

Mandats sociaux et fonction de représentant permanent de sociétés commerciales : le point de vue de l'IEC

Sandrine Ghilain
Kikki Vandriessche
Service juridique IEC

L'article 31 de la loi du 22 avril 1999 relative aux professions comptables et fiscales interdit aux experts-comptables externes et/ou conseils fiscaux externes d'exercer des activités commerciales ou des fonctions d'administrateur ou de gérant de sociétés commerciales ou de sociétés à forme commerciale autres que celles constituées entre titulaires de la même qualité ou entre titulaires de qualités différentes, sans l'autorisation préalable et toujours révocable de l'Institut, sauf lorsque ces fonctions leur sont confiées par un tribunal.

Le même article leur interdit également d'exercer des activités incompatibles avec la dignité ou l'indépendance de leur fonction.

La fonction de représentant permanent n'est pas visée dans cet article, étant donné que la figure juridique du représentant permanent n'a été créée que par la loi du 2 août 2002 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'acquisition (art. 61 du C. soc.).

La question qui se pose par conséquent est de savoir si cette fonction de représentant permanent peut être soumise aux mêmes règles que celles qui s'appliquent aux mandats d'administrateur.

Le point de vue du Conseil de l'IEC sur la question est le suivant.

L'article 61, §2, du Code des sociétés¹ dispose expressément que le représentant permanent est soumis aux mêmes conditions que s'il exerçait sa mission en nom et pour compte propre.

Cela implique que les conditions de désignation en vigueur dans la société gérée par le représentant permanent doivent également être respectées (âge, diplôme, nationalité, indépendance, etc.).²

Ces conditions peuvent également être déterminées par une loi (par exemple, l'interdiction professionnelle faite à une personne d'agir en qualité d'administrateur) ou prévues dans les statuts de la société gérée (par exemple, une limite d'âge, certaines exigences de qualité particulières, etc.).³

L'obligation faite au représentant permanent de «respecter les mêmes conditions» que s'il exerçait la mission en nom et pour compte propre doit être considérée comme une *disposition anti-abus*: le législateur tendrait à éviter qu'une personne morale soit désignée dans le but ou avec pour effet que celle-ci nomme ensuite un représentant qui ne pourrait être désigné personnellement comme administrateur.⁴

Il s'ensuit qu'il a déjà été établi que les titulaires de certaines professions (par exemple, les notaires⁵, les huissiers de justice⁶) ne peuvent accepter la fonction de représentant permanent que dans le respect des mêmes restrictions que celles qui s'appliquent à l'acceptation du mandat d'administrateur proprement dit.

Des règles d'incompatibilité spécifiques s'appliquent également dans certains types particuliers de sociétés du secteur financier ou (semi-)public.⁷

Le «représentant permanent» peut désormais être seul chargé de l'exécution du mandat d'administrateur au nom et pour compte de l'administrateur-personne morale.

Il/elle participe *en interne* aux réunions du conseil d'administration, au processus décisionnel et aux décisions. Ce droit de participation au processus décisionnel et aux décisions est exclusif (l'administrateur-personne morale n'agit par conséquent que par l'intermédiaire du représentant permanent, à l'exclusion des autres organes de l'administrateur-personne morale).

¹ «Art. 61, §1. Les sociétés agissent par leurs organes dont les pouvoirs sont déterminés par le présent code, l'objet social et les clauses statutaires. Les membres de ces organes ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société.

§2. Lorsqu'une personne morale est nommée administrateur, gérant ou membre du comité de direction, du conseil de direction ou du conseil de surveillance, celle-ci est tenue de désigner parmi ses associés, gérants, administrateurs, membres du conseil de direction, ou travailleurs, un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour le compte de la personne morale. Ce représentant est soumis aux mêmes conditions et encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente. Celle-ci ne peut révoquer son représentant qu'en désignant simultanément son successeur.

La désignation et la cessation des fonctions du représentant permanent sont soumises aux mêmes règles de publicité que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre.

