

RECHTSLEER

DOCTRINE

La loi “corporate governance” du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés

Eric Pottier¹ et Thierry L’Homme²

1. Introduction	314
2. Nomination d’une personne morale au sein des organes de gestion et désignation de son représentant permanent	314
2.1. Nomination d’une personne morale	314
2.2. Obligation de désigner un représentant permanent	315
2.3. Qualités requises dans le chef du représentant permanent	315
2.4. Procédure de désignation	316
2.5. Sanctions en cas de violation de l’article 61, § 2	317
2.6. Pouvoirs du représentant permanent	317
2.7. Nature de la fonction de représentant permanent	318
2.8. Responsabilité du représentant permanent	318
2.9. Conflits d’intérêts	320
2.10. Cessation de la fonction de représentant permanent	320
2.11. Fonction de délégué à la gestion journalière exercée par une personne morale	321
3. Comité de direction	321
3.1. Introduction	321
3.2. Situation antérieure à la loi du 2 août 2002	322
3.2.1. Principe: absence de fondement légal du comité de direction	322
3.2.2. Exception: les établissements de crédit	323
3.3. Champ d’application	323
3.4. Le comité de direction est un nouvel organe	324
3.5. Interaction entre l’article 26 de la loi du 22 mars 1993 applicable aux établissements de crédit et les nouvelles dispositions du Code des sociétés	324
3.6. Constitution	324
3.7. Composition et fonctionnement	325
3.7.1. Principes	325
3.7.2. Nomination – Durée du mandat	326
3.7.3. Nombre de membres – Collégialité	326
3.7.4. Personne morale membre du comité de direction	326
3.7.5. Qualification juridique de la fonction de membre du comité de direction	326
3.7.6. Cessation de la fonction de membre du comité de direction	328
3.7.7. Mesures de publicité	328
3.8. Pouvoirs de gestion	328
3.8.1. Étendue et limites des pouvoirs de gestion du comité de direction	328
3.8.2. Exclusivité des pouvoirs du comité de direction	329
3.8.3. Absence de modification des règles relatives à la gestion journalière	330
3.9. Pouvoirs de représentation	331

¹ Avocat au barreau de Bruxelles, Associé Linklaters De Bandt, Collaborateur Scientifique de l’Université de Liège.

² Avocat au barreau de Bruxelles, Counsel Linklaters De Bandt.

3.9.1. Dispositions légales	331
3.9.2. Pouvoirs de représentation du comité de direction en tant que tel	331
3.9.3. Pouvoirs de représentation conférés à des membres du comité de direction agissant seuls ou conjointement	332
3.9.4. Dépassement de l'objet social	333
3.10. Surveillance par le conseil d'administration	333
3.11. Conflits d'intérêts	333
3.11.1. Intérêt opposé de nature patrimoniale dans le chef d'un membre du comité	333
3.11.2. Relations de groupe impliquant une société cotée	334
3.12. Responsabilité	334
3.12.1. Chefs de responsabilité civile	334
3.12.2. Intentionnement d'une action en responsabilité par la société	335
3.12.3. Absence de décharge organisée par le code	336
3.12.4. Prescription des actions civiles	336
3.12.5. Responsabilité pénale	336
3.12.6. Responsabilité du représentant permanent d'une personne morale membre du comité de direction	336
4. Relations de groupe impliquant une société cotée (art. 524)	337
4.1. Introduction	337
4.2. Auteur de la décision ou de l'opération	337
4.3. Notions de décision et d'opération	339
4.4. Relations concernées par la décision ou l'opération	339
4.4.1. Principes	339
4.4.2. Exclusion des relations mère-filiale	340
4.4.3. Question des relations entre sociétés sœurs	340
4.4.4. "Nationalité" de la société concernée par la décision ou l'opération	341
4.4.5. Synthèse	341
4.5. Exceptions	342
4.6. Procédure	343
4.6.1. Procédure applicable lorsque l'auteur de la décision est la société cotée	343
(i) Comité d'administrateurs indépendants et expert indépendant	343
(ii) Rapport du comité d'administrateurs indépendants	343
(iii) Délibération du conseil d'administration	343
(iv) Appréciation du commissaire	344
(v) Publicité	344
4.6.2. Procédure applicable lorsque l'auteur de la décision est une filiale	344
4.6.3. Désignation des administrateurs indépendants	344
(i) Critères d'indépendance	344
(ii) Désignation des administrateurs indépendants	345
(iii) Droit transitoire	345
4.7. Sanctions	346
4.7.1. Nullité de la décision ou de l'opération	346
4.7.2. Responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction	346
4.8. Mention des charges et limitations substantielles dans le rapport de gestion	347
4.9. Entrée en vigueur	347
5. Assemblée générale	347
5.1. Convocation de l'assemblée générale des sociétés anonymes cotées	347
5.1.1. Modifications apportées par la loi du 2 août 2002	347
5.1.2. Modifications apportées par la loi-programme du 27 décembre 2004	348
5.2. Participation à l'assemblée générale d'une société anonyme cotée – Procédure de date d'enregistrement	349
5.2.1. Procédures classiques	349
5.2.2. Procédure d'enregistrement – Objectif et description	350
5.2.3. "Date" et "jour" de l'enregistrement	350
5.2.4. Caractère exclusif ou coexistence avec les procédures classiques	351
5.2.5. Inconvénients de la nouvelle procédure	351
5.2.6. Adaptation des sanctions pénales	352

5.2.7. <i>Appréciation: recours limité à la nouvelle procédure</i>	352
5.3. <i>Prise de décisions par écrit</i>	352
5.3.1. <i>Introduction et ratio legis</i>	352
5.3.2. <i>Conditions d'utilisation de la procédure écrite</i>	352
5.3.3. <i>Absence d'autres conditions</i>	353
5.3.4. <i>Comparaison avec le fonctionnement du conseil d'administration (SA)</i>	354
Table des contributions citées de manière abrégée	354

RÉSUMÉ

La loi du 2 août 2002, dite “loi corporate governance”, a apporté d'importantes modifications au Code des sociétés. Cette nouvelle réforme, inspirée par le rapport de la Commission De Grauwe, vise à améliorer le fonctionnement de la société, tant dans l'intérêt du management que des investisseurs.

Elle a déjà donné lieu à de nombreux commentaires depuis sa publication. Le praticien ne peut toutefois que regretter les difficultés d'interprétation suscitées par les nouvelles dispositions, et qui ont parfois amené la doctrine à adopter des positions divergentes sur des questions aussi fondamentales que la nature des pouvoirs du comité de direction (exclusifs ou concurrents de ceux du conseil d'administration) ou la qualification juridique de la fonction de membre du comité de direction (exerçable ou non dans les liens d'un contrat de travail, avec les conséquences que cette qualification implique en matière de cessation de la fonction et de responsabilité). Dans le même esprit, le praticien demeure perplexe devant le nouveau texte de l'article 524 du Code des sociétés instaurant une procédure particulière applicable aux relations de groupe impliquant une société cotée dans la mesure où le texte légal ne correspond pas à la volonté du législateur telle qu'exprimée lors des travaux préparatoires.

L'étude constitue une analyse détaillée des quatre principaux chapitres de la loi: (i) la nomination d'une personne morale au sein des organes de gestion et la désignation de son représentant permanent, (ii) le comité de direction, (iii) les relations de groupe impliquant une société cotée et (iv) l'assemblée générale. Cette dernière partie intègre les modifications apportées au Code des sociétés par les articles 509 et suivants de la loi-programme du 27 décembre 2004. L'étude ambitionne de faire le point sur ces questions et de prendre position dans les controverses suscitées par cette réforme législative, à la lumière des commentaires déjà publiés.

SAMENVATTING

Met de zogenaamde “Corporate Governance”-wet van 2 augustus 2002 werden belangrijke wijzigingen aangebracht aan het Wetboek van Vennootschappen. Deze nieuwe hervorming, die gebaseerd is op het verslag van de Commissie De Grauwe, beoogt de verbetering van de werking van de vennootschap, zowel ten behoeve van het management als ten behoeve van de investeerders.

Er zijn al verscheidene commentaren over deze wet verschenen. Voor de vennootschapsjurist vallen de interpretatieproblemen met betrekking tot deze nieuwe bepalingen enkel te betreuren. Zij hebben in de rechtsleer immers geleid tot uiteenlopende standpunten over fundamentele vraagstukken, zoals de aard van de bevoegdheden van het directiecomité (exclusieve of concurrerende bevoegdheden ten opzichte van de raad van bestuur) of de juridische kwalificatie van de functie van de leden van het directiecomité (al dan niet mogelijk binnen het kader van een arbeidsovereenkomst, met inbegrip van de gevolgen van deze kwalificatie op het vlak van de beëindiging van de opdracht en de aansprakelijkheid). Ook artikel 524 van het Wetboek van Vennootschappen blijft de nodige verbazing opwekken. Deze bepaling voorziet in een bijzondere procedure voor intragroepsrelaties waarin genoteerde vennootschappen betrokken zijn maar stemt niet overeen met de wil van de wetgever, zoals deze bleek uit de parlementaire besprekingen.

Deze bijdrage bevat een gedetailleerde analyse van de vier belangrijkste delen van de wet: (i) de benoeming van een rechtspersoon in de bestuursorganen en de aanwijzing van een vaste vertegenwoordiger, (ii) het directiecomité, (iii) de intragroepsrelaties waarbij een genoteerde vennootschap betrokken is en (iv) de algemene vergadering. Dit laatste voegt de wijzigingen toe die door de artikelen 509 en volgende van de Programmawet van 27 december 2004 aan het Wetboek van Vennootschappen werden aangebracht. Deze bijdrage wil ingaan op deze vragen en – in het licht van de commentaren die reeds verschenen zijn – een positie innemen in de controverses die door deze hervorming zijn ontstaan.

1. INTRODUCTION

1. La présente étude commente quatre des principaux thèmes de 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”³: (1) l’institution du représentant permanent, (2) l’introduction du comité de direction dans le Code des sociétés, (3) les relations de groupe impliquant une société cotée (art. 524 du Code des sociétés) et (4) la convocation de l’assemblée générale et la prise de décision par écrit par les associés ou actionnaires.

Les nouvelles règles relatives à l’indépendance des commissaires, ainsi que la modification de certaines règles en matière de déclarations de transparence, qui trouvent également leur origine dans la loi du 2 août 2002, ne seront pas traitées dans cette contribution.

Les règles qui régissent la société européenne “de droit belge” seront évoquées de manière ponctuelle dans le cadre de l’étude des quatre thèmes faisant l’objet de cette contribution.

Enfin, le commentaire des dispositions relatives à l’assemblée générale tiendra compte des dernières modifications apportées au Code des sociétés par les articles 509 à 512 de la loi-programme du 27 décembre 2004⁴.

2. Dans le courant de l’année 1999, le gouvernement avait pris l’initiative de constituer la Commission dite “corporate governance”, présidée par le sénateur De Grauwe,

avec la mission “d’identifier les problèmes qui se posaient en matière de gestion des sociétés belges et de proposer à ce sujet les solutions juridiques qui lui semblaient les plus adéquates de façon à optimiser le fonctionnement des sociétés tant dans l’intérêt du management de celles-ci que de celui des investisseurs”⁵. La commission déposa son rapport le 20 mars 2000. Sur la base des conclusions de ce rapport, le gouvernement rédigea le projet de loi qui donna naissance à la loi du 2 août 2002.

Sous réserve des exceptions indiquées ci-après, les dispositions de la loi du 2 août 2002 sont entrées en vigueur dix jours après la publication de celle-ci au *Moniteur belge*, soit le 1^{er} septembre 2002⁶.

3. Si le rapport de la Commission De Grauwe comportait plusieurs propositions intéressantes, ainsi qu’une ébauche des textes législatifs qui traduiraient ces propositions, on peut regretter que le législateur n’ait pas pleinement mené le travail de réflexion et de rédaction à son terme. Ceci est d’autant plus regrettable que les nombreux experts entendus par le parlement n’ont pas manqué d’attirer l’attention du législateur sur les difficultés d’interprétation que les textes en projet allaient susciter. Depuis l’adoption de la loi du 2 août 2002, plusieurs commentateurs ont d’ailleurs appelé à une loi de réparation. Nous ne pouvons que rejoindre cette position, plusieurs des textes nouveaux étant en quelque sorte inachevés, et donnant lieu à des interprétations divergentes.

2. NOMINATION D’UNE PERSONNE MORALE AU SEIN DES ORGANES DE GESTION ET DÉSIGNATION DE SON REPRÉSENTANT PERMANENT

2.1. Nomination d’une personne morale

4. La nomination d’une personne morale au sein des organes de gestion est permise dans la plupart des sociétés. L’article 255 du Code des sociétés prohibait encore la nomination d’une personne morale comme gérant d’une SPRL mais la loi du 2 août 2002 a levé cette interdiction, rapprochant encore la SPRL de la société anonyme. En revanche, la nomination d’une personne morale reste, curieusement, prohibée pour le groupement (belge) d’intérêt économique (art. 854) et pour le groupement européen d’intérêt économique⁷. Elle est également exclue pour la société agricole (art. 790). Par ailleurs, les statuts peuvent

valablement réserver la fonction d’administrateur, de gérant ou de membre du comité de direction aux seules personnes physiques.

5. L’on sait que plusieurs motivations peuvent conduire à la désignation d’une personne morale au sein des organes de gestion. Il peut notamment s’agir de considérations fiscales, de considérations organisationnelles, en particulier au sein des groupes de sociétés, ou encore de la volonté de limiter la responsabilité de la personne physique qui, dans les faits, exerce les tâches d’administrateur ou de gérant. Comme nous le verrons, l’article 61, § 2, introduit par la loi du 2 août 2002, ne permet désormais plus de réaliser ce dernier objectif.

³ M.B. 22 août 2002, pp. 36.555 et s. Les articles de doctrine les plus fréquemment cités dans les notes y sont mentionnés de manière abrégée. On trouvera les références complètes de chacun de ces articles dans la table reprise à la fin de la présente contribution.

⁴ M.B. 31 décembre 2004, 2^{ème} édition, pp. 87.006 et s.

⁵ *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/001, p. 4.

⁶ Des règles transitoires particulières ont été prévues en ce qui concerne l’art. 524 du Code des sociétés (*cf.* sections 4.6.3. et 4.9.) et la mise en conformité des comités de direction existants aux nouvelles règles (*cf.* section 3.6.).

⁷ À défaut pour le législateur d’avoir fait usage de la possibilité prévue par l’art. 19 du règlement européen n° 21387/85.

2.2. Obligation de désigner un représentant permanent

6. Toute personne morale nommée administrateur, gérant ou membre du comité de direction, ou encore membre du conseil de direction ou du conseil de surveillance d'une société européenne⁸, "est tenue de désigner parmi ses associés, gérants, administrateurs ou travailleurs, un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour compte de la personne morale" (art. 61, § 2)⁹.

Le représentant permanent est en principe soumis à la même responsabilité que la personne morale elle-même. L'objectif du législateur était en effet de renforcer le régime des sanctions applicables au représentant et ainsi de responsabiliser la personne physique exerçant les tâches d'administrateur pour la personne morale. L'exposé des motifs¹⁰ précise que "[...] le sens des responsabilités de la personne physique qui exercera la mission est développé et les tiers qui ont été lésés par l'intervention de l'administrateur (personne morale) ou du membre du comité de direction (personne morale) se voient protégés au maximum". Plus largement, les nouvelles règles relatives au représentant permanent s'inscrivent aussi dans le cadre de la transparence et du fonctionnement effectif des organes de gestion voulus par le législateur.

7. L'article 61, § 2 s'applique à toute personne morale nommée administrateur, gérant ou membre du comité de direction, du conseil de direction ou du conseil de surveillance, quelle que soit la forme juridique de cette personne morale et même s'il s'agit d'une personne morale étrangère.

En ce qui concerne la société administrée, l'article 61, § 2 s'applique, compte tenu de sa place dans le Code des sociétés, à toutes les personnes morales régies par celui-ci, sauf dispositions contraires. La nouvelle règle s'applique dès lors aux sociétés suivantes: société en nom collectif, société en commandite simple, société privée à responsabilité limitée, société coopérative, société anonyme, société en commandite par actions et société européenne. En revanche, elle ne s'applique ni au groupement d'intérêt économique, ni à la société agricole, puisqu'une personne morale ne peut pas exercer de mandat de gestion dans ces sociétés (cf. section 2.1.).

8. Avant l'insertion de l'article 61, § 2 dans le code, une partie de la doctrine estimait que le représentant d'une per-

sonne morale devait être un organe de celle-ci¹¹. Cette controverse est désormais sans objet en ce qui concerne l'exercice des fonctions d'administrateur, de gérant et de membre du comité de direction, du conseil de direction ou du conseil de surveillance.

Par ailleurs, les statuts prévoyaient parfois qu'une personne morale nommée administrateur "pourra désigner une personne physique pour la représenter dans l'exercice de ses fonctions d'administrateur". Cette clause n'a plus de raison d'être et devrait être supprimée ou adaptée, car elle n'est pas conforme à l'article 61, § 2.

9. Une disposition presque identique aux deux premiers alinéas de l'article 61, § 2 était déjà prévue par l'article 132 du Code des sociétés, lorsqu'une mission révisoriale est confiée à une société civile de réviseurs. Cette disposition ne prévoit toutefois pas que le représentant de la société civile puisse être un travailleur de celle-ci.

L'article 184 prévoit quant à lui que lorsqu'un liquidateur est une personne morale, la personne physique qui représente le liquidateur est désignée dans l'acte de nomination. Contrairement à l'article 61, § 2, l'article 184 ne prévoit pas que la responsabilité civile et pénale pèse à la fois sur le représentant et la personne morale liquidateur.

2.3. Qualités requises dans le chef du représentant permanent

10. Le représentant permanent ne peut pas être un tiers, puisqu'il doit être associé, gérant, administrateur, membre du conseil de direction ou travailleur de la personne morale qui le désigne. L'étroitesse de cette énumération est critiquable. La loi empêche en effet la désignation de membres du comité de direction ou de délégués à la gestion journalière de la personne morale. Le représentant permanent doit satisfaire à l'un des cinq critères prévus par l'article 61, § 2 tout au long de l'exercice de sa fonction¹². Si tel n'est plus le cas en cours de mandat, la personne morale administrateur doit désigner un successeur le plus rapidement possible.

11. Bien que le texte légal ne le requière pas explicitement, le représentant permanent doit être une personne physique¹³,

⁸ Lorsque, dans la suite de cet article, nous ne viserons que la personne morale administrateur, ce sera *brevitatis causa*, étant entendu que les mêmes règles s'appliquent au représentant permanent de la personne morale gérant ou membre du comité de direction, du conseil de direction ou du conseil de surveillance.

⁹ Inséré par la loi du 2 août 2002, l'art. 61, § 2 a été modifié par l'arrêté royal du 1^{er} septembre 2004 portant exécution du règlement européen (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (*M.B.* 9 septembre 2004, éd. 2).

¹⁰ *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/001, p. 11.

¹¹ Sur cette question, cf. notamment O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Larcier, 1996, n° 45, pp. 63-68; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, Biblo, 1996, n° 94, pp. 68-69; M. WAUTERS, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 8, p. 21.

¹² E. SPRUYT, *Not. Fisc. M.* 2003, n° 16, p. 6; A.-C. EYBEN, *R.P.S.* 2003, n° 31, p. 147.

¹³ O. CAPRASSE, *DAOR* 2002, n° 5, p. 329; H. BRAECKMANS, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 15, p. 8; A.-C. EYBEN, *R.P.S.* 2003, n° 53, p. 163; E. LEROUX, *Notariaat* 2003, n° 31, pp. 514-515. *Comp. M. WAUTERS, Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 35, p. 44; E. SPRUYT, *Not. Fisc. M.* 2003, n° 18, p. 6.

à peine de priver la nouvelle disposition d'une importante partie de son efficacité.

12. L'article 61, § 2 prévoit que le représentant permanent "est soumis aux mêmes conditions [...] que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre". Les règles relatives aux conditions d'accès à la fonction d'administrateur, gérant ou membre du comité de direction, du conseil de direction ou du conseil de surveillance sont ainsi étendues au représentant permanent¹⁴. Il en va de même des critères d'indépendance prévus par l'article 524 (cf. section 4.6.3.). Par ailleurs, et de façon plus générale, lorsque les statuts posent des conditions à la nomination (des membres) d'un organe de gestion, telles que l'âge ou l'expérience professionnelle, ces conditions s'appliquent au représentant permanent, sauf dispositions contraires dans les statuts¹⁵. Les dispositions statutaires antérieures à l'insertion de l'article 61, § 2 qui prévoient de telles conditions ont le cas échéant dû être modifiées afin de tenir compte de l'institution du représentant permanent.

13. Une personne physique peut-elle cumuler les fonctions d'administrateur, à titre personnel, et de représentant d'un autre administrateur, personne morale, au sein d'une même société? La loi est muette à cet égard. Un tel cumul ne peut en tout cas pas valablement conduire à ce qu'un organe collégial, tel le conseil d'administration, soit composé d'un nombre de personnes physiques inférieur au nombre minimum requis par la loi et les statuts¹⁶, à peine de méconnaître la règle de la collégialité. Pour autant que cette exigence soit satisfaite, le cumul est en principe possible¹⁷, bien qu'il nous semble peu opportun en termes de bonne gouvernance.

Les mêmes réponses valent pour la question de savoir si une personne physique peut agir en qualité de représentant désigné par différentes personnes morales, administrateurs d'une même société. Une telle désignation est en principe valable¹⁸, pour autant qu'elle ne méconnaisse pas la règle de la collégialité lorsque celle-ci est applicable¹⁹. À nouveau, toutefois, ceci nous semble peu opportun, au regard par exemple

du risque que le représentant permanent reçoive des directives contradictoires de la part des diverses personnes morales qu'il représente.

14. Par ailleurs, les termes mêmes de l'article 61, § 2 font obstacle à la désignation simultanée de plus d'un représentant pour une même personne morale²⁰.

La loi ne prévoit pas la désignation d'un suppléant au représentant permanent, qui remplacerait celui-ci en cas d'empêchement temporaire. Une telle désignation est à proscrire compte tenu de l'exigence légale de permanence attachée à la personne physique chargée de l'exécution de la mission de l'administrateur personne morale²¹. Il est par contre permis que la société administrateur désigne à l'avance un successeur au représentant permanent, qui prendra immédiatement la relève lorsque le mandat du premier représentant permanent prendra fin. Cette faculté doit être reconnue sur la base de la volonté du législateur, exprimée dans le texte de l'article 61, § 2, qu'il soit pourvu sans délai aux situations de vacance.

