

L'Amendement^(*)

L'infortune du chiffre deux. À propos du nombre d'administrateurs d'une société anonyme

Henri Culot^(**)

1. Modification proposée

L'article 7:85, § 1er du CSA est modifié comme suit :

“La société est administrée par un organe d'administration collégial, appelé conseil d'administration, ~~qui compte au moins trois administrateurs, personnes physiques ou morales.~~

~~Si Tant que la société compte moins de trois actionnaires, le conseil d'administration peut être constitué de deux administrateurs. Tant que le conseil d'administration ne compte que deux membres, toute disposition qui octroie à un membre du conseil d'administration une voix prépondérante cesse de plein droit de sortir ses effets.~~

Les administrateurs ne peuvent, en cette qualité, être liés à la société par un contrat de travail”.

L'article 9:5 est modifié de manière similaire.

2. Justification

Historique. Si le Code des sociétés et des associations constitue une remise à plat générale du droit des sociétés et des associations, il conserve pourtant des reliquats du passé dont on se demande quel sens leur donner dans le contexte actuel.

À l'ancienne époque, une société anonyme devait regrouper un certain nombre d'actionnaires. Depuis 1984, le minimum s'était stabilisé à deux, en principe.

Une SA unipersonnelle n'était pas tout à fait interdite, quoique ce cas de figure fût considéré comme relativement “anormal” au point d'entraîner, s'il perdurait, la perte d'une caractéristique fondamentale de la SA, à savoir la responsabilité limitée de l'actionnaire (article 646 du Code des sociétés).

Cette société anonyme devait être dirigée par un conseil d'administration, composé en principe de trois personnes au moins⁽¹⁾, ce qui pouvait se comprendre par le souci d'établir une saine et réelle collégialité. Mais pouvait-on imposer trois administrateurs lorsque le nombre d'actionnaires était réduit à deux ? Maintenir, même dans ce cas, le minimum de trois, aurait pu être l'occasion de désigner une personne sage et expérimentée, à même d'orienter la décision dans l'intérêt de la société en cas de conflit entre les deux actionnaires ou entre les deux autres administrateurs, et par là d'éviter les blocages dans la prise de décision. Le législateur, conscient des inclinaisons du monde des affaires, avait toutefois estimé préférable de réduire le minimum à deux administrateurs dans ce cas de figure, jugeant vraisemblable que les actionnaires souhaiteraient administrer eux-mêmes leur société, ou choisir “chacun”⁽²⁾ un administrateur, et que leur imposer la présence d'un troisième aurait suscité l'arrivée d'un homme de paille⁽³⁾, ce qui n'est jamais recommandable pour la bonne gouvernance ni pour la responsabilité.

Nouveautés du Code des sociétés et des associations. Le Code de 2019 apporte deux nouveautés au sujet de ces règles.

* Modifications législatives proposées par l'auteur.

** Professeur à l'UCLouvain, professeur invité à l'USL-B, avocat au barreau de Bruxelles.

1. Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd., t. II, Bruxelles, Swinnen, 1981, p. 96.

2. Formellement, il revient à l'assemblée générale et non aux actionnaires individuels de désigner les administrateurs, même si des formules existent pour faire en sorte qu'en fait, les actionnaires ou certains d'entre eux puissent élire un ou plusieurs administrateurs qui les “représentent”.

3. Voy. B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, Kalmthout, Biblo, 1996, p. 116.

D'une part, la SA peut désormais, sans restriction, ne compter qu'un seul actionnaire. La raison principale est ici aussi d'éviter le phénomène de l'homme de paille, mais cette fois au niveau de l'actionnaire⁽⁴⁾. De nombreuses SA ne comptaient en effet un second actionnaire que pour la forme, avec une participation insignifiante, et sans qu'on décèle une réelle plus-value à sa présence.

D'autre part, pour permettre de perpétuer la société en commandite par actions qu'il voulait supprimer, le législateur a autorisé la figure de l'administrateur unique d'une SA⁽⁵⁾. La SA n'est donc plus nécessairement dirigée par un organe collégial. Elle s'aligne, sur ce point, sur les règles applicables à la SRL, même si l'exposé des motifs du CSA ne présente pas cet alignement comme l'objectif poursuivi.

