnariat est dispersé et qui ne comporte pas, en général, d'actionnaires importants. La solution consacrée dans les pays de *common law* consiste en la nomination, par l'assemblée générale, d'un conseil d'administration par une procédure de cooptation effective. Ce conseil est composé d'administrateurs actifs (*managers*) et non-actifs (*non executives*), ceux-ci étant censés contrôler ceux-là. Cependant, les administrateurs non-actifs, cooptés par les administrateurs actifs, n'ont pas toujours le pouvoir ni l'envie de les contrôler, ce qui peut amoindrir sensiblement l'efficacité de ce modèle¹⁴.

⁹ Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, TII, Swinnen, Bruxelles, 1982, p. 84.

¹⁰ Rappelons cependant avec X. DIEUX (*op. cit.*, p. 258) que le législateur de 1991 s'est inspiré du projet n° 387 en matière d'action sociale minoritaire et de règlement des conflits d'intérêt.

¹¹ *Ibidem*, pp. 260-261: ainsi en est-il, pour l'auteur, des interventions réglementaires et législatives de 1989 et 1991 en matière de défense anti-OPA.

¹² K. GEENS, "Quelques réflexions sur la composition et le fonctionnement du conseil d'administration dans le système moniste", *Mélanges offerts à Pierre VAN OMMESSLAGHE*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 408.

¹³ Sur le modèle allemand, cf. P. VAN OMMESSLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, *op. cit.*, p. 140-172, p. 267-269 et p. 461-468; sur le modèle néerlandais, cf. l'excellente synthèse de K. GEENS, "Over corporate governance en dualistische bestuursystemen", *Liber Amicorum Prof. Dr. Roger BLANPAIN*, Bruges, Die Keure, 1998, p. 715 et s., spécialement p. 719-720.

¹⁴ Voyez K. GEENS, "Over corporate governance en dualistische bestuursystemen", *op. cit.*, p. 717-718.

En laissant passer, par l'abandon du projet n° 387, l'opportunité d'introduire dans notre droit le système dualiste qui lui aurait permis d'adapter ses structures dans un monde marqué par la suprématie des sociétés anglo-saxonnes, notre pays ne pouvait résoudre la question de l'autonomie suffisante de l'administration des sociétés qu'en empruntant la voie anglo-saxonne ou une voie, médiane, de compromis.

D. Le projet de loi sur la société anonyme autonome.

5. C'est cette dernière voie que le législateur faillit emprunter naguère, le gouvernement ayant envisagé, en 1998, le dépôt d'un projet de loi destiné à introduire dans notre droit des sociétés une modalité permettant de garantir l'autonomie de la société anonyme.

L'avant-projet de loi, conçu en réaction à l'affaire TRAC-TEBEL et au risque pour les entreprises d'utilité publique de perdre leur indépendance, visait à permettre expressément aux statuts d'autoriser le conseil d'administration d'une société anonyme à déléguer tout ou partie des pouvoirs qui lui sont légalement attribués à un *comité de direction*, constitué en son sein, dont il aurait nommé et révoqué les membres, cette délégation ne pouvant toutefois pas porter sur l'orientation de la politique générale de la société ni sur les actes spécialement réservés au conseil d'administration. Cette délégation de pouvoirs devait, de plus, être opposable aux tiers moyennant le respect de règles de publicité¹⁵. Cet avant-projet, qui avait pour conséquence, sinon pour objectif, d'assurer la défense de l'intérêt social au sens large en écartant les actionnaires de référence et en renforçant les pouvoirs d'une assemblée générale où les décisions seraient prises par les actionnaires individuels et les investisseurs, fut vivement critiqué en raison du raisonnement biaisé qui avait été à son origine¹⁶ ainsi que de la possibilité d'aboutir à un résultat similaire par l'utilisation adéquate des statuts et des conventions entre actionnaires¹⁷.

Après la renonciation au projet n° 387 et au système dualiste de type germanique et suite à l'abandon (momentané?) de la voie médiane illustrée par l'avant-projet de société anonyme autonome, notre pays s'est peu à peu laissé

tenter par les principes de "corporate governance" élaborés dans les droits anglo-américains et auxquels de nombreux travaux et études doctrinales ont été consacrées en Belgique¹⁸.

III. LE CORPORATE GOVERNANCE: UNE TENDANCE ACTUELLE?

A. Les limites du système moniste

6. Le modèle moniste d'administration d'application en Belgique a toutes les apparences de la simplicité: à l'exception des sociétés exerçant une activité bancaire (art. 26 L. du 22 mars 1993), les sociétés anonymes belges (cotées ou non) ne doivent posséder qu'un seul organe d'administration, le conseil d'administration (art. 517 et s. C.S.). Les statuts peuvent prévoir que ce conseil sera complété d'un organe de gestion journalière mais ses compétences à l'égard des tiers sont limitées aux besoins de la vie quotidienne de la société et aux actes urgents (voy. l'art. 525 C.S. et la définition très restrictive de la gestion journalière donnée par la Cour de cassation¹⁹).

Il n'est pas rare cependant, en pratique, que des sociétés se dotent d'un comité de direction auquel sont consentis de larges pouvoirs par le conseil d'administration, par le biais de délégations ou de procurations générales. Ledit comité n'a, sauf exception²⁰, aucune existence à l'égard des tiers et est, de plus, généralement constitué de membres du conseil d'administration. On ne retrouve pas, dans une telle construction, les garanties du régime dualiste.

La crainte d'un gouvernement des sociétés sans réel contrôle des actionnaires et l'impossibilité, en droit continental, de négocier préalablement à la constitution d'une société les lignes d'actions que devraient suivre les administrateurs, combinées à la nécessité d'une autonomie de gestion suffisante ont suscité une réflexion sur l'intérêt social et le mode d'administration de l'entreprise²¹.

Cette réflexion s'est orientée vers le "gouvernement d'entreprise", mieux connu sous le nom de *corporate gover-*

¹⁵ P. VAN OMMEFLAGHE, "Vers une société anonyme 'autonome'?", *Liber amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 389 et s.

¹⁶ Raisonnement consistant à penser que l'intérêt social au sens large serait mieux défendu par les actionnaires individuels et les investisseurs institutionnels que par les actionnaires de référence.

¹⁷ P. VAN OMMEFLAGHE, "Vers une société anonyme 'autonome'?", *op. cit.*, p. 389 et s., spécialement la conclusion de cet article, pp. 402 à 405.

¹⁸ G. KEUTGEN, Propos sur le "corporate governance" en Belgique, in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Die Keure, 2001, pp. 551 à 569.

¹⁹ Cass., 17 septembre 1968, *Pas.*, 1969, p. 61.

²⁰ Voyez P. DE WOLF, "Le conseil d'administration (...)", *op. cit.*, p. 223: "Le comité de direction peut avoir la qualité d'organe dans les cas suivants:

– lorsque le comité de direction constitue l'organe de gestion journalière prévu à l'art. 63 L.C.S.C. Il peut alors être composé de non-administrateurs;

– lorsque le comité de direction est composé d'administrateurs qui se sont vu conférer conjointement la représentation générale de la société sur base de l'art. 54, al. 4, de L.C.S.C."

²¹ K. GEENS, "Quelques réflexions sur la composition et le fonctionnement du conseil d'administration dans le système moniste", *op. cit.*, p. 411-413. Cons. également G. HORSMANS, La privatisation des finalités et des méthodes sociétaires, in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, *op. cit.*, pp. 539-542.

nance, dont il fut abondamment parlé en 1998 lors de la fusion des sociétés SUEZ et LYONNAISE DES EAUX et ses conséquences sur l'autonomie de TRACTEBEL, ainsi que lors de l'intégration de FORTIS et de la GENERALE DE BANQUE.

7. Ce concept anglo-saxon, apparu en premier lieu aux Etats-Unis, puis en Grande-Bretagne, est intimement lié aux caractéristiques des économies de ces Etats au nombre élevé de sociétés cotées dont l'actionnariat est dispersé et qui, on le sait, font du marché boursier le mode de financement privilégié des entreprises. Le marché joue un rôle déterminant dans la sanction des entreprises moins performantes²².

On peut distinguer, parmi d'autres, deux réflexions à la base du *corporate governance*:

- la nécessité de réagir contre l'inefficacité de certains conseils d'administration et l'absence de contrôle des dirigeants face à un actionnariat dilué;
- la nécessité de tenir compte de la volonté d'implication croissante des investisseurs institutionnels dans la surveillance de la gestion des entreprises, en raison de leur poids dans le financement de celles-ci et de l'interdiction qui leur est faite, à tout le moins aux Etats-Unis, de prendre des participations risquées.

Des comités furent ainsi instaurés dans divers pays d'Europe pour faire rapport sur la question, comités qui publièrent ensuite des codes de bonnes conduites²³.

Des initiatives similaires furent prises, en Belgique, par trois organisations: la Commission bancaire et financière (C.B.F.), la Commission belge du *corporate governance* instituée par la Bourse de Bruxelles (Bourse) et un groupe de dirigeants d'entreprise dans le cadre de la Fédération des entreprises de Belgique (F.E.B.).

Une proposition de loi déposée au Sénat le 25 avril 2001 et un projet de loi (n° 1211) du 23 avril 2001 ont emboîté le pas à ces organismes qui ne recommandaient pas qu'il fut légiféré en la matière.

Ces deux textes sont brièvement commentés ci-après (sous B et C).

B. Proposition de loi du 25 avril 2001 relative à la publicité des revenus des administrateurs de sociétés cotées

1. Introduction

8. La proposition de loi du 25 avril 2001 *modifiant l'article 1^{er} de la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse, et réglementant les offres publiques d'acquisition et l'article 96 du Code des sociétés*²⁴ a trait à la publicité des rémunérations d'administrateurs de sociétés cotées ainsi qu'à la publicité des opérations sur actions par ces mêmes personnes.

9. Qu'est-ce qui motive les auteurs de la proposition?

Le succès de l'économie belge, l'efficacité et la croissance de ses entreprises, l'accès au marché des capitaux sont tour à tour invoqués avant de stigmatiser, sous l'antienne du "*corporate governance*", les maîtres-mots du code de gouvernement d'entreprise élaboré par la Commission bancaire et financière (C.B.F.): transparence, intégrité et responsabilité.

"La transparence constitue la base de la confiance indispensable entre la société et les parties intéressées, et ce sans préjudice des limitations imposées par son environnement concurrentiel. La transparence favorise l'efficacité de la société puisque le conseil d'administration peut agir promptement si cela s'avère nécessaire.

L'intégrité implique que les rapports financiers et les autres informations diffusées par la société donnent une image fidèle et complète de sa situation.

*La responsabilité concerne surtout le conseil d'administration et les actionnaires qui ont chacun leur rôle à jouer, pour que les rapports faits par le conseil aux actionnaires sur la marche des affaires soient efficaces. Au-delà de la capacité de prendre les mesures nécessaires sur le plan stratégique et pour la mise en oeuvre de la stratégie, la responsabilité du conseil d'administration réside principalement dans la qualité de l'information qu'il fournit aux actionnaires"*²⁵.

²² G. KEUTGEN et C. DARVILLE-FINET, "Le 'corporate governance' une perspective nouvelle pour les sociétés?", *J.T.*, 1998, p. 625 et s.; K. GEENS, "Over corporate governance en dualistische bestuursystemen", *op. cit.*, pp. 717-718.

²³ Voy. notam., le *Code of best practices*, établi par le Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, établi par l'American Law Institute, St. Paul, Minnesota, 1994; *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, établi en 1995 par un groupe de travail C.N.P.F.-A.F.E.P. sous la présidence de M. Marc Viénot; les rapports présentés au colloque organisé le 14 juin 1995 par l'Institut de droit financier de la Rijksuniversiteit Gent et les références citées dans l'article de L. Cornelis et A. François, "De doorwerking van komende Europese regelgeving in het vennootschapsrecht", *R.W.*, 1995-1996, p. 1180; F. Vincke, "Een eerste poging om 'Corporate Governance' toe te passen op Belgische vennootschappen", *T.R.V.*, 1995, pp. 41-48.

²⁴ *Doc. Parl.*, Sénat, 2-714/1.

²⁵ *Doc. Parl.*, Sénat, 2-714/1.

Les auteurs de la proposition mettent ensuite en exergue l'importance du *flux d'information* dont le caractère occasionnel des obligations pesant en cette matière sur les sociétés cotées ou la réglementation des conflits d'intérêt apparaissent aujourd'hui insuffisants pour informer complètement les actionnaires sur les données relatives aux administrations ou pour éviter les abus.