2.4. Procédure de désignation

15. La désignation du représentant permanent relève de la seule compétence de la personne morale administrateur, plus précisément de son organe de gestion. Dans le cas de la société anonyme, cette désignation pourra le cas échéant être effectuée par le délégué à la gestion journalière, en fonction de la taille et de la nature des activités de la société²².

La personne physique désignée comme représentant doit accepter cette fonction et son acceptation peut être tacite, pourvu qu'elle soit dépourvue d'ambiguïté, par analogie avec l'acceptation du mandat d'administrateur.

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. Ces formalités de publicité incombent à la société au sein de laquelle la personne morale est nommée²³. Il appartient à la

^{14.} Cf. notamment, l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités.

^{15.} M. WAUTERS, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 33, p. 42.

^{16.} T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, tome I, 1996, n° 948, p. 716; O. CAPRASSE, *DAOR 2002*, n° 6, pp. 329-330; H. BRAECKMANS, *Beheerlijk vennootschapsbestuur*, n° 28, pp. 13-14; A.-C. EYBEN, *R.P.S. 2003*, n° 15, p. 142. *Contra*: M. WAUTERS, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 37, p. 47. Lors des travaux parlementaires, le représentant du ministre a certes déclaré que: "La loi n'interdit pas qu'un conseil d'administration compte trois administrateurs, dont une personne physique et deux personnes morales qui désignent cette même personne physique comme représentant" (*Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/014, p. 246), mais cette déclaration nous paraît erronée.

^{17.} T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, tome I, 1996, p. 716; O. CAPRASSE, *DAOR 2002*, n° 6, pp. 329-330; H. BRAECKMANS, *Beheerlijk vennootschapsbestuur*, n° 28, p. 14; M. WAUTERS, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 37, p. 47; H. DE WULF, *NjW 2003*, n° 20, p. 478; A.-C. EYBEN, *R.P.S. 2003*, n° 15, p. 142.

^{18.} H. BRAECKMANS, *Beheerlijk vennootschapsbestuur*, n° 28, p. 14; H. DE WULF, *NjW 2003*, n° 20, p. 478; A.-C. EYBEN, *R.P.S. 2003*, n° 15, p. 142; M. WAUTERS, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 37, p. 47.

^{19.} H. BRAECKMANS, *Beheerlijk vennootschapsbestuur*, n° 28, p. 14; A.-C. EYBEN, *R.P.S. 2003*, n° 15, pp. 142-143; H. DE WULF, *NjW 2003*, n° 20, p. 478.

^{20.} H. BRAECKMANS, *Beheerlijk vennootschapsbestuur*, n° 29, pp. 14-15.

^{21.} O. CAPRASSE, *DAOR 2002*, n° 7, p. 330.

^{22.} O. CAPRASSE, *DAOR 2002*, n° 10, pp. 330-331; M. WAUTERS, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 39, p. 49; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T. n° 46*, n° 21, p. 52, note 169.

^{23.} E. SPRUYT, *Not. Fisc. M. 2003*, n° 24, p. 7.

personne morale de désigner un représentant permanent aussitôt qu'elle a été nommée administrateur et d'informer sans délai la société administrée de l'identité du représentant permanent, afin que celle-ci procède, en son propre nom, aux formalités de publicité.

La personne morale exerçant une fonction d'administrateur d'une société au moment de l'entrée en vigueur de la loi, soit le 1^{er} septembre 2002, a dû désigner un représentant permanent dès cette date. Si cette personne morale avait déjà désigné un représentant avant l'entrée en vigueur de la loi, il a également été nécessaire de suivre cette procédure, même si le représentant est resté identique. Ceci se justifie par le nouveau régime de responsabilité du représentant permanent et par la correcte information des tiers quant à l'identité de celui-ci.

2.5. Sanctions en cas de violation de l'article 61, § 2

16. La loi du 2 août 2002 n'a pas prévu de sanction spécifique lorsqu'un représentant permanent n'a pas été nommé conformément à l'article 61, § 2. L'absence de désignation de représentant permanent par la personne morale constitue néanmoins une violation du Code des sociétés dans le chef de ses gérants, de ses administrateurs ou, le cas échéant, des membres de son comité de direction. La société administrée doit également veiller à ce que la personne morale désigne un représentant permanent. Si la personne morale s'en abstient, il appartient à la société administrée de prendre toute mesure utile pour l'y contraindre.

17. En outre, une personne morale, nommée en qualité d'administrateur, gérant ou membre du comité de direction, du conseil de direction ou du conseil de surveillance, qui omettrait de désigner son représentant permanent, ne pourrait pas valablement exercer cette fonction par l'entremise d'une autre personne, même s'il s'agissait de l'un de ses organes, eu égard au caractère exclusif des pouvoirs du représentant permanent (cf. section suivante).

2.6. Pouvoirs du représentant permanent

18. L'article 61, § 2 charge le représentant permanent de l'exécution de la mission de la personne morale au nom et

pour compte de celle-ci. Le représentant permanent est chargé d'accomplir l'intégralité des tâches incombant à un administrateur, un gérant ou un membre du comité de direction, au nom et pour le compte de la personne morale.

Seul le représentant permanent a qualité pour accomplir cette mission: ses pouvoirs sont exclusifs²⁴. Ceci résulte tant de la formulation de l'article 61, § 2 que de son objectif. Celui-ci est en effet que la fonction soit exercée par une personne unique, permanente, identifiée et soumise au même régime de responsabilité que si elle exerçait cette fonction en son nom propre. L'utilisation de l'adjectif "permanent" accolé à "représentant" traduit cet objectif²⁵, de même que l'interdiction pour la personne morale de révoquer son représentant sans désigner simultanément son successeur (cf. section 2.10.). En conséquence, la participation d'une autre personne que le représentant permanent pour représenter la personne morale à une réunion de l'organe au sein duquel cette personne morale a été nommée n'est pas régulière.

Si la personne morale administrateur ne peut donc se charger directement de la gestion de la société administrée, elle dispose néanmoins de plusieurs moyens de s'assurer de la loyauté de son représentant permanent. Il s'agit essentiellement du pouvoir d'édicter, selon le cas, des directives ou des instructions précises, voire des injonctions (cf. section 2.7.) et du pouvoir de révocation (cf. section 2.10.).

19. Le représentant permanent peut être appelé à représenter la société administrée vis-à-vis des tiers. La désignation d'un représentant permanent emporte nécessairement l'attribution à celui-ci du pouvoir de représentation nécessaire à cet effet. La signature du représentant permanent suffit pleinement lorsque l'intervention de la personne morale en sa qualité d'administrateur, de gérant, de membre du comité de direction, du conseil de direction ou du conseil de surveillance est requise dans un acte. Il n'est pas nécessaire d'obtenir la ou les signatures de l'organe de représentation générale de la personne morale.

L'exclusivité du pouvoir de son représentant permanent fait par ailleurs obstacle à ce qu'un organe de représentation de l'administrateur personne morale représente lui-même la société administrée²⁶. S'il en allait autrement, cela aurait pour effet de vider le texte de l'article 61, § 2 d'une partie de son sens: le représentant permanent serait alors susceptible d'être évincé par les organes de la société administrateur pour ce qui concerne la représentation de la société administrée vis-à-vis des tiers, alors que la loi exige que le représentant permanent se substitue à l'administrateur personne

²⁴. O. CAPRASSE, *DAOR* 2002, n° 11, p. 331; H. BRAECKMANS, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 26, pp. 12-13; H. DE WULF, *NjW* 2003, n° 20, p. 478; E. LEROUX, *Notariaat* 2003, n° 40, p. 518; M. WAUTERS, *Nieuw vennootschapsrecht* 2002, n° 17, p. 28; J.M.M. MAEIJER, "Corporate governance in België en in Nederland", *T.P.R.* 2004 (*Liber Amicorum T.P.R. en Marcel Storme*), n° 3, p. 480.

²⁵. Cf. *Doc. parl.* Ch., n° 1211/003, p. 2 et n° 50-1211/014, pp. 240 et 338.

²⁶. O. CAPRASSE, *DAOR* 2002, n° 11, p. 331; H. BRAECKMANS, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 26, pp. 12-13; H. DE WULF, *NjW* 2003, n° 23, p. 479; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T.* n° 46, n° 21, p. 50; A.-C. EYBEN, *R.P.S.* 2003, n° 9, p. 139; E. LEROUX, *Notariaat* 2003, n°s 40-41 et n° 47, pp. 518-519 et p. 521; E. SPRUYT, *Not. Fisc. M.* 2003, n° 42, p. 12; M. WAUTERS, *Nieuw vennootschapsrecht* 2002, n° 17, p. 28, n° 66, pp. 74-75 et n° 96, p. 102.

morale dans les diverses fonctions que recouvre le mandat d'administrateur, en ce compris dès lors la représentation de la société administrée.

2.7. Nature de la fonction de représentant permanent

20. La relation juridique nouée entre le représentant permanent et la personne morale peut être de deux ordres.

D'une part, un contrat de travail peut être conclu entre la personne morale et le représentant permanent dont l'objet, principal ou accessoire, est l'exercice de cette fonction. Les travaux préparatoires indiquent d'ailleurs que l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail est applicable à la responsabilité du représentant permanent lorsque celui-ci est un travailleur de la personne morale (cf. section 2.8.). Lorsque le représentant permanent est désigné parmi les travailleurs existants de la personne morale, la fonction de représentant permanent s'inscrira le plus souvent dans le cadre de ce contrat préexistant, à titre accessoire.

D'autre part, la fonction de représentant permanent peut également s'exercer en l'absence de tout lien de subordination. Nous commencerons par examiner les règles applicables à cette seconde situation.

21. En l'absence de lien de subordination, les règles du mandat sont seules d'application. Conformément à ces règles, le représentant permanent ne peut recevoir d'injonction de la personne morale, puisqu'il n'existe pas de lien de subordination. Ceci n'empêche pas la personne morale de donner des directives ou des instructions à son représentant, pour autant qu'elles soient générales et relatives à l'exécution de son mandat, ni d'exercer une certaine surveillance sur sa mission²⁷. La personne morale veillera au demeurant à exercer cette surveillance sur le représentant, puisqu'elle pourra être tenue solidairement responsable des actes de son représentant.

Cependant, certaines règles du mandat ne pourront pas être appliquées au représentant permanent, eu égard à sa spécificité. Ainsi, compte tenu de la permanence prévue par l'article 61, § 2 du code, le représentant ne pourra pas se substituer autrui. En revanche, dans l'exercice de la fonction d'administrateur au nom et pour le compte de la personne morale, il pourra bien entendu donner mandat à un autre administrateur de le représenter, aux mêmes conditions et dans les mêmes limites que tout administrateur.

22. Si un lien de subordination caractérise la relation entre la personne morale et le représentant permanent, il convient de combiner les règles relatives au mandat, telles qu'elles viennent d'être décrites, et celles relatives au contrat de travail, par analogie avec le statut de l'administrateur délégué. En pratique, le représentant permanent bénéficiera du régime le plus protecteur. Nous examinerons à la section 2.8. ci-dessous les conséquences qui en résultent en matière de responsabilité. Les conséquences de la qualification de contrat de travail sur la cessation des fonctions de représentant permanent seront pour leur part exposées à la section 2.10.

2.8. Responsabilité du représentant permanent

23. La responsabilité du représentant permanent vis-à-vis de la personne morale est régie par les règles du mandat et, en présence d'un contrat de travail, par les règles du droit social. Dans ce dernier cas, sa responsabilité vis-à-vis de la personne morale ne pourra être engagée qu'en cas de dol et de faute grave, ou de faute légère présentant un caractère habituel au sens de l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail, mais non en cas de faute légère occasionnelle.

24. En ce qui concerne la responsabilité du représentant permanent à l'égard des autres personnes, en ce compris notamment la société administrée et ses associés et créanciers, le représentant permanent encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre (art. 61, § 2). Les dispositions relatives à la responsabilité civile et pénale des administrateurs, gérants ou membres du comité de direction, conseil de direction ou conseil de surveillance s'appliquent donc également au représentant permanent, qui peut être cité en justice au même titre que la personne morale qui l'a désigné et dans les mêmes conditions, sauf si le représentant exerce sa fonction dans les liens d'un contrat de travail (cf. ci-après). Le demandeur dispose du choix d'agir contre la seule personne morale, le seul représentant permanent ou contre ces deux personnes.

Comme indiqué ci-avant, la personne morale peut adresser des directives générales au représentant permanent et, dans le cas d'un contrat de travail, des instructions précises (cf. section 2.7.). Sur le plan de sa responsabilité vis-à-vis des tiers, le représentant permanent ne peut toutefois pas invoquer ces directives ou instructions pour échapper à une condamnation sur la base de l'article 61, § 2²⁸, puisque la loi prévoit qu'il encourt les mêmes responsabilités que s'il exerçait le mandat de gestion "*en nom et pour compte propre*" et compte tenu de l'objectif de responsabilisation du législateur. Il appartient le cas échéant au représentant permanent de refuser de suivre

²⁷. O. CAPRASSE, *DAOR* 2002, n° 11, p. 331; H. DE WULF, *NjW* 2003, n° 25, p. 479; E. LEROUX, *Notariaat* 2003, n°s 45-46, pp. 519-520; E. SPRUYT, *Not. Fisc. M.* 2003, n° 30, p. 10.

²⁸. O. CAPRASSE, *DAOR* 2002, n° 14, p. 332; H. BRAECKMANS, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 21, pp. 10-11; M. WAUTERS, *Nieuw vennootschapsrecht* 2002, n° 75, p. 83 et n° 83, p. 90.

les directives ou instructions de la personne morale si l'exécution de celles-ci aboutit à un comportement fautif, voire de démissionner. Il pourra lui-même être révoqué ou licencié par la personne morale (*cf.* section 2.10.).

25. Selon l'exposé des motifs, lorsque le représentant permanent est un travailleur lié par un contrat d'emploi à la personne morale qui l'a désigné, il bénéficie de la protection de l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail, qui l'exonère de sa responsabilité en cas de faute légère occasionnelle²⁹:

“Cette disposition [à savoir l'article 61, § 2] ne porte cependant pas atteinte aux règles de responsabilité appliquées dans le droit du travail. Compte tenu du fait qu'en raison de son statut le travailleur ne peut voir sa responsabilité engagée qu'en cas de faute volontaire, de faute grave ou de faute légère habituelle (art. 18 de la loi relative aux contrats de travail), ce travailleur ne pourra être tenu pour responsable que si les dommages causés à des tiers trouvent leur origine dans l'une de ces fautes. Toutefois, la personne morale reste dans tous les cas responsable pour l'ensemble des dommages”.

La doctrine est néanmoins partagée sur l'application de l'article 18³⁰. Observons que l'extrait des travaux préparatoires cité ci-dessus tend à infirmer la thèse selon laquelle le législateur aurait conçu l'article 61, § 2 du Code des sociétés comme une disposition particulière dérogeant à l'article 18. De même, l'argument de partisans de la prééminence de l'article 61, § 2, selon lequel la loi du 2 août 2002 est postérieure à l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail, qui date de 1978, ne nous paraît pas déterminant, car les deux lois ont des objets différents et les travaux préparatoires de la loi de 2002 prévoient expressément l'application de l'article 18. Quant à l'argument fondé sur la clarté de la disposition introduite par la loi du 2 août 2002, celui-ci perd de sa force de conviction du fait des interprétations contradictoires suscitées par le texte.

Il nous paraît que, dans le cas particulier du représentant permanent qui a la qualité de travailleur, le législateur a entendu apporter une exception – limitée – à son objectif général de renforcement de la responsabilité du représentant. S'en remettre aux travaux préparatoires nous paraît raisonnable, et ceux-ci confirment l'application de l'article 18 de la loi sur le contrat de travail.

26. L'article 61, § 2 prévoit que la responsabilité du représentant permanent est *“sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente”*.

Il en résulte que, dans la mesure où le demandeur dirige son action en justice contre la personne morale, cette dernière pourra être condamnée sur la base de son propre régime de responsabilité, sans que l'article 18 n'entre plus ici en ligne de compte³¹. C'est en ce sens qu'il convient de comprendre la dernière phrase de l'extrait de l'exposé des motifs cité au n° qui précède, suivant laquelle *“la personne morale reste dans tous les cas responsable pour l'ensemble des dommages”*.

27. Les dispositions relatives à la décharge n'ont pas été modifiées. Logiquement, en ce qui concerne la responsabilité du représentant permanent vis-à-vis de la société administrée et de ses associés, la décharge votée en faveur de l'administrateur personne morale devrait nécessairement bénéficier à son représentant permanent³². Ceux-ci sont en effet soumis au même régime de responsabilité.

Quant à la responsabilité du représentant permanent vis-à-vis de la personne morale, rien n'empêcherait la personne morale d'octroyer, de manière occasionnelle ou périodique, une décharge à son représentant permanent, régie par les règles du droit civil. Cette décharge s'analyserait en une renonciation abdicative.

28. Aucune disposition spécifique n'est prévue par la loi en matière de prescription. L'article 198, § 1^{er} du Code des sociétés, relatif notamment à la prescription de cinq ans des actions contre les gérants, administrateurs, commissaires et liquidateurs n'a pas été modifié. Faut-il en inférer que les actions dirigées contre le représentant permanent seront soumises à la prescription de droit commun de dix ans prévue par l'article 2262*bis* du Code civil (cinq ans en matière extracontractuelle)? Nous ne le pensons pas, étant donné que le représentant permanent *“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”*. Il résulte de cette formulation large que les règles de la prescription sont les mêmes que celles qui s'appliqueraient si le représentant permanent exerçait en nom et pour compte propre le mandat de gestion³³.

^{29.} *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/001, p. 11.

^{30.} En faveur de l'application de l'art. 18 de la loi relative aux contrats de travail: O. CAPRASSE, *DAOR* 2002, n° 13, p. 332; E. LEROUX, *Notariaat* 2003, n°s 62-65, pp. 527-528; E. SPRUYT, *Not. Fisc. M.* 2003, n° 47, p. 14; J.-F. GOFFIN et O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, n° 49, p. 85. Contre une telle application: H. BRAECKMANS, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 36, p. 19; H. DE WULF, *NjW* 2003, n°s 30-33, pp. 480-482 (cet auteur estime cependant que l'art. 18 s'applique dans le cadre de la relation entre le représentant permanent et la personne morale administrateur); M. WAUTERS, *Nieuw vennootschapsrecht* 2002, n° 75, p. 84; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T.* n° 46, n° 24, pp. 56-58.

^{31.} A.-C. EYBEN, *R.P.S.* 2003, n° 40, p. 154; E. LEROUX, *Notariaat* 2003, n° 64, p. 528.

^{32.} O. CAPRASSE, *DAOR* 2002, n° 15, p. 332; H. BRAECKMANS, *R.W.* 2002-03, n° 11, p. 1643; E. LEROUX, *Notariaat* 2003, n° 60, pp. 525-526; M. WAUTERS, *Nieuw vennootschapsrecht* 2002, n° 76, p. 85; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T.* n° 46, n° 26, p. 59; J.-F. GOFFIN et O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, n° 49, p. 85.

^{33.} M. WAUTERS, *Nieuw vennootschapsrecht* 2002, n° 76, p. 86; E. LEROUX, *Notariaat* 2003, n° 61, p. 526; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T.* n° 46, n° 26, p. 59.

Ceci ne vaut toutefois pas pour les rapports du représentant permanent et de la personne morale. Dans ce cadre, la prescription est soit celle qui s'applique au mandat, c'est-à-dire dix ans (art. 2262bis du Code civil), soit celle qui s'applique au contrat de travail, à savoir la prescription abrégée prévue par l'article 15, alinéa 1^{er}, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et les prescriptions particulières prévues par certaines autres dispositions du droit du travail et de la sécurité sociale.

29. Par ailleurs, lorsqu'une personne morale est à la fois administrateur ou gérant 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, d'une part, et associé dans cette même société, d'autre part, son représentant permanent ne contracte aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de cette société³⁴ (art. 61, § 2). Cette disposition vise à éviter au représentant permanent d'assumer la responsabilité incombant à la personne morale en sa qualité d'associé.

2.9. Conflits d'intérêts

30. Le Code des sociétés ne règle pas explicitement l'hypothèse dans laquelle le représentant permanent a lui-même, personnellement, un intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou opération relevant de l'organe de gestion de la société administrée. Il nous paraît cependant que les procédures prévues aux articles 259 à 261, 523 et 524ter sont dans ce cas applicables, même si le conflit d'intérêts existe uniquement dans le chef du représentant permanent et non dans celui de la personne morale³⁵. Ceci résulte de la règle posée par l'article 61, § 2 selon laquelle le représentant permanent est soumis aux mêmes conditions et encourt les mêmes responsabilités que s'il exerçait en nom propre la mission de gérant, d'administrateur, de membre du comité de direction ou de membre du conseil de direction ou de surveillance.

2.10. Cessation de la fonction de représentant permanent

31. La détention du pouvoir de désignation emporte celle du pouvoir de révocation; la personne morale administrateur est donc seule habilitée à révoquer son représentant permanent, sous réserve de ce qui est dit ci-après.

La seule règle prévue par l'article 61, § 2 en ce qui concerne la cessation des fonctions du représentant permanent est, comme déjà indiqué, que "la personne morale ne peut révoquer son représentant qu'en désignant simultanément son successeur". Qu'en est-il toutefois des conditions d'exercice d'une telle révocation? La réponse à cette question est double, selon que le représentant permanent a la qualité de travailleur de la personne morale administrateur ou s'il n'est que son mandataire. Nous examinerons tout d'abord cette question sous l'angle des seules règles du mandat.

32. La possibilité pour la personne morale de mettre fin à la fonction du représentant permanent est régie par l'article 2004 du Code civil, qui prévoit un droit de révocation *ad nutum* du mandataire. Cette règle est toutefois supplétive, de sorte que le mandant peut s'engager valablement à ne pas user de ce droit³⁶.

L'on sait que le droit des sociétés déroge à ce caractère supplétif pour l'administrateur de société anonyme, où le droit à la révocation *ad nutum* est d'ordre public (art. 518, § 3)³⁷. Cette règle, qui est essentiellement fondée sur la protection des actionnaires et présente un caractère exceptionnel, ne saurait s'appliquer par analogie à la fonction de représentant permanent, même si le mandat de la personne morale est celui d'administrateur d'une société anonyme. Dès lors, la personne morale et son représentant permanent pourront valablement déroger au principe de la révocabilité *ad nutum*, conformément au droit commun du mandat.