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, une société coopérative à responsabilité illimitée ou dans une société en commandite par actions, ne contracte toutefois aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société dans laquelle la personne morale est administrateur ou gérant et associé. »

Remarque: la désignation d'un «représentant permanent» n'est pas prévue pour la fonction d'administrateur délégué à la gestion journalière.

² F. CLEEREN, «De NV in de praktijk», *Monkey*, Kluwer, 2010.

³ R. MESSIAEN, «De vaste vertegenwoordiger, voer voor pureitenein», *Accountancy Actualiteit*, 2010, n° 23, année 28, semaines 50 et 51, p. 3.

⁴ M. WAUTERS, «De bestuurder-rechtspersoon en zijn vaste vertegenwoordiger», in *Nieuwe vennootschapsrecht 2002: wet corporate governance*, J. Ronse Instituut, 2003, p. 41.

⁵ Art. 6, 7° et 8°, de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat.

⁶ Art. 518 du C. jud.

⁷ M. WAUTERS, «De bestuurder-rechtspersoon en zijn vaste vertegenwoordiger», in *Nieuwe vennootschapsrecht 2002: wet corporate governance*, J. Ronse Instituut, 2003, p. 42.

«Le représentant permanent, dans ses relations juridiques internes avec l'administrateur-personne morale, a le statut de mandataire (comparable au statut d'administrateur). Dans cette optique, il/elle peut recevoir de l'organe de gestion de l'administrateur-personne morale des instructions concernant la décision à prendre au sein de l'organe de gestion de la société gérée.

La question qui se pose est de savoir quels sont les droits du représentant permanent lorsqu'il désapprouve les instructions qui lui sont données par l'organe de gestion de l'administrateur-personne morale. Eu égard à la responsabilité qui lui incombe, il peut être admis que le représentant est habilité à agir comme bon lui semble et à refuser les instructions qui lui sont données par l'organe de gestion de l'administrateur-personne morale. En l'occurrence, il peut être révoqué par l'organe de gestion de l'administrateur-personne morale lui-même ou renoncer personnellement à son mandat de représentant permanent».⁸

Il est également admis que la représentation *externe* de la société gérée revient exclusivement au représentant permanent de l'administrateur-personne morale (et pas, par exemple, aux administrateurs qui ont pouvoir de représentation en vertu d'une clause de signature à plusieurs mains).

«Le représentant permanent est un (nouvel) organe de l'administrateur-personne morale (cf. art. 61, §1^{er}, du C. soc.). Il s'ensuit que le représentant permanent, en sa qualité d'organe particulier de l'administrateur-personne morale, a un pouvoir de représentation limité à l'exercice du mandat d'administrateur (qui a été confié à l'administrateur-personne morale).

Eu égard à ce qui précède, il peut être admis que les limitations de compétences ne sont pas opposables aux tiers, pas même après qu'elles ont été rendues publiques. (...) la participation à la gestion de la société gérée et la représentation de l'administrateur-personne morale reviennent exclusivement au représentant permanent. Ce point de vue découle de la création de la figure du représentant permanent, du pouvoir de représentation qui lui est conféré en vertu de la loi et de la responsabilité qui lui incombe».⁹

Enfin, «il peut être admis que les règles applicables au représentant permanent en matière de conflit d'intérêts sont les mêmes que celles qui s'appliquent à l'administrateur (voyez, en ce qui concerne la SA, l'article 523 du C. soc.). Un argument important en vue de l'application au représentant permanent des dispositions légales en matière de conflit d'intérêts peut être puisé dans l'article 61, §2, du C. soc.: «comme s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre».¹⁰

Le représentant permanent est également solidairement responsable avec la personne morale qu'il représente. Il s'ensuit que la «victime», à savoir la société ou un tiers, peut exiger soit du représentant permanent, soit de l'administrateur-personne morale qu'il réponde de l'ensemble des dommages.

Le fait que le représentant permanent soit soumis aux mêmes conditions que s'il exerçait sa mission en nom et pour compte propre indique l'importance qui est attachée à sa personne, et donc, indirectement, à la fonction qu'il exerce.

