

# La loi relative à la bonne gestion des sociétés <sup>1</sup>

CHRISTOPH VAN DER ELST<sup>2</sup>

Professeur à l'Institut Financieel Recht - Universiteit Gent

Conseiller scientifique du Conseil supérieur des professions économiques

1. La bonne gestion des sociétés ou "corporate governance" est une notion qui a déjà fait couler beaucoup d'encre, trop peut-être. Néanmoins, elle est devenue incontournable dès lors que, depuis le 2 août 2002, la Belgique a aussi, à la suite de la France notamment, sa loi de "corporate governance".<sup>3</sup> C'est ainsi qu'on l'appelle plus communément, vu sa dénomination officielle plutôt... rébarbative : "loi du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité de participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition"<sup>4</sup>.

2. Le présent article retrace les principales modifications que cette loi apporte au Code des sociétés, pourtant à peine entré en vigueur. Nous n'en évoquons que les grandes lignes; les commentaires qu'on voit surgir à gauche et à

droite à propos de l'une ou l'autre de ses dispositions laissent présager que la loi fera l'objet d'une littérature surabondante. Cet article abordera les nouvelles règles relatives à la gestion des sociétés, celles relatives à leur assemblée générale et celles relatives à leur surveillance. Le premier groupe de règles inclut plus précisément la disposition sur le représentant permanent d'une personne morale, celle sur le comité de direction et celle sur le règlement des conflits d'intérêts. Nous tenterons à chaque fois - comme observateur extérieur - d'en faire ressortir les points importants et sensibles pour l'expert-comptable et le conseil fiscal. Pour la modification apportée à l'article 166 du C. Soc., qui permet à un actionnaire non seulement de se faire représenter, mais aussi de se faire assister par un expert-comptable, il suffit de se référer à un article paru dans un précédent numéro de cette revue.<sup>5</sup>

## I. Les nouvelles règles relatives à la gestion des sociétés

### 1. Le représentant permanent

3. L'expert-comptable et le conseil fiscal devraient attirer l'attention de leur clientèle sur le fait qu'une personne morale ne peut désormais plus agir comme administrateur, gérant ou membre du comité de direction d'une société sans avoir

désigné un "représentant permanent". A vrai dire, cette recommandation arrivera de toute façon trop tard. En effet, la loi ne prévoit pas de période transitoire et toutes les nominations doivent remplir cette condition depuis le début septembre 2002. La loi - si on la prend au pied de la lettre - n'impose aucune obligation à la personne morale qui exerce déjà un mandat et ne doit plus être nommée. Sans doute faut-il toutefois recommander à celle-ci de désigner elle aussi un représentant permanent et donc interpréter le texte légal dans le sens de "est ou sera nommé administrateur...". Ceci n'est qu'une des nombreuses imprécisions de la nouvelle loi.

Le terme "permanent" est toujours une notion relative. Le seul frein qui soit mis au remplacement du représentant permanent, c'est l'obligation de respecter certaines formes de publicité lors de la désignation et de la cessation des fonctions du représentant, comme si celui-ci exerçait le mandat en son nom propre, en lieu et place de la personne morale.<sup>6</sup> Sans doute faut-il aussi appliquer cette règle en cas de décès du représentant permanent ou si celui-ci est un travailleur salarié qui quitte la société. La loi est toutefois muette à ce sujet.

En l'absence de tout éclaircissement, on peut supposer que le conseil d'administration ou le gérant de la société qui exerce le mandat a le

pouvoir de désigner le représentant permanent. Quelques nuances s'imposent toutefois au sujet de la société anonyme qui a aussi créé un comité de direction.<sup>7</sup>

4. La société au sein de laquelle le mandat est exercé ne paraît, à première vue, pas disposer d'un pouvoir d'assentiment ou de veto à ce propos. Le texte légal semble dire, en effet, que la nomination du représentant permanent intervient après celle de la personne morale. Cependant, les règles ordinaires sont d'application et il est unanimement admis que l'exercice des mandats d'administrateur ou de gérant, et par analogie sans doute aussi des membres du comité de direction, peut être soumis à certaines conditions. Songeons par exemple à la détention obligatoire d'actions. Rien n'empêche par conséquent la société dans laquelle une personne morale est nommée administrateur, gérant ou membre du comité de direction, de soumettre la désignation du représentant permanent à certaines conditions. Le texte légal stipule en outre expressément que le "représentant est soumis aux mêmes conditions". Des conditions qui peuvent par conséquent entraver considérablement la possibilité de désigner un représentant permanent, voire empêcher de facto la nomination d'une personne morale.

5. Le représentant permanent doit être un associé, gérant, administrateur ou travailleur de la personne morale. Pour les personnes morales qui ne comptent pas d'associés ou de travailleurs - songeons à la fondation privée - le choix est limité. Les sociétés en liquidation peuvent elles aussi se voir confrontées à certains problèmes à ce niveau. Théoriquement, rien n'empêche que ce représentant permanent soit à son tour une personne morale. Il ressort toutefois des travaux préparatoires que l'intention du législateur a été de confier cette mission à une personne physique<sup>8</sup>. La désignation d'une personne morale comme

représentant est par conséquent à déconseiller.