Et de rappeler les prolégomènes d'une affaire encore fraîche dans nos mémoires:

"Il est apparu récemment qu'un membre du comité de direction de Lernout & Hauspie avait vendu entre le 16 mai et le 30 mai pour 7 millions de dollars d'actions de cette société, et ce alors que la Securities and Exchange Commission (SEC) avait notifié à l'entreprise et à l'auditeur KPMG qu'une enquête informelle avait été ouverte à son sujet. Quelques membres du conseil d'administration auraient également fait remonter artificiellement le cours pour vendre des paquets d'actions personnelles à hauteur de quelque 700 millions de francs. Comme, en vertu du règlement de la SEC, ces transactions devaient être déclarées, quelques parties lésées, parmi lesquelles la banque d'investissement Rocker Management LLC, poursuivent les personnes concernées sur la base de ces 'filings'."

10. Quelle est l'obligation que la proposition met à charge des dirigeants de sociétés?

L'obligation est double: (i) publicité relative aux rémunérations directes et indirectes ainsi qu'aux tantièmes de chacun des membres des organes chargés de l'administration et de la gestion journalière ainsi que des membres du comité de direction (art. 96 8° C.S.) et (ii) publicité, imposée aux mêmes personnes, de déclarer toute acquisition ou cession de titres conférant le droit de vote dans la société, ses filiales, les sociétés liées et les sociétés associées (art. 1^{er}, § 1^{er}, de la loi du 2 mars 1989).

11. Voyons ce que comportent ces obligations applicables aux seules sociétés cotées.

2. Publicité relative aux rémunérations

12. Quelles sont les rémunérations visées?

La proposition distingue quatre catégories de rémunérations: (i) les rémunérations directes et indirectes, (ii) les tantièmes, (iii) les pensions extra-légales, (iv) les options sur actions.

(i) Selon les termes de la proposition, les rémunérations directes et indirectes sont celles qui, pour une raison quelconque, sont allouées à charge de la société aux personnes qui possèdent la qualité statutaire d'administrateur/gérant.

Elles comprennent les rémunérations qui sont attribuées à ces personnes en vertu d'un contrat de travail, d'un contrat d'entreprise ou d'un mandat. Les tantièmes (participations aux bénéfices) et les sommes qui leur sont octroyées dans le cadre de l'affectation des résultats n'en font pas partie.

Les rémunérations directes et indirectes comprennent donc:

1. les avantages en nature (par exemple une voiture de fonction, une carte carburant, etc.),
2. les rémunérations ordinaires,
3. les pourcentages sur le chiffre d'affaires,
4. les rétributions pour missions spéciales,
5. les remboursements de frais,
6. les options sur actions de la société.

(ii) Les tantièmes, qui consistent en une partie du bénéfice.

(iii) Les pensions extra-légales.

(iv) Les options sur actions.

Le système envisagé, de publicité dans le rapport de gestion, permettra un accès facilité à des informations disponibles moyennant un examen attentif des statuts, des comptes annuels ou de prospectus d'émission et touchant en général à la rémunération de l'ensemble de l'organe d'administration.

La proposition de loi porte sur la publicité des rémunérations de chaque administrateur, de façon individuelle.

3. Publicité des actions qu'une personne possède dans une société cotée

13. La loi du 2 mars 1989 définit, on le sait, un seuil de 5 % à partir duquel toute personne qui acquiert des actions d'une société cotée doit le déclarer.

La proposition de loi a pour objet d'étendre "*la procédure existante de déclaration et publicité des participations importantes dans les sociétés de droit belge cotées en bourse à toute acquisition ou cession de titres dans ces sociétés, leurs filiales, les entreprises liées et associées, mais uniquement pour certaines catégories de personnes, à savoir les administrateurs, les membres des organes chargés de la gestion journalière et les membres du comité de direction.*"

Aucun seuil d'acquisition ou de cession n'est ici exigé.

14. Cela est dit et répété: l'efficacité et la croissance des entreprises belges sont les objectifs que le législateur tente de rencontrer, dans un contexte de mondialisation croissante.

A cet égard, la doctrine met en exergue l'importance déterminante de l'accès au marché des capitaux, dans une économie dictée par les pays anglo-saxons²⁶. La dimension de ce marché a encore été accrue par l'introduction de la monnaie unique européenne, et se fonde dans des ensembles toujours plus vastes, ce qui n'est pas sans conséquence pour les entreprises. L'élargissement des débouchés des entreprises appelle à une adaptation de leurs investissements par le recours aux marchés financiers²⁷.

Le *corporate governance* est-il la coupe qui sied le mieux aux habits des structures sociétaires performantes?

C'est certes la conclusion à laquelle conduisent les recommandations émanant de trois groupes d'études déterminant sur le marché belge, la Bourse, la F.E.B. et la C.B.F.

La proposition de loi postule à son tour qu'il existe une corrélation entre un modèle économique et la structure juridique qui lui est attachée. Ce postulat est induit de ce que la plupart des Etats les plus développés ainsi que les organisations internationales de premier plan, telles que la Banque Mondiale et l'O.C.D.E., adoptent ou conseillent d'adopter les règles de *corporate governance*. Le déterminisme économique dans lequel s'inscrit la démarche n'est pas sans susciter certaines réserves dans la démarche du législateur.

Le juriste peut toutefois regretter le caractère minimaliste de la réforme envisagée. Il ne saurait en conséquence lui être conféré la portée que cette proposition n'a pas. Les mesures suggérées sont conçues comme un outil dissuasif sur les opérations qui impliquent un abus.

On peut s'interroger sur l'adéquation des objectifs poursuivis [accroître l'efficacité de notre économie en dotant les véhicules sociétaires des structures les plus adéquates] avec les moyens mis en oeuvre [régime de publicité des rémunérations directes et indirectes des membres des organes d'administration des sociétés cotées] par le législateur.

A défaut d'ambition d'une réforme pensée et motivée des structures de la S.A. – ambition incarnée par le projet (caduc) n° 387 – le bon sens seul ne doit-il pas inciter les "réformateurs" à coupler la proposition de loi à une réflexion sur le statut du dirigeant et du conseil d'adminis-

tration, au-delà de ce qu'exige le marché en termes de transparence? La transparence est un fait et un droit établi. Principe général de fonctionnement des marchés, le législateur l'a consacré à diverses reprises, s'inspirant en cela des principes du *corporate governance*. Elle ne doit pas occulter la fragilité du statut de l'administrateur, héritée des principes du mandat, et liée à la révocabilité *ad nutum* des administrateurs. Comment à cet égard ignorer les avantages à tirer d'une "dualisation" du conseil d'administration, à l'instar des modèles allemand, hollandais, voire même français²⁸?

Le projet de loi n° 1211 dit "projet corporate" a une portée bien plus large que la proposition de loi précitée.

Examinons s'il rencontre en tout ou en partie ces questions.

C. Projet de loi n° 1211 (23 avril 2001) modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition²⁹ – corporate governance et modifications diverses

15. Le gouvernement a déposé, le 23 avril 2001, un projet de loi n° 1211, dit "projet corporate" dont l'objet consiste à modifier le code des sociétés en introduisant principalement:

- une organisation légale du comité de direction au sein des sociétés anonymes (art. 524bis C.S.);
- un régime nouveau de règlement des conflits d'intérêt au sein des groupes de sociétés (modification de l'article 524 C.S.).

16. Des aspects particuliers sont également traités dans ce projet parmi lesquels:

- l'obligation pour l'administrateur personne morale de désigner un représentant personne physique qui sera solidairement responsable avec elle, dans les limites, toutefois, du droit du travail s'il s'agit d'un travailleur de la personne morale (modification de l'article 61 C.S.);
- un renforcement de l'indépendance des commissaires (modification de l'article 133 C.S.);
- une plus grande transparence concernant l'accomplissement de la mission de ceux-ci (modification de l'article 144 C.S.);

²⁶ K. GEENS, "Quelques réflexions sur la composition et le fonctionnement du conseil d'administration dans le système moniste", *op. cit.*, pp. 411-413.

²⁷ Voy. Les développements accompagnant la proposition de loi: [Le public des épargnants, les investisseurs institutionnels et les organismes de placement collectif ne sont cependant disposés à investir de l'argent dans une entreprise déterminée que s'ils ont la garantie que cet argent sera bien géré. Devant le grand nombre de possibilités d'investissement, les investisseurs recourent à des critères internationalement reconnus pour faire leur choix. Les dispositions de corporate governance, à savoir "l'étude des règles juridiques d'après leur action, efficace ou non, sur la valeur actionnariale et la condition selon laquelle l'administration et le management sont organisés entre eux et à l'égard de l'actionnariat de telle façon que la possibilité d'optimisation de la valeur actionnariale soit maximale", répondent dans une mesure de plus en plus grande à ces critères. Une étude réalisée par le bureau McKinsey a constaté que les investisseurs sont disposés à payer une prime substantielle pour des entreprises qui satisfont aux conditions de corporate governance], *Doc. Parl.*, Sénat, session 2000-2001, 25 avril 2001, 2-714/1.

²⁸ I. CORBISIER, «La loi française n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques: application de principes relevant de la corporate governance ou 'toiletage' inachevé de textes», in *DAOR Actualité*, n° 9, 2001, pp. 5-6.

²⁹ *Doc. Parl.*, Ch., 23 avril 2001, 1211.

- la possibilité, pour les s.p.r.l., de nommer une personne morale en qualité de gérant (modification de l'article 255 C.S.);
- un assouplissement des règles de prise de décisions au sein de l'assemblée générale des s.p.r.l. et des sociétés coopératives (modification des articles 266 et 382 C.S.);
- un renforcement des pouvoirs du Président du tribunal de commerce, en matière de publicité de participations importantes dans les sociétés anonymes, lui permettant d'ordonner la vente des titres litigieux à des tiers (modification de l'article 516 C.S.);
- un allongement du délai de convocation aux assemblées générales des sociétés anonymes cotées en bourse, de sorte que les investisseurs institutionnels étrangers puissent y prendre part (modification de l'article 533 C.S.);

17. Les deux premiers points (comité de direction et conflits d'intérêt) retiendront notre attention. Avant d'en aborder brièvement l'examen, soulignons, à la lecture de l'Exposé des Motifs que le projet du gouvernement est le fruit des travaux de la Commission dite "*corporate governance*", constituée par le gouvernement en 1999 et chargée d'identifier les problèmes liés au gouvernement (*het beheer*) des sociétés belges et de proposer des solutions dans l'intérêt du management et des investisseurs.

Un signal fort se veut être donné au marché:

*"Le présent projet se propose tout spécialement de rencontrer les attentes légitimes du plus grand nombre en matière d'investissements boursiers au bénéfice des sociétés belges. En effet, on assiste depuis plusieurs années à un mouvement de démocratisation des investissements en bourse qui procède d'une réorientation de l'épargne des ménages vers des placements que l'on peut qualifier comme plus dynamiques. Ledit mouvement est de nature à soutenir l'effort de croissance du Gouvernement et son souci de participation accrue de la population aux intérêts des sociétés qui contribuent au bien-être du pays. Il s'indique dès lors que les pouvoirs publics accordent une attention particulière aux mesures susceptibles de renforcer la confiance du public envers les sociétés présentes sur le marché des titres et appuient les instruments juridiques propres à atteindre cet objectif"*³⁰.

Le gouvernement veut par ailleurs instaurer un système souple, plusieurs des dispositions en projet n'ayant d'autre objet que de fixer le cadre législatif minimal qui sera applicable à telle ou telle situation donnée, les statuts de la société étant libres d'en moduler ou d'en préciser certains aspects.

Enfin, l'Exposé des Motifs, souligne que les divers éléments de "*corporate governance*" à l'attention des sociétés commerciales qui sont contenus au sein du présent pro-

jet ont été arrêtés en gardant à l'esprit les intérêts des actionnaires comme des "*stakeholders*"³¹.

1. L'organisation légale du comité de direction au sein des sociétés anonymes belges

18. Une section Ibis est insérée au chapitre Ier (Administration et gestion journalière) du titre IV (Organes) du Livre VIII (la société anonyme) du Code des sociétés:

"Section Ibis – Le Comité de direction – Art. 524bis
Les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer tout ou partie de ses pouvoirs de gestion à un comité de direction, sans que cette délégation 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 du présent Code. Si un comité de direction est institué, le conseil d'administration est chargé de contrôler celui-ci. Le comité de direction se compose de plusieurs personnes, qu'ils soient administrateurs ou non. Les conditions de désignation des membres du comité de direction, leur révocation, leur rémunération, la durée de leur mission et le mode de fonctionnement du comité de direction sont déterminées par les statuts ou, à défaut de clause statutaire, par le conseil d'administration.