⁸ H. BRAECKMANS, «Bestuur van de BVBA door een rechtspersoon en de vaste vertegenwoordiger van de bestuurder-rechtspersoon», in H. BRAECKMANS et E. WYMEERSCH, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 10 (traduction libre).

⁹ H. BRAECKMANS, «Bestuur van de BVBA door een rechtspersoon en de vaste vertegenwoordiger van de bestuurder-rechtspersoon», in H. BRAECKMANS et E. WYMEERSCH, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2003, pp. 12-13 (traduction libre).

¹⁰ *Ibid.*, p. 15 (traduction libre).

La finalité d'une telle disposition est de donner des garanties pour la gestion des sociétés commerciales ou à forme commerciale.

Ce n'est donc pas parce que cette disposition est conçue comme une disposition anti-abus qu'elle s'applique nécessairement à l'interdiction déontologique d'exercer des fonctions d'administration ou de gestion de sociétés commerciales: la motivation de l'article 61 concerne la gestion des sociétés commerciales, elle est étrangère à des considérations relatives à l'exercice d'une profession réglementée.

La question est inverse: peut-on admettre que les motivations qui ont présidé à l'adoption de l'article 31 de la loi du 22 avril 1999 ne s'appliqueraient pas aux fonctions de représentant permanent et que le législateur de 1999 aurait donc pu et voulu faire une distinction entre cette dernière fonction et les mandats d'administrateur et de gérant?

Il est certain, d'une manière générale, que l'intervention en qualité de représentant permanent d'une société est une manière extrêmement aisée de contourner l'interdiction visée à l'article 31 de la loi du 22 avril 1999 et que l'on ne pourrait l'autoriser « en principe », sous peine de vider l'article 31 de son sens.¹¹

On ne peut cependant pas poser comme postulat de base que l'intervention en tant que représentant permanent répond toujours nécessairement à une volonté de fraude.

Pour répondre à cette question, on a vu ci-dessus que le représentant permanent est un organe chargé d'une mission spécifique de gestion et de représentation dont les responsabilités dérogent au droit commun.¹²

¹¹ Il suffit de faire désigner, pour la fonction d'administrateur ou de gérant que l'on ne peut exercer en nom personnel, une société dont le professionnel est un actionnaire important, voire majoritaire, qui compterait un gérant « de paille » et qui n'aurait d'autres activités « réelles » que l'exercice de mandats d'administrateur ou de gérant d'autres sociétés commerciales ou à forme commerciale.

¹² G. RAUCQ et H. LAGA, « Le représentant permanent doit-il être nommé à l'occasion de chaque réélection de l'administrateur-personne morale dont le mandat est venu à échéance? », in X., *Travaux du Comité d'études et de législation de la Fédération royale du notariat belge*, année 2006-2007, p. 341.

Dans les relations extérieures de la société « administrée », son intervention s'assimile à celle d'un autre administrateur ou gérant. Il a les mêmes pouvoirs que ceux-ci.

S'il agit normalement en tant que mandataire de la personne morale qui est seule désignée à la fonction d'administrateur ou de gérant, la responsabilité qui lui incombe à titre personnel fait que l'on ne peut pas considérer qu'il serait entièrement lié, dans l'exécution de son mandat, par les instructions données par la société, mais implique au contraire l'existence d'un certain « pouvoir d'appréciation ». ¹³

Enfin, du point de vue du fisc, le représentant est considéré comme un *dirigeant d'entreprise*, avec comme conséquence l'application (notamment) de la règle de requalification des loyers qui sont payés, par une société, à une personne physique qui est le représentant permanent d'une autre société, qui y exerce un mandat d'administration ou de gestion. ¹⁴

Conclusion

Les raisons qui ont mené à l'adoption par le législateur de l'article 31 de la loi du 22 avril 1999 et de l'interdiction, sauf autorisation préalable du Conseil de l'IEC, de l'exercice, par des experts-comptables externes et des conseils fiscaux externes, des fonctions d'administrateur ou de gérant de sociétés commerciales devraient également s'appliquer à la fonction de *représentant permanent* d'une société commerciale ou à forme commerciale, telle qu'elle est visée à l'article 61 du Code des sociétés.