33. Si le représentant permanent est engagé dans les liens d'un contrat de travail avec la personne morale qu'il représente, la cessation de la fonction de représentant se présente autrement.

Si la fonction de représentant permanent n'est qu'une tâche parmi d'autres prévues dans la relation de travail et n'en constitue pas un élément essentiel, la personne morale ayant désigné le représentant, en tant qu'employeur, se contentera de respecter les règles du mandat et, dans la mesure de ce qui est permis, d'user de son *jus variandi*, pour affecter le travailleur à d'autres tâches ou fonctions, sans mettre fin à son contrat de travail. Dans ce cas, le contrat de travail disposera de préférence que la fonction de représentant permanent ne constitue pas un élément essentiel du contrat et qu'il pourra être mis fin à cette fonction à tout moment. Il conviendra bien entendu que cette clause repose sur la réalité et que d'autres activités ou fonctions subsistent aux termes du contrat.

³⁴ Cf. l'art. 201 à propos de la société en nom collectif, l'art. 202 à propos de la société en commandite simple, l'art. 352 à propos de la société coopérative à responsabilité illimitée et l'art. 654 à propos des sociétés en commandite par actions.

³⁵ O. CAPRASSE, *DAOR* 2002, n° 12, p. 331; H. BRAECKMANS, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 30, p. 15; E. LEROUX, *Notariaat* 2003, n° 49, pp. 521-522; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T.* n° 46, n° 25, p. 58. Comp. M. WAUTERS, *Nieuw vennootschapsrecht* 2002, n° 60, p. 68; H. DE WULF, *NjW* 2003, n° 36, p. 482.

³⁶ Cass. 26 février 1885, *Pas.*, I, p. 85.

³⁷ Cass. 22 janvier 1981, déjà cité. Sur cette question, cf. notamment B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, Biblo, 1996, n° 458, pp. 274-275.

Dans les autres cas, si la fonction de représentant est un élément important ou essentiel du contrat de travail, la personne morale devra respecter les règles relatives à la rupture du contrat de travail et, en cas de résiliation d'un contrat à durée indéterminée (en l'absence de motif grave), devra accorder au représentant permanent un délai de préavis ou une indemnité compensatoire de préavis.

34. Outre la révocation du représentant permanent par la personne morale administrateur, d'autres hypothèses de cessation sont certes envisageables. Tout d'abord, le représentant permanent peut démissionner; là encore, les règles du droit du travail ou, selon le cas, celles du droit du mandat, trouveront à s'appliquer. Par ailleurs, puisque la personne morale administrateur est seule compétente pour révoquer son représentant permanent, dans l'hypothèse où la société administrée souhaiterait se défaire du représentant permanent, elle n'aura d'autres ressources que de convaincre l'administrateur personne morale de le révoquer, voire de mettre fin elle-même au mandat d'administrateur de la personne morale.

2.11. Fonction de délégué à la gestion journalière exercée par une personne morale

35. La fonction de délégué à la gestion journalière exercée par une personne morale n'est pas visée par la nouvelle législation. Une personne morale peut dès lors se voir conférer la gestion journalière d'une société anonyme sans devoir désigner un représentant permanent. Si la personne morale désigne néanmoins un représentant, celui-ci ne sera pas soumis à l'article 61, § 2. Dans l'hypothèse où une personne morale exerce la double fonction d'administrateur délégué, celle-ci ne devra désigner de représentant permanent que pour la fonction d'administrateur³⁸. Pour ce qui concerne la fonction de délégué à la gestion journalière, les anciennes règles et controverses restent donc d'application (*cf.* section 2.2.).

Le Conseil d'État avait suggéré d'étendre les règles de l'article 61, § 2 au délégué à la gestion journalière³⁹. Un amendement avait également été déposé en ce sens⁴⁰. Cette voie n'a toutefois pas été suivie. D'après les travaux préparatoires, l'obligation de désigner un représentant permanent aurait paralysé le fonctionnement des personnes morales chargées de la gestion journalière⁴¹. Nous apercevons mal, toutefois, en quoi une telle désignation aurait un effet aussi paralysant. En outre, l'absence de désignation d'un représentant permanent s'accorde mal avec l'esprit du nouveau texte légal.

3. COMITÉ DE DIRECTION⁴²

3.1. Introduction

36. Le débat autour de la structure moniste ou dualiste du conseil d'administration n'est pas neuf: convient-il d'avoir un conseil d'administration classique et monolithique ou une structure bicéphale comprenant, d'une part, un comité de direction composé de gestionnaires professionnels, les administrateurs exécutifs, et, d'autre part, un comité de surveillance et de contrôle de cette gestion regroupant des administrateurs non exécutifs? Il n'y a sans doute pas de réponse unique à cette question dans la mesure où la structure duale ne correspond pas nécessairement aux besoins de toutes les sociétés, spécialement celles de taille plus réduite. Dans les sociétés plus importantes, en revanche, la pratique du comité exécutif ou comité de direction est largement répandue.

Parmi d'autres pays, l'Allemagne, les Pays-Bas et la France connaissent des structures duales. Ces structures sont obliga-

toires en Allemagne et aux Pays-Bas à partir de certains seuils. Elles sont facultatives en France. Chez nos trois voisins, la qualité de membre du Vorstand/raad van bestuur/comité de direction est incompatible avec celle de membre du Aufsichtsrat/raad van commissarissen/conseil de surveillance.

La loi du 2 août 2002 a introduit la possibilité d'opter pour une structure dualiste au sein de la société anonyme. Il s'agit toutefois, comme on le verra, d'une structure quelque peu hybride.

Enfin, depuis peu, le droit belge des sociétés connaît une forme de structure dualiste supplémentaire avec la société européenne (SE). Cette structure est, elle aussi, facultative, mais relève d'un dualisme plus "entier" que celui du comité de direction de la société anonyme. Dans la société européenne de droit belge, comme dans toutes ses

38. H. DE WULF, *NjW* 2003, n°s 8-9, p. 476; A.-C. EYBEN, *R.P.S.* 2003, n° 59, p. 167; M. WAUTERS, *Nieuw vennootschapsrecht* 2002, n° 27, p. 36 et n° 68, p. 76.

39. *Doc. parl.* Ch., n° 1211/001, p. 50.

40. *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/003, p. 1.

41. *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/014, p. 241.

42. Ce chapitre constitue une version remaniée de la contribution des auteurs intitulée "Le comité de direction, nouvel organe des sociétés anonymes", au Séminaire Vanham & Vanham du 24 octobre 2002.

homologues européennes, la qualité de membre du conseil de direction et celle du conseil de surveillance sont incompatibles⁴³.

3.2. Situation antérieure à la loi du 2 août 2002

3.2.1. Principe: absence de fondement légal du comité de direction

37. Plusieurs motivations peuvent justifier la création d'un comité de direction: le souci d'efficacité et le besoin de pouvoir prendre rapidement des décisions, la technicité accrue des problèmes auxquels la société est confrontée, le grand nombre, la dispersion et l'absence de professionnalisme des administrateurs qui se retrouvent souvent au conseil en raison de leurs relations d'affaires, de leur notoriété, de la détention d'une participation importante, etc.⁴⁴

38. En dehors des cas spécifiques où la loi prévoyait déjà l'instauration d'un comité de direction (*cf.* section 3.2.2.), le comité de direction n'était pas reconnu par la loi et ne revêtait pas la qualité d'organe de la société. Il n'en allait autrement que si le comité était investi de la gestion journalière, conformément à l'article 525 du Code des sociétés ou s'il était exclusivement composé d'administrateurs à qui la représentation légale de la société avait été déléguée sur la base de l'article 522, § 2 du code. Ces deux hypothèses particulières se rencontraient toutefois rarement dans la pratique. Les membres du comité de direction pouvaient également revêtir la qualité de mandataires spéciaux du conseil d'administration pour l'accomplissement d'actes déterminés.

Dans la plupart des cas, le comité de direction était donc constitué sur la seule base des statuts. Ces derniers contenaient fréquemment une clause générale autorisant le conseil d'administration à créer un comité de direction, dont les membres étaient choisis dans ou hors de son sein, et dont il déterminait la composition, les attributions et les rémunérations.

39. Dans la pratique antérieure à la loi du 2 août 2002, le plus souvent, le comité de direction était à la fois composé d'administrateurs et de cadres supérieurs de l'entreprise: directeurs généraux des principaux départements de la société (directeur financier, directeur du service juridique,

directeur des ressources humaines, directeur de la production, etc.), ou des responsables des principales branches d'activités, ou dans le cas d'un holding, des administrateurs délégués des filiales opérationnelles, etc. Les membres du comité de direction étaient presque toujours désignés par le conseil d'administration, le cas échéant sur proposition du président du comité de direction⁴⁵.

Comme nous le verrons (*cf.* section 3.7.1.), les nouvelles dispositions permettent de maintenir de telles compositions des comités de direction.

40. Les compétences habituellement dévolues au comité de direction dans la pratique antérieure étaient souvent très larges: elles englobaient la préparation des réunions du conseil d'administration et l'exécution des décisions qui y sont prises, la gestion journalière et la représentation qui y est liée, la définition et la mise en œuvre de la stratégie générale de la société, etc.

Cette dernière compétence est extrêmement large et relève en principe de la compétence du conseil d'administration en vertu de l'article 522, § 1^{er} du Code des sociétés. C'est la raison pour laquelle certaines décisions du comité de direction étaient, par souci de sécurité juridique, formellement soumises au conseil d'administration pour ratification, ce dernier devenant dans cette mesure une chambre d'entérinement⁴⁶. En effet, dans la mesure où les attributions effectivement dévolues au comité de direction excédaient la gestion journalière et ne présentaient pas les caractéristiques d'une délégation spéciale de pouvoirs, leur régularité pouvait être contestée⁴⁷.

Le comité de direction pouvait également se voir demander de remettre un rapport trimestriel au conseil d'administration comprenant notamment des informations au sujet des opérations commerciales et financières, des investissements, du personnel, etc. et de présenter chaque année au conseil d'administration le projet de budget opérationnel et les projets d'investissement pour l'année à venir.

41. Il est intéressant de relever à ce sujet l'appréciation de la pratique antérieure fournie par l'exposé des motifs:

“Dans le système légal actuel, la gestion des sociétés anonymes est confiée toute entière à un organe collectif, le conseil d'administration. Seule la gestion journalière peut être exercée par une ou plusieurs personnes déléguées à cette fin. En pratique, la loi n'est pas respectée surtout dans les grandes

⁴³. Art. 39 (3) du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), *J.O.C.E.* du 10 novembre 2001, n° L 294, p. 1 (*errat.*, *J.O.C.E.*, n° L 302, 20 novembre 2003), lu en combinaison avec l'art. 900 du Code des sociétés, tel qu'introduit par l'arrêté royal du 1^{er} septembre 2004 portant exécution du règlement européen (*M.B.* 9 septembre 2004, éd. 2).

⁴⁴. G. KEUTGEN, “L'organisation de la gestion des sociétés: l'exemple du comité de direction”, Rapport présenté aux XIV^e journées d'études juridiques Jean Dabin, *Rev. dr. intern. comp.* 1995, n° 4, p. 11.

⁴⁵. *Ibid.*, n° 8, p. 13.

⁴⁶. G. KEUTGEN et C. DARVILLE-FINET, “Le fonctionnement du conseil d'administration”, Rapport présenté au 49^{ème} séminaire C.D.V.A. du 6 mai 1999 sur le thème “Dirigeant d'entreprise: un statut complexe aux multiples visages”, pp. 171 et 172.

⁴⁷. P. VAN OMMESLAGHE, “Vers une société anonyme autonome?”, in *Liber Amicorum C.D.V.A.*, Bruylant, 1998, n° 3, p. 392.

sociétés car leurs conseils d'administration délèguent presque toujours à un organe plus restreint (comité stratégique ou conseil de direction) des pouvoirs beaucoup plus étendus que la simple gestion journalière, le conseil d'administration lui-même ne tenant que des réunions espacées et se bornant le plus souvent à exercer une sorte de contrôle sur la gestion. Il faut bien reconnaître d'ailleurs que le fonctionnement efficace de la société anonyme ne pourrait être assuré si l'on s'en tenait aux prescriptions légales^{48,49}.

Cette appréciation est sans doute excessive; elle met toutefois en lumière le fait que, dans la majorité des cas, il y avait un décalage entre la pratique et le régime légal, créant ainsi une insécurité juridique.

Le nouveau régime légal est présenté comme *“le produit de la recherche d'un équilibre entre le souci de sécurité juridique, lequel s'est traduit par une régulation adéquate, et celui d'une efficacité et d'une souplesse propres à ne pas paralyser plus qu'il n'est nécessaire le fonctionnement de la société”*⁵⁰.

3.2.2. Exception: les établissements de crédit

42. Avant la loi du 2 août 2002, ce n'est que de manière exceptionnelle que le comité de direction s'est vu reconnaître une existence légale. L'exemple le plus connu est sans conteste le comité de direction des établissements de crédit.

Le statut du comité de direction des établissements de crédit trouve son origine dans les dispositions des protocoles sur l'autonomie de la fonction bancaire conclus depuis 1974 par les principales banques du pays, sous les auspices de la Commission bancaire, financière et des assurances.

Ces dispositions ont ensuite été régularisées par l'article 69 de la loi du 30 juin 1975 relative au statut des banques, des caisses d'épargne privées et de certains autres intermédiaires financiers, devenu actuellement l'article 26 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit⁵¹.

43. L'article 26 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit prévoit que:

“Les statuts des établissements de crédit constitués sous la forme de société anonyme peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer tout ou partie des pouvoirs visés

à l'article 54, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales à un comité de direction constitué en son sein, dont il nomme et révoque les membres et dont il détermine la rémunération.

Cette délégation ne peut toutefois porter ni sur la détermination de la politique générale, ni sur les actes réservés au conseil d'administration par les autres dispositions des mêmes lois coordonnées”.

La création de ce comité vise à garantir une gestion indépendante et objective de la banque. Remarquons néanmoins que le système en vigueur dans le secteur bancaire ne conduit pas à une structure complètement duale dans la mesure où les membres du comité de direction sont également membres du conseil d'administration. Il n'y a donc pas de dissociation absolue entre administrateurs actifs et passifs.

44. Les règles applicables au comité de direction des établissements de crédit sont largement précisées par le texte des protocoles sur l'autonomie de la fonction bancaire signés par les établissements de crédit. Le régime applicable aux établissements de crédit et le nouveau régime introduit dans le Code des sociétés seront comparés à plusieurs reprises au fil de cette étude, lorsque cela s'avère utile à l'analyse de ce nouveau régime. Nous ne procéderons toutefois pas à une comparaison systématique des deux régimes.

45. L'on mentionnera encore la reconnaissance légale du comité de direction dans d'autres domaines comme par exemple les articles 19 et 20 de la loi du 21 mars 1991 sur les entreprises publiques autonomes ou l'article 69 de la loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placement.

3.3. Champ d'application

46. La possibilité d'instituer un comité de direction au sens de l'article 524bis du Code des sociétés n'est offerte qu'aux sociétés anonymes et, par application de l'article 657 du Code, aux sociétés en commandite par actions.

Le législateur a considéré qu'en raison de leur taille plus réduite, il n'était pas opportun de prévoir des dispositions analogues pour les sociétés privées à responsabilité limitée⁵². Cette approche a été critiquée, au cours des travaux

48. *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 5.

49. L'exposé des motifs précise encore que *“dans la pratique, les comités exécutifs existants au sein des sociétés belges se voient généralement confier des compétences très étendues qui englobent une partie essentielle de la gestion de la société; toutefois, considérant qu'il est interdit au conseil d'administration de déléguer ses pouvoirs, pareille délégation est à la fois illicite et sans effet aux yeux des tiers”* (*Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 6).

50. *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 4.

51. Cf. notamment à ce sujet, F.A. SMETS, *“L'autonomie et la stabilité des banques”*, *Rev. banque* 1976, n°s 6 et s., pp. 420 et s.; G. KEUTGEN, *“L'organisation de la gestion des sociétés: l'exemple du comité de direction”*, Rapport présenté aux XIV^e journées d'études juridiques Jean Dabin, *Rev. dr. intern. comp.* 1995, n°s 17 et s., pp. 18 et s.

52. *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 32 et p. 282.

préparatoires, par l'Unie van Zelfstandige Ondernemers (UNIZO), laquelle estimait que la taille d'une entreprise n'était pas déterminée par sa forme juridique et que cette dernière ne pouvait donc être le seul critère pour l'appréciation de l'utilité ou de la nécessité d'un comité de direction⁵³.

3.4. Le comité de direction est un nouvel organe

47. La loi du 2 août 2002 introduit un nouvel organe légal au sein de la société anonyme. Cet organe est un organe de gestion, mais aussi un organe de représentation au sens de la première directive européenne⁵⁴. Cette qualification emporte certaines conséquences quant aux pouvoirs du comité et de ses membres (*cf.* section 3.9.).

3.5. Interaction entre l'article 26 de la loi du 22 mars 1993 applicable aux établissements de crédit et les nouvelles dispositions du Code des sociétés

48. L'exposé des motifs souligne que l'article 524*bis* du Code des sociétés s'inspire directement de l'article 26 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit⁵⁵. Il précise qu'il "n'est pas touché à ce régime légal particulier dont les spécificités tiennent au domaine bancaire"⁵⁶.

49. À l'occasion de son audition au cours des débats parlementaires, le président de la Commission bancaire, financière et des assurances a formulé des observations au sujet de cette déclaration⁵⁷. La coexistence de plusieurs habilitations légales concurrentes, et parfois contradictoires, pour la création d'un comité de direction peut en effet poser problème. Nous pensons que les deux régimes doivent être appliqués de manière cumulative pour les établissements de crédit qui revêtent la forme d'une société anonyme ou d'une société en commandite par actions, étant entendu qu'en cas de dispositions contradictoires, les dispositions de la loi particulière (par exemple celle applicable aux établissements de crédit)

dérogent à celles de la loi générale (le Code des sociétés) par application de l'adage "*lex specialis generali derogat*"⁵⁸.

3.6. Constitution

50. Le comité de direction est un organe facultatif: son institution dépend d'une initiative de la société⁵⁹. Une clause statutaire est requise à cet effet, pour "*autoriser le conseil d'administration à déléguer ses pouvoirs de gestion à un comité de direction*". L'étendue de cette délégation connaît certaines limites, précisées à la section 3.8.1. ci-dessous. Les statuts peuvent en outre conférer à un ou plusieurs membres du comité de direction "*le pouvoir de représenter la société, soit seuls, soit conjointement*".

À s'en tenir aux sociétés du BEL20, la moitié environ de celles-ci ont modifié leurs statuts afin de permettre la création d'un comité de direction au sens de l'article 524*bis*⁶⁰. Le caractère limité de l'engouement pour le comité de direction pourrait s'expliquer par la réticence de certains conseils d'administration à se départir d'une partie importante de leurs pouvoirs, bien que des limitations (qui ne sont pas opposables aux tiers) puissent être apportées aux pouvoirs du comité de direction au-delà des restrictions légales. Cette considération est d'un impact d'autant plus grand lorsque l'on considère que les pouvoirs du comité de direction sont exclusifs (*cf.* section 3.8.2.). Une explication supplémentaire peut tenir aux responsabilités spécifiques désormais attachées à la fonction de membre du comité de direction, responsabilités qui n'existent pas dans le chef des membres de comités "ancien style".

51. L'article 524*bis*, alinéa 1^{er}, prévoit donc que les statuts peuvent "*autoriser*" le conseil d'administration à déléguer ses pouvoirs de gestion au comité de direction. Une interprétation littérale de ce texte pourrait conduire à considérer que les statuts ne pourraient pas prévoir que le conseil d'administration non seulement peut, mais "*doit*" déléguer ses pouvoirs. Nous considérons pour notre part que les statuts peuvent valablement instituer une telle obligation⁶¹. Observons qu'il en est ainsi en matière de gestion journalière (il est vrai

⁵³. *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/001, p. 88.

⁵⁴. Première directive (68/151/CEE) du Conseil du 9 mars 1968 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'art. 58, deuxième al., du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, *J.O.C.E.* 14 mars 1968, n° L 65, p. 8.

⁵⁵. *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/001, p. 34.

⁵⁶. *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/001, p. 33.

⁵⁷. *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/001, pp. 107 à 109.

⁵⁸. *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/001, p. 283; *cf.* la position défendue par M. KEUTGEN, représentant la FEB, lors de son audition (*Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/001, p. 43).

⁵⁹. L'amendement n° 33 de M. Bourgeois (*Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/007, p. 2), qui visait à instaurer un système dual obligatoire pour les sociétés cotées et les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, n'a pas été adopté. *Cf.* aussi *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/014, pp. 289-291.

⁶⁰. La proportion de sociétés ayant effectivement constitué un comité de direction est moins importante encore, ne s'élevant qu'à un tiers environ.

⁶¹. En ce sens, P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 27, p. 40; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T.* n° 46, n° 4, pp. 16-17; K. GEENS et M. WYCKAERT, *Séminaire Vanham octobre 2004*, n° 7, p. 7; J. MEUNIER, *R.P.S.* 2004, n° 31, p. 22. *Contra*: P. HERMANT et C. BERTSCH, *Dernières évolutions*, pp. 128-129; L. PELTZER et L. BIHAIN, "Le comité de direction: genèse, statut, fonction, mise en place et implication en droit social", *J.T.T.* 2003, p. 314; K. BYTTEBIER, *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, n° 46, p. 161; G. KEUTGEN, *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, p. 61.

sur la base d'un texte dont la formulation est quelque peu différente, l'art. 525 du Code des sociétés).

Par ailleurs, en ce qui concerne les établissements de crédit, les protocoles sur l'autonomie de la fonction bancaire érigent en obligation l'institution d'un comité de direction.

52. L'instauration du comité de direction est opposable aux tiers dans les conditions prévues par l'article 76 du Code, c'est-à-dire, en principe, à partir du jour de sa publication aux annexes du *Moniteur belge*. Cette publication doit contenir une référence explicite à l'article 524bis du Code, afin de faire savoir qu'il s'agit d'un comité de direction au sens des nouvelles dispositions.

53. L'article 54 de la loi du 2 août 2002, situé dans le chapitre de cette loi relatif aux dispositions transitoires, prévoit que *"les sociétés au sein desquelles, au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi, est institué un organe de gestion qui porte le nom de comité de direction"*, doivent, dans l'année qui suit la publication de la loi, c'est-à-dire pour le 22 août 2003 au plus tard, se conformer aux nouvelles dispositions. À l'expiration de ce délai, *"les comités de direction non adaptés sont supprimés de plein droit"*.