6. La désignation comme représentant permanent est lourde de conséquences : le représentant permanent est en effet civilement et pénalement responsable comme s'il exerçait le mandat en son nom personnel. Les administrateurs, gérants et associés doivent par conséquent prendre les précautions propres à éviter que l'intégralité de leur patrimoine ne soit (à nouveau) engagée. A nouveau, en effet, car l'interposition d'une personne morale a souvent servi à limiter la responsabilité. La société demeure elle-même responsable de tous dommages éventuels. Les experts-comptables et conseils fiscaux internes qui agissent en qualité de représentant permanent de leur employeur personne morale sont du coup prévenus. S'ils sont salariés, ils bénéficient certes,



d'après les travaux préparatoires, de la protection de l'article 18 de la loi sur les contrats de travail<sup>9</sup>, mais demeurent néanmoins tenus de leur faute lourde et de leurs fautes légères à caractère habituel, ainsi que de leur dol. En outre, étant des professionnels, certains manquements de leur part seront plus vite assimilés à une faute lourde... On peut dès lors se demander si cette nouvelle règle n'autorise pas désormais un travailleur à refuser la demande de son employeur d'exercer un mandat en qualité de représentant permanent. Sans doute une réponse nuancée s'impose-t-elle.<sup>10</sup> Le législateur modère l'application de cette règle pour le représentant permanent de la personne morale qui est administrateur ou gérant et associé dans une société en nom collectif, une société en commandite (simple ou par actions) et une société coopérative à responsabilité illimitée. Dans ces cas, le représentant permanent n'est - heureusement - pas personnellement tenu des engagements de ces catégories de sociétés.

7. Une autre nouveauté, c'est la possibilité de nommer des personnes morales gérantes d'une SPRL. Avant, c'était tout simplement interdit. Les règles précitées concernant le représentant permanent d'une personne morale s'appliquent par conséquent sans restrictions à la SPRL.

### 2. Le système bicéphale optionnel dans les sociétés anonymes : conseil d'administration et comité de direction

8. De nombreux juristes font valoir que le conseil d'administration

*La grande liberté que le législateur offre à la société pour lui permettre d'optimiser ses structures de gestion est un élément particulièrement important.*

unitaire qui était obligatoire en Belgique, ne correspondait plus à la réalité et qu'il fallait ouvrir la voie à une structure de gestion duale.

La nouvelle loi donne à la société anonyme la possibilité d'organiser une gestion bicéphale, dans laquelle tous les pouvoirs du conseil d'administration sont délégués à un comité de direction, à l'exception de la politique générale de la société, de la surveillance du comité de direction et des pouvoirs réservés au conseil d'administration par le Code des sociétés.

Ce régime est basé sur le rapport de la Commission gouvernementale "Corporate Governance" qui a plaidé pour une telle structure légale.<sup>11</sup> Une certaine doctrine s'est cependant ouvertement interrogée sur le fait de savoir si ce nouveau régime légal et son système particulier de représentation était bien conforme au droit des sociétés européen.<sup>12</sup>

9. Un élément particulièrement important, c'est la grande liberté que le législateur offre à la société pour lui permettre d'optimiser ses structures de gestion. Seule la pluralité des membres du comité lui est imposée. Les conditions de la désignation, de la démission, de la rémunération, de la durée du mandat et des modalités de fonctionnement sont de la compétence de l'assemblée générale par la voie d'une modification des statuts ou du conseil d'administration. Il n'est pas requis que les membres du comité de direction soient des administrateurs, mais ce n'est pas non plus interdit.

10. Le nouveau régime de responsabilité, dans lequel les membres de chaque organe seront responsables de leurs propres manquements, constitue une amélioration substantielle. Ceci ne vaut toutefois que pour les sociétés qui choisissent d'instaurer le nouveau système.

Le projet de loi autorise expressément la création d'autres comités au sein du conseil d'administration, sous sa seule responsabilité toutefois.

11. On peut se demander si offrir ainsi, dans les statuts, la possibilité au conseil d'administration d'instaurer le comité de direction complètement à sa guise, ne va pas à l'encontre des principes généraux de la bonne gestion d'entreprise. En effet, cette règle donne tout d'abord la possibilité de contourner le pouvoir de révocation "ad nutum" de l'administrateur par l'assemblée générale. En outre, elle permet aussi d'installer un comité inamovible. Un comité qui pourrait en outre se voir attribuer des émoluments royaux sans qu'un actionnaire ne puisse agir avec succès contre cette décision.<sup>13</sup>

12. Une deuxième question se pose : respectera-t-on (pourra-t-on respecter) suffisamment un autre aspect du "corporate governance", à savoir le principe de transparence ? En effet, le nouveau projet de loi ne fait qu'ajouter un système aux nombreuses options en laissant l'ancien système quasiment inchangé. Cela implique que les sociétés peuvent opter pour le maintien de leur organisation. En principe, seuls les comités de direction actuels doivent, sous peine d'être supprimés, se mettre en règle dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. En d'autres termes, à l'avenir aussi, les tiers devront prendre garde à la portée des (délégations de) pouvoirs dont dispose l'un ou l'autre organe sociétaire. En effet, par analogie aux pouvoirs de délégation du conseil d'administration sous l'ancien régime, il sera permis d'accorder dans les statuts le pouvoir au comité de direction de désigner un ou plusieurs de ses membres aux fins de représenter la société seuls ou conjointement. A nouveau, il s'agit ici exclusivement d'un pouvoir de représentation.