Conséquences pour les experts-comptables externes et/ou les conseils fiscaux externes

L'article 61 prévoit que le représentant permanent doit être nommé parmi les « associés, gérants, administrateurs, membres du conseil de direction, ou travailleurs » de la société à laquelle le mandat de gérant ou d'administrateur a été confié.

¹³ E. JANSSENS, « Un représentant permanent pour l'administrateur-personne morale », *Bilan*, 2002, n° 445, p. 4.

¹⁴ F. VANDEN HEEDE, « Vaste vertegenwoordiger en huurherkwalificatie », *Fiscale Wenken*, 2009, n° 8, p. 3.

1. Représentant permanent et associé d'une société commerciale ou à forme commerciale

Aucune directive n'existe par rapport à la possibilité pour l'expert-comptable externe ou le conseil fiscal externe d'être associé dans une société commerciale ou à forme commerciale.

La détention de parts ou d'actions dans toutes formes de sociétés ou personnes morales, quelles qu'en soient les activités, est autorisée. L'exercice d'activités en qualité « d'associé actif » n'est *a priori* pas interdit, sous réserve de l'interdiction générale de poser des actes de commerce ou d'exercer des fonctions d'administration ou de gestion (de fait).

Étant donné la nature de la fonction de représentant permanent, il n'existe pas de raison d'appliquer d'autres règles par rapport à ces fonctions que celles actuellement en vigueur à propos de l'acceptation de mandats de gestion et d'administration.

L'exercice d'une fonction de représentant permanent d'une société dont on est associé est interdit à l'expert-comptable externe et au conseil fiscal externe, sauf autorisation préalable et toujours révocable du Conseil.

2. Représentant permanent et administrateur ou gérant d'une société commerciale ou à forme commerciale

Dans l'état actuel des choses, cette question ne peut se poser que dans des cas où l'expert-comptable externe ou le conseil fiscal externe a obtenu une autorisation du Conseil de l'IEC d'exercer un mandat d'administrateur ou de gérant dans la société commerciale ou à forme commerciale qui accepte la fonction d'administrateur ou de gérant d'une autre société commerciale ou à forme commerciale.

Les cas dans lesquels une telle autorisation est octroyée sont limités et concernent le plus souvent des sociétés civiles dont l'objet social est vérifié par l'IEC :

- Sociétés de patrimoine :
 - l'objet social de telles sociétés peut prévoir la possibilité d'exercer des mandats de gestion ou d'administration dans d'autres sociétés civiles ayant un objet similaire (c'est-à-dire d'autres sociétés civiles de patrimoine);
 - l'intervention de l'expert-comptable/conseil fiscal en qualité de représentant permanent sera donc *de facto*

limitée à de telles sociétés et peut être considérée comme acceptable;

- une autorisation préalable est requise dans les mêmes conditions que pour l'autorisation d'exercer un mandat d'administrateur ou de gérant d'une société civile de patrimoine.

- Sociétés professionnelles :
 - ces sociétés ne peuvent exercer des fonctions d'administrateur ou de gérant que dans d'autres sociétés civiles professionnelles (IEC, IRE, IPCF);
 - l'intervention de l'expert-comptable/conseil fiscal en qualité de représentant permanent sera donc *de facto* limitée à de telles sociétés et peut être considérée comme acceptable;
 - aucune autorisation préalable n'est requise pour l'exercice de la fonction de représentant permanent dans des sociétés civiles professionnelles agréées auprès de l'IEC, l'IRE et l'IPCF.
- Sociétés de moyens :
 - en principe, une telle société n'a pas pour objet de gérer d'autres sociétés. Toutefois, rien ne s'opposerait *a priori* (puisque telle est la finalité d'une société de moyens) à ce qu'elle puisse éventuellement exercer des fonctions de gérant ou d'administrateur dans d'autres sociétés de moyens ou dans les sociétés qui ont constitué la société de moyens;
 - l'intervention de l'expert-comptable/conseil fiscal en qualité de représentant permanent sera donc *de facto* limitée à de telles sociétés et peut être considérée comme acceptable;
 - une autorisation préalable est requise dans les mêmes conditions que pour l'autorisation d'exercer un mandat d'administrateur ou de gérant d'une société civile de moyens.