Les statuts peuvent conférer à un ou à plusieurs membres du comité de direction, le pouvoir de représenter la société, soit seuls, soit conjointement.

L'instauration d'un comité de direction et la clause statutaire visée à l'alinéa 3, sont opposables aux tiers dans les conditions prévues par l'article 76. La publication contient une référence explicite à cet article.

Les statuts ou une décision du conseil d'administration peuvent apporter des restrictions au pouvoir de gestion qui peut être délégué en application de l'alinéa 1^{er}.

Ces restrictions, de même que la répartition éventuelle des tâches que les membres du comité de direction seraient convenus, ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées.

Art. 524ter

§ 1^{er}. Si un membre du comité de direction a, directement ou indirectement, un intérêt patrimonial opposé à une décision ou à une opération relevant du comité, il en informe les autres membres avant la délibération du comité.

Le comité apprécie si la décision ou l'opération peut être approuvée dans l'intérêt de la société. Le membre concerné ne prend pas part au vote.

Lors de sa prochaine réunion, le conseil d'administration est informé par écrit de la décision ou de l'opération visée et de l'intérêt qu'elle présente pour la société.

³⁰ Doc. Parl., Sénat, session 2001, Projet 1211/001, Exposé des Motifs.

³¹ Ibidem.

§ 2. Par dérogation au paragraphe 1^{er}, les statuts peuvent prévoir que le membre du comité de direction informe le conseil d'administration. Celui-ci approuve seul la décision ou l'opération, en suivant, le cas échéant, la procédure décrite à l'article 523, § 1^{er}.

§ 3. Dans tous les cas, l'article 523, §§ 2 et 3, est applicable".

19. Le texte instaure un régime optionnel, applicable à toutes les sociétés anonymes.

Il part du constat pratique que les grandes sociétés ne peuvent se satisfaire du système légal actuel où la gestion des sociétés est confiée tout entière à un conseil d'administration, seule la gestion journalière, définie de manière restrictive par la Cour de cassation³², pouvant être déléguée à une ou plusieurs personnes. Les grandes sociétés délèguent toutefois des pouvoirs qui vont au-delà de la gestion journalière, et ce en dépit des règles strictes de délégation³³ posées par la loi.

Le projet surmonte ces obstacles en dotant le comité de direction des attributs d'un véritable organe dont les principales caractéristiques sont les suivantes:

- Le comité de direction doit être créé par les statuts.
- Le conseil d'administration peut lui déléguer tout ou partie de ses pouvoirs, étant entendu que le conseil d'administration reste maître de la politique générale de la société et des actes que le Code lui réserve³⁴.
- Les règles de répartition interne des pouvoirs et de représentation externe sont conformes à la première directive européenne, les principes applicables au conseil d'administration étant ici transposables.
- Le comité de direction peut accueillir en son sein des non-administrateurs à qui la société peut conférer le pouvoir de représenter la société, seuls ou conjointement. Les sociétés sont libérées du carcan constitué par l'article 522, § 2 C.S., empêchant un non-administrateur de représenter seul la société en dehors d'une délégation spéciale de pouvoir.
- La nomination et la révocation des membres du comité de direction sont fixés statutairement ou, à défaut de stipulation dans les statuts, par le conseil d'administration. L'Exposé des Motifs³⁵ ouvre la possibilité de renoncer à la révocabilité *ad nutum*, de nature à rebuter les chefs d'entreprise hautement compétents. Il s'agit d'une ouverture significative vers un renforcement du statut du dirigeant. Sans doute eut-il été souhaitable de ne pas limiter la réflexion liée à la stabilité des dirigeants aux seuls

membres du comité de direction. Le cumul – autorisé – de la qualité d'administrateur et de membre du comité de direction est-il, le cas échéant, de nature à fragiliser le dirigeant, eu égard au caractère d'ordre public attaché à la révocabilité *ad nutum* des administrateurs? Le gouvernement ne l'a probablement pas voulu. Une interprétation du texte par analogie à la solution préconisée en matière de cumul de la qualité d'administrateur et de "prestataire" lié par un contrat de management (voy. *infra*) pourrait cependant conduire à une solution moins avantageuse pour le dirigeant.

- Il appartient aux statuts et, à défaut, au conseil d'administration, de déterminer la rémunération des membres du comité de direction.
- L'opposabilité aux tiers est garantie par un régime classique de publicité (art. 76 C.S.)
- En matière de conflit d'intérêt, un régime optionnel est instauré:
 - (i) ou les statuts sont muets, auquel cas le membre concerné ne prend pas part au vote et le comité apprécie si l'opération doit être approuvée.
 - (ii) ou les statuts mettent à charge du membre du comité de direction une simple obligation d'information du conseil d'administration qui fera application de l'art. 523 C.S. (ancien art. 60 L.C.S.C.) qui décidera.
- Le comité de direction fait rapport au conseil d'administration.
- Pour éviter les confusions, les sociétés qui créeront un comité de direction sur base du texte proposé mentionneront expressément la disposition légale. Ceci permettra de les départir des comités institués soit en vertu d'une délégation particulière de pouvoirs, soit en tant qu'organe de gestion journalière, soit encore en tant qu'organe de représentation.

2. Le nouveau régime des conflits d'intérêt dans les groupes

L'article 524 C.S. (ancien art. 60bis L.C.S.C.) a déjà été évoqué. Il a introduit, on le sait, un régime légal de résolution des conflits d'intérêt dans les sociétés cotées, lorsqu'une opération relevant de la compétence du conseil d'administration, peut avantager un actionnaire influent. Le Code fait référence, pour la première et unique fois, à la notion d'*administrateur indépendant*, notion centrale de la doctrine anglo-saxonne décrite ci-avant. Les critiques n'ont pas manqué à l'égard de cette disposition³⁶.

³² Cass., 17 septembre 1968, *Pas.*, 1989, I, 61.

³³ Voy. P. DE WOLF, "Le conseil d'administration, (...)", *op. cit.*, pp. 223-224.

³⁴ A l'instar de l'article 26 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit.

³⁵ *Doc. Parl.*, Sénat, session 2000-2001, Projet 1211, p. 33.

³⁶ X. DIEUX, "L'exercice du pouvoir au sein de la société anonyme – Observations sur quelques incertitudes", in *Mélanges Jean PARDON*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 268: "Sans vouloir forcer le trait, cette disposition se présente, sur le plan technique, comme une curiosité, et l'on doit redouter qu'en pratique, sa mise en Oeuvre soit rendue malaisée par le caractère vague et inédit des critères qui doivent présider à son application (46). Mais il y a plus: sous l'angle, plus général, de la position des organes l'un à l'égard de l'autre, et de l'articulation de leurs compétences respectives, elle implique, à notre avis, un regrettable gauchissement des catégories, fort peu propice à la sécurité juridique et, à vrai dire, à la réalisation de l'objectif recherché".

Le gouvernement concède que le règlement élaboré en 1995 ne représentait cependant qu'une première amorce de la régulation des conflits d'intérêts au sein d'un groupe de sociétés et par conséquent de la protection des investisseurs attachés aux sociétés belges, sans toutefois donner entière satisfaction.

Le projet propose un nouvel article 524 dont l'examen déborde du cadre du présent rapport.

Soulignons néanmoins le nouvel éclairage porté sur la notion d'administrateur indépendant. L'Exposé des Motifs stigmatise, à cet égard, que:

"Le projet de loi ne prévoit pas directement la désignation obligatoire d'administrateurs indépendants au sein de chacune des sociétés cotées en bourse qui ont un actionnaire de contrôle. Lesdites sociétés seront toutefois tenues de disposer d'administrateurs indépendants lorsqu'elles souhaiteront accomplir les opérations visées par la disposition en projet. Ces opérations seront soumises à des administrateurs qui sont "indépendants" dans le sens général du terme et non – comme le stipule la loi à l'heure actuelle – par rapport à la décision ou à l'opération envisagée. La désignation d'administrateurs indépendants au sein des organes de gestion des sociétés qui sont cotées est une pratique reconnue de manière générale et qui rencontre la faveur des investisseurs internationaux. Elle a été recommandée par la Bourse de Bruxelles, notamment dans ses "Recommandations en matière de corporate governance", et par la Fédération des Entreprises de Belgique. Par ailleurs, la Commission bancaire et financière a encouragé la mise en oeuvre de pratiques de rapportage concernant les usages et les règles de corporate governance".

20. La définition de l'administrateur indépendant est présentée par les auteurs du projet de loi comme *la pièce finale de tout le règlement*. La présence de tels administrateurs contribuerait à ce que les résultats générés par l'entreprise puissent également être utilisés dans l'intérêt des travailleurs, ce qui n'est pas sans évoquer le modèle néerlandais de société anonyme.

Pour être nommées en qualité d'administrateurs indépendants, les personnes choisies devront répondre à trois critères:

- (i) pendant une période de deux ans, précédant leur nomination, ni ces personnes, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré ne devront avoir exercé de mandat d'administrateur, de gérant, de membre du comité de direction, de délégué à la gestion journalière, ni avoir

été employés comme travailleurs au sein de la société concernée ou d'une société ou d'une personne liée au sens de l'article 11 du Code des sociétés;

- (i) a) elles ne pourront pas détenir de droits sociaux représentant un dixième ou plus du capital, du fond social ou d'une catégorie d'actions de la société, b) si elles détiennent des droits sociaux inférieurs à ce seuil:

- ces droits sociaux associés à ceux détenus dans la même société par des sociétés contrôlées par l'administrateur indépendant potentiel ne devront pas atteindre un dixième du capital, du fonds social ou d'une catégorie d'actions de la société

ou

- les actes de disposition relatifs à ces actions ou l'exercice des droits y afférents ne pourront être soumis à des stipulations conventionnelles ou à des engagements unilatéraux auxquels l'administrateur indépendant potentiel a souscrit;

- (iii) elles devront n'entretenir aucune relation avec une société qui est de nature à mettre en cause leur indépendance.

21. Le premier critère de nomination reflète l'idée que les liens familiaux ainsi que l'exercice d'une fonction caractérisée par des responsabilités et un pouvoir de décision au sein de sociétés et de personnes liées à la société concernée mettent en cause l'indépendance de l'administrateur dans son appréciation.

Le second critère traduit la disposition relative à l'indépendance dans le domaine de l'actionnariat et s'inspire ouvertement des règles de *corporate governance* que l'on retrouve dans différents codes de bonne conduite.

Le troisième critère, plus ouvert, constitue une sorte de dernier filet destiné à pallier les possibles insuffisances des deux premiers. En raison, de son caractère large (flou?), il est censé permettre une adaptation à l'évolution de concept d'indépendance qui ne manquera pas de se produire, en raison de la mouvance du *corporate governance* et des besoins de la pratique³⁷.

Le projet précise que le Roi et les statuts peuvent prévoir des critères d'indépendance complémentaires ou plus stricts³⁸.

La désignation de l'administrateur indépendant devra, en tout état de cause, être communiquée préalablement au conseil d'entreprise, de sorte que les travailleurs soient informés de la problématique et impliqués dans l'objectivation de la gestion de l'entreprise. L'administrateur indé-

³⁷ Il échet de souligner que la doctrine la plus autorisée n'était pas d'avis de légiférer sur l'introduction des principes de corporate governance, favorisant une approche volontariste des milieux d'affaire et prônant des solutions souples et adaptées aux entreprises concernées. Voy. G. KEUTGEN et DARVILLE FINET,...

³⁸ G. KEUTGEN, "Propos sur le Corporate Governance en Belgique", *Liber Amicorum Yvette Merchières*, Die Keure, 2001, pp. 556-557, n° 7 – qui estime que "cette approche traduit en fait une tentative de récupérer une matière qui aujourd'hui est appréhendée par voie d'autoréglementation et qui risque de manquer son objectif dans la mesure où l'indépendance est d'abord celle perçue par les investisseurs, quels que soient par ailleurs les critères qui pourraient être définis par le législateur".

pendant serait ainsi désigné comme gardien des intérêts de l'entreprise, y compris de ses travailleurs, bien qu'il ne représente légalement que la société.

L'administrateur indépendant se présente donc comme une personne de confiance, dont la mission consiste à garantir le fait que la gestion de l'entreprise est assurée en tenant compte de l'intérêt social au sens large. Il se rapproche quelque peu des commissaires nommés au sein de la société anonyme de droit néerlandais.

22. Le Professeur GEENS estime, à juste titre selon nous, que le *corporate governance* aspire à intégrer les avantages du système dualiste dans le système moniste³⁹.