13. L'expert-comptable externe et le conseil fiscal externe sont par conséquent prévenus lorsqu'ils contractent avec une société anonyme. Dans certains cas, seul le conseil d'administration dispose du pouvoir de représentation; dans d'autres, le comité de direction, voire les personnes investies de la gestion journalière, en disposent également. Il se peut toutefois que la société ne soit régulièrement représentée que par un ou plusieurs administrateurs, un ou plusieurs membres du comité de direction ou un ou plusieurs administrateurs chargés de la gestion journalière. Souvent, ces personnes aborderont le cocontractant en qualité d'administrateur délégué ou de membre de la direction ou du comité de direction. Plus encore qu'avant, il s'agit aujourd'hui de contrôler le contenu qui s'attache à ce titre.

En outre, interviennent aussi les personnes régulièrement investies d'un mandat par la société. Observons au passage que l'octroi de mandats (implicites) se produit quotidiennement, surtout dans les sociétés d'une certaine taille. Les travailleurs d'une société prennent souvent des engagements en son nom. Néanmoins, la vigilance est de mise : la Cour d'appel de Bruxelles n'a-t-elle pas jugé, en effet, que le travailleur qui avait loué un télécopieur au nom de la SPRL qui l'employait, sans disposer du moindre pouvoir de représentation, n'engageait pas cette dernière ?<sup>14</sup>

### 3. Le règlement des conflits d'intérêts

14. La loi de "corporate governance" a aussi profondément remanié le règlement des conflits d'intérêts au sein d'un groupe. En gros, disons que toutes les opérations ou décisions d'une société cotée qui ont trait au groupe de sociétés dont elle fait partie sont soumises à une procédure particulière. Les conflits d'intérêts sont aussi à exa-

miner aux échelons inférieurs du groupe.<sup>15</sup> Y échappent, les décisions et opérations de moindre importance<sup>16</sup>, ainsi que celles qui interviennent "at arm's length", c.-à-d. dans des conditions et sous les garanties normales du marché. Ne sont pas non plus visées les relations entre la société cotée et l'actionnaire personne physique qui la contrôle ni entre la société cotée et une filiale.

La procédure consiste à faire apprécier l'opération ou la décision par un comité d'administrateurs indépendants, assisté d'au moins un expert, après quoi le conseil d'administration doit délibérer et le commissaire donner une appréciation quant à la fidélité des données figurant dans l'avis du comité. Le rapport annuel doit enfin évoquer le conflit d'intérêts et lui donner la publicité voulue. Il doit de même indiquer les limitations ou charges - songez p.ex. à des "corporate opportunities" - que la société mère de la société cotée lui a imposées.<sup>17</sup>

15. Les administrateurs indépendants ne seront désormais nommés que s'ils répondent à certains critères : ne pas exercer de fonction "de rang supérieur" dans le groupe de sociétés<sup>18</sup>, ne pas avoir de proches qui remplissent la condition précédente, ne pas être un "gros" actionnaire (= plus de 10 % du capital), n'entretenir aucune relation qui est de nature à mettre en cause leur indépendance. Tout ceci sans préjudice de conditions plus strictes que le Roi fixerait. L'arrêté de nomination doit mentionner les motifs justifiant l'octroi de la qualité d'administrateur indépendant.

16. L'exercice de la mission de l'expert n'est pas lié à des conditions particulières. Sans doute s'agit-il ici d'une mission toute destinée aux professionnels de l'I.E.C.

17. Si les opérations ou décisions en

cause font subir un préjudice financier illégitime à la société, les administrateurs ou membres du comité de direction en seront personnellement et solidairement responsables, et cela même si la procédure précitée a bien été respectée.

18. La nouvelle loi n'a pas touché aux règles de résolution des conflits d'intérêts qui peuvent survenir au niveau des administrateurs - songez p.ex. à l'octroi par le conseil d'administration d'options, qui ne sont plus si prisées aujourd'hui, à certains administrateurs. Elle les a toutefois étendues. Une procédure existe à présent aussi lorsque de tels conflits d'intérêts se situent au niveau du comité de direction.

## II. Le commissaire indépendant

19. Impossible de commenter brièvement les nouveaux articles 133 et 134 du C. Soc. Les changements sont si fondamentaux et d'une ampleur telle qu'il serait possible d'y consacrer sans problème un numéro entier de cette revue.<sup>19</sup> Le commentaire qui suit est donc, par la force des choses, incomplet.

20. Afin de mieux garantir l'indépendance du commissaire, le législateur a choisi d'instaurer une période de "viduité". Son principe consiste à interdire au commissaire, pendant une période de deux ans prenant cours à la cessation de sa mission de contrôle, d'accepter un mandat au sein de la société contrôlée ou d'une entité qui se situe dans sa sphère d'influence. Voilà qui n'interdit cependant pas à l'ancien commissaire de continuer à offrir ses services à cette société. Toute infraction est passible d'une sanction pénale.

21. Le commissaire ne pourra pas se déclarer indépendant si la société contrôlée ou une des entités

situées dans sa sphère d'influence a bénéficié d'une ou de plusieurs prestations déterminées par le Roi. Cette interprétation de l'alinéa 8 de l'article 133 du C. Soc. correspond à la volonté du législateur qui a accordé au Roi le pouvoir de déterminer "les prestations qui sont de nature à mettre en cause l'indépendance du commissaire".<sup>20</sup> Une interprétation littérale du texte légal conduit en effet à constater l'existence d'une interdiction absolue faite au commissaire d'encre fournir la moindre consultation à la société contrôlée. Une règle qui s'étend aux prestations fournies jusqu'à deux ans avant la nomination à la fonction de commissaire.