La règle selon laquelle le conseil d'administration peut se limiter à deux membres lorsque la société ne comprend que deux actionnaires (art. 518, § 1, al. 2 du Code des sociétés) est maintenue, sous la réserve que les mots "deux actionnaires" sont remplacés par l'expression "moins de trois actionnaires" (art. 7:85, § 1, al. 2 CSA), ce qui doit donc se comprendre comme "un ou deux actionnaires" puisque la SA unipersonnelle est désormais autorisée sans réserve et qu'à l'évidence seuls des nombres positifs et entiers sont concevables. Le commentaire de l'article 7:85 ne contient aucune explication à ce sujet et confirme qu'il s'agit d'une reprise des articles correspondants du Code des sociétés "moyennant de légères modifications d'ordre principalement linguistique"⁽⁶⁾.

En synthèse, les nouvelles règles impliquent que la SA peut compter un, deux, trois actionnaires ou plus, qu'elle peut être dirigée par un ou trois administrateurs ou davantage quel que soit le nombre de ses actionnaires mais qu'elle ne peut être dirigée par deux administrateurs que si elle ne compte qu'un ou deux actionnaires. Cet assemblage de règles manque de pertinence et de cohérence dans la configuration actuelle du droit des sociétés⁽⁷⁾.

Le nombre d'administrateurs ne devrait pas dépendre du nombre d'actionnaires. Les actionnaires et les administrateurs ont des rôles fondamentalement différents. Rien n'impose que les actionnaires soient eux-mêmes administrateurs, ni que le nombre d'administrateurs soit ou puisse être égal au nombre d'actionnaires. Auparavant, la loi du 27 juin 1921 imposait d'ailleurs que le nombre de membres d'une ASBL soit plus élevé que le nombre de ses administrateurs, ce qui entraînait qu'une ASBL comptant trois membres *devait* avoir un conseil d'administration composé de deux administrateurs. Sans qu'il s'agisse d'une règle légale à l'époque, Resteau appliquait la même idée à la SA, estimant qu'"[il] faut admettre toutefois que tous les actionnaires ne pourraient être administrateurs. Cela est contraire à la nature même de la société anonyme [...]"⁽⁸⁾. La règle relative aux ASBL n'a pas été reprise dans le CSA mais, paradoxalement, la raison invoquée est qu'elle posait "des problèmes d'ordre pratique [car] souvent, tous les membres veulent siéger dans l'organe d'administration"⁽⁹⁾, alors qu'on jugeait important auparavant "d'éviter l'autocontrôle"⁽¹⁰⁾. On en reste donc à raisonner en termes de parallélisme, à autoriser ou à éviter selon le cas, entre le nombre de membres et celui d'administrateurs.

Le nombre d'administrateurs n'est certes pas indifférent, mais limiter les choix de la société en fonction du nombre de ses actionnaires ne paraît pas, en tout état de cause, constituer un critère adéquat. Faire dépendre l'un de l'autre découle probablement de l'ancienne idée de l'administrateur comme mandataire ou représentant d'un ou des actionnaires. Telle n'est plus la conception qui prévaut dans notre droit : les administrateurs sont chargés de la gestion de la société dans le respect de l'intérêt social, et la composition de l'organe d'administration doit être pensée, non pas en fonction du nombre d'actionnaires, mais d'une manière permettant le meilleur épanouissement de cet intérêt social, en fonction de toutes les caractéristiques de la société et de ses activités.

4. C'est déjà notamment pour cette raison qu'on est passé d'un minimum de sept à un minimum de deux actionnaires (Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd., t. I, Bruxelles, Swinnen, 1981, p. 164-165).

5. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. Parl.*, 2017-2018, 54 3119-001, p. 14, 31, 233-235.

6. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. Parl.*, 2017-2018, 54 3119-001, p. 225.

7. H. CULOT et Y. DE CORDT, "La réforme de la société anonyme", *Le nouveau Code des sociétés et associations. Introduction à la réforme du droit des sociétés*, Limal, Anthemis, 2018, p. 58.

8. Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd., t. II, Bruxelles, Swinnen, 1981, p. 97.

9. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. Parl.*, 2017-2018, 54 3119-001, p. 282.

10. O. CAPRASSE, "Le conseil d'administration", *A.S.B.L., fondations et associations internationales*, Bruges, La Charte, 2004, p. 55.