Les grandes entreprises cotées en bourse ont toujours considéré qu'il était de leur intérêt de nommer, en tant qu'administrateurs, des personnes d'une réputation irréprochable et d'une grande expérience, sans que ces personnes soient actionnaires ou exercent une fonction dirigeante au sein de l'entreprise.

Néanmoins, l'expérience a démontré qu'il était difficile à ces personnes de rester indépendantes, à long terme, leur talent les poussant parfois à exercer certaines fonctions dans la société concernée et leurs émoluments, le plus souvent sous forme de *stock options*, les conduisant inévitablement à devenir actionnaire⁴⁰.

Mettre davantage l'accent sur l'indépendance ne résoudrait pas nécessairement la question puisqu'il est difficile d'exiger que l'administrateur garde indéfiniment son indépendance et sa détermination. La garantie d'indépendance passe plus que probablement par le renouvellement régulier des administrateurs indépendants.

D. Considérations finales sur le Corporate Governance

23. Le *corporate governance*, est un courant de pensée né de la dissociation entre la propriété du capital et l'exercice du pouvoir dans les sociétés cotées et s'est renouvelé par la dissociation entre la propriété du capital et la gestion du capital qui caractérise le capitalisme collectif. Il a eu le mérite de promouvoir certains concepts et certaines pratiques qui délimitent les responsabilités respectives des dirigeants de sociétés cotées et des gestionnaires d'actifs pour compte de tiers ainsi que de contribuer à l'amélioration du fonctionnement du marché boursier, notamment par un plus grand flux d'information, même s'il faut noter, avec les meilleurs auteurs, que leur impact sur la qualité de la gestion des entreprises ne s'impose pas avec l'évidence que

lui prêtent ses partisans, spécialement les investisseurs institutionnels anglo-saxons⁴¹.

Le débat ne se réduit pas à la responsabilité des intervenants et la transparence des sociétés et, corrélativement, à l'amélioration du marché. Il est, en effet, davantage un symptôme qu'une cause, celui de la montée en puissance d'un capitalisme collectif prospère, dont le modèle provient des pays anglo-saxons, qui a fait du *corporate governance* son étendard. Il est aussi le symptôme de la vigueur du marché qui tend à se substituer aux systèmes de régulation plus traditionnels et qui appréhende l'entreprise comme un instrument de prospérité financière des détenteurs de capitaux disponibles, plutôt que comme une fin en soi. Si l'on peut espérer qu'il contribue à l'amélioration de la gestion des entreprises, ce qui n'est pas sûr, il ne fait pas de doute qu'il contribue à l'amélioration du marché lui-même.

24. Signe fort aux investisseurs et au marché le projet de loi "corporate" n° 1211 intègre ces considérations.

La question de l'amélioration du fonctionnement de la société anonyme n'est cependant pas neuve. Elle a régulièrement été stigmatisée par les auteurs. Elle n'a pas non plus échappé à la Commission européenne qui, dès la fin des années soixante, a proposé plusieurs directives en vue d'élaborer un droit coordonné et harmonisé. La plus importantes de ces propositions, celle du 9 octobre 1972, qualifiée de "proposition de cinquième directive", visait au rapprochement des législations nationales dans trois domaines:

- l'organisation structurelle de la société anonyme;
- l'arrêt et le contrôle de ses comptes annuels;
- la participation des travailleurs à l'organe de surveillance de la société.

Pour ce qui est de la première question, la seule qui nous intéresse ici, la Commission européenne proposait une structure de la société comportant au moins trois organes: le *directoire*, chargé de la gestion et de la représentation de la société, le *conseil de surveillance*, chargé de contrôler l'organe de direction et, enfin, l'*assemblée générale*.

Partant du constat, déjà ancien, de ce que dans les grandes entreprises, en particulier celles dont les titres sont cotés en bourse, le pouvoir réel était passé aux administrateurs, ou à certains d'entre eux, ainsi que de ce que l'assemblée se limitait de plus en plus, dans pareilles sociétés, à entériner ce que les dirigeants effectifs avaient décidé et réalisé et du renforcement encore plus grand des pouvoirs du conseil par le jeu de clauses statutaires, la proposition de cinquième directive s'efforçait de mettre en concordance le droit des sociétés avec cette pratique en optant pour un système dualiste⁴².

³⁹ K. GEENS, "Quelques réflexions sur la composition et le fonctionnement du conseil d'administration dans le système moniste", *op. cit.*, p. 408.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ P. BISSARA, "Les véritables enjeux du débat sur 'le gouvernement de l'entreprise'", *Rev. Soc.*, 1998, p. 5 et s.

⁴² G. KEUTGEN, "La proposition de directive européenne sur la structure des sociétés anonymes", *R.P.S.*, 1973, p. 1-3.

Le Professeur KEUTGEN considérait, en 1973, que l'adoption de cette directive devait contribuer à renforcer le crédit de la société anonyme, l'adaptation de la structure sociétaire, le renforcement des droits des divers intérêts concernés ainsi que les améliorations du contrôle des comptes annuels lui semblant de nature à accroître la confiance des associés et des tiers⁴³.

La proposition est restée lettre morte.

25. Sous la pression des opérateurs du marché financier, certains organismes prirent, à l'instar de leurs homologues d'autres pays, des initiatives en vue de codifier et encourager certaines pratiques destinées aux sociétés, afin d'en améliorer éventuellement le fonctionnement mais surtout d'accroître la confiance des investisseurs dans ces sociétés. Le législateur, soucieux d'améliorer notre situation économique, s'est désormais engouffré dans cette brèche pour contraindre les grandes entreprises belges à respecter ce qui, jusqu'à maintenant, ne sont que des préceptes non contraignants.

Le choix d'un *corporate governance* imposé, plutôt que l'instauration d'un système d'administration dualiste au sein de ces grandes sociétés, bien que visant en apparence le même but (meilleure organisation sociétaire, plus grande confiance des actionnaires et des tiers) n'est pas innocent.

Il répond à la logique de marché dictée par les pays anglosaxons qui ont imposé le marché et ses contraintes, marché qu'ils dominent, au demeurant.

Si l'intention de se rendre compétitif dans un contexte socio-économique donné n'a rien de répréhensible, on peut regretter au plan des principes juridiques, un montage toujours plus complexe qui ne rend guère lisible notre droit des sociétés alors qu'un dualisme bien pensé et assorti d'un régime cohérent de responsabilité et de conflit d'intérêt aurait suffi et clarifié les choses⁴⁴.

Le Règlement du 8 octobre 2001 relatif à la société européenne, qui est en quelque sorte l'héritière de la cinquième proposition de directive quoique les objets respectifs en soient différents, laisse ouverte la voie du système dualiste. On pourrait concevoir, en effet, que le législateur belge calque le régime des sociétés anonymes de droit interne sur celui de la SE, ce qui permettrait aux associés de choisir en connaissance de cause entre dualisme et monisme rénové (si les réformes aujourd'hui à l'étude se concrétisent sous forme de lois).

La logique de marché incline à penser que les investisseurs préfèrent recourir à un système qui fonctionne plutôt qu'adopter, voire même étudier, un système qui *pourrait* avoir les mêmes effets⁴⁵.

IV. LE RÈGLEMENT (CE) N° 2157/2001 DU CONSEIL DU 8 OCTOBRE 2001 RELATIF AU STATUT DE LA SOCIÉTÉ EUROPÉENNE (SE) – INCIDENCES SUR NOTRE SYSTÈME

26. Le règlement européen relatif aux statuts de la société anonyme européenne (*Societas Europaea* ou SE) a été publié à J.O.C.E.:

Il est l'aboutissement d'un long processus d'élaboration qui révèle, entre autres, les difficultés de concilier dans une figure juridique européenne les spécificités des structures sociétaires marquées, dans certains pays, par le dualisme de l'organe d'administration. Le Règlement européen ne tranche pas mais instaure un régime optionnel puisque, outre une assemblée générale des actionnaires, la SE sera dotée soit d'un organe de surveillance et d'un organe de direction (système dualiste), soit d'un organe d'administration (système moniste) selon l'option retenue par les statuts (art. 38)⁴⁶.

Le règlement définit le système dualiste en quatre articles et le système moniste en trois articles, mais prévoit également six dispositions communes aux deux régimes.

A. Le système dualiste

27. *L'organe de direction* est responsable de la gestion de la SE, un ou des directeurs généraux pouvant se voir confier la gestion courante, si l'Etat membre le prévoit, dans les mêmes conditions que pour les sociétés anonymes ayant leur siège dans l'Etat concerné (art. 39.1).

Le ou les membres de l'organe de gestion sont nommés et révoqués par l'organe de surveillance, l'Etat membre pouvant toutefois prévoir que ces nominations et révocations sont du pouvoir de l'assemblée générale, ou permettre aux statuts de prévoir cette possibilité, dans les mêmes conditions que pour les sociétés anonymes ayant leur siège dans l'Etat concerné (art. 39.2).

Le règlement prévoit en outre une interdiction expresse d'être membre des deux organes simultanément, à l'exception des situations de vacance à l'occasion desquelles l'or-

⁴³ G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁴ En ce sens, voyez P. BISSARA, "Les véritables enjeux du débat sur 'le gouvernement de l'entreprise'", *op. cit.*, p. 13-20; K. GEENS, "Quelques réflexions sur la composition et le fonctionnement du conseil d'administration dans le système moniste", *op. cit.*

⁴⁵ Sur cette question, voyez R.J. GILSON et M.J. ROE, "Understanding the Japanese Keiretsu: Overlaps between Corporate Governance and Industrial Organization", *A reader on the law and business enterprise*, Oxford University Press, p. 287-329, spécialement p. 290-292, qui montrent parfaitement le développement du *corporate governance* et l'importance croissante des investisseurs, tout en soulignant à la fois l'existence d'alternative à cette tendance par le recours à des modèles étrangers et la faible probabilité pour que les investisseurs américains se risquent à miser sur un autre modèle que celui du *corporate governance*.

⁴⁶ Règlement n° 2157/2001 du conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE).

gane de surveillance peut désigner un de ses membres pour exercer les fonctions de membres de l'organe de direction. Dans ce cas, la fonction de membre de l'organe de surveillance de l'intéressé est suspendue. Un Etat membre peut prévoir que cette période est limitée dans le temps (art. 39.3).

Ce sont les statuts de la SE qui fixent le nombre de membres de l'organe de direction, ou à défaut, le mode de détermination de ce nombre, un Etat membre ayant, cependant, la possibilité de fixer un nombre minimal et/ou maximal de membres (art. 39.4).

Le règlement prévoit, *expressis verbis*, la possibilité pour un Etat membre dont le droit national ne prévoit pas de système dualiste, de prendre les mesures appropriées en ce qui concerne les SE (art. 39.5).

28. L'organe de surveillance contrôle la gestion de l'organe de direction dont il ne peut exercer le pouvoir (art. 40.1).

Les membres de l'organe de surveillance sont nommés par l'assemblée générale. Les premiers membres de cet organe peuvent être désignés par les statuts (art. 40.2) qui en fixent également le nombre ou les règles propres à le déterminer, les Etats membres ayant la possibilité de fixer un nombre de membres minimal et/ou maximal (art. 40.3).

L'organe de direction doit informer trimestriellement l'organe de surveillance de la marche des affaires de la SE et de leur évolution prévisible (art. 41.1). De plus, l'organe de direction devra communiquer, en temps utile, à l'organe de surveillance toute information sur des événements susceptibles d'avoir des répercussions sensibles sur la situation de la SE (art. 41.2).

L'organe de surveillance, ou chacun de ses membres si tel est le choix de l'Etat membre, peut demander à l'organe de direction toutes les informations nécessaires au contrôle qu'il doit exercer sur le premier (art. 41.3). Il peut également procéder ou faire procéder aux vérifications qui s'imposent (art. 41.4). Enfin, chaque membre de cet organe dispose d'un pouvoir individuel lui permettant de prendre connaissance de toutes les informations transmises à l'organe dont il fait partie (art. 41.5).

L'organe de surveillance doit élire, en son sein, un président. Si la moitié des membres ont été désignés par les travailleurs, comme le permet la directive 2001/86/CE, seul un membre désigné par l'assemblée générale des actionnaires peut être élu président (art. 42).

B. Le système moniste

29. Dans ce système, la gestion de la SE est confiée à l'organe d'administration. Un Etat membre peut prévoir, toutefois, qu'un ou des directeurs généraux seront responsables de la gestion courante, dans les mêmes conditions que pour les sociétés anonymes ayant un siège statutaire sur son territoire (art. 43).

Ce sont les statuts qui arrêtent le nombre de membres de cet organe ou, à tout le moins, les règles permettant sa détermination, tout Etat membre ayant la possibilité de prévoir un nombre minimal et maximal de membres.