Au moment de la rédaction du présent article, l'arrêté royal fixant la liste de ces prestations de nature à mettre en cause l'indépendance d'un commissaire, n'était pas encore disponible. Une liste provisoire de telles prestations peut toutefois se déduire d'un avis rendu par le Conseil supérieur des professions économiques au sujet d'un (avant-) projet d'arrêté royal.<sup>21</sup> Par ailleurs, la recommandation européenne<sup>22</sup> relative à l'indépendance du commissaire renferme une liste de tâches incompatibles avec le contrôle légal. Le gouvernement a laissé entendre qu'il mettrait la réglementation belge au moins en concordance avec la recommandation européenne, pour autant que des mesures plus strictes ne soient pas en vigueur en Belgique et qu'il ne juge pas opportun d'adopter des mesures complémentaires.<sup>23</sup> On peut déduire des avis du Conseil supérieur que la liste contenue dans le projet d'arrêté royal reprend les prestations suivantes :

- prendre des décisions ou participer au processus de prise de décision;
- fournir une assistance ou participer à la préparation ou à la tenue de la comptabilité ou à l'établissement des comptes annuels;

- assurer la conception, le développement ou la mise en œuvre de systèmes technologiques de traitement de l'information financière;
- valoriser des actifs;
- intervenir dans l'audit interne;
- représenter dans le règlement de litiges fiscaux ou autres;
- intervenir dans le recrutement de personnes.

La liste définitive sera sans doute encore affinée afin de définir avec un maximum de précisions les prestations de nature à mettre en cause l'indépendance du commissaire.

22. Le champ d'application ratione personae est très large. Il couvre non seulement la société révisée, mais aussi une série d'autres entités. En d'autres termes, l'indépendance du commissaire est mise en cause si lui-même ou quelqu'un de sa "sphère d'influence" fournit les prestations visées par l'arrêté royal à la société et aux entités qui gravitent autour d'elle, à savoir les entités belges visées à l'article 11

du C. Soc., d'une part, et les filiales étrangères, d'autre part.<sup>24</sup> La notion de filiale et celle de pouvoir de contrôle qui y est liée sont définies aux articles 6 et suivants du Code des sociétés.

L'indépendance du commissaire n'est pas seulement mise en cause lorsqu'il fournit lui-même l'une ou l'autre prestation interdite reprise sur la liste ci-dessus. Elle l'est tout autant lorsque ces prestations sont accomplies par des personnes avec lesquelles le commissaire a conclu un contrat de travail ou avec lesquelles il se trouve dans des liens

*L'expert-comptable externe et le conseil fiscal externe sont par conséquent prévenus lorsqu'ils contractent avec une société anonyme. Dans certains cas, seul le conseil d'administration dispose du pouvoir de représentation; dans d'autres, le comité de direction, voire les personnes investies de la gestion journalière, en disposent également.*



de collaboration professionnelle, ou par une société ou une personne liée au commissaire au sens de l'article 11 du C. Soc. C'est surtout la notion de "personne avec laquelle le commissaire se trouve dans des liens de collaboration professionnelle" qui mérite de plus amples explications.

La notion de "liens de collaboration" est apparue pour la première fois dans les documents parlementaires précédant la réforme du révisorat d'entreprises menée en 1985. On y lit que des liens de collaboration sont toute forme "d'association ou de collaboration professionnelle organisée" ou encore un contrat qui comporte un engagement de recommandation réciproque. Seule la collaboration occasionnelle est exclue. Nonobstant le caractère vague des termes utilisés, on peut déjà en déduire que cette forme de "collaboration", suivant cette réglementation, sera en règle générale plus fréquente que dans le cas d'un déploiement commun d'activités à propos duquel la Cour de justice a rendu un récent arrêt.<sup>25</sup> Cet arrêt concernait la collaboration "intégrée" entre avocats et réviseurs.

On peut tirer une autre indication de l'arrêté royal du 10 janvier 1994 relatif aux obligations des réviseurs d'entreprises. L'article 1, 5° de cet arrêté s'exprime en effet en ces termes : "Personne avec laquelle il existe un lien de collaboration professionnelle : toute personne avec laquelle le réviseur d'entreprises a conclu une collaboration professionnelle organisée; sont en tout cas présumées répondre à cette définition, toute société dont l'objet porte sur l'exercice de la profession, toute convention qui comporte le droit d'utiliser et de se référer à un nom commun ou qui comporte un engagement de recommandation réciproque". La première partie de cette disposition revient à dire qu'un lien de collaboration professionnelle est un lien de collabora-

tion professionnelle organisée. La fin de la disposition demande toutefois d'être interprétée avec plus de précautions, étant donné qu'elle fait rentrer dans son champ d'application, par le biais d'une présomption, une convention qui comporte un engagement de recommandation réciproque. Le Roi ne dit pas que la convention est nécessairement écrite, ni que l'organisation de la collaboration doit avoir la forme d'une association ou d'une société.