Ici également, l'objectif de cette disposition est d'éviter toute confusion dans l'esprit des tiers entre les anciens comités de direction et le comité de direction prévu par la loi du 2 août 2002. Lorsqu'un comité existant porte le titre de "comité de direction" (ou "directiecomité"), qu'il soit ou non prévu par les statuts, la société doit donc soit adapter ce comité au nouveau régime, soit renommer le comité, auquel cas ce comité n'est pas régi par le nouveau régime, avec les limites strictes que ceci implique quant aux pouvoirs dont il peut disposer (cf. ci-après). Si aucune de ces mesures n'a été prise pour le 22 août 2003 au plus tard, le comité de direction existant a été supprimé de plein droit.

54. Plusieurs conséquences importantes résultent de la combinaison de l'article 524bis avec cette disposition transitoire. Tout d'abord, il n'est plus possible de créer un comité portant le titre de "comité de direction" sans respecter les règles prévues par l'article 524bis. Il n'est pas davantage permis de déléguer à un comité portant un autre titre (comme par exemple "comité exécutif" ou "management committee") les pouvoirs visés par l'article 524bis, même en se référant à cet article. L'absence de respect de ces règles constituera notamment une violation du Code des sociétés dans le chef des administrateurs (art. 528). Une "protection légale" des termes "comité de direction" et "directiecomité" est ainsi instaurée.

En revanche, un comité "ancien style" pourra être maintenu ou créé, pour autant qu'il ne soit pas nommé "comité de direction" et qu'il ne s'agisse pas d'un comité de direction "de fait". Cette possibilité nous paraît confirmée par les travaux parlementaires⁶². Un tel comité ne sera pas soumis au nouveau régime, tant en ce qui concerne les contraintes (responsabilités, conflits d'intérêts, etc.) que les pouvoirs qu'il est permis de déléguer. Il ne pourra disposer de pouvoirs de décision ou de représentation que dans les seuls cadres de la gestion journalière, de la clause statutaire de signature visée à l'article 522, § 2 ou de délégations de pouvoirs spéciaux⁶³. De plus, les membres du comité et la société devront éviter de susciter toute confusion dans le chef des tiers quant à la nature de ce comité.

55. Enfin, les statuts ou le conseil d'administration contiennent à pouvoir instituer des comités consultatifs, quelle que soit leur composition (administrateurs, membres du comité de direction, autres personnes ou composition mixte). Cette possibilité est désormais confirmée par le Code en ce qui concerne les comités consultatifs au sein du conseil d'administration (art. 522, § 1^{er}, dernier al.).

3.7. Composition et fonctionnement

3.7.1. Principes

56. La composition et le fonctionnement du comité de direction sont réglés par le deuxième alinéa de l'article 524bis:

"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 déterminés par les statuts ou, à défaut de clause statutaire, par le conseil d'administration".

La loi offre donc une grande latitude pour organiser la composition et le fonctionnement du comité, sensiblement plus importante que pour le conseil d'administration. Elle a pour contrepartie que les statuts ou le conseil d'administration feront bien de détailler ces questions pour éviter les incertitudes. À défaut, il conviendra en principe de se référer aux règles du mandat (art. 1984 et s. du Code civil) pour les conditions de désignation des membres du comité de direction, leur révocation, leur rémunération et la durée de leur mission, ainsi qu'aux règles ordinaires des assemblées délibérantes⁶⁴ pour le fonctionnement du comité (art. 63 du Code des sociétés).

^{62.} *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/001, pp. 32 et 41. Comp. P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 23, pp. 37-38.

^{63.} J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht 2002*, n° 93, p. 156.

^{64.} Sur la nature de ces règles, cf. notamment F. DE BAUW, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruylant, 1996, n°s 291-293, pp. 139-140.

Rappelons que, contrairement à ce qui est prévu pour les établissements de crédit, le comité de direction peut donc être composé de personnes qui ne sont pas administrateurs. De cette possibilité de siéger à la fois au conseil d'administration et au comité de direction, il résulte que, à l'exception de la société européenne de droit belge (cf. section 3.1.), notre droit des sociétés ne prévoit pas de "système dualiste à part entière". Rien n'empêche cependant d'imposer un tel système par voie statutaire, en insérant dans l'acte constitutif une incompatibilité entre la qualité d'administrateur et celle de membre du comité de direction, solution qui permet de distinguer clairement les "surveillants" des "surveillés".

3.7.2. Nomination – Durée du mandat

57. Le Code des sociétés ne précise pas quel est l'organe chargé de nommer les membres du comité de direction. C'est dès lors au conseil d'administration qu'il appartiendra en principe de procéder à cette nomination. Toutefois, les statuts pourraient réserver cette compétence à l'assemblée générale; les statuts pourraient aussi directement nommer les membres du comité de direction⁶⁵. Ceci résulte de la liberté statutaire qui caractérise la composition du comité de direction dans le régime institué par l'article 524bis.

58. Au contraire de ce qui est prévu pour les administrateurs, le Code des sociétés n'impose aucune limite à la durée du mandat des membres du comité de direction. Les statuts, la décision du conseil d'administration de créer un comité de direction ou la décision de nomination des membres de ce comité peuvent librement fixer cette durée.

3.7.3. Nombre de membres – Collégialité

59. L'article 524bis requiert que le comité soit composé de plusieurs personnes, c'est-à-dire de deux personnes au moins.

Le comité de direction nous paraît devoir nécessairement former un collège⁶⁶, sans que les statuts puissent prévoir

l'inverse⁶⁷. Certes, l'exposé des motifs commence par énoncer, à propos des membres du comité, que "les statuts préciseront s'ils agissent en tant que collège ou non"⁶⁸. Toutefois, le même exposé des motifs indique plus loin, à propos des pouvoirs de représentation du comité, que "le comité de direction fonctionne sur un mode collégial: la majorité des membres engage dès lors la société"^{69,70}.

Ceci n'empêche pas, bien entendu, que les statuts ou la décision du conseil d'administration relative au comité de direction, prévoit des majorités renforcées ou même l'unanimité pour toutes ou certaines matières dévolues au comité de direction.

60. Par ailleurs, comme en ce qui concerne le conseil d'administration, la répartition éventuelle des tâches dont les membres du comité de direction seraient convenus n'est pas opposable aux tiers, mêmes si elle est publiée (art. 524bis, al. 5).

3.7.4. Personne morale membre du comité de direction

61. Sauf dispositions contraires des statuts ou de la décision du conseil d'administration relative au comité de direction, une personne morale peut être désignée en qualité de membre du comité. Dans ce cas, conformément à l'article 61, § 2 du Code des sociétés, la personne morale doit désigner parmi ses associés, gérants, administrateurs ou travailleurs, un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour le compte de la personne morale. Nous renvoyons à cet égard au chapitre 2 du présent article.

3.7.5. Qualification juridique de la fonction de membre du comité de direction

62. La fonction de membre du comité de direction peut-elle s'exercer dans les liens d'un contrat de travail? La question est délicate et, à notre connaissance, n'a pas retenu

⁶⁵. J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Venootschapsrecht* 2002, n° 25, p. 123; P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, *Behoorlijk venootschapsbestuur*, n° 38, p. 45. D'autres auteurs considèrent au contraire que seul le conseil d'administration, sans exception, est habilité à nommer les membres du comité de direction: P. HERMANT et C. BERTSCH, *Dernières évolutions*, p. 131; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T. n° 46*, n° 12, p. 33.

⁶⁶. Dans le même sens H. DE WULF, *Financiële regulering*, n° 53, p. 220; P. HERMANT et C. BERTSCH, *Dernières évolutions*, p. 139; J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Venootschapsrecht* 2002, n° 15, p. 117; M. VAN DER HAEGEN, "La responsabilité des administrateurs et la délégation de pouvoirs au sein des sociétés anonymes", Rapport présenté au colloque du 28 novembre 2001 organisé par l'Institut des juristes d'entreprise, p. 18; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T. n° 46*, n° 11, pp. 31-33; K. GEENS et M. WYCKAERT, *Séminaire Vanham octobre 2004*, n° 9, p. 8; J.-F. GOFFIN et O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, n° 45, p. 75. *Contra*: P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, *Behoorlijk venootschapsbestuur*, n° 54, pp. 54-55.

⁶⁷. *Contra*: G. KEUTGEN, *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, p. 76. Comp. H. DE WULF, *Financiële regulering*, n° 53, p. 220, qui considère également que le principe de collégialité n'est que supplétif, mais estime que les dérogations à ce principe seront peu nombreuses.

⁶⁸. *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 32.

⁶⁹. *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 35.

⁷⁰. En ce qui concerne les établissements de crédit, les protocoles sur l'autonomie de la fonction bancaire imposent en toute hypothèse un fonctionnement collégial des comités de direction.

l'attention lors des travaux parlementaires⁷¹. L'on peut se demander si, eu égard à la répartition et à l'organisation des pouvoirs entre le conseil d'administration et le comité de direction, les membres de ce dernier sont bien susceptibles de pouvoir se trouver dans un lien de subordination pour l'exercice de cette fonction. En effet, le comité de direction n'a pas à recevoir d'instructions de la part du conseil d'administration.

Il convient également de relever que les pouvoirs des membres du comité de direction, qui englobent la presque totalité des pouvoirs de gestion (du moins dans l'ordre externe de la société), sont sans commune mesure avec ceux d'un délégué à la gestion journalière (cf. section 3.8.1.). Remarquons en outre que la seule possibilité de déroger à la révocabilité *ad nutum* en ce qui concerne les membres du comité de direction (cf. section 3.7.6.), ne suffit pas à permettre l'établissement d'un contrat de travail. La constatation d'un lien de subordination est indispensable.

Nous considérons donc que la fonction de membre du comité de direction n'est en aucun cas susceptible de faire l'objet d'un contrat de travail⁷². Comme nous le verrons plus loin, ceci présente notamment des conséquences en matière de cessation de la fonction et de responsabilité (art. 18 de la loi du 3 juillet 1978).

Il va néanmoins de soi que rien n'empêchera un membre du comité de direction d'être lié à la société par un contrat de travail pour d'autres fonctions. La situation sera alors la même que pour un administrateur qui exerce au sein de la société une fonction distincte de sa fonction d'administrateur.

63. En ce qui concerne la sécurité sociale, il résulte de l'impossibilité d'exercer la fonction de membre du comité de direction dans les liens d'un contrat de travail que cette fonction relève du statut des travailleurs indépendants⁷³. Plus précisément, les membres du comité de direction doivent nécessairement, qu'ils soient ou non par ailleurs administrateurs, être considérés comme mandataires de société conformément aux présomptions établies par l'article 2 de l'arrêté royal du 19 décembre 1967 et par l'article 3, § 1^{er}, alinéa 4 de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967.

L'ONSS paraît toutefois considérer que l'exercice des fonctions de membre du comité de direction dans le cadre d'un contrat de travail n'est pas exclu, auquel cas les règles sur la sécurité sociale des travailleurs salariés sont d'application. Selon l'ONSS, la situation doit être analysée au cas par cas. En bref, l'argument avancé par l'ONSS à cet égard consiste à relever que les dispositions relatives au champ d'application de la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs salariés n'ont pas été modifiées à la suite de la promulgation de la loi du 2 août 2002. Pour les motifs que nous venons d'exposer, cette position nous paraît inexacte et reposer sur une analyse incorrecte de l'ampleur et de la nature du rôle du comité de direction, tel que cet organe est organisé par le Code des sociétés⁷⁴.

64. Les membres du comité de direction investis d'un mandat gratuit et se trouvant dans les liens d'un contrat de travail pour l'exercice d'une activité professionnelle salariée en ordre principal ne seront redevables d'aucune cotisation sociale dans le régime des travailleurs indépendants⁷⁵. Ils devront cependant s'affilier auprès d'une caisse d'assurances sociales.

⁷¹. Les travaux préparatoires traitent uniquement de la question du contrat de travail en ce qui concerne le représentant permanent d'une personne morale nommée administrateur, gérant ou membre du comité de direction (cf. section 2.8 ci-dessus). Or la situation se présente différemment dans ces deux hypothèses. En effet, dans le cas du représentant permanent, la question du contrat de travail se pose entre la personne morale et son représentant. Au contraire, dans le cas du membre du comité de direction, cette question se pose entre la société au sein duquel le comité existe et le membre de ce comité.

⁷². En ce sens, P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 51, p. 5; J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht 2002*, n° 32, p. 1273; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T. n° 46*, n° 12, p. 35; K. GEENS et M. WYCKAERT, *Séminaire Vanham octobre 2004*, n° 25, p. 19; J.-F. GOFFIN et O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, n° 52, p. 93; J. MEUNIER, *R.P.S. 2004*, n°s 55 et s., pp. 32-34. *Contra*: P. HERMANT et C. BERTSCH, *Dernières évolutions*, p. 134; L. PELTZER et L. BIHAIN, "Le comité de direction: genèse, statut, fonction, mise en place et implication en droit social", *J.T.T. 2003*, pp. 316-320; G. KEUTGEN, *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, p. 73; W. VAN EECKHOUTTE, "Corporate governance en arbeidsovereenkomstenrecht", *T.P.R. 2004 (Liber Amicorum T.P.R. en Marcel Storme)*, n° 15, p. 868; P. VAN OMMESLAGHE, "La cessation des fonctions des administrateurs, gérants et des membres du comité de direction", in *Les conflits au sein des sociétés commerciales ou à forme commerciale*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2004, n° 20, p. 117.

⁷³. J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht 2002*, n° 38, p. 129.

⁷⁴. L'INASTI a également adopté la position selon laquelle les membres du comité de direction ne sont pas nécessairement des travailleurs indépendants, mais au terme d'une analyse et selon des critères qui diffèrent de ceux de l'ONSS (note de l'INASTI aux caisses d'assurances sociales du 9 avril 2003; la position de l'INASTI est également consultable sur son site internet: http://www.rsvz-inasti.fgov.be/fr/companies/member_board_directors.htm). Selon l'INASTI, sont seuls dotés du statut de travailleur indépendant les membres des comités de direction qui, à titre individuel, posent des actes juridiques au nom et pour le compte de la société. Tel est en particulier le cas lorsque les statuts de la société comportent une clause de simple ou de double signature au profit des membres du comité.

Cette position nous paraît critiquable en ce qu'elle considère que les membres du comité de direction ne seraient pas nécessairement des "mandataires sociaux". Elle repose à nouveau sur une analyse incorrecte de l'ampleur et de la nature du rôle du comité de direction. En tout état de cause, l'on peut supposer que, dans la plupart des cas, une clause statutaire de double (ou de simple) signature sera prévue au profit des membres du comité de direction, de sorte que ceux-ci seront de toute façon considérés comme des travailleurs indépendants, même si l'on s'en tient à la position de l'INASTI.

⁷⁵. En vertu de l'art. 12, § 2 de l'arrêté royal n° 38 précité.

3.7.6. Cessation de la fonction de membre du comité de direction

65. La latitude accordée par l'article 524*bis* est également illustrée par la révocation des membres du comité de direction. Les travaux parlementaires précisent en effet qu'il est licite de prévoir que les membres du comité de direction ne sont pas révocables *ad nutum*⁷⁶. En d'autres termes, la règle dégagée par la Cour de cassation à propos de l'article 518, § 3, en vertu de laquelle la révocabilité *ad nutum* de l'administrateur est d'ordre public⁷⁷, ne s'applique pas au membre du comité de direction.

Le droit commun du mandat, plus précisément l'article 2004 du Code civil, est donc pleinement d'application. Cette disposition consacre le principe de la révocabilité *ad nutum* du mandataire, mais à titre supplétif seulement, de sorte que le mandant peut s'engager valablement à ne pas user de ce droit⁷⁸. En conséquence, les statuts ou, dans leur silence, la décision du conseil d'administration, peuvent valablement déroger à cette révocabilité *ad nutum*. Ils peuvent par exemple prévoir que les membres du comité de direction ne sont révocables qu'avec préavis ou moyennant indemnité. La révocabilité *ad nutum* ne s'appliquera qu'à défaut de disposition contraire prévue par les statuts ou le conseil d'administration⁷⁹.

Cette liberté peut dans certains cas offrir une possibilité supplémentaire dans l'organisation de la protection des sociétés contre les offres publiques d'acquisition.

66. Dans l'hypothèse où un membre du comité de direction est également administrateur, celui-ci reste bien entendu toujours révocable *ad nutum* en qualité d'administrateur, sur décision de l'assemblée générale. Toutefois, cette révocation n'entraînera pas *ipso facto* sa révocation en qualité de membre du comité de direction⁸⁰. Une telle révocation n'interviendra de manière automatique que si les statuts, la décision du conseil d'administration relative au comité de direction ou la décision de nomination au comité de direction le prévoient spécifiquement.

67. La fonction de membre du comité de direction ne pouvant pas être exercée dans les liens d'un contrat de travail, les dispositions de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ne s'appliqueront en aucun cas à la cessation du mandat de membre du comité de direction. En revanche,

ces dispositions continueront à s'appliquer dans le cadre du contrat de travail qu'un membre du comité peut avoir conclu avec la société pour d'autres fonctions.

3.7.7. Mesures de publicité

68. Les mesures de publicité sont similaires à celles qui s'appliquent aux administrateurs. Conformément au droit commun de l'article 69, alinéa 1^{er}, 9^o et de l'article 74, la nomination et la cessation des fonctions des membres du comité de direction, l'étendue de leurs pouvoirs et la manière d'exercer ceux-ci devront être publiées aux annexes du *Moniteur belge*⁸¹. Ces dispositions visent en effet l'ensemble des "personnes autorisées à administrer et à engager la société".

Cette règle, qui concerne l'identité des membres du comité de direction, ne doit pas être confondue avec les mesures de publicité prévues par l'article 524*bis*, alinéa 4, relatives à l'existence même du comité de direction et à la présence éventuelle dans les statuts d'une clause de signature.

3.8. Pouvoirs de gestion

3.8.1. Étendue et limites des pouvoirs de gestion du comité de direction

69. La délégation visée à l'article 524*bis* couvre l'ensemble des pouvoirs de gestion du conseil d'administration, sans toutefois que cette délégation puisse porter sur "la politique générale" de la société, ni sur "l'ensemble des actes réservés au conseil d'administration en vertu d'autres dispositions de la loi".

Des restrictions supplémentaires peuvent être apportées par "les statuts ou une décision du conseil d'administration". Au contraire de ce qui concerne la politique générale et des actes réservés au conseil d'administration par la loi, ces restrictions supplémentaires ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées.

Par ailleurs, le texte de l'article 524 nouveau, relatif aux relations de groupe impliquant une société cotée, nous semble signifier que toute décision ou opération visée par cet article

⁷⁶ *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/001, p. 33 et n° 50-1211/014, p. 282. Le professeur A. BENOIT-MOURY s'est prononcée dans le même sens, *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/014, p. 171.

⁷⁷ Cass. 22 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 543 et *R.C.J.B.* 1981, p. 495, avec note S.J. NUDELHOLE. Sur cette question, cf. notamment B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, Biblo, 1996, n° 458, pp. 274-275.

⁷⁸ Cass. 26 février 1885, *Pas.* 1885, p. 85.

⁷⁹ *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/014, p. 282.

⁸⁰ J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht 2002*, n° 28, p. 125; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T.* n° 46, n° 12, pp. 34-35; G. KEUTGEN, *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, p. 74.

⁸¹ O. CAPRASSE, *DAOR 2002*, n° 24, p. 335; H. DE WULF, *Financiële regulering*, n° 68, pp. 225-226; J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht 2002*, n° 29, p. 125; K. GEENS et M. WYCKAERT, *Séminaire Vanham octobre 2004*, n° 8, p. 8. La déclaration apparemment en sens contraire contenue dans les travaux préparatoires est selon nous erronée (*Doc. parl.* Sénat, n° 2-1107/5, p. 23).

échappe à la compétence du comité de direction pour être dévolue au conseil d'administration.

Nous examinerons ci-après chacune de ces limites.

70. La première limite concerne “*la politique générale de la société*”. Le texte des protocoles sur l'autonomie de la fonction bancaire précise que la politique générale “*comprend la définition des grands axes de la stratégie de l'établissement de crédit, l'adoption des plans et budgets, les réformes importantes de structure, la définition des relations entre l'établissement de crédit et ses actionnaires*”. Bien que cette définition ait été conçue pour un secteur particulier d'activités et présente un caractère contraignant pour les seuls établissements de crédit, elle peut aider à l'interprétation de l'article 524*bis* du Code des sociétés. La répartition des pouvoirs entre le conseil d'administration et le comité de direction prévue par l'article 524*bis* est en effet inspirée de celle qui prévaut pour les établissements de crédit⁸².

Outre les cas expressément cités par le protocole, l'élargissement sectoriel ou géographique des activités de la société, la fermeture de branches d'activités ou la conclusion de *joint ventures* peuvent, par exemple et suivant les cas, faire partie de la politique générale. Toutefois, la taille de la société et la nature de ses activités devront être prises en considération pour déterminer dans chaque situation si une décision relève de la politique générale de la société et donc de la compétence du conseil d'administration. Les travaux préparatoires indiquent pour leur part qu'il appartiendra à la jurisprudence de préciser la notion de politique générale, à l'instar de la notion de gestion journalière⁸³. Les statuts peuvent également préciser cette notion.

En toute hypothèse, la compétence de déterminer la politique générale de la société n'emporte aucun pouvoir pour le conseil d'administration de donner des instructions au comité de direction allant au-delà de cette politique générale. Cette précision peut paraître une lapalissade. Nous avons toutefois eu l'occasion de montrer qu'il s'avère utile de garder ce principe présent à l'esprit dans l'analyse du statut des membres du comité de direction (*cf.* section 3.7.5.).

71. La deuxième limite concerne tous les actes réservés au conseil d'administration par la loi. Il s'agit par exemple de l'établissement des comptes annuels et du rapport de gestion, de l'utilisation du capital autorisé, des acomptes sur dividendes au sens de l'article 618, des acquisitions d'actions propres, de l'établissement de tous les rapports que le Code des sociétés met à la charge du conseil dans le cadre de décisions

à prendre par l'assemblée générale, de l'établissement du projet de fusion ou de scission, de l'avis d'OPA⁸⁴, etc.

72. En troisième lieu, les statuts ou le conseil d'administration peuvent fixer des limitations supplémentaires aux pouvoirs du comité de direction. Classiquement, ces limitations pourront être quantitatives, par la fixation de sommes maximales au-delà desquelles la décision relève du conseil, ou qualitatives, par la détermination d'une série de matières réservées au conseil d'administration.