Si la participation des travailleurs dans la SE est organisée conformément à la directive 2001/86/CE, le nombre de membres minimum est de trois (art. 43.2).

Les membres de l'organe d'administration sont nommés par l'assemblée générale, sauf s'il s'agit des premiers membres, lesquels peuvent être désignés par les statuts ou application de la directive 2001/86/CE qui concerne les modalités de participations des travailleurs (art. 43.3).

Remarquons que le règlement permet à un Etat membre dont le droit national ne connaît pas le système moniste, d'adopter les mesures appropriées concernant les SE (art. 43.4).

30. L'organe d'administration doit se réunir, au moins tous les trois mois, selon une périodicité fixée statutairement, pour délibérer de la marche des affaires de la SE et de leur évolution prévisible (art. 44.1).

Chacun des membres de l'organe d'administration peut prendre connaissance de toute information transmise à celui-ci (art. 44.2).

L'organe d'administration élit en son sein un président. Si la moitié des membres ont été désignés par les travailleurs, seul un membre désigné par l'assemblée générale des actionnaires peut être élu président (art. 45).

C. Règles communes aux deux systèmes

31. Les membres des organes de la société sont nommés pour une durée fixée par les statuts mais qui ne peut excéder six années (art. 46.1). Sauf restrictions statutaires, ils peuvent être renommés une ou plusieurs fois pour la période fixée (art. 46.2).

Une société ou une autre entité juridique peuvent être nommés comme membres d'un organe de la SE, si les statuts de cette dernière l'autorisent, sauf disposition contraire dans le droit national relatif aux sociétés anonymes. La société ou l'entité juridique nommée doit désigner une personne physique pour l'exercice des pouvoirs dans l'organe concerné (art. 47.1).

Le règlement prévoit certaines incompatibilités. Ainsi, ne peuvent être membres d'un organe de la SE, ni représentant d'un tel membre, les personnes qui:

- en vertu de la loi de l'Etat membre du siège de la SE, ne peuvent faire partie de l'organe correspondant d'une société anonyme relevant du droit de cet Etat;
- en raison d'une décision judiciaire ou administrative rendue dans un Etat membre, ne peuvent faire partie de l'organe correspondant d'une société anonyme relevant du droit d'un Etat membre (art. 47.2).

Les statuts de la SE peuvent fixer, à l'instar de ce qui est prévu pour les sociétés anonymes par la loi de l'Etat membre du siège de la SE, des conditions particulières d'éligibilité pour les membres qui représentent les actionnaires (art. 47.3).

Le règlement ne porte pas atteinte aux lois nationales qui permettent à une minorité d'actionnaires ou à d'autres personnes ou autorités de nommer une partie des membres des organes (art. 47.4).

32. Les statuts de la SE énumèrent les catégories d'actions qui donnent lieu à une autorisation de l'organe de direction par l'organe de surveillance, dans le système dualiste, ou à une décision expresse de l'organe d'administration, dans le système moniste. Toutefois, un Etat membre peut prévoir, dans le système dualiste, que l'organe de surveillance subordonne, lui-même, à autorisation certaines catégories d'opérations (art. 48.1).

Un état membre peut déterminer les catégories d'opérations qui, au minimum, doivent figurer dans les statuts des SE immatriculées sur son territoire (art. 48.2).

Les membres des organes de la SE sont tenus à une obligation de discrétion, même après que leurs fonctions aient pris fin, sauf dans les cas où la divulgation d'une information est exigée ou admise par le droit national applicable aux sociétés anonymes, ou lorsque l'intérêt public l'exige (art. 49).

L'article 50 du Règlement établit, sans préjudice des autres dispositions du Règlement ou des statuts, les règles relatives au quorum et à la prise de décision.

Enfin, l'article 51 prévoit que les membres des organes de direction, de surveillance ou d'administration répondent du préjudice subi par la SE *uniquement*, du fait de la violation par ces membres de leurs obligations légales, statutaires ou autres inhérentes à leurs fonctions.

Ce règlement n'entrera en vigueur que le 8 octobre 2004.

D. Appréciation

33. Le règlement innove en "important" le droit de choisir entre système moniste et dualiste, y compris pour les Etats membres dont le droit national ne connaîtrait que l'un ou l'autre de ces régimes.

Il prévoit quel organe est compétent pour nommer et révoquer les membres des organes de direction, de surveillance et d'administration mais ne règle cependant pas les conditions de nomination et de révocation, ni la question de la rémunération desdits membres.

Le Règlement définit cependant une période maximale d'exercice de la fonction:

- un régime d'incompatibilité concis mais efficace,
- les catégories d'opérations soumises à davantage de for-

malisme (autorisation dans le système dualiste, décision expresse dans le système moniste),

- la possibilité pour une personne morale d'être membre d'un organe de la SE à la condition expresse que la personne morale désigne une personne physique chargée d'exercer ses pouvoirs dans l'organe concerné,
- une obligation de discrétion qui perdure au-delà de la fin effective des fonctions exercées dans un des organes de la SE,
- ainsi qu'un régime de responsabilité envers la SE.

L'introduction de la Société Européenne exige des aménagements du droit belge. Le législateur pourrait bien, à cette occasion, donner une assise, un droit positif au choix ouvert par le Règlement entre système moniste et système dualiste. Nul doute que les travaux qui ont conduit au projet 387 serviront alors de source d'inspiration fertile dans le remodelage, déjà très avancé, du statut de l'administrateur.

V. LE STATUT DE L'ADMINISTRATEUR DE SOCIÉTÉ ANONYME EN PRATIQUE

A. Introduction

34. Les administrateurs gèrent.

Ils représentent également la société à l'égard des tiers.

Ils sont qualifiés de *mandataires* dans l'ordre interne tandis qu'ils sont des organes à l'égard des tiers: par leur canal, c'est la société elle-même qui agit étant le seul mode d'action directe qu'elle possède.

En d'autres termes, les tiers peuvent valablement conclure avec les administrateurs tous les actes qui constituent des actes de gestion proprement dits, sans que l'on soit fondé à leur opposer les dispositions non publiées soit des statuts, soit des assemblées générales qui dérogent au droit commun.

Dans le système ancien, antérieur à la loi du 6 mars 1973, la représentation de la société posait cependant de redoutables problèmes puisque à l'inverse de la situation actuelle, toutes les limites aux pouvoirs des administrateurs dûment publiées étaient opposables aux tiers. De même, 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*". Enfin, la société n'était pas plus engagée par les actes posés par un administrateur, qui auraient dépassé l'objet social.

Il a été remédié à l'inconfort de ce régime ancien, pour les tiers, par la Première Directive européenne qui, opérant une distinction entre la sphère de la gestion et celle de la représentation, a trait aux seuls pouvoirs de représentation dévolus aux organes sociaux.

La société est désormais engagée par le conseil d'administration, organe collégial, sans que la société ne puisse se prévaloir, pour échapper à ses engagements, d'une clause de répartition des tâches entre les administrateurs ou d'un dépassement de l'objet social.

Nous aborderons successivement ci-après les premiers articles (art. 517 à 520) du Code des sociétés, consacrés au conseil d'administration, tous les articles qui suivent étant traités dans des rapports distincts.

B. Qui peut être nommé administrateur?

35. Les sociétés anonymes sont administrées par des personnes physiques ou par des personnes morales, rémunérées ou non (art. 517 CDS).

Le Code consacre une pratique reconnue, qui consiste à nommer une personne morale comme administrateur. Pour rappel, le Projet n° 1211, ouvre cette possibilité également à la S.P.R.L. (art. 2 du Projet de loi portant modification de l'article 61 C.S.).

Le même projet vise à obliger l'administrateur personne morale à désigner nommément un représentant personne physique. Pour éviter des divergences dans le régime de responsabilité applicable aux administrateurs personnes physiques ou morales, le projet instaure une responsabilité directe de cette personne physique désignée comme mandataire de la personne morale administrateur (la personne morale et le mandataire personne physique restant solidaire) et ce sans préjudice des règles applicables au contrat de travail si la personne physique est liée à la personne morale administrateur par un tel contrat.

Deux questions particulières doivent retenir notre attention en matière de nomination d'administrateur: (i) la conclusion d'un contrat dit de management et (ii) les conditions visées par la loi programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante.

Elles font l'objet d'un examen ci-après, successivement sous (1) et (2).

1. Le contrat de management

36. Une société peut confier la gestion de son entreprise à une personne morale. Elle peut cependant préférer la confier à une personne physique en raison des aptitudes particulières de cette dernière. Toutefois, pour des raisons sociales et fiscales qui débordent du cadre du présent rapport, la personne physique peut vouloir conclure avec la société à gérer une convention dite de "management".

Une optimisation des revenus de la personne appelée à gérer la société peut être rencontrée si ce gestionnaire revêt lui-même la forme sociétaire (société de management).

Il est également concevable que cette société soit appelée à des fonctions d'administrateur d'une autre personne morale. Cependant, comme nous le verrons, cette possibilité ne présente qu'un intérêt pratique limité.

Il convient donc de procéder par étapes, c'est pourquoi, après avoir défini le contrat de management et la société de management, nous étudierons les possibilités offertes à l'entreprise qui désire recourir aux services d'un gestionnaire spécialisé, tant par le contrat de management que par la nomination du gestionnaire en tant qu'administrateur de la société intéressée.

a. le contrat de management

37. On peut définir le contrat de management comme "un contrat par lequel une personne confère tout ou partie de la gestion d'une entreprise à une autre personne en contrepartie d'une rémunération"⁴⁷.

Cette définition met en évidence les deux aspects déterminants de cette convention: d'une part, le fait que la gestion doit porter sur une entreprise, au sens économique du terme, d'autre part, le fait qu'un certain pouvoir de décision doit être conféré au gestionnaire.

L'objet d'un tel contrat peut donc varier de façon fort large, selon les activités de l'entreprise visée et l'étendue des pouvoirs attribués au gestionnaire.

En fonction des tâches confiées au gestionnaire, de l'étendue de ses pouvoirs ainsi que de l'objectif poursuivi par les parties, il est permis d'opérer une certaine classification parmi les différents contrats de management:

- contrat de consultant,
- contrat d'assistance technique,
- contrat de gestion.

Il convient de réserver un sort particulier à la compatibilité du cumul d'un contrat de management et d'une fonction d'administrateur entre les mêmes parties, nous y reviendrons *infra*.

38. Il est malaisé de qualifier le contrat de management, en raison des différents objets sur lesquels il peut porter. Aussi, il est préférable d'examiner chaque cas, *in concreto*, en tenant compte des pouvoirs attribués au gestionnaire.

Au terme d'une remarquable étude déjà citée, V. SIMONART, distingue six qualifications possibles: le mandat, le louage d'ouvrage, le louage de choses, l'usufruit, l'association en participation, le contrat *sui generis*⁴⁸.

⁴⁷ V. SIMONART, "Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés", *Questions d'actualités de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, p. 212.

⁴⁸ V. SIMONART, "Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés", *op. cit.*, p. 222-228.

Le contrat de management s'analysera en un *mandat* lorsqu'il portera principalement sur l'accomplissement d'actes juridiques par le gestionnaire, au nom et pour compte de la société cocontractante, par exemple, si le contrat de management a pour objet la négociation, la conclusion et le suivi de contrats par le gestionnaire.

Il sera plutôt considéré comme un *louage d'ouvrage* si l'objet du contrat porte principalement sur l'accomplissement d'actes matériels. Il faudra, bien entendu, avoir égard à l'absence de lien de subordination, parfois difficile à démontrer, pour éviter une requalification en louage de services. Nous y reviendrons *infra*.

Le contrat de management pourrait aussi combiner les caractéristiques des divers contrats précités, par exemple, celles du mandat et du louage d'ouvrage parce que l'objet du contrat porterait sur l'accomplissement tant d'actes juridiques que d'actes matériels. Le professeur SIMONART s'oppose, dans ce cas, à l'application sélective des règles du droit commun, en raison de la volonté commune des parties qui est de conclure une convention unique de gestion d'entreprise et non la conclusion d'une convention de mandat et d'une convention de louage d'ouvrage.⁴⁹ Nous partageons ce point de vue.

La qualification retenue ne sera pas sans incidence sur la rémunération et la résiliation de la convention de management.

Nous y reviendrons.

b. La société de management

39. La société de management, qui n'est pas consacrée légalement, pourrait être définie comme la société qui a pour objet social l'exercice de la gestion d'une entreprise.

Il s'agit, en réalité, d'une société créée par un ou plusieurs dirigeants d'entreprise professionnels qui souhaitent conclure avec une entreprise un ou des contrats de management tout en optimisant les aspects sociaux et fiscaux tant dans leur chef que dans celui de la société à gérer.