Evidemment, il y a là un problème de preuve, mais on ne peut néanmoins pas passer outre le fait que des réviseurs et, vu le caractère réciproque de la convention, le cocontractant - songeons à l'expert-comptable ou au conseil fiscal - doivent tenir compte des répercussions de cet arrêté. L'arrêté d'exécution, et sa liste d'incompatibilités, concrétisera sans doute cette notion de "liens de collaboration" reprise par la nouvelle loi<sup>26</sup> en s'appuyant sur l'arrêté royal de 1994. Étant donné la crise de confiance qui a ébranlé le secteur dans lequel opèrent les commissaires, on ne peut qu'imaginer des dispositions plus strictes et il ne faut pas s'attendre à un adoucissement de ces normes.

23. Cette disposition peut avoir des conséquences fort étendues, comme l'exemple suivant l'illustre bien. Lorsqu'une forme "légère" de collaboration s'instaure de facto entre un réviseur et un expert-comptable ou un conseil fiscal, et qu'elle rentre dans le champ d'application de la nouvelle loi, l'indépendance du commissaire est mise en cause si l'expert-comptable ou le conseil fiscal fournit des prestations de services à un client dont le réviseur est le commissaire et chez qui il effectue le contrôle légal des comptes annuels en cette qualité. Vu que tous ces acteurs sont tenus au secret professionnel, le réviseur ne saura pas nécessairement, au moment où il accepte son mandat

de commissaire, que l'expert-comptable ou le conseil fiscal avec lequel il collabore, agit déjà pour le compte de la même société. D'un autre côté, quand l'expert-comptable ou le conseil fiscal est consulté par la société révisée pendant l'exercice du mandat du commissaire avec lequel existe un lien de collaboration, il n'est pas nécessairement tenu de s'abstenir de toute assistance. Le secret professionnel s'oppose à la communication de son intervention au commissaire. La fourniture d'une assistance met toutefois en cause l'indépendance du commissaire.

24. La nouvelle loi renforce la surveillance de l'indépendance du commissaire par la création d'un comité d'avis et de contrôle.

Ce comité est investi d'une triple mission. Tout d'abord, il délivrera, à la demande du commissaire, un avis préalable concernant la compatibilité avec le caractère indépendant de sa fonction, d'une autre prestation bien déterminée. En l'espèce, il s'agira d'un avis consultatif et non contraignant.<sup>27</sup> Par conséquent, le commissaire ne sera en aucun cas libéré de sa responsabilité s'il apparaissait ultérieurement que ces services étaient incompatibles avec l'exercice, en toute indépendance, de sa fonction. L'avis du comité n'est ici qu'un simple élément de fait.

En second lieu, le comité peut introduire un dossier auprès de l'organe disciplinaire compétent de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises. L'introduction d'un tel dossier disciplinaire doit se fonder sur l'exercice, en toute indépendance, de la fonction de commissaire et se fera sans doute si le commissaire passe outre un avis préalable concernant la compatibilité d'une prestation avec l'indépendance de sa fonction.

La troisième mission du comité

d'avis et de contrôle consiste à délivrer un avis au commissaire avant que celui-ci, ou une personne relevant de sa "sphère d'influence", ne soit habilité à recevoir, pour des prestations de services autres que révisorales, des émoluments dépassant ceux perçus pour sa mission de contrôle révisoral conformément à l'article 134 du C. Soc.<sup>28</sup>

25. En relation avec ce qui précède, nous signalons encore brièvement que le Sénat a jugé le nouveau système, qui recherche un équilibre par le biais d'une liste de prestations incompatibles et la création d'un nouveau comité d'avis et de contrôle, toujours insuffisant.

De l'avis du Sénat, lorsque le commissaire ou quelqu'un relevant de sa "sphère d'influence" fournit des prestations supplémentaires d'une certaine ampleur à une société ou à une entité relevant de sa "sphère d'influence", il fallait inscrire dans la loi une mesure de sécurité supplémentaire. Celle-ci s'applique aux sociétés cotées et aux entreprises du groupe qui établissent et publient des comptes annuels consolidés.

En gros, le contenu de la mesure est le suivant. Le législateur instaure un contrôle quantitatif supplémentaire, même lorsque le commissaire ou quelqu'un relevant de sa "sphère d'influence" preste des services qui ne figurent pas sur la liste à établir par le Roi; ce contrôle intervient lorsque le montant total des rémunérations dues pour ces services dépasse celui des émoluments relatifs à la mission révisorale.

Lorsque la rémunération de ces autres services dépasse les émoluments relatifs à la mission révisorale, le service ne peut être presté qu'après avis favorable du comité d'audit ou décision favorable du "comité d'avis et de contrôle", ou encore création d'un collège de commissaires. La mise en œuvre concrète de ces règles est loin

d'être claire, les différences linguistiques qui émaillent la loi n'y étant pas étrangères. Un exemple. La collaboration entre l'expert-comptable ou le conseil fiscal et le commissaire est source de tensions lorsque le premier fournit à la société contrôlée ou à une entité qui lui y est liée des prestations qui aboutissent à dépasser la parité. Le commissaire se voit alors contraint de respecter la procédure particulière ou de démissionner. Sans doute voudra-t-il dès lors freiner la prestation des services. Si le commissaire lance quand même la procédure et demande l'avis du comité d'avis et de contrôle, qui lui remet un avis négatif, il doit de facto démissionner ou demander à l'expert-comptable ou au conseil fiscal de ne plus prester ses services, sinon il risque d'encourir une condamnation disciplinaire.