Des autorisations d'exercer des fonctions d'administrateur ou de gérant de sociétés commerciales ou à forme commerciale peuvent également encore être octroyées par le Conseil dans les hypothèses suivantes :

- Société en difficulté :
 - une telle autorisation, qui est normalement conférée pour une période maximale de 6 mois, est accordée à titre exceptionnel lorsqu'elle paraît être la seule mesure permettant à une société de surmonter les difficultés auxquelles elle fait face. Il n'est donc pas dans la finalité de cette autorisation de permettre au profes-

sionnel d'exercer des fonctions de représentant permanent dans d'autres sociétés, sauf s'il devait y être autorisé par le Conseil dans des sociétés liées à celle qu'il gère provisoirement. Le caractère temporaire de l'autorisation fait qu'une telle situation devrait être assez exceptionnelle;

- en tout état de cause, une autorisation préalable est requise.
- Autorisation pour des mandats d'« administrateur indépendant » :
 - la finalité d'une telle autorisation ne semble pas non plus être d'autoriser la personne qui la reçoit à exercer, par le biais de son mandat d'« administrateur indépendant », des fonctions de représentant permanent de la société concernée dans d'autres sociétés. Toutefois, à nouveau, une autorisation pourrait être accordée si le professionnel intéressé peut démontrer que ces fonctions de représentant permanent s'inscrivent dans

l'exercice normal de son mandat d'« administrateur indépendant »;

- une autorisation préalable est requise, comme pour le mandat « titre ».

3. Représentant permanent et employé d'une société commerciale ou à forme commerciale

Il arrive qu'un membre externe qui exerce des activités indépendantes à titre complémentaire soit invité par son employeur à accepter la fonction de représentant permanent d'une société liée.

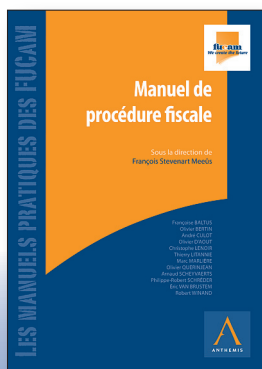
La solution est la même que celle qui a déjà été appliquée pour des demandes visant à exercer un mandat en lien avec l'activité exercée dans le cadre du contrat de travail : le professionnel peut obtenir l'autorisation du Conseil pour accepter une telle fonction lorsqu'elle s'inscrit dans l'exécution du contrat de travail. ●



Édition 2011 – 150 pages – 57 €

Collection
Les manuels pratiques des FUCaM
L'IMPÔT DES PERSONNES MORALES
Édition 2011

Dominique Darté
Préface de Ahmed Laaouej



Édition 2011 – 852 pages – 119 €

Collection
Les manuels pratiques des FUCaM
MANUEL DE PROCÉDURE FISCALE

Sous la direction de François Stevenart Meeûs
Fr. Baltus, O. Bertin, A. Culot, O. D'Aout,
Chr. Lenoir, Th. Litannie, M. Marlière,
O. Querinjean, A. Scheyvaerts, Ph.-R. Schreder,
E. Van Brustem, R. Winand



Édition 2011 – 660 pages – 65 €

Collection
Les manuels pratiques des FUCaM
L'IMPÔT DES PERSONNES PHYSIQUES
Édition 2011

Dominique Darté, Nicolas Honhon,
Luc Van Acker
Préface de Patrick Jaillot

Découvrez l'intégralité de notre catalogue sur www.anthemis.be

Anthemis S.A. – Place Albert I, 9 – B-1300 Limal
T +32 (0)10 42 02 90 – F +32 (0)10 40 21 84 – info@anthemis.be