Cette flexibilité est bienvenue et peut contribuer à prévenir ou dissiper certaines réticences à instaurer un comité de direction. Certes, comme indiqué ci-avant, ces limitations supplémentaires ne sont pas opposables aux tiers même si elles sont publiées. Leur non-respect constitue toutefois une violation des statuts sanctionnée par l'article 528.

73. La dernière limitation, relative aux relations de groupe impliquant une société cotée, est examinée à la section 4.2.

3.8.2. Exclusivité des pouvoirs du comité de direction

74. Le texte de l'article 524*bis* laisse sans réponse la question de savoir si les pouvoirs du comité de direction sont exclusifs ou concurrents. Il s'agit de la question de savoir si le conseil d'administration conserve ou non la compétence d'intervenir dans les matières déléguées au comité de direction.

Plusieurs arguments plaident en faveur du caractère exclusif des compétences du comité de direction. Tout d'abord l'un des principaux objectifs des nouvelles dispositions consiste à permettre aux sociétés qui le souhaitent de scinder les fonctions relatives à la gestion, confiées au comité de direction, et les fonctions relatives à la surveillance et à la politique générale de la société, confiées au conseil d'administration⁸⁵. La réalisation de cet objectif serait mise à mal si l'on reconnaissait au conseil d'administration la possibilité d'encore prendre des décisions dans les matières qui relèvent des compétences du comité de direction. Dans le même ordre d'idées, la mission de surveillance du comité de direction confiée au conseil d'administration constitue un élément typique des systèmes dualistes. Or, dans ces systèmes, les organes de gestion et de surveillance disposent de compétences nettement distinctes⁸⁶.

Un deuxième argument peut être trouvé dans le fait que la rédaction de l'article 524*bis* est largement inspirée de l'arti-

^{82.} *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 34.

^{83.} Déclaration du représentant du ministre de la Justice, *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/014, p. 291.

^{84.} Cette compétence du conseil d'administration résulte également du fait que l'avis d'OPA relève de la politique générale de la société.

^{85.} *Cf.* l'exposé des motifs, *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 5.

^{86.} Un argument supplémentaire pourrait peut-être résider dans l'emploi par le texte néerlandais de la loi des termes “*overdragen*” (transférer) et “*overdracht*” (transfert), alors qu'en ce qui concerne par exemple la gestion journalière, le terme utilisé est “*opdragen*” (déléguer). Ces termes ont également été utilisés dans certains passages des travaux préparatoires (*cf.* par exemple *Doc. parl. Sénat*, n° 2-1107/5, p. 23).

cle 26 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit⁸⁷ (cf. section 3.2.2.). Or, en ce qui concerne les établissements de crédit, les compétences du comité de direction sont exclusives, conformément aux protocoles sur l'autonomie de la fonction bancaire signés par les établissements de crédit⁸⁸.

75. Toutefois, d'autres arguments pourraient être invoqués pour soutenir que les compétences du comité de direction et du conseil d'administration seraient concurrentes, reconnaissant ainsi un "droit d'évocation" au conseil. Il s'agit en premier lieu de la comparaison avec le délégué à la gestion journalière. La jurisprudence de la Cour de cassation est en effet fixée en ce sens que les compétences du délégué ne sont pas exclusives, le conseil d'administration conservant le pouvoir de prendre des décisions en matière de gestion journalière⁸⁹.

En second lieu, l'on peut faire remarquer que le principe de compétences exclusives qui prévaut au sein des établissements de crédit résulte non de l'article 26 de la loi du 22 mars 1993, qui ne règle pas davantage ce point que ne le fait l'article 524bis, mais des protocoles sur l'autonomie de la fonction bancaire⁹⁰. Il ne sera bien entendu pas question de tels protocoles pour l'application de l'article 524bis.

76. Quant aux travaux parlementaires, ils n'offrent qu'une aide limitée à ce sujet. En effet, seul l'un des avis d'experts soumis à la Commission de la Justice de la Chambre à propos du projet de loi a pris position sur cette question, pour conclure que les compétences du conseil d'administration et du comité de direction seraient concurrentes⁹¹. La justification donnée à l'appui de ce point de vue indique que, si le conseil d'administration a le droit de déléguer ses pouvoirs, il a également le droit de retirer sa délégation et, à tout le moins dans l'ordre interne de la société, de les limiter. Tout en étant exactes, ces considérations ne sont pas déterminan-

tes. En effet, le droit dont le conseil d'administration dispose de mettre fin à la délégation ou de la limiter (sauf dispositions contraires des statuts) n'est pas contradictoire avec un système de compétences exclusives. L'on peut soutenir qu'aussi longtemps que la délégation existe (ou n'est pas limitée), le conseil d'administration ne peut prendre aucune décision relevant des matières déléguées. Le conseil peut certes supprimer la délégation, mais cette suppression fait seulement recouvrer au conseil la plénitude de ses pouvoirs à compter de la suppression de la délégation.

77. La question est assurément difficile, mais les arguments en faveur de la thèse des compétences exclusives nous paraissent toutefois devoir l'emporter⁹².

78. Observons en toute hypothèse que, même pour les matières qui relèvent de la compétence exclusive du comité de direction, la société restera valablement engagée vis-à-vis des tiers par le conseil d'administration agissant en collège ou par le ou les administrateurs investis d'un pouvoir général de représentation, conformément à l'article 522, § 2 et à l'article 9 de la première directive européenne.

3.8.3. Absence de modification des règles relatives à la gestion journalière

79. La loi du 2 août 2002 n'a pas modifié les règles relatives à la délégation de la gestion journalière. Il est dès lors concevable qu'une société anonyme soit dotée à la fois d'un comité de direction et d'un ou de plusieurs délégués à la gestion journalière. Dans les sociétés d'une certaine taille, la délégation à la gestion journalière peut conserver son utilité malgré l'instauration d'un comité de direction au sens de l'article 524bis.

Il peut y avoir identité totale ou partielle de personnes entre

⁸⁷. Cf. l'exposé des motifs, *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 34.

⁸⁸. Le texte de ces protocoles prévoit que "la gestion des activités de l'établissement de crédit ressortit à la seule compétence du comité de direction. Celui-ci exerce cette gestion, en dehors de toute ingérence externe, dans le cadre de la politique générale définie par le conseil d'administration. À cet effet, le comité de direction est, quant à cette gestion, investi par le conseil d'administration en vertu d'une délégation conférée conformément à l'article 26 de la loi du 22 mars 1993, des pouvoirs de décision et des pouvoirs de représentation de l'établissement de crédit dans les relations avec le personnel, la clientèle, les établissements de crédit en Belgique et à l'étranger, l'environnement économique et social et les autorités, ainsi que des pouvoirs de décision quant à la représentation de l'établissement de crédit auprès de ses filiales et auprès des sociétés dans le capital desquelles il est intéressé".

⁸⁹. Cass. 17 septembre 1968, *Pas.* 1969, I, p. 61; Cass. 21 février 2000, *Pas.* 2000, I, p. 138; L. SIMONT, *La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales*, Bruylant, 1975, n° 52, p. 52.

⁹⁰. Cf. l'extrait du texte de ces protocoles cité ci-dessus.

⁹¹. Avis du professeur H. OLIVIER, *Doc. parl. Ch.*, 2001-02, n° 50-1211/014, p. 186. D'après les documents parlementaires, cette question ne semble pas avoir fait l'objet d'échanges entre parlementaires ou avec le représentant du ministre de la Justice. La question a par ailleurs été brièvement évoquée dans l'avis du professeur A. BENOIT-MOURY, *Doc. parl. Ch.*, 2001-02, n° 50-1211/014, p. 171.

⁹². En ce sens, F. HELLEMANS et M. WAUTERS, *T.R.V.* 2002, n° 15, p. 481; J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Venootschapsrecht* 2002, n° 46-52, pp. 132-136; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T.* n° 46, n° 10, p. 29; K. GEENS et M. WYCKAERT, *Séminaire Vanham octobre 2004*, n° 12, p. 11; J.-F. GOFIN et O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, n° 44, p. 73, note 149; J.M.M. MAEIJER, "Corporate governance in België en in Nederland", *T.P.R.* 2004 (*Liber Amicorum T.P.R. en Marcel Storme*), n° 4, p. 483; D. VAN GERVEN, "De bevoegdheden van het directiecomité in de naamloze vennootschap in verhouding tot de raad van bestuur", *T.R.V.* 2004, n° 6, p. 26; G. KEUTGEN, *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, pp. 68-69; J. MEUNIER, *R.P.S.* 2004, n° 76, pp. 43-46. *Contra*: O. CAPRASSE, *DAOR* 2002, n° 39, p. 340; H. DE WULF, "De ingrepen op bestuursniveau in het wetsontwerp corporate governance: directiecomité en groepsverrichtingen", in Séminaire organisé par l'Université de Gand le 30 mai 2002, p. 11; *ibid.*, *Financiële regulering*, n° 45, pp. 216-217; P. HERMANT et C. BERTSCH, *Dernières évolutions*, p. 144; P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 62, p. 61; B. DELMOTTE, "Behoudt of verliest de raad van bestuur de bevoegdheden die hij heeft verleend aan het directiecomité?", *T.R.V.* 2004, n° 24, p. 224.

les membres des deux organes. Ainsi, par exemple, une même personne peut à la fois être membre du comité de direction et délégué à la gestion journalière. La gestion journalière peut également être déléguée à titre individuel à chaque membre du comité. Il est aussi possible de déléguer la gestion journalière à une personne qui n'est pas membre du comité de direction.

80. Dans l'hypothèse où une société comporterait un comité de direction sans comporter de délégué à la gestion journalière et souhaiterait instituer un tel délégué, la question se pose de savoir quel est l'organe compétent pour déléguer la gestion journalière. S'agit-il du conseil d'administration ou du comité de direction? Une question du même ordre se pose lorsqu'il s'agit pour une société comportant à la fois un comité de direction et un délégué à la gestion journalière de renouveler ou de révoquer le mandat du délégué, ou d'apporter des restrictions à l'étendue de ses pouvoirs. Ces questions se posent avec une acuité particulière lorsque l'on considère que les compétences du comité de direction sont exclusives.

L'article 525 n'a pas été modifié par la loi du 2 août 2002. Il continue donc de prévoir que la gestion journalière peut être déléguée, mais sans préciser quel est l'organe compétent pour en décider. La décision de déléguer la gestion journalière n'est donc pas une compétence réservée par la loi au conseil d'administration. Compte tenu de la nature des compétences dont dispose le comité de direction, il nous semble, dès lors qu'un tel comité est institué, que celui-ci devrait être compétent pour déléguer la gestion journalière, retirer cette délégation ou y apporter des limites⁹³. Il peut être souhaitable que les statuts règlent expressément cette question, étant entendu qu'ils pourraient prévoir que cette compétence reste réservée au conseil.

81. Dans la plupart des cas, la gestion journalière fera partie des matières relevant du comité de direction. Dans ce cas, les compétences du comité de direction et du délégué à la gestion journalière seront concurrentes⁹⁴. En effet, le délégué à la gestion journalière ne dispose pas de compétences exclusives (cf. section 3.8.2.). En revanche, le conseil d'administration perdra toute compétence en matière de gestion journalière⁹⁵, puisque, dans notre analyse, les compétences du comité de direction sont quant à elles exclusives.

3.9. Pouvoirs de représentation

3.9.1. Dispositions légales

82. Seules deux des dispositions de l'article 524bis concernent explicitement la matière des pouvoirs de représentation. La première est prévue par l'alinéa 3, en vertu duquel "les statuts peuvent conférer à un ou plusieurs membres du comité de direction le pouvoir de représenter la société, soit seuls, soit conjointement". La seconde est portée par l'alinéa 4, qui prévoit que cette clause est opposable aux tiers dans les conditions prévues par l'article 76.

Il convient d'y ajouter l'alinéa 1^{er}, relatif aux "pouvoirs de gestion" qui peuvent être délégués au comité, ainsi que l'alinéa 5, aux termes duquel les restrictions "au pouvoir de gestion qui peut être délégué en application de l'alinéa 1^{er}" ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées. Comme nous le verrons ci-après, le législateur a fait preuve d'une certaine approximation en matière de pouvoirs de représentation.

Enfin, l'article 526, relatif au dépassement de l'objet social, vise également les membres du comité de direction.

3.9.2. Pouvoirs de représentation du comité de direction en tant que tel

83. Au contraire de ce que le Code prévoit pour le conseil d'administration (art. 522, § 2) et pour le délégué à la gestion journalière (art. 525), aucune disposition ne prévoit expressément que le comité de direction en tant que tel dispose d'un pouvoir de représentation. L'article 524bis prévoit uniquement, en son alinéa 3, la possibilité d'une clause statutaire octroyant un pouvoir de représentation à un ou plusieurs membres du comité de direction.

Toutefois, ce pouvoir de représentation doit également être reconnu au comité de direction lui-même⁹⁶, agissant en collègue⁹⁷. Il résulte clairement des travaux préparatoires que telle a été la volonté du législateur⁹⁸, qui a entendu instituer un nouvel organe tant de gestion que de représentation⁹⁹. En d'autres termes, il convient de considérer que la notion de

⁹³. Également en ce sens, G. KEUTGEN, *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, p. 77. Comp. P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 65, p. 64.

⁹⁴. J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht 2002*, n° 67, p. 145.

⁹⁵. J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht 2002*, n° 67, p. 145.

⁹⁶. O. CAPRASSE, *DAOR 2002*, n° 30, p. 336; H. DE WULF, *Financiële regulering*, n° 47, pp. 217-218; J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht 2002*, n° 53, p. 137; K. BYTTEBIER, *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, n° 65, p. 174; K. GEENS et M. WYCKAERT, *Séminaire Vanham octobre 2004*, n° 13, p. 11.

⁹⁷. J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht 2002*, n° 138, p. 138; K. GEENS et M. WYCKAERT, *Séminaire Vanham octobre 2004*, n° 13, p. 11.

⁹⁸. L'exposé des motifs (Doc. parl. Ch. 2001-02, n° 50-1211/001, p. 35) indique entre autres ce qui suit: "En fonction de la taille du comité de direction, il peut être nécessaire de désigner certains membres qui auront le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers. En principe, le comité de direction fonctionne sur un mode collégial: la majorité des membres engage dès lors la société. Toutefois, les statuts peuvent prévoir, ou le conseil d'administration peut décider, que la société peut également être représentée sous la signature d'un membre du comité ou plus". Cf. aussi, dans le même sens, Doc. parl. Ch. 2001-02, n° 50-1211/014, p. 283.

⁹⁹. Exposé des motifs, *Doc. parl. Ch. 2001-02*, n° 50-1211/001, p. 32.

“pouvoir(s) de gestion” visée aux alinéas 1^{er} et 5 de l’article 524bis concerne non seulement les pouvoirs de gestion au sens strict du terme, mais également les pouvoirs de représentation. Relevons de plus que l’alinéa 5 et en particulier sa seconde phrase, qui traite de l’opposabilité aux tiers, ne se comprendrait guère si le comité de direction en tant que tel n’était pas un organe de représentation. La modification apportée à l’article 526, en ce qui concerne le dépassement de l’objet social, peut également être invoquée en ce sens.

Dès lors, indépendamment de la clause statutaire de signature prévue par l’alinéa 3, le comité de direction agissant en collège est compétent pour représenter la société vis-à-vis des tiers. Précisons cependant que cette question relève davantage de la théorie que de la pratique, pour laquelle la clause statutaire de signature présente une importance bien plus grande.

84. Il résulte donc de l’article 524bis, alinéa 1^{er}, ainsi interprété, que le pouvoir de représentation du comité de direction ne comprend jamais les matières réservées au conseil d’administration par cette disposition, à savoir la politique générale de la société et l’ensemble des actes réservés au conseil d’administration en vertu de la loi. Un acte posé par le comité dans l’une de ces matières réservées ne lie pas la société¹⁰⁰. Au contraire, en vertu de l’alinéa 5, toutes restrictions supplémentaires que les statuts ou une décision du conseil d’administration apporteraient au pouvoir du comité ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées¹⁰¹.

85. Ainsi, le pouvoir de représentation du comité de direction agissant en collège s’étend toujours, dans l’ordre externe, au maximum du pouvoir de gestion qui peut lui être transféré. Les limitations plus rigoureuses éventuellement apportées par les statuts ou une décision du conseil d’administration ne valent que dans l’ordre interne de la société. Leur violation ne délie pas la société vis-à-vis des tiers de bonne foi, mais engage la responsabilité des membres du comité de direction vis-à-vis de la société. La solution est la même que pour les pouvoirs de représentation du conseil d’administration agissant en collège.

3.9.3. Pouvoirs de représentation conférés à des membres du comité de direction agissant seuls ou conjointement

86. L’article 524bis, alinéa 3 prévoit que “les statuts peuvent conférer à un ou plusieurs membres du comité de direction le pouvoir de représenter la société, soit seuls, soit conjointement”. En vertu de l’alinéa 4, la clause statutaire visée à l’alinéa 3 est opposable aux tiers dans les conditions prévues par l’article 76, c’est-à-dire, en principe, à partir du jour de sa publication aux annexes du Moniteur belge.

La première question à résoudre consiste à déterminer quelle est l’étendue de ce pouvoir de représentation. Cette question est délicate. En effet, l’article 524bis, alinéa 3 vise “le pouvoir de représenter la société”, sans limite. De plus, cette disposition est formulée dans les mêmes termes que l’article 522, § 2 relatif au pouvoir de représentation qui peut être attribué à un ou plusieurs administrateurs. Or, comme l’on sait, ce pouvoir est tout à fait général. Toutefois, par analogie avec la solution qui prévaut en ce qui concerne le délégué à la gestion journalière, nous nous rallions à l’opinion selon laquelle le pouvoir de représentation visé à l’alinéa 3 a la même étendue que le pouvoir de représentation dont dispose le comité de direction lui-même (cf. section 3.9.2.)¹⁰². Il s’agit donc du maximum du pouvoir de gestion qui peut être transféré au comité de direction et non de la représentation générale de la société à l’égal des administrateurs visés à l’article 522, § 2.

87. Toutes restrictions que les statuts ou une décision du conseil d’administration apporteraient au pouvoir de représentation du ou des membres du comité de direction conféré par les statuts sur la base de l’article 524bis, alinéa 3 ne sont pas opposables aux tiers. Cette règle n’est pas exprimée clairement par l’article 524bis (dont le dernier alinéa néglige de se référer à l’alinéa 3), mais elle résulte de l’article 9 de la première directive européenne.

88. Rappelons que ni l’instauration d’un comité de direction ni la clause statutaire visée à l’article 524bis, alinéa 3, ne privent le conseil d’administration agissant en collège ou un ou plusieurs administrateurs, agissant seul ou conjointement, du pouvoir général de représenter la société (lorsque la clause visée à l’art. 522, § 2 est contenue dans les statuts),

^{100.} P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 57, p. 57; J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht 2002*, n° 54, pp. 137-138; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T. n° 46*, n° 9, pp. 24-25.

^{101.} J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht 2002*, n° 54, p. 137; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T. n° 46*, n° 9, p. 25.

^{102.} J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht 2002*, n° 37, p. 139; P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 59, p. 59; P. HERMANT et C. BERTSCH, *Dernières évolutions*, p. 138; K. BYTTEBIER, *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, n° 66, p. 175; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T. n° 46*, n° 9, p. 26; G. KEUTGEN, *L’organisation du pouvoir dans la société anonyme*, p. 78. *Contra*: M. VAN DER HAEGEN, *La responsabilité des administrateurs et la délégation de pouvoirs au sein des sociétés anonymes*, Rapport présenté au colloque du 28 novembre 2001 organisé par l’Institut des juristes d’entreprise, p. 6. Dans une contribution antérieure (E. POTTIER et T. L’HOMME, “Le comité de direction, nouvel organe des sociétés anonymes”, in *Corporate Governance*, Séminaire Vanham & Vanham du 24 octobre 2002, p. 22), nous avions adopté la position suivant laquelle le pouvoir de représentation des membres du comité de direction visés à l’art. 524bis, al. 4 avait la même étendue que le pouvoir de représentation des administrateurs visés à l’art. 522, § 2. Nous revenons sur cette position pour le motif indiqué au texte. Il reste que l’on peut s’interroger sur la manière dont la première directive européenne, et plus précisément son art. 9.3, a été transposée en droit belge.

conformément à l'article 9 de la première directive européenne¹⁰³.

3.9.4. Dépassement de l'objet social

89. L'article 526 prévoit une règle identique à celle qui prévaut pour les autres organes de la société en ce qui concerne le dépassement de l'objet social. La société est liée par les actes accomplis "par les membres du comité de direction" même si ces actes excèdent l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

3.10. Surveillance par le conseil d'administration

90. En vertu de l'article 524bis, alinéa 1^{er}, "si un comité de direction est institué, le conseil d'administration est chargé de surveiller celui-ci." L'exposé des motifs précise qu'il est essentiel que le comité de direction rende compte de ses activités au conseil d'administration pour l'exercice de cette fonction de contrôle¹⁰⁴. Il y est également indiqué que cette matière est d'ordre interne et "peut être définie plus précisément dans les statuts"¹⁰⁵. À défaut de dispositions statutaires réglant cette question, le conseil d'administration est également compétent pour ce faire. Il nous paraîtrait de bonne pratique que les obligations de reporting du comité et les modalités de surveillance du conseil d'administration soient effectivement formalisées et détaillées dans les statuts ou dans une décision du conseil d'administration. Une surveillance efficace est essentielle pour minimiser le risque de mise en cause de la responsabilité des administrateurs.

91. Selon l'exposé des motifs, "en principe, le rapport du conseil d'administration à l'assemblée générale doit contenir les données relatives au fonctionnement du comité de direction auquel le conseil a délégué ses pouvoirs d'administration. Le rapport de gestion sera en règle générale rédigé sur la base des données présentées par le comité de direction"¹⁰⁶. L'article 96, relatif au contenu du rapport de gestion, n'a pas été modifié en ce sens. Toutefois, la formulation de cet article, notamment l'exigence d'un "commentaire sur les comptes annuels en vue d'exposer d'une

manière fidèle l'évolution des affaires et la situation de la société", impose que le conseil d'administration rende compte de l'ensemble des affaires de la société, en ce compris celles qui relèvent de la compétence du comité de direction.