26. Le rapport annuel d'une société contrôlée devra aussi s'expliquer au sujet des prestations non révisorales fournies par le commissaire ou quelqu'un relevant de sa "sphère d'influence" à la société ou à des entités relevant de sa sphère d'influence. Lorsqu'un réviseur, un expert-comptable ou un conseil fiscal collaborent, ceci oblige ces derniers à fournir au premier, qui agit en qualité de commissaire, des informations détaillées<sup>29</sup> sur la nature de leurs prestations et la rémunération qui y est attachée.

### III. L'assemblée générale écrite

27. La Commission gouvernementale "Corporate Governance", dont les travaux ont été à la base de la loi, aurait préconisé, en ce qui concerne le fonctionnement de l'assemblée générale, un degré de participation accru. N'empêche qu'elle a proposé d'instaurer un régime "où une décision à l'unanimité pourrait remplacer la réunion des actionnaires". Un régime que la loi a repris, en des termes adaptés

cependant. En effet, le Conseil d'Etat et la Fédération Royale des Notaires ont critiqué le fait que dans le *projet de loi*, le nouveau régime pouvait s'étendre aux assemblées générales ordinaires aussi bien qu'aux assemblées où l'intervention du notaire est requise.

Une prise de décision écrite précédant l'intervention du notaire suscite en effet diverses objections d'ordre pratique : qui a le pouvoir de transmettre les décisions de l'assemblée générale au notaire, quand faut-il transmettre les décisions approuvées au notaire, dans quel laps de temps faut-il approuver les décisions, ... et puis surtout quel rôle et quelle position doit adopter le notaire, en sa qualité de conseiller juridique, en pareille circonstance ?

Le gouvernement a tenu compte de ces critiques et, par amendement, les assemblées générales passées par acte authentique ont été retirées du projet de loi. Dès lors, la loi n'autorise plus que la tenue par écrit des assemblées générales ordinaires et extraordinaires qui ne requièrent pas l'intervention du notaire.

Une critique générale adressée à l'encontre de ce régime est l'absence de concertation et de débat préalables à la décision que prennent les actionnaires. Comme le dit VAN DEN HOEK, les actionnaires qui votent à domicile perdent non seulement "le fruit d'une concertation", mais aussi le "contrôle social" qui se dégage d'une réunion formelle que dirige un président et à laquelle assiste un public.<sup>30</sup> Il est difficile de distinguer si la pratique confirme ou infirme cette thèse. VAN DEN HOEK a trouvé une indication à ce sujet. Aux Pays-Bas, les votes à distance ont été admis depuis peu<sup>31</sup> et mis en pratique par sept sociétés. Etant donné que les votants à domicile ne sont pas soumis au contrôle social "visuel",

on aurait pu s'attendre à voir augmenter le nombre de votes irrationnels dans leur chef. A l'analyse, il semble que ce ne soit pas le cas. Les votes émis appuient les propositions des organes de gestion, celles portant atteinte aux droits des actionnaires (mécanismes de protection p.ex.) et celles touchant aux rémunérations ayant suscité le plus d'opposition. L'auteur y voit l'indice d'un "comportement de vote conséquent et sérieux" des actionnaires qui étaient restés à domicile.<sup>32</sup>

A noter aussi que les votes par procuration sont depuis longtemps admis. Dans ce cas précis, il n'y a de concertation et de discussion préalables au vote que dans le chef du représentant, pour autant que l'actionnaire lui ait donné carte blanche.

Aujourd'hui, il est donc devenu possible de tenir par écrit les assemblées générales ordinaires et extraordinaires qui ne requièrent pas l'intervention du notaire. Voilà qui rencontre les critiques émanant principalement de groupes étrangers qui peuvent désormais se contenter d'une assemblée écrite pour les filiales qu'ils contrôlent à 100 %. Et pour les nombreuses petites sociétés, c'est la légalisation d'une pratique appliquée depuis des années dans les faits.

28. Bien évidemment, les autres obligations qui s'imposent dans la tenue d'une assemblée générale demeurent et, dès lors, quelques interprétations seront pour le moins nécessaires concernant les effets et la réalisation de la décision écrite. Prenons en exemple le problème de la date à laquelle les actionnaires ont droit à un dividende. Lorsque l'assemblée générale décide de distribuer une partie du bénéfice aux actionnaires, ces derniers se voient investis d'un droit de créance à l'égard de la société. L'actionnaire devient créancier de la société dès l'instant

du vote du dividende.<sup>33</sup> Dès cet instant, il dispose d'un droit individuel<sup>34</sup> qu'une assemblée générale ultérieure ne peut plus modifier.<sup>35</sup> Il faudra aussi veiller à faire respecter les obligations prescrites au niveau du dépôt du rapport annuel et des comptes annuels. L'article 552 du C. soc. oblige à *tenir l'assemblée générale dans la commune*. Cette disposition impose donc la réunion physique des actionnaires en un seul lieu. On pourrait soutenir que la loi n'exige pas la présence physique de tous les actionnaires. Les règles édictées en matière de votes par procuration et par courrier indiquent toutefois que le législateur ne souhaite pas d'autres formes d'organisation. Concilier cette disposition avec l'assemblée générale écrite requerra des trésors d'imagination de la part des juristes. Une réflexion qui vaut d'ailleurs aussi p.ex. au sujet de l'article 555 du C. Soc., qui autorise le conseil d'administration à reporter l'assemblée générale de trois semaines. De quelle façon le conseil doit-il opérer dans le cas d'une assemblée générale écrite ? La question demeure pour l'instant sans réponse.