On prendra garde, comme nous l'avons déjà signalé, d'éviter, le cas échéant, que la relation entre la société à gérer et la personne physique, qui se cache derrière la société de management, appelée à la gestion de la première ne soit requalifiée en un louage de services, les tribunaux n'hésitant pas dans certains cas à lever le voile de la personnalité morale (*voy. infra*).

40. Le choix de la forme de la société de management est importante.

La société de management n'exerce un caractère attractif à l'égard de ses clients qu'en raison des compétences de

ses gestionnaires, les clients désirant le plus souvent s'adjoindre les services de tel manager en particulier.

Dans les faits, le nombre d'associés se réduit le plus souvent au minimum, soit un ou deux, le capital étant essentiel humain et ne nécessitant guère d'apports financiers.

Les deux formes de sociétés qui s'accordent le mieux à ces caractéristiques sont, par conséquent, la s.p.r.l. et sa variante, la s.p.r.l. unipersonnelle.

c. Les interrelations entre le contrat de management, la société de management et le droit des sociétés

41. L'absence de réglementation spécifique des contrats de management et des sociétés de managements n'implique évidemment pas que les parties contractantes à un contrat de management jouissent d'une liberté absolue: tant les règles de droit des obligations et de droit des contrats que les règles de droit des sociétés susceptibles d'interférer avec la conclusion ou l'exécution de ce contrat.

Les questions qui se posent en droit des sociétés, en raison de l'objet particulier des contrats de management sont les suivantes:

- la délégation de pouvoir;
- la *révocabilité ad nutum* des administrateurs
- la possibilité du cumul d'un contrat de management et d'un mandat d'administrateur (délégué ou non);
- la responsabilité du gestionnaire vis-à-vis de la société gérée;
- la rémunération du gestionnaire, personne physique ou société de management;
- la représentation de la société de management quand celle-ci est nommée en tant qu'organe de la société gérée.

(i) La délégation de pouvoir

42. Nous n'avons que trop insisté, en abordant la question du comité de direction, sur le corset que constitue le système d'attribution de pouvoirs mis en place par l'ancien article 54 L.C.S.C. (art. 522 C.S.) et qui interdit une délégation générale de pouvoirs à des personnes non administrateurs et en dehors des statuts. Des pouvoirs spéciaux peuvent être concédés dans le cadre classique du droit du mandat, dont les limites sont opposables aux tiers.

Les compétences exclusives du conseil d'administration (convocation des AG, ...) ne peuvent pas être déléguées.

Il importe donc d'éviter une délégation générale de pouvoirs dans le cadre d'un contrat de management qui, contraire aux dispositions pré-rappelées, serait nulle et invaliderait en conséquence les actes passés par le gestionnaire.

De lege ferenda, le Projet n° 1211 autorise les délégations générales au membre du comité de direction (dont les membres peuvent ne pas être administrateurs).

⁴⁹ V. SIMONART, *op. cit.*, p. 227-228.

(ii) La révocabilité *ad nutum* des administrateurs

43. La conclusion d'un contrat de management permet de garantir une certaine stabilité de fonctions au gestionnaire, ce qui constitue l'un des mobiles déterminants des parties contractantes.

Néanmoins, il faut garder à l'esprit que le principe de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs inscrit à l'article 518, § 3 C.S. est un principe d'ordre public⁵⁰. Le contrat de management ne peut donc avoir pour effet ni pour objet de contourner cette règle. Cela pose, au surplus, la question du cumul d'un contrat de management et d'un mandat d'administrateur.

(iii) Le cumul d'un contrat de management et d'un mandat d'administrateur

44. La loi énonce expressément que les sociétés anonymes peuvent être administrées par des personnes morales, rémunérées ou non (art. 517 C.S.).

Il est possible, dès lors, de nommer une *société* de management comme administrateur d'une société anonyme.

Une autre question est celle de l'exercice de la fonction d'administrateur à la faveur d'un *contrat* de management.

Il n'est évidemment pas possible de nommer un administrateur qui aurait conclu un contrat de management pour l'exercice de telles fonctions, pour plusieurs raisons:

- les administrateurs forment ensemble un organe obligatoire de la société anonyme,
- les administrateurs tiennent leurs pouvoirs d'une nomination par les statuts ou l'assemblée générale ainsi que de la loi qui les leur attribue et non d'un contrat,
- le principe de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs de société anonyme, d'ordre public, s'oppose formellement à ce qu'un administrateur exerce ses fonctions dans le cadre d'un contrat d'emplois⁵¹; il doit en aller de même d'un contrat de management, même qualifié autrement que louage de services, en raison de la modalisation du préavis qu'il prévoit le cas échéant.

Pour le cumul d'un contrat de management et d'un mandat d'administrateur, il convient, comme le suggère pertinemment V. SIMONART, de s'inspirer de la jurisprudence de notre Cour de cassation en matière de contrat de travail. La Cour de cassation, au terme d'une évolution jurisprudentielle, a considéré que si le fait d'exercer un mandat d'administrateur n'excluait pas l'existence d'un contrat

d'emploi, les fonctions exercées sous l'autorité d'un organe ou d'un préposé de la société devaient être distinctes de celles qui font l'objet du mandat d'administrateur⁵². Ces principes peuvent être transposés, *mutatis mutandis*, au contrat de management qui pourrait, le cas échéant, être cumulé avec un mandat de délégué à la gestion journalière, d'administrateur ou d'administrateur chargé de la gestion journalière, pour autant que soient nettement définies les frontières entre les fonctions que les parties ont visé dans le contrat de management et celles qui relèvent du mandat d'administrateur⁵³.

(iv) La responsabilité du gestionnaire vis-à-vis de la société gérée

45. Cette responsabilité dépendra, tout d'abord, de la nature des fonctions exercées par le gestionnaire dans la société gérée.

Il faut dès lors distinguer entre la fonction d'administrateur et l'exercice d'un contrat de management.

En l'absence de clause spécifique dans le *contrat de management*, la responsabilité du gestionnaire sera fonction de la qualification retenue ou, en cas de contrat *sui generis*, de la nature et de l'étendue des pouvoirs délégués. Notons simplement que tant le mandataire que l'entrepreneur sont responsables des fautes les plus légères qu'ils accomplissent dans l'exercice de leur mission, la responsabilité du mandataire étant appréciée de manière moins rigoureuse si le mandat est exercé à titre gratuit, ce qui ne sera pas le cas du contrat de management. Les actes du mandataire qui excèdent la limite des pouvoirs qui lui ont été confiés ne lient pas le mandant, si bien que la question de la responsabilité du mandataire vis-à-vis du mandant ne se pose pas.

En qualité d'administrateur, le gestionnaire (personne physique ou société de management) sera soumis au régime de responsabilité édicté par le code des sociétés à l'égard de personnes qui exercent cette fonction: responsabilité pour faute de gestion, pour violation de la loi ou des statuts, ainsi qu'éventuellement responsabilité civile extra-contractuelle et responsabilité pénale.

Signalons encore que, dans le cadre de délégations de pouvoirs prohibées, le gestionnaire engagerait sa responsabilité civile de droit commun, car un gestionnaire normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances n'aurait pas accepté une telle délégation.

⁵⁰ Cass., 22 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 543.

⁵¹ Cass., 28 mai 1984 (1^{ère} espèce), *Pas.*, 1984, I, p. 1172.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ V. SIMONART, "Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés", *op. cit.*, p. 252-253, qui souligne, en poursuivant l'analogie avec la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de droit du travail, qu'il n'est même pas besoin de distinguer entre les fonctions qui relèvent du contrat de management et celles qui ont trait à la gestion journalière.

De lege ferenda, le Projet n° 1211 envisage, pour rappel, d'aligner le régime de responsabilité des personnes physiques administrateurs, qu'elles agissent ou non au moyen d'un véhicule sociétaire. Sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale administrateur.

(v) La rémunération du gestionnaire personne physique ou morale

46. La rémunération du gestionnaire variera selon l'espèce et pourra prendre la forme:

- d'une rémunération fixe, ou
- d'un pourcentage du chiffre d'affaires, ou
- d'un pourcentage du résultat brut ou net, ou
- d'un pourcentage des bénéfices, ou
- d'une option d'achat sur des actions, ou
- d'une combinaison de ces types de rémunération.

Le choix de la rémunération sera fonction de critères commerciaux et fiscaux dans le chef des deux parties.

(vi) Résiliation du contrat de management

47. Les modalités de résiliation du contrat de management seront intimement liées à la qualification de ce contrat.

S'il s'agit d'un contrat innommé ou *sui generis*, on appliquera la règle de droit commun selon laquelle les contrats conclus pour une durée indéterminée peuvent être résiliés par chaque partie, à condition que la résiliation ne soit ni abusive ni opérée à contretemps.

Néanmoins, la pratique montre que les parties sont généralement attentives à cette question et prévoient, le plus souvent, des conditions particulières de résiliation assorties d'un préavis.

(vii) la question particulière de la requalification d'une relation tripartite dans le cadre d'un contrat de management

48. Nous avons souligné, ci-dessus, que la société de management est souvent le véhicule d'un ou plusieurs dirigeants d'entreprise hautement qualifiés qui désirent exercer leurs fonctions en optimisant le bénéfice retiré de l'exercice de ces fonctions et, le cas échéant, en réduisant le coût pour la société gérée.

Ceci nous a permis d'affirmer que les sociétés de management n'ont de valeur, en général, qu'en raison de la qualité de leurs membres qui seront appelés à gérer la société cocontractante.

La société cliente désirera le plus souvent s'assurer que le contrat de management sera exécuté par telle personne physique, organe ou employée de la société de management, mais le contrat sera néanmoins conclu entre deux sociétés.

Si la société de management dispose de la personnalité morale, le contrat qu'elle a conclu avec la société gérée ne peut évidemment pas être re-qualifié en contrat de travail, un tel contrat ne pouvant se concevoir que si le travailleur est une personne physique. Toutefois, les tribunaux n'ont pas hésité à lever le voile de la personnalité morale, pour constater qu'existait, en fait, un lien de subordination entre la société gérée et le gestionnaire personne physique⁵⁴. Le risque de requalification de la relation entre la société gérée et le gestionnaire personne physique sera d'autant plus grand si la société de management ne preste ses services qu'envers un seul client, si elle ne possède aucune infrastructure propre, si l'associé gérant consacre la plus grande partie de ses activités au client unique, si cet associé gérant a déjà exercé les mêmes fonctions pour le même client dans le cadre d'un contrat de travail, etc.

Les conséquences d'une requalification en droit du travail et de la sécurité sociale peuvent être lourdes pour les parties.

Au vu des principes rappelés ci-dessus, on ne peut qu'inciter à la plus extrême vigilance dans la rédaction d'une convention de management. Les précautions doivent être prises pour éviter une requalification certes, mais il conviendra de rester en outre attentif aux impératifs, trop brièvement rappelés ci-avant, du droit des sociétés⁵⁵.

2. Accès à la profession

49. Qu'en est-il de la professionnalisation de la fonction d'administrateur?

Dans le cadre du renforcement de la compétitivité des entreprises, le législateur a adopté la loi-programme pour la promotion de l'entreprise indépendante⁵⁶ dont un des objectifs était d'améliorer le taux de réussite des créations d'entreprises en exigeant non seulement de bonnes connaissances professionnelles, mais aussi une solide capacité en matière de gestion.

La loi-programme s'applique aux P.M.E., au sens où l'entend la Commission européenne, soient les entreprises qui répondent aux trois critères suivants:

- un personnel qui ne dépasse pas une moyenne annuelle de 50 travailleurs;
- un chiffre d'affaire qui n'est pas supérieur à 7 millions

⁵⁴ Trib. Trav. Bruges, 28 déc. 1994, A.J.T., 1994-95, p. 307; C. Trav. Gand, 26 mars 1998, V&F, 1998, p. 159.

⁵⁵ En ce sens, cons. La très récente étude de S. BEYAERT, De managementovereenkomst, in *Liber amicorum Yvette Merchiens*, op. cit., pp. 21-38.

⁵⁶ Loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante, *Mon. B.*, 21 février 1998, p. 4889.

d'euros, ou un total bilantaire ne dépassant pas 5 millions d'euros;

- une indépendance économique définie comme le fait pour l'entreprise concernée que ses actions ou parts représentatives du capital social (ou des droits de vote y attachés) ne soient pas détenues à plus de 25% par une ou plusieurs entreprises autres que des P.M.E.