Un conseil d'administration composé de deux administrateurs n'est pas idéal. Le législateur fait néanmoins preuve de lucidité en considérant que le nombre deux est tout sauf idéal lorsqu'il s'agit de celui des membres d'un organe d'administration. Sans présenter les avantages de l'administrateur unique en termes de simplicité et d'efficacité, il ne permet pas non plus d'instaurer une réelle collégialité. Pour sauvegarder ce qui peut l'être du principe de collégialité et éviter qu'un administrateur puisse décider seul, l'article 7:85 du CSA prévoit comme palliatif qu'aucun administrateur ne peut, dans ce cas, bénéficier d'une voix prépondérante⁽¹¹⁾. Il ancre ainsi le principe selon lequel, lorsqu'on est deux, la majorité se confond avec l'unanimité. C'est s'exposer, en cas de mésentente, à un risque de blocage, sans se doter d'un mécanisme aisé pour le lever⁽¹²⁾. Et ceci est vrai quel que soit le nombre d'actionnaires.

Une forme de cohérence aurait pu consister à interdire les conseils d'administration composés de deux membres, en obligeant le ou les actionnaires à opter soit pour un administrateur unique, soit pour une vraie collégialité (à trois ou plus). Dans la SRL - société qu'on a voulue la plus libre possible -, on accepte toutefois que l'organe d'administration soit organisé de manière collégiale et compte n'importe quel nombre de membres, du moment qu'il soit supérieur à un. Donc, potentiellement, deux. Dans cette société, le mécanisme de la voix prépondérante que les statuts peuvent prévoir n'est même pas "désactivé" si l'organe d'administration collégial ne compte que deux membres, contrairement à ce qui est prévu pour la SA et l'ASBL. Par ailleurs, si l'on tient à l'idée que deux n'est pas un bon chiffre, mais qu'il n'est toléré que pour éviter d'imposer un nombre d'administrateurs dépassant celui des actionnaires, alors on ne comprend pas pourquoi autoriser deux administrateurs à la tête d'une SA unipersonnelle.

Les solutions devraient être cohérentes et alignées, car les principes et les enjeux sont identiques dans la SA, la SRL et l'ASBL. Préférant en général la liberté à la contrainte, je propose d'autoriser n'importe quel nombre d'administrateurs⁽¹³⁾, étant entendu que tout ce qui est autorisé n'est pas nécessairement opportun. À cet égard, sauf circonstance particulière, le chiffre deux serait plutôt à déconseiller, comme d'ailleurs la suite infinie des nombres supérieurs à vingt, dont aucun n'est actuellement interdit (quels que

soient la forme sociale et le nombre d'actionnaires). Il me semble en revanche que l'absence de voix prépondérante d'un administrateur lorsqu'il n'y en a que deux comporte plus d'avantages que d'inconvénients et serait donc à généraliser.

Une personne est toujours soit physique, soit morale. Il n'est pas nécessaire d'indiquer dans l'article 7:85 que l'administrateur peut être une personne "physique ou morale". En l'absence de précision, on inclut nécessairement tous les types de personnes (jeunes ou âgées, morales ou physiques, hommes ou femmes, etc.).

Cette précision est d'autant moins nécessaire que l'article 2:55 du CSA, applicable à toutes les personnes morales, prévoit explicitement le cas d'un administrateur personne morale et règle certains aspects spécifiques à cette situation. Aucun doute n'est donc permis quant à la possibilité qu'une personne morale exerce la fonction d'administrateur.

Pour une autre fois. Tant qu'à aligner les régimes pour supprimer des différences de traitement ne s'expliquant que par un contexte historique aujourd'hui révolu, on pourrait aussi autoriser, dans la SA, une pluralité d'administrateurs dotés de pouvoirs individuels, comme on peut le choisir dans une SRL⁽¹⁴⁾. Ceci nécessiterait l'adaptation de plusieurs articles du livre 7 et pourrait faire l'objet d'un futur "Amendement".

11. La même règle figure à l'article 9:5 CSA.

12. B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, Kalmthout, Biblo, 1996, p. 117.

13. H. CULOT, "Questions choisies sur la gouvernance de la SA et de la SRL", E.-J. NAVEZ et D. WILLERMAIN (coord.), *La gouvernance des sociétés au 21^e siècle*, Limal, Anthemis, 2020, p. 126.

14. H. CULOT, "Les nouveautés du Code des sociétés et des associations concernant la gouvernance des SA et des SRL", I. CORBISIER et A. PRÜM (coord.), *La réforme du droit belge des sociétés, un exemple à suivre pour le Luxembourg ?*, Larcier, 2021, p. 207.