Il faut en outre relever que certaines catégories de personnes voient leurs droits réduits. En effet, les titulaires de certificats ne pourront par exemple que prendre connaissance des décisions, alors qu'ils ont en fait le droit de participer à une véritable assemblée générale avec voix consultative.

29. L'assemblée écrite peut se dérouler par voie électronique. Depuis peu, la signature électronique a aussi fait son apparition dans l'ordre juridique belge. La loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification<sup>36</sup> et la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signa-

ture électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire<sup>37</sup> en constituent le cadre légal. Ces lois transposent en droit belge la Directive européenne du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.<sup>38</sup>

30. Notons, pour être complet, que les statuts des sociétés cotées peuvent fixer une date d'enregistrement. Cette date permet de ne pas "bloquer" trop longtemps les actions, jusqu'à l'issue de l'assemblée générale, mais au contraire de fixer une date à laquelle le détenteur d'actions au porteur est reconnu actionnaire de la société et se voit offrir la possibilité d'exercer son droit de vote. Cela rencontre la demande des investisseurs institutionnels qui, assurément dans le climat économique actuel, font primer la liquidité sur le droit de vote.

Observons à cet égard qu'il est ainsi possible de voter avec des actions que l'on n'a plus au moment de l'assemblée générale. Il faut toutefois se demander si une personne qui n'est plus actionnaire au moment où se tient l'assemblée générale a encore un intérêt économique à y participer et à y voter. On pourrait imaginer qu'un actionnaire vote à contre-courant pour exercer une influence négative sur le cours de l'action en vue de la racheter le moment venu.

Ce système est toutefois opérationnel depuis deux ans déjà aux Pays-Bas et nous n'avons pas eu connaissance d'éventuels abus.

## IV. Conclusion

31. La loi sur le "corporate governance" rencontre indiscutablement certains besoins de la vie des entreprises. Elle permet aux sociétés d'optimiser leur structure de gestion, aux groupes et aux petites sociétés de se contenter d'une

assemblée générale écrite, à une SPRL d'être administrée par une personne morale. Elle laisse cependant aussi une pointe d'amertume : ainsi, il y a le fait que le comité d'audit éventuellement institué ne porte pas la responsabilité des pouvoirs que la loi lui confère, puis ce mécanisme compliqué de représentation qui permet au conseil d'administration, au(x) administrateur(s) délégué(s), au comité de direction, aux membres délégués du comité de direction et aux préposés à la gestion journalière d'engager régulièrement la société, la lourdeur du règlement des conflits d'intérêts, les difficultés de mise en œuvre de l'assemblée générale écrite dans le cadre légal dans lequel s'inscrit la tenue des assemblées générales, ... Bref, c'est clair : la ligne d'arrivée est loin d'être atteinte et on peut douter qu'il s'agit là d'une pause. ¶