L'année de référence prise en considération pour apprécier les deux premiers critères est celle du dernier exercice comptable complet.

L'entreprise qui dépasse l'un des deux premiers seuils, pendant deux exercices successifs, perd la qualité de P.M.E.

L'impact de la loi-programme s'est fait sentir principalement à trois niveaux:

- les connaissances de gestion de base,
- les règles relatives à la compétence professionnelle,
- l'introduction de la notion et du statut de "stagiaire indépendant".

Nous n'aborderons pas cette dernière notion.

a. Les connaissances de gestion de base

50. Dans un souci d'enrayer le nombre croissant de faillites touchant les jeunes entreprises, le législateur a estimé qu'il fallait renforcer, outre les qualités professionnelles, les connaissances de gestion de base des entrepreneurs.

La loi-programme a donc étendu les exigences en la matière à toutes les activités qui nécessitent une inscription au registre du commerce ou de l'artisanat.

Ceci a pour conséquence que toute personne physique ou morale, qui entre dans le champ d'application de la loi, doit, si elle désire exercer une de ces professions, prouver *préalablement* ses connaissances de gestion de base (art. 4, § 1^{er}, alinéa 1^{er}).

Cette obligation ne s'applique pas, toutefois, aux titulaires d'une profession qui est déjà réglementée en cette matière par une loi⁵⁷ ou en vertu de la loi cadre du 1^{er} mars 1976 relative à la protection du titre professionnel et l'exercice des professions intellectuelles prestataires de services⁵⁸ (art. 4, § 1^{er}, alinéa 3).

La preuve de ces connaissances doit être apportée par le chef d'entreprise indépendant, par son conjoint ou son

partenaire (sic) avec lequel il cohabite depuis au moins trois ans ou par la personne physique qui exerce effectivement la gestion journalière au sein de l'entreprise (art. 4, § 2, alinéa 1^{er}).

Lorsque l'activité est exercée par une personne morale, la preuve de ces connaissances doit être fournie par la personne physique qui est chargée de la gestion journalière de l'entreprise ou de la gestion journalière de la personne morale chargée de la gestion journalière de l'entreprise (art. 4, § 1^{er}, alinéa 2). Cette personne doit encore prouver, outre qu'elle exerce effectivement la gestion journalière, soit qu'elle liée avec le chef d'entreprise par un contrat de travail à durée indéterminée (A.R. 21 oct. 1998, art. 9, § 2), soit qu'elle est organe de la société, soit qu'elle est liée à la société ou à la société gestionnaire par un contrat de travail à durée indéterminée (A.R. 21 oct. 1998, art. 9, § 3).

Les connaissances de gestion de base requises sont établies à l'article 6 de l'arrêté royal du 21 octobre 1998⁵⁹. Elles comprennent des notions de droit, de commerce, de comptabilité, et des notions générales d'informatique.

Elles se prouvent soit:

- par le port d'un titre retenu par arrêté royal,
- par le port d'un certificat de stage,
- par la preuve d'une expérience pratique suffisante dans une fonction de gestion définie par arrêté royal ou
- par un autre mode de preuve découlant des obligations internationales de la Belgique.

Signalons que lorsque ces connaissances s'appuient sur une pratique professionnelle antérieure du chef d'entreprise, celle-ci doit avoir une durée de minimum 3 ou 5 ans selon que les activités antérieures ont été accomplies à titre principal ou accessoire, et avoir eu lieu au cours des quinze années qui précèdent. Cette pratique professionnelle peut également être celle d'une personne qui était chargée de la gestion journalière d'une entreprise ou d'un établissement industriel, commercial, artisanal, agricole ou horticole, elle répond aux mêmes critères de durée minimale. Elle peut aussi être invoquée par un aidant indépendant d'un chef d'entreprise qui a participé à une activité commerciale ou artisanale pendant au moins cinq ans⁶⁰. Enfin, elle peut être invoquée par un employé qui occupe une fonction dirigeante et qui a participé à une activité commerciale ou artisanale pendant une période minimale de cinq ans⁶¹.

⁵⁷ Actuellement, il s'agit des réviseurs d'entreprise, des experts-comptables, des agents de change et des transporteurs de marchandises par route.

⁵⁸ Sont visés: les comptables, agents immobiliers, géomètres experts jurés.

⁵⁹ Arrêté royal du 21 octobre 1998 portant exécution du chapitre Ier du titre II de la loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante, *M.B.*, 19 novembre 1998

⁶⁰ L'aidant indépendant est celui qui assiste ou supplée un travailleur indépendant, dans son activité professionnelle, sans être lié à celui-ci par un contrat de travail. Par exemple, le conjoint-aidant.

⁶¹ R. GAMBINI et J. TYBERGHEIN, "L'accès à la profession après la loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante et ses arrêtés royaux d'exécution", Commission droit et vie des affaires, rapports du 49^{ème} séminaire, Liège, *U.L.G.*, 1999, p. 51-53.

b. Les connaissances professionnelles

51. Toute PME, personne physique ou morale, qui exerce une activité professionnelle pour laquelle la compétence professionnelle est fixée, doit également faire la preuve de ce qu'elle dispose de cette compétence particulière (art. 5, § 1^{er}, alinéa 1).

La notion de compétence professionnelle regroupe deux catégories: la compétence professionnelle intersectorielle et la compétence professionnelle sectorielle. Ces compétences professionnelles sont fixées par le Roi et se prouvent de la même façon que les connaissances de gestion de base.

c. La procédure d'obtention de l'attestation établissant qu'il est satisfait aux exigences de capacités entrepreneuriales

52. Les attestations qui établissent le satisfecit aux exigences fixées en matière de capacité entrepreneuriales (connaissances de gestion et professionnelles) sont délivrées par les Chambres des métiers et négoce. Si l'entreprise est une personne morale, l'attestation doit être délivrée à son nom (art. 9, § 1^{er}).

Certaines catégories de personnes sont dispensées d'apporter cette preuve de façon provisoire ou définitive (art. 10 et 11 de la loi-programme)⁶².

L'attestation doit être demandée au bureau de la Chambre des métiers et négoce de la province où l'activité professionnelle sera exercée pour la première fois ou auprès d'un centre agréé d'accompagnement et de simplification administrative pour les P.M.E. établi dans cette province. Notons que lorsque l'activité professionnelle est exercée pour la première fois dans la région bilingue de Bruxelles-capitale, l'attestation doit être demandée soit au bureau de la Chambre des métiers et négoce de la Province du Brabant wallon ou de son homologue de la Province du Brabant flamand, soit auprès d'un centre agréé compétent territorialement (art. 12, § 1^{er} de la loi-programme).

La procédure devant les Chambres des métiers et négoce a été déterminée par l'arrêté royal du 21 octobre 1998 portant exécution du chapitre Ier du titre II de la loi-programme du 10 février 1998, aux articles 27 à 31.

Nous nous permettons d'y renvoyer le lecteur, en notant que la demande d'attestation d'un formulaire peut s'obte-

nir auprès de la Chambre compétente territorialement⁶³, que le secrétaire de cette Chambre doit informer au demandeur la date à laquelle la Chambre traitera la demande, qu'une comparution personnelle du demandeur peut être demandée, ce dernier ayant le droit de se faire représenter.

En pratique, la Chambre des métiers et négoce du Brabant wallon et Bruxelles-capitale est actuellement débordée et traite les demandes d'attestation avec un retard relativement important.

C. Rémunération des administrateurs

1. Principes

53. L'article 517 C.S. prévoit que les sociétés anonymes sont administrées par des personnes physiques ou morales, rémunérées ou non.

Ce sont les statuts qui déterminent ce point et en cas de silence de ceux-ci et d'absence de délégation à l'assemblée générale du droit de la fixer, celle-ci ne peut, en principe, selon la doctrine classique, attribuer des émoluments aux administrateurs⁶⁴.

Cette doctrine s'appuie, à cet effet, sur la présomption de gratuité du mandat inscrite à l'article 1986 du code civil. Cette conception a été mise à mal par la doctrine moderne dont la thèse trouve son origine sur trois constatations:

- le principe du caractère onéreux des contrats commerciaux,
- le fait que l'exercice des fonctions d'administrateur est présumé constituer une activité qui entraîne l'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants sauf si la gratuité du mandat est démontrée,
- le fait que les administrateurs ne tiennent pas leurs pouvoirs d'un véritable mandat mais d'une nomination faite dans les statuts ou par un autre organe social ainsi qu'en raison des fonctions que la loi leur attribue⁶⁵.

Selon ce courant, plus actuel, l'assemblée générale pourrait, en cas de silence des statuts, octroyer une rémunération aux administrateurs et ces derniers disposeraient même d'un droit de recours devant les tribunaux sur base de l'usage ou de l'intention tacite des parties.

Il faut remarquer qu'en France, la Cour de cassation a pris position pour la thèse défendue par la doctrine classique: si l'organe compétent ne détermine pas la rémunéra-

⁶² Il s'agit, pour les exemptions définitives, du conjoint survivant d'un chef d'entreprise qui répondait aux exigences de la loi et d'une société dont le chef d'entreprise décédé y répondait également, à la condition que le conjoint survivant ou le partenaire survivant de ce chef d'entreprise et devenu organe ou gérant de la société et possède (en usufruit ou pleine propriété) la moitié des titres représentatifs du capital social. Les dispenses partielles concernent les cessionnaires d'une entreprise (dispense d'un an) et les enfants d'un chef d'entreprise décédé qui répondait aux conditions (dispense de trois ans à partir du décès, ou à partir de leur majorité s'il s'agit de mineurs).

⁶³ Cf. annexe 4.

⁶⁴ C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3^{ème} édition, tome II, Bruxelles, Swinnen, p. 178, n° 931.

⁶⁵ C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, *op. cit.*, p. 178, n° 932; V. SIMONART, "Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés", *op. cit.*, p. 223, n° 19.

tion des dirigeants, ceux-ci ne peuvent rien recevoir à ce titre bien que ces fonctions soient de plus en plus professionnelles. La Cour refuse de faire de la rémunération un élément nécessaire des fonctions. Une action fondée sur l'enrichissement sans cause de la société, intentée par un administrateur, n'a pas été admise⁶⁶.

Nous avons vu, *supra*, les différentes formes que peut prendre la rémunération consentie aux administrateurs.

Elles ont toutes des caractéristiques propres qui rendent la fonction d'administrateur plus ou moins attrayante. L'octroi de tantièmes (rémunération de l'administrateur sous forme de l'octroi d'une partie des bénéfices de la société) peut sembler séduisant: il permet de lier les revenus de l'administrateur aux résultats de l'entreprise. Néanmoins si les tantièmes sont calculés sur les bénéfices nets, sans que soit prise en compte la possibilité de mise en réserves de ces derniers, les administrateurs, particulièrement s'ils ne sont pas actionnaires, pourraient décider de reporter les bénéfices à l'exercice suivant de manière à toucher leurs tantièmes plusieurs fois sur les mêmes bénéfices. Dans le cas inverse, où il serait prévu que l'attribution de tantième sera lié à la distribution d'un bénéfice, on pourrait craindre que les administrateurs, non associés, privilégient leur intérêt au détriment de celui de la société et omettent de constituer des réserves suffisantes⁶⁷.

Le point crucial de la détermination du mode de rémunération des administrateurs sera d'éviter les conflits d'intérêts entre actionnaires et administrateurs.

Ceci explique que la CBF condamne la pratique de l'auto-rémunération. Le conseil d'administration ne peut donc pas fixer lui-même la rémunération de ses membres. Une telle pratique pourrait d'ailleurs, le cas échéant, être qualifiée, c'est déjà le cas en France, d'abus de biens sociaux et entraîner des poursuites pénales à charge des administrateurs.

Les administrateurs ont droit à leur rémunération pendant toute la durée de leurs fonctions et, en cas de démission, jusqu'à ce qu'il ait été pourvu à leur remplacement puisqu'ils doivent continuer à exercer ces fonctions jusqu'à ce moment précis. Ceci ne va pas sans difficultés lorsque la rémunération prend la forme de tantièmes⁶⁸.

De lege ferenda, nous rappelons que la proposition de loi du 25 avril 2001, déjà commentée, prévoit l'obligation pour les administrateurs de sociétés anonymes cotées en bourse de publier tout forme de rémunération perçue ainsi que leur participation dans le capital de la société, des sociétés liées ou associées à celle-ci.

Nous renvoyons aux développements qui ont été consacrés à cette proposition de loi.

D. Nombre d'administrateurs:

54. La société anonyme doit compter au moins trois administrateurs.

Ce nombre est réduit à deux lorsque la société est constituée par deux fondateurs ou lorsque le nombre d'actionnaires est réduit à deux et ce jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivant la constatation par toute voie de droit de l'existence de plus de deux actionnaires (art. 518, § 1^{er}, al. 1^{er} CDS).