92. Les administrateurs qui ne surveillent pas correctement le comité de direction commettent une faute au sens des articles 527 et 528 du Code. Dans cette hypothèse, la responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction pourra être cumulée. Cependant, toute faute des membres du comité de direction n'engage pas *ipso facto* la responsabilité des administrateurs. Pour que tel soit le cas, encore faut-il que les administrateurs aient failli à leur obligation de surveillance ou aient participé à la faute des membres du comité. L'exposé des motifs confirme cette analyse¹⁰⁷.

3.11. Conflits d'intérêts

3.11.1. Intérêt opposé de nature patrimoniale dans le chef d'un membre du comité

93. Les règles prévues par le nouvel article 524ter pour les membres du comité de direction sont identiques à celles prévues par l'article 523 pour les administrateurs, sauf sur deux points, qui seront abordés au paragraphe suivant.

Dès lors, en vertu du paragraphe 1^{er} de l'article 524ter, si un membre du comité de direction a, directement ou indirectement, un intérêt de nature patrimoniale opposé à une décision ou à une opération relevant du comité, il doit le communiquer aux autres membres avant la délibération du comité. Le commissaire doit également être averti. Le procès-verbal de la réunion du comité doit comporter diverses mentions, en ce compris la nature et la justification de la décision ou de l'opération, ainsi que ses conséquences patrimoniales pour la société. Le rapport de gestion et le rapport des commissaires doivent également comporter les mentions prévues par la loi quant au conflit d'intérêts concerné.

Pour les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, le membre du comité de direction concerné ne peut pas participer aux délibérations du comité, ni prendre part au vote.

Les dispositions en matière de nullité et les exceptions à l'application de la procédure résumée ci-dessus sont elles

¹⁰³. P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 57, p. 57.

¹⁰⁴. *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 35. L'exposé des motifs parle de "rapport" du comité de direction. Ce terme doit s'entendre au sens de "reporting" ou de "rapporting", ce que confirme le texte néerlandais de l'exposé des motifs. Aucune obligation légale ne nous semble exister pour le comité de direction de présenter annuellement l'équivalent d'un rapport de gestion au conseil d'administration. Les statuts ou le conseil d'administration sont toutefois libres d'imposer une obligation en ce sens.

¹⁰⁵. *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 35.

¹⁰⁶. *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 35.

¹⁰⁷. *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 37.

aussi identiques à celles qui s'appliquent au conseil d'administration.

94. L'article 524ter prévoit cependant deux spécificités pour le comité de direction.

D'une part, une copie du procès-verbal de la réunion du comité de direction doit être "*transmise au conseil d'administration lors de sa prochaine réunion*". Cette règle se justifie par le contrôle que le conseil d'administration doit exercer sur le comité de direction. Elle s'explique aussi par le fait que le rapport de gestion est établi par le seul conseil d'administration.

D'autre part, le paragraphe 2 de l'article 524ter dispose que: "*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}*".

Lorsque les statuts comportent une clause en ce sens, toute décision ou opération qui relève du comité de direction mais qui implique une situation de conflit d'intérêts visée à l'article 524ter échappe donc à la compétence du comité de direction. Elle est renvoyée au conseil d'administration qui tranchera seul, en appliquant l'article 523, si un administrateur est en situation de conflit d'intérêts.

95. En matière de responsabilité, les règles prévues par le premier alinéa de l'article 529, relatif aux administrateurs, sont étendues aux membres du comité de direction. Ce texte prévoit en effet, en son dernier alinéa, que ces règles sont "*applicables aux membres du comité de direction en ce qui concerne les décisions prises et les opérations accomplies, même lorsqu'elles l'ont été conformément [à l'article] 524ter, § 1^{er}*".

Ce texte doit se comprendre comme s'appliquant uniquement aux décisions prises et aux opérations accomplies par le comité de direction lui-même. Lorsque la question a été renvoyée au conseil d'administration qui a décidé lui-même, les membres du comité de direction échappent à la responsabilité édictée par l'article 529, alinéa 1^{er}¹⁰⁸.

3.11.2. Relations de groupe impliquant une société cotée

96. Nous renvoyons au chapitre consacré à la réforme de l'article 524, et plus particulièrement à la section 4.2.

3.12. Responsabilité

3.12.1. Chefs de responsabilité civile

97. Trois dispositions du Code des sociétés ont été modifiées en matière de responsabilité. Ces dispositions étendent aux membres du comité de direction les chefs généraux de responsabilité civile des administrateurs, dans la mesure précisée ci-après:

- (i) l'article 527, relatif à la faute de gestion, est rendu applicable aux membres du comité de direction. Ceux-ci sont donc responsables envers la société de l'exécution de leur mandat et des fautes commises dans leur gestion;
- (ii) l'article 528 est également étendu aux membres du comité de direction. Ceux-ci sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions du Code des sociétés ou des statuts. En ce qui concerne les infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, les membres du comité de direction ne seront déchargés de leur responsabilité que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions lors de la première séance du conseil d'administration suivant le moment où ils en ont eu connaissance. L'on remarquera donc que c'est à la connaissance du conseil et non de l'assemblée que la violation du code ou des statuts doit être portée;
- (iii) l'article 529, déjà cité, est rendu applicable aux membres du comité de direction. Cette disposition concerne tant les conflits d'intérêts dans le chef d'un membre du comité de direction que les relations de groupe impliquant une société cotée. Nous renvoyons à ce sujet aux sections 3.11.1. et 4.7.2.

Enfin, conformément au droit commun, la responsabilité des membres du comité de direction peut être engagée sur la base de l'article 1382 du Code civil, pour autant que les conditions strictes d'application de cette disposition aux mandataires sociaux soient réunies.

98. L'exposé des motifs indique que l'objectif de ces règles est de rendre les membres du comité de direction responsables de la même manière que les administrateurs, "*chacun toutefois dans la sphère propre de ses pouvoirs*"¹⁰⁹. Comme nous l'avons vu à la section 3.10. ci-dessus, la responsabilité des membres du comité de direction n'entraîne donc pas nécessairement la responsabilité des administrateurs. Tel peut seulement être le cas si les administrateurs ont failli à leur obligation de surveillance¹¹⁰ ou ont participé à la faute commise par les membres du comité de direction.

99. L'article 530 du Code des sociétés, relatif à l'action en

¹⁰⁸. O. CAPRASSE, *DAOR* 2002, n° 33, p. 338; J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Venootschapsrecht* 2002, n° 75, p. 148; P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, *Behoorlijk venootschapsbestuur*, n° 69, p. 66; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T.* n° 46, n° 14, p. 37.

¹⁰⁹. *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 37.

¹¹⁰. Sur la responsabilité des administrateurs en cas de contrôle insuffisant sur le comité de direction, cf. les commentaires du Ministre de la Justice, in *Doc. parl. Sénat*, n° 2-1107/5, p. 24 et du Professeur H. OLIVIER, in *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/014, p. 187.

comblement de passif, n'a pas été modifié pour viser également les membres du comité de direction¹¹¹. Les travaux préparatoires ne fournissent pas d'explication à ce propos. Certes, l'article 530 vise non seulement les administrateurs et anciens administrateurs, mais également "toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société". Compte tenu du caractère dérogatoire au droit commun de cette disposition, l'on pourrait se demander si le texte actuel de l'article 530 fournit une base suffisante pour pouvoir engager la responsabilité des membres du comité de direction. Cependant, il n'est pas exclu qu'une interprétation évolutive de cette disposition soit retenue par les cours et tribunaux, en ayant égard aux très importants pouvoirs de gestion qui peuvent être délégués au comité et à l'intention générale du législateur d'aligner la responsabilité des membres du comité de direction sur celle des administrateurs¹¹².

En toute hypothèse, le conseil d'administration devra rester vigilant quant à la surveillance de la situation financière de la société, tant en raison de son obligation générale de surveillance du comité de direction que de la responsabilité particulière prévue par l'article 530, qui continue à s'appliquer aux administrateurs même en présence d'un comité de direction.

Il convient d'ailleurs de noter que le conseil d'administration reste chargé de l'application de l'article 633, c'est-à-dire de la convocation de l'assemblée générale et de l'établissement d'un rapport spécial lorsque l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social. Il semble ici clair que la responsabilité particulière prévue par cet article ne s'applique pas aux membres du comité de direction. En revanche, une action fondée sur l'article 1382 du Code civil pourra en principe être intentée contre les membres du comité de direction, de même que contre les administrateurs, pour la poursuite d'activités qu'ils savaient ou auraient dû raisonnablement savoir être déficitaires et sans perspective d'amélioration.

100. Étant donné qu'il n'est, selon nous, pas possible d'exercer la fonction de membre du comité de direction dans le cadre d'un contrat de travail, les membres de celui-ci ne pourront pas bénéficier de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 pour les responsabilités encourues dans l'exercice de leur fonction de membre du comité¹¹³, même s'ils sont liés par un contrat de travail avec la société pour l'exercice d'autres fonctions. L'article 18 ne trouvera à s'appliquer que

pour les responsabilités nées de l'exercice de ces autres fonctions (*cf.* section 3.7.5.).

3.12.2. *Intentement d'une action en responsabilité par la société*

101. Aucune règle n'a été introduite dans le Code pour prévoir quel est l'organe compétent pour intenter une action en responsabilité au nom de la société contre les membres du comité de direction. L'article 561, qui prévoit que l'assemblée générale décide s'il y a lieu d'exercer l'action sociale contre les administrateurs ou le commissaire, est resté inchangé. Cette disposition est donc inapplicable aux membres du comité de direction.

Les travaux préparatoires précisent logiquement que c'est au conseil d'administration et à lui seul de décider s'il y a lieu d'intenter une action en responsabilité à l'égard d'un ou plusieurs membres du comité de direction¹¹⁴. La règle de l'article 528 relative à la dénonciation des violations statutaires au conseil d'administration, et non à l'assemblée générale, appuie cette interprétation. Relevons également que l'article 540 est resté inchangé et ne prévoit donc pas que les membres du comité de direction doivent répondre aux questions posées par les actionnaires réunis en assemblée générale. En revanche, il va de soi que les administrateurs doivent quant à eux répondre aux questions posées à propos du comité de direction, dans le cadre de l'article 540 et dans les limites que celui-ci prévoit.

Aucune action minoritaire ne peut être intentée à l'encontre des membres du comité de direction. En effet, les articles 562 à 567 n'ont pas été modifiés pour englober les membres du comité de direction.

102. Le conseil d'administration prend bien entendu sous sa propre responsabilité la décision d'agir ou de ne pas agir contre les membres du comité de direction. Si les administrateurs n'intentent pas une action contre les membres du comité de direction alors qu'ils devraient raisonnablement le faire, ils commettent eux-mêmes une faute de gestion au sens de l'article 527. De plus, dans cette même hypothèse, l'on pourrait soutenir qu'ils commettent également une faute au sens de l'article 528 compte tenu de l'obligation de surveillance du comité de direction imposée au conseil d'administration par l'article 524*bis*, alinéa 1^{er}.

^{111.} L'on remarquera que l'art. 530 a été modifié sur un autre point par une loi du 4 septembre 2002 (*M.B.* 21 septembre 2002). Cette modification permet l'intentement de l'action en comblement de passif non seulement par le curateur d'une société anonyme, mais également par les créanciers lésés. Les artt. 265 (SPRL) et 409 (société coopérative à responsabilité limitée) ont été modifiées dans le même sens. Ces modifications sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2002.

^{112.} Plusieurs auteurs considèrent que l'art. 530 s'applique sans réserve aux membres du comité de direction, O. CAPRASSE, *DAOR* 2002, n° 35, p. 339; P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 76, pp. 70-71; J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht* 2002, n° 83, p. 151; L. PELTZER et L. BIHAIN, "Le comité de direction: genèse, statut, fonction, mise en place et implication en droit social", *J.T.T.* 2003, p. 315; K. GEENS et M. WYCKAERT, *Séminaire Vanham octobre 2004*, n° 23, p. 17; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T.* n° 46, n° 14, pp. 37-38; J. MEUNIER, *R.P.S.* 2004, n° 94, p. 53. Comp. la position plus nuancée de P. HERMANT et C. BERTSCH, *Dernières évolutions*, p. 146 et de K. BYTTEBIER, *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, n° 74, p. 179.

^{113.} J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht* 2002, n° 85, p. 151.

^{114.} *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/001, p. 37.

3.12.3. Absence de décharge organisée par le Code

103. Le Code ne prévoit aucun système de décharge des membres du comité de direction. Ni le conseil d'administration ni l'assemblée générale ne sont donc appelés à se prononcer sur la décharge des membres du comité de direction comme l'assemblée générale doit le faire pour les administrateurs (art. 554, al. 2)¹¹⁵. Rien n'empêcherait cependant le conseil d'administration d'octroyer, de manière occasionnelle voire périodique, une décharge aux membres du comité de direction, régie par les règles du droit civil¹¹⁶. Cette décharge s'analyserait en une renonciation abdicative. À nouveau, le conseil d'administration prendrait une telle décision sous sa propre responsabilité. En outre, dans la mesure où des membres du comité de direction sont également administrateurs, il conviendra d'appliquer l'article 523 lors des délibérations du conseil d'administration à propos de cette décharge¹¹⁷. Quant à l'assemblée générale, il ne lui appartient en principe pas de décider d'une renonciation, étant donné que l'intentement de l'action sociale à l'encontre des membres du comité de direction est réservé au conseil d'administration¹¹⁸.

3.12.4. Prescription des actions civiles

104. L'article 198, § 1^{er} relatif notamment à la prescription de cinq ans des actions contre les gérants, administrateurs, commissaires et liquidateurs n'a pas été modifié. Les actions dirigées contre les membres du comité de direction seront donc soumises à la prescription de droit commun de dix ans prévue par l'article 2262bis du Code civil (cinq ans en matière de responsabilité extracontractuelle)¹¹⁹.

Une telle différence de traitement est totalement injustifiée compte tenu de l'alignement de la responsabilité des membres du comité de direction sur celle des administrateurs mis en œuvre par le législateur¹²⁰. Les travaux préparatoires ne fournissent pas d'explication à ce sujet.

3.12.5. Responsabilité pénale

105. Aucune disposition pénale du Code des sociétés n'a été modifiée en ce qui concerne les membres du comité de direction. Ainsi, d'une part, les sanctions prévoyant spécifique-

ment qu'elles s'appliquent aux administrateurs n'ont pas été étendues aux membres du comité de direction. Ceci est logique car ces sanctions concernent des matières qui restent réservées au conseil d'administration, comme l'approbation et le dépôt des comptes annuels, l'augmentation du capital, les acquisitions d'actions propres, les acomptes sur dividendes, etc.

D'autre part, en ce qui concerne les sanctions prévues par le Code des sociétés et dont le champ d'application personnel est exprimé en termes généraux ("*ceux qui ont contrevenu à...*"), seul un nombre limité d'entre elles sont susceptibles de s'appliquer aux membres du comité de direction. À nouveau, ceci s'explique par la nature des compétences qui restent réservées au conseil d'administration par la loi. Notons cependant, à titre d'exemple, que la sanction prévue par l'article 648, 7^o est susceptible de s'appliquer aux membres du comité de direction. Cette disposition vise en effet la violation de l'article 629 relatif au financement par la société de l'acquisition de ses titres par un tiers.

106. La loi du 2 août 2002 n'a pas davantage apporté de modification aux sanctions pénales prévues par d'autres législations que le Code des sociétés. Toutefois, les sanctions prévues en matière d'abus de biens sociaux, de délit d'initié, d'abus de marché, de faux et usage de faux, par exemple, sont bien entendu susceptibles de s'appliquer aux membres du comité de direction, compte tenu de leur champ d'application.

3.12.6. Responsabilité du représentant permanent d'une personne morale membre du comité de direction

107. Rappelons qu'en vertu de l'article 61, § 2, toutes les dispositions relatives à la responsabilité civile et pénale des membres du comité de direction sont applicables au représentant permanent lui-même (*cf.* section 2.8.). Toutefois, lorsque ce représentant exerce sa fonction dans les liens d'un contrat de travail conclu avec la personne morale, ce qui paraît ici possible, sa responsabilité est limitée dans la mesure prévue par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978, dont les travaux préparatoires précisent qu'il est d'application¹²¹.

^{115.} Cf. les commentaires du Professeur H. LAGA, in *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/014, p. 197.

^{116.} G. KEUTGEN, L'organisation du pouvoir dans la société anonyme, p. 83.

^{117.} P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 81, p. 73.

^{118.} Comp. H. DE WULF, *Financiële regulering*, n° 81, p. 229, qui estime qu'il est possible que les statuts attribuent à l'assemblée générale le pouvoir d'accorder décharge aux membres du comité de direction.

^{119.} J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht 2002*, n° 88, p. 153; J. MEUNIER, *R.P.S. 2004*, n° 103, pp. 55-56. *Contra*: X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T. n° 46*, n° 15, p. 42.

^{120.} J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht 2002*, n° 88, p. 153.

^{121.} *Doc. parl. Ch.*, n° 1211/001, p. 11; *Doc. parl. Ch.*, n° 1211/014, pp. 195, 239 à 242 et 244.

4. RELATIONS DE GROUPE IMPLIQUANT UNE SOCIÉTÉ COTÉE (ART. 524)

4.1. Introduction

108. La loi du 2 août 2002 a profondément modifié l'article 524¹²². Si le type de décisions et d'opérations concernées est resté largement inchangé, le périmètre des relations visées par le nouveau texte est globalement plus étendu qu'auparavant, bien qu'il ait été restreint sur certains points (cf. section 4.4.). La procédure à suivre lorsqu'une décision ou une opération tombe dans le champ d'application de l'article 524 est à plusieurs égards identique à celle qui était prévue par l'ancien texte. Deux changements majeurs ont cependant été introduits à ce sujet, qui concernent d'une part la définition de l'administrateur indépendant et d'autre part l'introduction d'une procédure d'autorisation par la société mère à ses filiales.

109. Aux termes de l'exposé des motifs¹²³, l'objectif des modifications apportées à l'article 524 est de clarifier et de rendre plus cohérentes les règles applicables aux opérations effectuées entre une société belge cotée et les autres sociétés du groupe, notamment les actionnaires de contrôle, afin d'éviter "(...), au niveau de l'actif, des glissements¹²⁴ (...) au détriment de la société belge". L'exposé des motifs précise encore que le dispositif élaboré en 1995 (art. 60bis des lois coordonnées) "ne représentait [...] 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". Il rappelle que "la commission 'Corporate Governance' est convaincue que l'absence d'une réglementation claire en matière de conflits d'intérêts au sein du groupe de sociétés auquel appartient la société belge cotée, constitue un facteur majeur dans l'explication de la décote applicable aux actions de ces sociétés lorsqu'elles seront vendues en bourse. La disparition de cette décote renforcera à son tour la crédibilité des actions belges et pourra contribuer à un intérêt renforcé des investisseurs pour les actions des sociétés belges".

110. L'article 524 est source de difficultés d'interprétation, qui tiennent d'une part aux regrettables divergences qui existent entre la volonté du législateur telle qu'exprimée dans les travaux préparatoires et le texte légal, et d'autre part à la formulation alambiquée de ce texte. Ces difficultés se rencontrent principalement à propos du champ d'application *ratione personae* de l'article 524. Deux paragraphes de l'article 524 doivent être pris en compte pour cerner celui-ci.

Tout d'abord, le § 1^{er} prévoit que toute décision ou opération d'une société cotée est soumise à la procédure prévue par les §§ 2 et 3 lorsqu'elle concerne:

*"1° les relations entre ladite société avec une société liée à celle-ci, à l'exception de ses filiales;
2° les relations entre une filiale de ladite société et une société liée à celle-ci, autre qu'une filiale de ladite filiale".*

Ensuite, le § 5 prévoit que "les décisions et les opérations relatives aux relations d'une filiale belge non cotée d'une société belge cotée avec les sociétés liées à cette dernière, ne peuvent être prises ou accomplies qu'après autorisation de la société mère. Cette autorisation est soumise à la procédure visée aux §§ 2 et 3. [...]".

Les travaux préparatoires précisent que "le § 1^{er} doit être considéré comme la base, que le § 5 complète sans y porter préjudice"¹²⁵.

111. Après avoir identifié l'auteur (cf. section 4.2.) de la décision ou de l'opération et la nature de celle-ci (cf. section 4.3.), il convient donc de vérifier quelle société cette décision ou cette opération concerne (cf. section 4.4.). Nous examinerons ensuite successivement les hypothèses dans lesquelles l'article 524 ne s'applique pas (cf. section 4.5.), la procédure à suivre lorsqu'il s'applique et les sanctions prévues en cas de violation (cf. sections 4.6. et 4.7.). Nous concluons ce chapitre par l'obligation complémentaire prévue à l'article 524, § 7 (cf. section 4.8.) et le droit transitoire (cf. section 4.9.).

4.2. Auteur de la décision ou de l'opération

112. Le critère de la société cotée reste au centre du champ d'application de l'article 524. Le § 1^{er} vise en effet les décisions prises et les opérations accomplies par une société cotée, alors que le § 5 vise quant à lui les décisions prises et les opérations accomplies par une filiale non cotée de la société cotée. Observons que le mécanisme de protection des actionnaires minoritaires institué par l'article 524 aurait cependant pu être utile dans d'autres sociétés que les sociétés cotées.

En vertu de l'article 4 du Code des sociétés, "les sociétés cotées sont les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé au sens de l'article 2, 3°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers"¹²⁶.

¹²² Le régime de l'art. 524 nouveau a depuis lors été repris presque textuellement dans le nouveau livre du Code des sociétés consacré à la société européenne (SE) (art. 917, introduit par l'arrêté royal du 1^{er} septembre 2004 portant exécution du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (M.B. 9 septembre 2004, éd. 2). Cf. également l'art. 920, relatif aux responsabilités.

¹²³ Doc. parl. Ch., n° 1211/001, pp. 7-8.

¹²⁴ C'est-à-dire des transferts de substance indus.

¹²⁵ Doc. parl. Ch., n° 50-1211/014, p. 264.

¹²⁶ En vertu du § 1^{er}, al. 2 de l'art. 524, "est assimilée à une société cotée, la société dont les titres sont admis à un marché situé en dehors de l'Union européenne et reconnu par le Roi comme équivalent pour l'application du présent article".

En ce qui concerne la notion de filiale, rappelons que cette notion est définie par l'article 6, 2° comme *"la société à l'égard de laquelle un pouvoir de contrôle existe"*. Les sous-filiales sont visées par cette définition. La notion de contrôle est quant à elle définie aux articles 5 et 7 à 9 du Code. La lecture combinée de ces dispositions et de l'article 524 conduit à conclure que le § 5 de celui-ci vise toutes les filiales d'une société cotée, quelle que soit leur forme juridique¹²⁷. Il s'ensuit notamment que l'article 524, § 5, bien que formellement inscrit dans le Livre du Code qui est consacré à la société anonyme, a en réalité une portée plus large.