## Notes

- <sup>1</sup> La rédaction de cet article a été clôturée le 24 octobre 2002.
- <sup>2</sup> Ce texte traduit les positions personnelles de l'auteur et n'engage aucunement les institutions pour lesquelles il travaille.
- <sup>3</sup> La loi sur les Nouvelles Régulations Economiques (loi NRE) (n°2001-420) du 15 mai 2001, J.O. n° 113 16 mai 2001, 7776.
- <sup>4</sup> *Moniteur belge*, 22 août 2002.
- <sup>5</sup> R. VAN BOVEN, "Le rôle de l'expert-comptable dans le pouvoir individuel d'investigation et de contrôle des associés (Art. 166 C. Soc.)", *Accountancy&Tax*, 2002, n° 2, 30-33. Voyez aussi R. VAN BOVEN, "Le projet de loi "corporate governance" clarifie l'article 166 C. Soc.", *IEC-Info*, n° 14, 14 août 2002, 11.
- <sup>6</sup> Quant à savoir quelle société doit exécuter cette obligation de publication, c'est moins clair.
- <sup>7</sup> Cf. *infra* n°s 8 et suiv.
- <sup>8</sup> C'est ainsi que les travaux préparatoires parlent entre autres du "personnel de la société".
- <sup>9</sup> Tout au moins si leur contrat est un contrat de travail au sens de la loi sur les contrats de travail.
- <sup>10</sup> Pour un commentaire général et synoptique du "ius variandi" de l'employeur, voyez W. VAN EECKHOUTTE, *Arbeidsrecht 2001-2002*, Diegem, Kluwer/Ced.Samsom, 2001, n°s 2388 et suiv.
- <sup>11</sup> COMMISSION GOUVERNEMENTALE "CORPORATE GOVERNANCE", *Vers une meilleure gestion des sociétés belges*, Bruxelles, 20 mars 2000, p. 26.
- <sup>12</sup> En effet, l'examen des pouvoirs de représentation auquel les tiers sont tenus se limite, conformément à l'article 9 de la première directive sociétés, à l'identité des personnes investies de ces pouvoirs. Etant donné que les tiers, dans le cas où la société a institué un comité de direction, doivent aussi apprécier si un acte juridique relève de la politique générale ou pas, on attend de leur part un examen plus poussé qui paraît contraire à la directive (E. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Deventer, Kluwer, 2000, 192). Le même constat vaut tout autant, d'après cet auteur, pour la gestion journalière (E. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Deventer, Kluwer, 2000, 187-188).
- <sup>13</sup> Si ce n'est, dans les sociétés cotées, en se défaisant de ses titres.
- <sup>14</sup> Bruxelles, 18 avril 1996, *A.J.T.* 1996-97, et la note.
- <sup>15</sup> Voyez le nouvel article 524, §5 du C. Soc. Le législateur intègre en douce des éléments du droit des groupes dans le droit des sociétés.
- <sup>16</sup> Dont la valeur est inférieure à 1 % de l'actif net de la société, tel qu'il transparaît des comptes annuels consolidés. On peut se demander comment il sera possible d'appliquer ce critère dans l'hypothèse où il n'y a pas obligation d'établir des comptes annuels consolidés.
- <sup>17</sup> Article 524, §7 du C. Soc.
- <sup>18</sup> ou l'avoir exercée durant les deux années précédant la nomination.
- <sup>19</sup> Pour une première analyse les concernant, voyez I. DE POORTER et C. VAN DER ELST, "De onafhankelijke commissaris", in *Financieel Recht op Zoek naar Nieuwe Evenwichten*, Instituut Financieel Recht, Intersentia, sous presse.
- <sup>20</sup> *Doc. Parl.* Chambre 2000-2001, n° 1211/1, p. 14.
- <sup>21</sup> CONSEIL SUPERIEUR DES PROFESSIONS ECONOMIQUES, *Avis concernant l'avant-projet d'arrêté royal portant exécution du projet d'article 133 du code des sociétés*, 25 janvier 2002, 35 p.; CONSEIL SUPERIEUR DES PROFESSIONS ECONOMIQUES, *Avis concernant le projet d'arrêté royal portant exécution du projet d'article 133, alinéa 9 du code des sociétés et modification de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du code des sociétés*, 24 octobre 2002, 37 p.
- <sup>22</sup> Recommandation de la Commission européenne du 16 mai 2002 – Indépendance du contrôleur légal des comptes dans l'UE : principes fondamentaux, JOCE. L. 191, 19 juillet 2002, 22-57.
- <sup>23</sup> *Doc. Parl.* Chambre 2000-2001, n° 1211/1, p. 14.
- <sup>24</sup> Les dispositions relatives à la période de "viduité" ne font toutefois aucune distinction entre les entités belges et étrangères.
- <sup>25</sup> CJCE, Affaire Wouters/Nova, 19 février 2002, n° C-309/99, *Jur. CICE* 2002.
- <sup>26</sup> Il semble défendable de soutenir que le Roi dispose du pouvoir de définir le "lien de collaboration". Cela fait partie de l'économie générale de la loi.
- <sup>27</sup> Article 133, alinéa 10, seconde phrase.
- <sup>28</sup> Article 133, alinéa 6, 3° du C. Soc.
- <sup>29</sup> Jusqu'où il faudra les détailler, il appartient au Roi de le dire, conformément au nouvel article 134 du C. Soc.
- <sup>30</sup> M. VAN DEN HOEK, "Resultaten Communicatiekanaal 2000 en 2001", *Ondernemingsrecht*, 2002, 7.
- <sup>31</sup> Pour un aperçu détaillé des adaptations et diverses considérations pratiques, voyez : J. WINTER, "Venootschapsrecht en moderne technologie", in *Afscheid van papier – Handelsrecht en moderne technologie, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 2001, 55-137.
- <sup>32</sup> M. VAN DEN HOEK, "Resultaten Communicatiekanaal 2000 en 2001", *Ondernemingsrecht*, 2002, 7.
- <sup>33</sup> Cass. 6 novembre 1956, *Pas.* 1957, I, 236; Cass. 3 janvier 1957, *Pas.* 1957, I, 486; Cass. 19 juin 1962, *Pas.* 1962, I, 1193; Cass. 11 décembre 1962, *Pas.* 1963, I, 455; Cass. 10 septembre 1963, *Pas.* 1964, I, 42; Cass. 16 janvier 1964, *Pas.* 1964, I, 520, *R.W.* 1964-65, 473, *R.P.S.* 1964, n° 5203, 146; Cass. 7 février 1967, *J.T.*, 1967 386, *Pas.* I, 698, note GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.
- <sup>34</sup> Avant, il arrivait que les sociétés à portefeuille méconnaissent ce droit. Dans le cadre d'une émission sans droit de préférence, par laquelle la société devenait une filiale de la société à portefeuille, cette dernière accordait une garantie de dividende déguisée aux autres actionnaires qui étaient représentés dans le conseil d'administration. Bien que cette garantie ne venait pas à charge de la société, la Commission bancaire est intervenue pour combattre cette pratique qui violait l'égalité de traitement des actionnaires (Commission bancaire, *Rapport annuel 1975-76*, 113-114).
- <sup>35</sup> J.-M. VAN HILLE et N. FRANCOIS, *Aandelen en obligaties*, Bruxelles, Bruylant, 1977, n° 1084, 553.
- <sup>36</sup> M.B. 29 septembre 2001. Pour une première analyse, voyez : R. STEENNOT, "De wet van 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatie-diensten", *Rev. Banque* 2002, 52-54.
- <sup>37</sup> M.B. 22 décembre 2000. Pour un commentaire de la question, voyez B. DE GROOTE, "Het bewijs in de elektronische handel - enkele bedenkingen", *A.J.T.* 2000-01, 881-901.
- <sup>38</sup> *JOCE L.* 2000, n° 13, 12.