Tant que la société ne compte que deux administrateurs, la disposition statutaire qui octroie une voix prépondérante au Président du conseil d'administration cesse de plein droit de sortir ses effets (art. 518, § 1^{er} CDS).

La règle est en vigueur depuis la réforme du 13 avril 1995 et a déjà été assimilée par la pratique. Toutefois, les statuts de nombreuses sociétés n'ont pas encore été adaptés sur ce point précis et sont donc souvent en contradiction avec les dispositions rappelées ci-avant. En cas de contradiction, les statuts prévalent et leur violation peut engager la responsabilité des administrateurs.

E. Nomination et révocation – Durée du mandat

55. Les administrateurs sont nommés par l'assemblée générale des actionnaires. Ils peuvent l'être, pour la première fois, par l'acte constitutif de la société (art. 518 CDS).

Leur mandat ne peut excéder six ans (art. 518, § 3) et, sauf disposition contraire des statuts, ils sont rééligibles (art. 520 CDS).

Ils sont révocables par l'assemblée générale (art. 518, § 3). Le Code ne déroge pas au principe d'ordre public de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs. Aussi est-il prohibé d'instaurer des mécanismes statutaires ou conventionnels qui énerveraient ce principe en interdisant ou en conditionnant les droits de l'assemblée générale des actionnaires.

56. Sont ainsi contraires à l'article 518, § 3 CDS, et donc nulles, les clauses qui auraient pour objet ou pour but:

- de modifier les quorums de vote de l'assemblée pour la révocation (il s'agit d'une décision à prendre à la majorité simple; aussi l'exigence d'une majorité qualifiée doit-elle être interdite);
- de faire supporter par la société la charge d'indemniser l'administrateur révoqué;
- de prévoir des cas limitatifs dans lesquels la révocation est autorisée.

⁶⁶ Cass. Com., 16 mai 1995, cité in P. LE CANU, "Les rémunérations des dirigeants de sociétés commerciales", *mélanges AEDBF-France* 1997, Paris, Banque Editeur, 1997, p. 253.

⁶⁷ C. RESTEAU, *op. cit.*, p. 179, n° 932.

⁶⁸ C. RESTEAU, *op. Cit.*, p. 181-182, n° 935-937.

- [Comm. Bruxelles, 8 décembre 1983, *R.P.S.*, 1984, p. 68] Jugé cependant que même si la révocation ne peut donner lieu à indemnité, les circonstances de la révocation, si elles sont à ce point blessantes qu'elles constituent un abus, peuvent constituer une faute au sens de l'article 1382 du Code civil.

57. Il convient aussi de faire un sort particulier aux conventions qui mettraient le paiement d'une indemnité à charge d'un ou plusieurs actionnaires et non plus de la société ou de ses organes.

Tel est le cas de la clause ou de la convention d'actionnaires qui stipulerait une obligation d'indemnisation à charge d'un actionnaire qui s'est engagé à ne pas voter la révocation d'un administrateur.

Sous réserve du contrôle de la validité de la clause ou de la convention au regard des règles applicables aux conventions de vote, ce type de convention n'est pas, par principe, contraire à l'article 518 CDS. Nous y reviendrons brièvement ci-dessous, à propos des conventions d'actionnaires en matière de gestion.

58. Les administrateurs sont nommés par l'assemblée générale. La majorité des actionnaires peut ainsi pourvoir à la nomination de tous les administrateurs. Il n'existe aucune obligation légale d'intégrer au sein conseil d'administration des administrateurs désignés par des actionnaires minoritaires.

C'est ce qui incite les parties à insérer une clause statutaire de **représentation proportionnelle** dont la validité n'est pas contestée, à condition qu'elle ne prive pas l'assemblée générale d'un choix effectif [Comm. Bruxelles, 13 décembre 1984, *R.P.S.*, 1985, p. 122.].

En pratique, cela conduit les rédacteurs des statuts à rédiger la clause de manière telle à ce que l'assemblée puisse réellement choisir entre aux moins deux candidats différents pour chaque poste à pourvoir et à proposer aux suffrages de l'assemblée un nombre de noms au moins deux fois supérieur au nombre de postes à pourvoir.

F. Vacance d'une place d'administrateur (art. 519 CDS)

59. Sauf disposition contraire des statuts, les administrateurs ont le droit de pourvoir provisoirement une place vacante d'administrateur. Il appartient à l'assemblée de procéder, lors de la première réunion, à l'élection définitive.

Un administrateur dont le mandat est expiré doit, sauf empêchement absolu, continuer à s'occuper de la gestion jusqu'à ce qu'il ait été pourvu à son remplacement.

Rappelons que la démission de l'administrateur ne doit pas être acceptée pour produire ses effets, sous réserve qu'elle ne soit pas intempestive et qu'elle ne cause pas pré-

judice à la société, par exemple en la privant de son organe de représentation.

G. Les conventions d'actionnaires portant sur la gestion des sociétés

60. Les conventions d'actionnaires ont souvent pour objet d'aménager la rigueur statutaire qui entoure le statu des dirigeants d'entreprise.

Quelques exemples sont cités ci-après, pour mémoire.

1. Répartition des mandats

61. Lors de la signature d'une convention de cession d'actions, le cessionnaire d'une participation minoritaire manifeste souvent le souci de participer à la gestion de la société et d'être représenté, en conséquence, au conseil d'administration. Le même souci se manifeste généralement parmi les signataires d'une convention tendant à la constitution d'une filiale commune.

Pour rencontrer cette préoccupation, un premier procédé, généralement utilisé dans les sociétés familiales, consiste à introduire dans les statuts différents classes d'actions, les actionnaires de chaque catégorie ayant le droit de présenter un certain nombre de candidats administrateurs aux suffrages de l'assemblée générale. Cette clause statutaire manque malheureusement de souplesse notamment en cas de cessions d'actions entre actionnaires de catégories différentes.

Une autre solution consiste à prévoir, toujours dans les statuts, que le droit de chaque actionnaire de présenter un (des) candidat(s) variera selon le pourcentage de sa participation dans le capital social, le nombre d'actions obtenu en divisant le nombre total d'actions par le nombre de mandats au conseil d'administration donnant droit par exemple à présenter des candidats pour un mandat.

Comme exposé ci-avant, ces deux types de clauses statutaires sont parfaitement valables, l'organisation du droit de vote de l'assemblée générale étant du ressort des statuts.

Les actionnaires peuvent être tentés de stipuler ce type de clauses dans un pacte de vocation extra-statutaire. Elles sont en principe valables dans les limites de l'article 551 C.S. La doctrine enseigne cependant qu'on ne peut pas, par une convention extra-statutaire, organiser un régime de présentation de candidats ou un système de vote proportionnel de nature à assurer la représentation des actionnaires minoritaires au sein du conseil d'administration.

Enfin, il faut noter que les clauses précitées ne sont pas valables entre actionnaires si elles règlent des nominations réservées à d'autres organes que l'assemblée générale, telles que la nomination d'un délégué à la gestion journalière ou un Président du conseil d'administration, ces décisions relevant de la compétence du conseil d'administration.

2. Renforcement des conditions de majorité du conseil d'administration

62. Les actionnaires peuvent également désirer prévoir que certaines décisions ne pourront être prises par le conseil d'administration qu'à certaines conditions – renforcées – de majorité.

Le fonctionnement des organes étant exclusivement réglé par la loi et les statuts, de telles dispositions sont sans effet obligatoire à défaut d'être introduites dans les statuts.

3. Rétrocession de tantièmes et de rémunérations

63. Les conventions syndicales conclues généralement dans des sociétés familiales peuvent également comporter des clauses de rétrocession de tantièmes et avantages perçus par les membres de la famille qui font partie des organes de gestion, au profit d'autres membres de la famille non actifs.

Ce procédé peut également servir à rémunérer un actionnaire qui fait un important apport de know-how sans devoir créer des parts de fondateurs.

Pour autant qu'elles ne permettent pas d'organiser un "trafic de voix" par lequel les administrateurs rémunéreraient les actionnaires qui les ont fait élire, où qu'elles ne révèlent pas d'abus de majorité, ces clauses doivent être considérées comme licites.

Il est à noter que l'Administration fiscale reconnaît le caractère de dépenses déductibles dans le chef des administrateurs des émoluments rétrocédés en vertu de telles conventions, dans la mesure où l'octroi ou le maintien de leur mandat sont "effectivement et expressément subordonnés" à cette rétrocession⁶⁹.

4. Conventions avec les anciens dirigeants sur le maintien de leur mandat

64. Lors de la cession de leur participation de contrôle, les dirigeants sont parfois soucieux de préserver leur position dans la société sous diverses formes (mandats sociaux, contrat de travail ou contrat de consultant) et de prévoir des modalités d'indemnisation⁷⁰.

L'engagement de maintien d'un mandat d'administrateur se heurte au principe de la révocabilité ad nutum des administrateurs et dont le caractère est d'ordre public.

Comme il a déjà été exposé, tout engagement par lequel une société s'interdit à l'avance de révoquer ses administrateurs est nul. Il en est de même quand la société s'engage à leur verser une indemnité substantielle en cas de révocation, cet engagement limitant indirectement le droit de révocation.

Il semble cependant pouvoir être déduit des termes utilisés par la Cour de cassation dans son arrêt du 13 avril 1989 qu'une solution contraire s'impose quand le débiteur de l'indemnité à payer à l'administrateur n'est pas la société elle-même, mais une autre partie, telle qu'un actionnaire.

En effet, après avoir rappelé que "s'il est constant que la règle de l'article 55, alinéa 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales est d'ordre public et que serait donc illicite toute clause qui supprimerait ou limiterait le droit à la révocation des administrateurs par l'assemblée générale"⁷¹, la Cour de cassation a énoncé que:

"tel ne saurait être le cas d'une clause qui, ainsi que le constate l'arrêt (attaqué de la Cour d'Appel de Bruxelles), n'a pas cette portée, le testateur n'(ayant) pas stipulé à charge de la société⁷² l'engagement de maintenir en fonctions sa fille Yvonne aussi longtemps qu'elle le désire(rail)(et), sans aliéner la liberté des organes de la société, ... (s'étant) borné à exiger de son fils Jacques qu'il contribue loyalement à conserver à la société son caractère familial de manière à concilier les intérêts de la société et (ceux) des héritiers du fondateur de celle-ci, ... une telle exigence ne li(ant) évidemment pas (la) société ni (ses) organes".

La Cour a donc jugé que les organes de la société restaient libres de révoquer les administrateurs, quand l'actionnaire majoritaire (le fils) était le débiteur de dommages et intérêts en cas de non-respect de son obligation d'utiliser sa majorité dans le sens indiqué par la disposition testamentaire⁷³. La Cour a dès lors reconnu qu'une telle stipulation n'était pas contraire à l'article 55 alinéa 3 (art. 518, § 3 C.S.), nonobstant le fait qu'elle rendait le droit à révocation d'un administrateur extrêmement onéreux pour l'actionnaire majoritaire.

En conséquence, il nous semble logique d'affirmer que si la Cour de cassation considère la disposition testamentaire précitée comme non contraire à l'article 55 alinéa 3, tel serait également le cas d'une clause insérée, par exemple, dans une convention de cession d'actions et prévoyant, à charge du cessionnaire des actions, le paiement d'une

⁶⁹ Com.I.R., art. 44/92 et réf.

⁷⁰ Ces modalités sont courantes dans certains pays (voir notamment les fameux "Golden parachutes" américains) où elles sont précisément réglementées.

⁷¹ J.T., p. 752. Pour rappel, la disposition testamentaire visait à ce que le fils du défunt use de sa majorité pour assurer à la fille du défunt une position d'administrateur et une rémunération indexée sur le coût de la vie.

⁷² Souligné par les auteurs.

⁷³ La Cour d'appel de Bruxelles l'avait condamné à des dommages et intérêts pour cette raison. La charge à supporter par le frère était égale à la rémunération due à la sœur aussi longtemps que sa sœur désirait conserver sa position d'administrateur.

indemnité en cas de révocation par l'assemblée générale de l'administrateur lui ayant cédé ses actions.

Il nous paraît, d'autre part, que si le cessionnaire des actions est une personne morale, un tel engagement de sa

part pourrait ne pas être considéré comme une libéralité pure et simple s'écartant de son objet social, mais au contraire comme un moyen d'atteindre ne fut-ce qu'indirectement cet objet social, si l'acquisition des actions sous-jacentes rentre dans ce dernier.