113. L'article 524, § 1^{er} est uniquement applicable lorsque la société cotée auteur de la décision ou de l'opération est une société de droit belge, conformément à la règle générale de l'article 56 du Code des sociétés¹²⁸.

Quant à l'article 524, § 5, il est uniquement applicable lorsque la filiale auteur de la décision ou de l'opération est belge, et qu'en outre sa société mère est elle-même une société cotée belge. Ces deux conditions cumulatives résultent expressément du texte du § 5. Une filiale étrangère ne devra donc pas solliciter l'autorisation de sa société mère belge dans le cadre de l'article 524.

114. Au contraire du texte ancien, qui ne visait que les décisions et opérations *"du conseil d'administration"*, le nouveau texte porte sur les décisions et opérations accomplies en exécution d'une décision *"prise par une société cotée"* (art. 524, § 1), sans plus de précision sur l'identité de l'organe concerné.

(i) Conseil d'administration

Le nouveau texte s'applique, comme l'ancien, aux décisions et opérations du conseil d'administration.

(ii) Comité de direction

Compte tenu de la place de l'article 524 dans une section du Code relative au seul conseil d'administration et de l'absence de référence explicite au comité de direction dans l'article 524, la question se pose de savoir si celui-ci s'applique également aux décisions et opérations qui relèvent du

comité de direction. La formulation générale de cette disposition conduit à considérer que tel est le cas. L'incohérence qu'il y aurait à ne pas appliquer l'article 524 aux décisions et opérations qui relèvent du comité de direction plaide également dans ce sens; il s'agirait d'une échappatoire contraire à la volonté du législateur.

Les travaux préparatoires le confirment, en précisant que *"les décisions qui relèvent [...] du comité de direction doivent également, outre les décisions qui ressortissent à la compétence du conseil d'administration, relever du champ d'application de l'article 524"*¹²⁹.

La conséquence nécessaire de ce principe est que toute décision ou opération qui tombe sous le champ d'application de l'article 524 échappe entièrement à la compétence du comité de direction, qui doit en saisir le conseil d'administration¹³⁰. Celui-ci, après avoir suivi la procédure de l'article 524, prendra seul la décision ou accomplira seul l'opération. L'article 524 ne prévoit en effet aucune intervention des membres du comité de direction dans le cours de cette procédure. Par exemple, il n'est pas prévu qu'après que les administrateurs indépendants aient rendu leur avis, le dossier soit renvoyé au comité de direction pour décision.

Les actes visés par l'article 524 constituent ainsi un exemple des *"actes réservés au conseil d'administration par d'autres dispositions de la loi"*, au sens de l'article 524bis, alinéa 1^{er}.

(iii) Délégué à la gestion journalière

L'exposé des motifs mentionne que les décisions du délégué à la gestion journalière sont également visées par l'article 524¹³¹. Cette interprétation a été réitérée par le représentant du ministre au cours des discussions parlementaires¹³².

L'article 524 nouveau ne comporte toutefois aucune référence aux organes concernés, de sorte que la question est ouverte. Les commentaires parus à ce jour sont partagés à cet égard¹³³. Un argument plaidant à l'encontre d'une application de l'article 524 aux décisions du délégué à la gestion journalière consiste en l'absence de toute mention de celui-ci à l'article 529 relatif aux sanctions (*cf.* section 4.7.2.). Eu égard aux déclarations contenues dans les travaux prépara-

¹²⁷. M. WYCKAERT, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 15, p. 171; P. ERNST et N. YOUNES, *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, n° 26, p. 204.

¹²⁸. *Cf.* en ce sens l'exposé des motifs, *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 20.

¹²⁹. Commentaires du représentant du Ministre de la Justice, *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/014, p. 263. Ce passage des travaux préparatoires indique qu'il en est de même des décisions qui relèvent de l'administrateur délégué.

¹³⁰. O. CAPRASSE, *DAOR 2002*, n° 33, p. 338; H. DE WULF, *T.R.V. 2002*, pp. 581-582; E. WYMEERSCH, *R.D.C. 2002*, n° 6, p. 603, note de bas de page n° 14; P. BAERT, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 9, p. 82; M. CALUWAERTS, *Dernières évolutions*, n° 19, p. 178; P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 70, p. 67; P.-A. FORIERS et C. DE POTTER, *Vanham & Vanham 10 ans*, n° 11, p. 321; J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht 2002*, n° 75, p. 148; M. WYCKAERT, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 7, pp. 164-165; P. ERNST et N. YOUNES, *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, n° 15, p. 196; K. GEENS et M. WYCKAERT, *Séminaire Vanham octobre 2004*, n° 19, p. 15; K. GEENS, *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, n° 18, p. 48; J. MALHERBE, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés – Précis*, n° 934, p. 559.

¹³¹. *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 19.

¹³². *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/014, p. 263.

¹³³. Certains auteurs considèrent qu'en règle générale, l'art. 524 ne sera pas applicable en fait, sinon en droit, aux décisions du délégué à la gestion journalière: H. DE WULF, *T.R.V. 2002*, p. 582; N. THIRION, *Sociétés et ASBL*, n° 74, pp. 351-352; J. CATARUZZA, *Les relations intragroupes*, p. 127. D'autres auteurs estiment que l'art. 524 pourra, à tout le moins dans de rares occasions, s'appliquer aux décisions du délégué à la gestion journalière, avec renvoi au conseil d'administration: P. BAERT, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 10, p. 84; P.-A. FORIERS et C. DE POTTER, *Vanham & Vanham 10 ans*, n° 12, p. 321; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T. n° 46*, n° 31, p. 71.

toires et à la *ratio legis* de l'article 524 (*cf.* section 4.1.), la prudence peut néanmoins recommander d'appliquer l'article 524 aux décisions du délégué à la gestion journalière.

En toute hypothèse, la gestion journalière, telle que définie par la Cour de cassation¹³⁴, coïncidera souvent – mais pas toujours – avec la notion de décisions et opérations “*habituelles intervenant dans des conditions et sous les garanties normales du marché*” ou “*représentant moins d'un pour cent de l'actif net de la société*” – catégories expressément exclues du champ d'application de l'article 524 (art. 524, § 1, al. 3).

(iv) Exclusion de l'assemblée générale

Les décisions ou opérations de l'assemblée générale ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 524¹³⁵. Ceci résulte notamment de la place du texte dans le Code des sociétés. En outre, les travaux préparatoires ne contiennent aucune indication selon laquelle tel serait le cas. Enfin, l'application de l'article 524 à l'assemblée générale reviendrait à céder une partie de ses compétences réservées au conseil d'administration, ce qui ne peut être admis en l'absence de texte légal explicite.

4.3. Notions de décision et d'opération

115. L'article 524 vise une “*décision ou opération accomplie en exécution d'une décision*”. Les notions de décision et d'opération restent identiques dans le nouveau texte à ce qu'elles étaient dans l'ancien; l'on peut donc se référer à la doctrine relative à l'article 524 ancien, ainsi qu'à la doctrine relative à l'article 523, qui a recours aux mêmes notions.

Rappelons que les actes du conseil d'administration qui ne sont que préparatoires à une décision de l'assemblée générale (convocation de l'assemblée, adoption d'un rapport du conseil, etc.) ou de chaque actionnaire (avis du conseil en cas d'OPA)¹³⁶ ne sont pas visés par l'article 524¹³⁷. C'est par

conséquent à juste titre que l'on considère généralement que l'article 524 n'est pas d'application lorsque le conseil d'administration arrête un projet de fusion (au même titre que l'article 523, qui n'est pas davantage applicable dans ce cas)¹³⁸. La fusion est en effet soumise à l'approbation de l'assemblée, sans laquelle l'opération ne peut avoir lieu, et la conclusion du projet de fusion n'est que préparatoire à la décision de l'assemblée.

4.4. Relations concernées par la décision ou l'opération

4.4.1. Principes

116. Qui la décision ou l'opération envisagée par l'auteur défini plus haut (*cf.* section 4.2.) doit-elle concerner? On sait que l'article 524 ancien concernait uniquement les relations entre une société cotée et “*un actionnaire détenant une influence décisive ou notable sur la désignation des administrateurs de cette société*”, lorsque la décision ou l'opération “*pouv[ait] donner lieu à un avantage patrimonial direct ou indirect*” à cet actionnaire.

Le nouveau texte a délaissé ces notions “*d'actionnaire détenant une influence décisive ou notable*” et “*d'avantage patrimonial*” au profit du seul critère de la société liée et donc des notions de contrôle et de consortium (art. 11, 1°, du Code des sociétés, renvoyant aux articles 5 à 10 du même Code).

Désormais, dès qu'une société cotée envisage de prendre une décision ou d'effectuer une opération concernant les relations qu'elle entretient avec des sociétés liées (art. 524, § 1, 1°) ou concernant les relations qu'une de ses filiales entretient avec des sociétés liées (art. 524, § 1, 2°), elle doit se soumettre à la procédure prévue à l'article 524. Il en va de même si une filiale non cotée de ladite société cotée envisage de prendre une telle décision ou d'effectuer une telle opéra-

¹³⁴ Cass. 17 septembre 1968, *Pas.* 1969, I, p. 61; Cass. 21 février 2000, *T.R.V.* 2000, p. 283.

¹³⁵ H. DE WULF, *T.R.V.* 2002, p. 580; P. BAERT, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 11, p. 84; P.-A. FORIERS et C. DE POTTER, *Vanham & Vanham 10 ans*, n° 9, p. 319; N. THIRION, *Sociétés et ASBL*, n° 75, p. 352; M. WYCKAERT, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 9, pp. 166-167; J. CATARUZZA, *Les relations intragroupes*, p. 127; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T.* n° 46, n° 31, pp. 71-72; J. MALHERBE, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés – Précis*, n° 967, p. 576. Comp. toutefois M. CALUWAERTS, *Dernières évolutions*, n° 22, pp. 181-183.

¹³⁶ L'absence d'application de l'art. 524 à l'avis que le conseil d'administration doit rendre lorsqu'il est saisi d'un avis d'OPA (art. 15, § 2 de l'arrêté royal du 8 novembre 1989) est confirmée par la cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 19 janvier 2001 rendu dans le cadre de l'OPA de Suez sur Tractebel (publié notamment dans *R.P.S.* 2001, p. 93; *R.D.C.* 2001, p. 108 et note B.D.).

¹³⁷ P. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, *Intersentia*, 1997, n° 532, p. 480 et les nombreuses références citées en note 2100; P. BAERT, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 7, p. 81; M. CALUWAERTS, *Dernières évolutions*, n° 9, p. 169; P.-A. FORIERS et C. DE POTTER, *Vanham & Vanham 10 ans*, n° 8, pp. 318-319.

¹³⁸ K. GEENS, “De nieuwe wet inzake fusies en splitsingen”, *T.R.V.* 1993, p. 62, n° 20; J. LIEVENS, *Fusies en splitsingen*, Mys & Breesch, 1993, p. 13, n° 15; P.H. LEMAITRE, La réforme du droit des fusions et des scissions, *DAOR* 1994, n° 29, p. 27, n° 37; J.-M. NELISSEN GRADE, “Rechtshandelingen die leiden tot fusie”, in *De nieuwe fusiewetgeving 1993: vennootschapsrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Biblo, 1995, p. 42, n° 3; L. SIMONT, “Conflits d'intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis”, *R.P.S.* 1996, p. 376; K. GEENS et M. WYCKAERT, *Séminaire Vanham octobre 2002*, p. 4; M. WYCKAERT, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, p. 163; P. MALHERBE et J.-M. GOLLIER, *Les sociétés commerciales – Des lois coordonnées au Code des sociétés*, 2^e édition, Larcier, 2002, p. 134; P.-A. FORIERS et C. DE POTTER, *Vanham & Vanham 10 ans*, pp. 319-320, n° 9. *Contra*: T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Kluwer, 1993, p. 178, n° 234; H. BRAECKMANS, “Fusies en splitsingen”, *R.W.* 1993-94, p. 1415, n° 18; P. ERNST, “Commentaar bij artikel 523 W. Venn. (oud artikel 60 W. Venn. W.)”, in *Vennootschappen en verenigingen – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2000, p. 27, n° 22.

tion (art. 524, § 5). Comme le résume l'exposé des motifs¹³⁹, "toutes les opérations internes au groupe, tant verticales que latérales" sont par conséquent soumises à la nouvelle règle, avec certaines exceptions.

Il faut entendre par "société liée" toute société, quelle que soit sa forme¹⁴⁰. L'utilisation de ce critère implique en revanche que les personnes physiques sont désormais exclues, de même que les groupements qui ne peuvent pas être qualifiés de sociétés, comme par exemple les fondations de droit belge ou les *administratiekantoren* de droit néerlandais¹⁴¹.

117. Nous l'avons vu ci-dessus, l'objectif du nouveau texte est de prévenir les transferts de substance indus au détriment des sociétés belges cotées ou de leurs filiales (*cf.* section 4.1.). La *ratio legis* de l'article 524 est fondée sur une approche "consolidée". Dans cette optique, aussi longtemps que l'opération ou la décision envisagée s'inscrit dans le cadre du périmètre de consolidation de la société cotée, il importe peu qu'un transfert de substance ait lieu; celui-ci n'a en principe aucun impact sur les comptes consolidés de ladite société.

Cette grille de lecture permet en effet de justifier l'exclusion des relations de la société cotée vis-à-vis de ses propres filiales (art. 524, § 1, 1°) ou l'exclusion des relations de ces dernières vis-à-vis de leurs propres filiales (art. 524, § 1, 2°), mais n'explique pas pourquoi les relations entre filiales de la société cotée (soit des sociétés sœurs) ne sont pas exclues par le texte de la loi – exclusion que, d'après les travaux préparatoires, le législateur aurait d'ailleurs voulu inscrire dans le texte en préparation¹⁴² (*cf.* section 4.4.3.).

4.4.2. Exclusion des relations mère-filiale

118. Il faut écarter du champ d'application de l'article 524, § 1^{er} les relations entre la société mère cotée et ses filiales. Les sous-filiales sont également exclues. Ceci découle explicitement du texte de l'article 524, § 1^{er}, 1° lu en combinaison avec l'article 6. En revanche, les relations société mère-filiales pourraient être visées par le 2° de la même disposition.

Toutefois, il serait contradictoire d'intégrer au 2° ce qui est explicitement exclu au 1°. Une telle interprétation serait de surcroît contraire à la volonté du législateur¹⁴³. La plupart des commentateurs se sont prononcés dans le même sens¹⁴⁴. Si la filiale est elle-même cotée, l'article 524 lui sera toutefois directement applicable¹⁴⁵.

119. Pour l'application du § 5 de l'article 524, il paraît également raisonnable d'exclure les relations entre les filiales de la société cotée et leurs propres filiales, par analogie¹⁴⁶.

4.4.3. Question des relations entre sociétés sœurs

120. À la seule lecture du § 1^{er}, 2° les relations concernant deux sociétés sœurs, filiales d'une même société cotée, sont comprises dans le champ d'application de l'article 524. Le texte est clair sur ce point, puisqu'il vise toute relation qu'une filiale d'une société cotée entretient avec les sociétés qui lui sont liées (les propres filiales de cette filiale étant exclues). Or, du point de vue de ladite filiale, une société sœur est une société liée au sens du Code des sociétés (art. 524 et art. 11, 1°, b et d). Nous l'avons indiqué plus haut (*cf.* section 4.4.1.), le législateur entendait pourtant exclure les relations entre sociétés sœurs du champ d'application de l'article 524. Il n'existe cependant, à propos de la relation entre sociétés sœurs, aucun argument de texte identique à celui qui conduit à pouvoir exclure le rapport mère-fille (*cf.* section 4.4.2.). La prudence doit donc rester de mise et nous paraît recommander d'appliquer l'article 524 aux relations entre sociétés sœurs¹⁴⁷. Il serait en tout cas très souhaitable que le législateur intervienne pour corriger le texte de l'article 524 sur ce point.

121. Ce qui précède est également valable pour le § 5 de l'article 524. L'intention du législateur nous paraît avoir été que les sociétés liées ne comprennent pas les filiales de la société cotée, c'est-à-dire les sociétés sœurs de la filiale belge non cotée. À nouveau, toutefois, cette intention n'a pas réussi à se matérialiser dans le texte de l'article 524.

¹³⁹. *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 18.

¹⁴⁰. H. DE WULF, *T.R.V.* 2002, p. 585; P. ERNST et N. YOUNES, *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, n° 26, p. 204.

¹⁴¹. H. DE WULF, *T.R.V.* 2002, p. 584; M. WYCKAERT, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 19, p. 174 et n° 22, p. 176; P. ERNST et N. YOUNES, *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, n° 26, p. 203; J. MALHERBE, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés – Précis*, n° 965, p. 573.

¹⁴². *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 18 (deuxième par., version néerlandaise), pp. 29 et 31; avis du Conseil d'État, *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/1, pp. 53-54.

¹⁴³. *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, schémas pp. 29 et 31.

¹⁴⁴. H. DE WULF, *T.R.V.* 2002, p. 585; K. GEENS et M. WYCKAERT, *Séminaire Vanham octobre 2002*, n° 12, p. 6, note de bas de page n° 21; P. BAERT, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 15, p. 87; M. CALUWAERTS, *Dernières évolutions*, n° 30, p. 190; P.-A. FORIERS et C. DE POTTER, *Vanham & Vanham 10 ans*, n° 6, p. 316.

¹⁴⁵. *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, pp. 8 et 18.

¹⁴⁶. K. GEENS et M. WYCKAERT, *Séminaire Vanham octobre 2002*, n° 12, p. 6, note de bas de page n° 21; M. CALUWAERTS, *Dernières évolutions*, n° 31, p. 192.

¹⁴⁷. Se prononcent en faveur d'une application littérale de la loi: H. DE WULF, *T.R.V.* 2002, pp. 586 et 587; F. HELLEMANS et M. WAUTERS, *T.R.V.* 2002, n° 34, p. 488; P. BAERT, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 15, p. 88; N. THIRION, *Sociétés et ASBL*, n° 78, p. 354; J. MALHERBE, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés – Précis*, n° 966, p. 574. Se prononcent en revanche contre une telle application littérale: P.-A. FORIERS et C. DE POTTER, *Vanham & Vanham 10 ans*, n° 6, pp. 316-317.

4.4.4. “Nationalité” de la société concernée par la décision ou l’opération

122. L’article 524 ne s’applique aux sociétés cotées (524, § 1) ou à leurs filiales (art. 524, § 5) que pour autant que ces “auteurs” de décision ou d’opération soient des sociétés de droit belge (*cf.* section 4.4.3.). En revanche, dès lors que l’auteur de la décision ou de l’opération est une société belge, l’ordre juridique auquel se rattachent les sociétés liées concernées par cette décision ou opération n’est pas pertinent. Toute société liée, qu’elle soit belge ou étrangère, est ainsi visée par l’article 524¹⁴⁸.

Pourrait-on soutenir que cette interprétation revient à étendre exagérément la portée d’une norme de droit belge? Certes, les concepts de “société”, de “société liée” et de “filiale” doivent s’entendre au sens du Code belge des sociétés et ils seront, le cas échéant, appliqués à des sociétés relevant d’autres ordres juridiques. Cependant, seule la société de

droit belge – cotée (524, § 1) ou filiale de société cotée (524, § 5) – auteur de la décision ou de l’opération doit en réalité se plier à la procédure décrite par la *lex societatis* belge. L’article 524 du Code ne soumet les sociétés concernées par la décision ou l’opération – sociétés liées ou filiales – à aucune obligation; de sorte que l’on ne saurait voir en l’occurrence un cas d’application “extraterritoriale” de la loi belge.

4.4.5. Synthèse

123. Le tableau reproduit ci-dessous résume les critères d’application de l’article 524. Sous réserve des exceptions énoncées par cet article (*cf.* section 4.5.), lorsque les critères résumés ci-dessous sont remplis, l’auteur de la décision ou de l’opération doit se soumettre à la procédure décrite aux §§ 2 à 4 (*cf.* section 4.6.).

Art. 524	Auteur de la décision ou de l’opération	Relation concernée par cette décision ou opération
§ 1er, al. 1er, 1 ^o	SA ou SCA belge cotée	Relation entre l’auteur et une société belge ou étrangère liée à l’auteur. Toutefois, les filiales belges ou étrangères de l’auteur sont exclues.
§ 1er, al. 1er, 2 ^o	SA ou SCA belge cotée	Relation entre une filiale de l’auteur et une société belge ou étrangère liée à l’auteur. Sont toutefois exclus (i) l’auteur lui-même et (ii) les filiales belges ou étrangères de ladite filiale (*). La prudence recommande de considérer que les autres filiales belges ou étrangères de l’auteur (c.-à-d. les sociétés sœurs de la filiale) sont incluses dans le périmètre de l’article 524.
§ 5	Filiale – quelle que soit sa forme – belge non cotée d’une SA ou SCA belge cotée	Relation entre l’auteur et les sociétés belges ou étrangères liées à la SA ou SCA belge cotée. Toutefois les filiales belges ou étrangères de l’auteur sont exclues (*). La prudence recommande de considérer que les autres filiales belges ou étrangères de la SA ou SCA belge cotée (c.-à-d. les sociétés sœurs de l’auteur) sont incluses dans le périmètre de l’article 524.

(*) Exclusion non expressément prévue, mais conforme à l’intention du législateur et pouvant s’appuyer sur le texte du § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o.

¹⁴⁸ H. DE WULF, *T.R.V.* 2002, p. 585; P. ERNST et N. YOUNES, *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, n° 26, p. 204.

4.5. Exceptions

124. Aux termes du § 1^{er}, dernier alinéa, 1^o, de l'article 524 ce dernier n'est pas applicable "aux décisions et aux opérations habituelles intervenant dans des conditions et sous les garanties normales du marché pour des opérations de même nature".

Cette première exception est reprise sans changement de fond de l'ancien texte de l'article 524, de sorte que l'on pourra se référer aux commentaires et travaux préparatoires¹⁴⁹ relatifs à cette disposition. Elle est de plus mentionnée à l'article 523, § 3, alinéa 2 de sorte que les commentaires relatifs à ce dernier¹⁵⁰ pourront tout aussi utilement guider l'interprète.

En résumé, les opérations "habituelles" doivent se comprendre comme les opérations "courantes" et se définissent par référence à l'objet social et aux activités de la société en question. Au cours des travaux préparatoires de la loi du 13 avril 1995, il a été précisé que la notion d'opération habituelle ne se limite pas à celle de gestion journalière¹⁵¹. Ces opérations habituelles doivent être conclues dans des conditions et sous les garanties normales du marché; la référence en matière de "normalité" est donc ici celle du marché et non des opérations passées antérieurement par la société¹⁵².

125. Le § 1^{er}, dernier alinéa, 2^o de l'article 524 prévoit que cet article n'est pas davantage applicable "aux décisions et aux opérations représentant moins d'un pour cent de l'actif net de la société, tel qu'il résulte des comptes consolidés".

Cette seconde exception est nouvelle et pose plusieurs questions. L'on peut tout d'abord se demander à quelle société la disposition se réfère. S'agit-il de la société cotée ou de la société concernée par la décision ou l'opération? Les travaux préparatoires ne fournissent pas de réponse à cette question. Il s'agit selon nous de la société cotée¹⁵³, car la ligne directrice de l'article 524 est de prendre comme référence le groupe pris dans son ensemble.

Par ailleurs, que faut-il entendre par l'actif net "tel qu'il résulte des comptes consolidés"? Les travaux préparatoires sont de peu d'aide à cet égard. Selon le représentant du ministre, "il s'agi[t] de l'actif net au sens de l'article 617, alinéa 2, du Code des sociétés, tel qu'il résulte des comptes consolidés"¹⁵⁴. Cette précision laisse perplexe. La définition de l'article 617, alinéa 2, qui se situe dans le contexte des bénéfices distribuables, concerne en effet les comptes annuels, et non les comptes consolidés. La question se pose dès lors de savoir si l'actif net de la société "tel qu'il résulte des comptes consolidés" au sens de l'article 524 est (i) l'actif net consolidé tel qu'il résulte des comptes consolidés ou (ii) l'actif net de la société cotée tel qu'extraite des comptes consolidés (c'est-à-dire la part d'actif net de la société cotée dans les comptes consolidés). Selon nous, la première interprétation est la plus correcte¹⁵⁵. Si le législateur avait voulu viser l'actif net social de la société cotée, pourquoi se serait-il référé aux comptes consolidés et non aux comptes annuels? De plus, extraire un actif net social de comptes consolidés implique en principe une déconsolidation et ne relève pas de l'évidence¹⁵⁶. Il nous paraît donc que l'actif net concerné est l'actif net consolidé.

126. Bien que le § 5 ne renvoie pas expressément aux exceptions prévues par le § 1^{er}, il faut considérer que ces exceptions s'appliquent également dans le cadre du § 5, notamment si l'on a égard aux termes "le présent article n'est pas applicable [...]" utilisés par le § 1^{er}. Les travaux préparatoires¹⁵⁷ précisent d'ailleurs que "le § 1^{er} doit être considéré comme la base, que le § 5 complète sans y porter préjudice".

127. Enfin, il convient de noter que le nouveau texte ne reprend pas l'exception que prévoyait l'ancien article 524 pour les relations entre sociétés dont l'une détenait directement ou indirectement 95% au moins des voix attachées aux titres émis par l'autre ou entre sociétés dont 95% des voix attachées aux titres émis par chacune d'elles étaient détenus par une autre société.

^{149.} *Doc. parl.* Ch. 1992-93, n° 1005/19, p. 44 et *Doc. Parl.* Sénat 1993-94, n° 1086/2, pp. 129-130 et pp. 156-157.

^{150.} Cf. par exemple H. LAGA, "Belangenconflicten, aantal bestuurders en schriftelijke besluitvorming in de N.V.", in *De nieuwe vennootschappenwetten van 7 en 13 april 1995*, Biblo, 1995, pp. 175-220; L. SIMONT, "Conflits d'intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis", *R.P.S.* 1996, pp. 369-393; P. DE WOLF, "Les conflits d'intérêts au sein des sociétés à forme commerciale: réforme ou réaction", in *Le droit des sociétés - Aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruylant, 1999, pp. 310-320; P. ERNST, "Commentaar bij art. 523 W.Venn.", in *Vennootschappen en verenigingen - Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, f. mobiles.

^{151.} *Doc. parl.* Sénat 1993-94, n° 1086-2, p. 130.

^{152.} G. KEUTGEN et A.P. ANDRE-DUMONT, "La société et son fonctionnement", in *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruylant-Academia, 1995, p. 258.

^{153.} En ce sens également: H. DE WULF, *T.R.V.* 2002, p. 589; F. HELLEMANS et M. WAUTERS, *T.R.V.* 2002, n° 33, p. 487; P. BAERT, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 20, p. 90.

^{154.} *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/014, p. 262. Cf. dans le même sens l'avis de la CBF, *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/014, p. 105: "[...] les mots 'Actif net' ne semblent pas définis. L'on peut supposer qu'ils renvoient à la définition donnée à l'article 617, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés".

^{155.} *Contra*: M. WYCKAERT, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 23, p. 177, note 56, pour qui il s'agit de l'actif net de la société cotée tel qu'extraite des comptes consolidés. Comp. H. DE WULF, *T.R.V.* 2002, p. 589, qui paraît plus hésitant.

^{156.} Cf. H. DE WULF, *T.R.V.* 2002, p. 589.

^{157.} *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/014, p. 264.

4.6. Procédure

4.6.1. Procédure applicable lorsque l'auteur de la décision est la société cotée

128. La procédure prévue par les §§ 2 et 3 de l'article 524 est à plusieurs égards semblable à la procédure qui prévalait sous l'empire de l'article 524 ancien.

(i) Comité d'administrateurs indépendants et expert indépendant

129. La décision ou l'opération est préalablement soumise à l'appréciation d'un comité composé de trois¹⁵⁸ administrateurs indépendants (*cf.* section 4.6.3.), assisté par un ou plusieurs experts indépendants et chargé de rendre un avis motivé et écrit au conseil d'administration. Le libellé du texte laisse entendre que le comité forme un collège¹⁵⁹.

À propos du ou des experts indépendants, relevons que le texte prévoit désormais que ceux-ci sont désignés par le comité d'administrateurs indépendants – et non plus par le conseil d'administration dans son ensemble comme sous le régime ancien¹⁶⁰. Les critères au regard desquels l'indépendance de l'expert doit être vérifiée ne sont pas définis par la loi. Les travaux préparatoires précisent que cette vérification relève de la responsabilité des administrateurs indépendants et qu'il faut veiller à ce que l'expert "soit au moins indépendant à l'égard de l'opération à apprécier"¹⁶¹. Le ou les experts indépendants sont rémunérés par la société¹⁶².

130. Comme indiqué ci-avant (*cf.* section 4.2.), lorsqu'une décision ou une opération qui tombe dans le champ d'application de l'article 524 relève des pouvoirs attribués au comité de direction, celui-ci doit se dessaisir au profit du conseil d'administration, seul organe compétent pour solliciter l'avis des trois administrateurs indépendants et pour prendre la décision finale.

Une fois que le comité de direction a renvoyé la question au conseil d'administration, il nous semble que ce dernier doit se réunir afin de prendre acte de ce renvoi et, surtout, afin de décider si le conseil charge ou ne charge pas le comité

d'administrateurs indépendants de rendre son avis. En effet, le conseil d'administration pourrait considérer, lorsqu'il reçoit le dossier du comité de direction, qu'il convient dès ce moment de rejeter la décision en projet. Si le dossier était directement transmis par le comité de direction au comité d'administrateurs indépendants, le conseil d'administration serait privé de cette possibilité. Il pourrait certes encore rejeter la décision, mais uniquement après que l'avis du comité d'administrateurs indépendants (assisté de l'expert) aurait été rendu, avec la publicité et les coûts que cela implique. La lourdeur de cette procédure pourrait être quelque peu atténuée par l'installation préalable d'un comité permanent d'administrateurs indépendants au sein du conseil d'administration, ainsi que par une préparation aussi complète que possible du dossier par le comité de direction, avant renvoi au conseil¹⁶³. Il reste qu'à notre avis, une réunion du conseil d'administration de la société cotée est requise dès le moment du renvoi par le comité de direction.

(ii) Rapport du comité d'administrateurs indépendants

131. Le contenu du rapport du comité est en partie modifié. Il doit désormais déterminer, entre autres, "si la décision ou l'opération est ou non de nature à occasionner pour la société des dommages manifestement abusifs à la lumière de la politique menée par la société. Si le comité estime que la décision ou l'opération n'est pas manifestement abusive, mais qu'elle porte toutefois préjudice à la société, le comité précise quels bénéfices la décision ou l'opération porte en compte pour compenser les préjudices mentionnés"¹⁶⁴ (art. 524, § 2, al. 2).

(iii) Délibération du conseil d'administration

132. Comme antérieurement, le conseil d'administration délibère souverainement et sous sa seule responsabilité¹⁶⁵ après avoir pris connaissance du rapport, en appliquant l'article 523 s'il y a lieu (art. 524, § 3, al. 1). Le conseil n'est pas lié par le rapport du comité; s'il s'écarte de l'avis de celui-ci, il doit s'en expliquer dans le procès-verbal. Certain-

^{158.} Plusieurs auteurs relèvent à juste titre que le comité d'administrateurs indépendants peut compter plus de trois membres: X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T. n° 46*, n° 37, p. 81, note 281; J. MALHERBE, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés – Précis*, n° 966, p. 577; J. CATARUZZA, *Les relations intragroupes*, p. 128.

^{159.} H. DE WULF, *T.R.V. 2002*, p. 591; P. BAERT, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 23, pp. 92-93; M. CALUWAERTS, *Dernières évolutions*, n° 51, p. 208; P. ERNST et N. YOUNES, *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, n° 51, p. 222.

^{160.} F. HELLEMANS et M. WAUTERS, *T.R.V. 2002*, n° 36, p. 489; M. CALUWAERTS, *Dernières évolutions*, n° 50, p. 207.

^{161.} *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/014, p. 263.

^{162.} H. DE WULF, *T.R.V. 2002*, p. 592; P. BAERT, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 36, p. 98; M. CALUWAERTS, *Dernières évolutions*, n° 50, p. 207; M. WYCKAERT, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 24, p. 178.

^{163.} Le recours à la procédure écrite au sein du conseil d'administration (art. 521, al. 2) pourrait aussi être utilisé dans certains cas. Ses conditions de mise en œuvre sont toutefois très strictes, puisqu'il peut seulement être utilisé pour "les cas exceptionnels dûment justifiés par l'urgence et l'intérêt social" et nécessite une décision unanime des administrateurs. Il doit de plus être prévu par les statuts.

^{164.} *Cf.* à ce sujet les commentaires de la CBFA, *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/014, p. 106.

^{165.} *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 9.

nes mentions doivent être portées au procès-verbal de la réunion du conseil d'administration (art. 524, § 3, al. 2). Les administrateurs indépendants, membres du comité éponyme, prennent part à la délibération.

(iv) *Appréciation du commissaire*

133. Le commissaire rend désormais une appréciation quant à la fidélité des données figurant dans l'avis du comité et dans le procès-verbal du conseil. Le texte précise que cette appréciation est jointe au procès-verbal du conseil d'administration (art. 524, § 3, al. 3). Il ne s'agit donc pas d'un rapport préalable à la décision du conseil, mais d'un rapport qui suit à bref délai cette décision, ce qui est nouveau.

(v) *Publicité*

134. La loi prévoit enfin que *“la décision du comité, l'extrait du procès-verbal du conseil d'administration et l'appréciation du commissaire sont repris dans le rapport de gestion”* (art. 524, § 3, al. 4). L'expression curieuse de *“décision du comité”* (*“besluit van het comité”*) vise probablement les conclusions du rapport du comité, comme dans l'ancien texte de l'article 524¹⁶⁶.

4.6.2. *Procédure applicable lorsque l'auteur de la décision est une filiale*

135. Lorsqu'une société filiale sollicite l'autorisation de sa société mère cotée par application du § 5 de l'article 524, la société mère doit, pour statuer sur cette demande d'autorisation, appliquer la procédure visée au § 2 et 3.

L'autorisation devra toujours être demandée directement à la société mère cotée, même lorsque la filiale concernée est une sous-filiale. Il est donc inutile à la sous-filiale de s'adresser au(x) maillon(s) intermédiaire(s) qui la sépare(nt) de sa société mère cotée – laquelle est la seule tenue de disposer d'administrateurs indépendants. La procédure du § 5 est en effet prévue afin d'éviter que des administrateurs indépendants doivent être nommés dans chacune des filiales non cotées de la société mère cotée¹⁶⁷.

136. Le texte n'indique pas si l'appréciation, entre autres,

du gain ou du préjudice qui résulte de l'opération projetée, doit se faire à l'aune de la société mère et du groupe qu'elle dirige ou au contraire à l'aune de la seule société filiale non cotée. La première interprétation paraît être celle qui correspond le mieux aux objectifs du législateur¹⁶⁸.

4.6.3. *Désignation des administrateurs indépendants*

137. L'on sait que l'indépendance des administrateurs a déjà fait couler beaucoup d'encre. La volonté du législateur de s'attacher à définir cette notion ne pouvait qu'accentuer cette tendance et faire de l'article 524, § 4, al. 2 l'une des dispositions les plus commentées de la loi du 2 août 2002.

(i) *Critères d'indépendance*

138. L'ancien texte se limitait à exiger que les administrateurs indépendants soient *“choisis pour leur indépendance par rapport à la décision ou à l'opération envisagée”*. Désormais, c'est de manière nettement plus globale que les administrateurs doivent être indépendants, puisque leur indépendance s'apprécie par rapport à la direction de la société, à la détention de titres dans la société à concurrence de plus de 10%, aux relations familiales de l'administrateur et à toute *“relation avec une société”* de nature à mettre en cause l'indépendance de l'administrateur¹⁶⁹. Le Roi ou les statuts peuvent en outre prévoir des critères additionnels ou plus sévères.

L'on peut s'interroger sur l'efficacité du seuil fixé par la loi pour déterminer l'indépendance patrimoniale d'un administrateur, soit l'interdiction de détenir 10% ou plus du capital de la société cotée (art. 524, § 4, al. 2, 3°). Ce seuil est en effet fort élevé compte tenu de la composition de l'actionnariat de la plupart des sociétés cotées belges. Quant au dernier critère (art. 524, § 4, al. 2, 4°), relatif à toute relation avec une société de nature à mettre en cause l'indépendance de l'administrateur, celui-ci est critiqué par plusieurs commentateurs, qui y voient, non sans raison, une source d'insécurité juridique¹⁷⁰.

Un administrateur n'est indépendant qu'aussi longtemps qu'il remplit les critères énumérés par la loi. Si cet état vient à cesser, le mandat d'administrateur ne prend pas fin de ce fait, mais l'administrateur ne peut plus être désigné en qualité de membre du comité d'administrateurs indépendants.

^{166.} L'exposé des motifs se réfère toutefois à la publication *“du rapport du comité”* (Doc. parl. Ch., n° 50-1211/001, p. 22).

^{167.} Doc. parl. Ch., n° 50-1211/001, p. 22.

^{168.} M. WYCKAERT, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 24, p. 179.

^{169.} Le Code belge sur la gouvernance d'entreprise, publié le 9 décembre 2004 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005, recommande que le conseil d'administration de toute société belge cotée comporte au moins une moitié d'administrateurs non exécutifs, dont au moins trois administrateurs indépendants. Dans ce cadre, l'annexe A de ce code définit neuf critères d'indépendance, qui ne correspondent pas entièrement aux critères de l'art. 524. Il va toutefois de soi que, pour l'application de l'art. 524, sont seuls d'application les critères d'indépendance énoncés par cette disposition.

^{170.} H. DE WULF, *T.R.V. 2002*, p. 597; P. BAERT, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, n° 32, p. 97; M. CALUWAERTS, *Dernières évolutions*, n° 40, p. 198; N. THIRION, *Sociétés et ASBL*, n° 87, p. 360; M. WYCKAERT, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 32, p. 186. Le reproche avait déjà été formulé au cours des travaux préparatoires (Doc. parl. Ch., n° 50-1211/014, p. 29).

Enfin, on observera que, si l'administrateur indépendant est une personne morale, les critères d'indépendance doivent être remplis à la fois par la personne morale et par son représentant permanent¹⁷¹.

(ii) Désignation des administrateurs indépendants

139. L'article 524 n'impose pas directement la désignation d'administrateurs indépendants au sein de chaque société cotée¹⁷². Cependant toute société cotée est bien entendu tenue de disposer d'au moins trois administrateurs indépendants dès lors qu'elle souhaite accomplir une opération ou prendre une décision visée par l'article 524. Il s'ensuit qu'en pratique, la plupart des sociétés cotées devront désigner des administrateurs indépendants.

140. S'agissant de la procédure de désignation des administrateurs indépendants, les règles ordinaires en matière de nomination du conseil d'administration s'appliquent; l'organe compétent pour les nommer est donc l'assemblée générale¹⁷³.

La décision de nomination de tout administrateur indépendant doit indiquer les motifs sur la base desquels est octroyée la qualité d'administrateur indépendant (art. 524, § 4, *in fine*). Une formule prévoyant par exemple que l'administrateur concerné satisfait, à sa connaissance et à la connaissance du conseil, aux critères d'indépendance prévus par l'article 524 répond aux exigences de cette disposition¹⁷⁴.

La décision de nomination des administrateurs indépendants par l'assemblée est publiée par extrait au *Moniteur* (art. 74, 2°), et l'on devrait à cet égard pouvoir se limiter à mentionner l'identité des administrateurs et leur qualité d'indépendants – la loi n'exigeant pas la publication des motifs sur lesquels l'indépendance est fondée¹⁷⁵.

141. Dans les entreprises au sein desquelles il existe un conseil d'entreprise, "*la nomination des candidats en tant qu'administrateurs indépendants est portée à la connaissance du conseil d'entreprise préalablement à la nomination*

par l'assemblée générale. Une procédure similaire est requise en cas de renouvellement du mandat". Les travaux préparatoires confirment qu'il s'agit d'une simple communication préalable¹⁷⁶ et que le conseil d'entreprise "*n'a aucun pouvoir de décision*"¹⁷⁷. La communication devant intervenir avant la nomination par l'assemblée générale, c'est en réalité le nom du ou des candidats qu'il convient de porter à la connaissance du conseil d'entreprise¹⁷⁸.

142. Faut-il déduire de la référence, dans le passage cité au point qui précède, à une "*nomination par l'assemblée générale*" que la cooptation d'administrateurs par le conseil d'administration serait exclue? Tel n'était probablement pas l'intention du législateur, qui paraît avoir perdu de vue ce mode de nomination lors de la rédaction de ce texte. Une nomination par cooptation reste à notre avis possible¹⁷⁹. La procédure d'information du conseil d'entreprise devra être respectée dans ce cas de figure également.

(iii) Droit transitoire

143. Les administrateurs "indépendants" en fonction au moment de l'entrée en vigueur de l'article 524 nouveau sont tenus de se plier aux critères énoncés par la loi nouvelle (art. 524, § 4, al. 2). À défaut, et comme nous l'avons indiqué ci-dessus, ils ne peuvent plus se prévaloir de la qualité d'indépendant – mais conservent leur mandat d'administrateur.

Le seul critère d'indépendance auquel ces administrateurs indépendants¹⁸⁰ échappent est celui du délai de "viduité" (art. 524, § 4, al. 2, 1°), exclu expressément par les dispositions transitoires de la loi du 2 août 2002 (art. 53, al. 2, de la loi).

Pour le surplus, les administrateurs indépendants nommés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ont dû voir leur indépendance vérifiée selon la procédure et les critères formulés par le texte nouveau; leur qualité d'administrateurs indépendants au sens de la loi nouvelle a donc dû être expressément confirmée par l'assemblée générale¹⁸¹.

¹⁷¹ M. WAUTERS, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 32, p. 42; M. WYCKAERT, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 32, p. 186.

¹⁷² *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 9.

¹⁷³ Art. 518, § 2, C.soc.; art. 524, § 4, al. 1, C.soc. (notification, au conseil d'entreprise, de l'identité des candidats au(x) siège(s) d'administrateur indépendant "*préalablement à la nomination par l'assemblée générale*").

¹⁷⁴ Cf. H. DE WULF, *T.R.V. 2002*, p. 597; F. HELLEMANS et M. WAUTERS, *T.R.V. 2002*, n° 38, p. 490; K. GEENS et M. WYCKAERT, *Séminaire Vanham octobre 2002*, n° 24, p. 13; M. WAUTERS, *T.R.V. 2003*, n° 10, p. 152; P. ERNST et N. YOUNES, *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, n° 67, p. 230.

¹⁷⁵ H. DE WULF, *T.R.V. 2002*, p. 590 (qui relève cependant que cet oubli n'est probablement pas conforme à la volonté du législateur); M. WAUTERS, *T.R.V. 2003*, n° 10, p. 153; P. ERNST et N. YOUNES, *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, n° 67, p. 231.

¹⁷⁶ Exposé des motifs, *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 24.

¹⁷⁷ Déclaration du représentant du ministre, *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/014, p. 268.

¹⁷⁸ Cf. la déclaration en ce sens du représentant du ministre, *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/014, pp. 273-274.

¹⁷⁹ En ce sens également H. DE WULF, *T.R.V. 2002*, p. 590, note 43; M. CALUWAERTS, *Dernières évolutions*, n° 41, p. 199; M. WAUTERS, *T.R.V. 2003*, n° 11, pp. 153-154 (avec prudence); M. WYCKAERT, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 35, p. 189.

¹⁸⁰ Ou, si aucun administrateur indépendant n'avait été nommé avant l'entrée en vigueur de la loi, les trois administrateurs indépendants.

¹⁸¹ M. WAUTERS, *T.R.V. 2003*, n° 10, p. 156; M. WYCKAERT, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 39, p. 192.

4.7. Sanctions

144. Les violations de l'article 524 ne sont pas sanctionnées pénalement comme telles¹⁸². Le Code des sociétés prévoit deux types de sanctions civiles spécifiques: la nullité de la décision ou de l'opération et la mise en cause de la responsabilité des administrateurs et membres du comité de direction.

4.7.1. Nullité de la décision ou de l'opération

145. La première sanction est celle de la nullité que prévoit l'article 524, § 6: "*La société peut agir en nullité des décisions prises ou des opérations accomplies en violation des règles prévues au présent article, si l'autre partie à ces décisions ou opérations avait ou devait avoir connaissance de cette violation*".

Selon toute vraisemblance, les cas d'application de cette sanction se rencontreront rarement. En effet, puisque l'action en nullité doit être invoquée par "la société", elle suppose que le conseil d'administration revienne sur l'une de ses décisions, ce qui est peu probable en dehors de l'hypothèse particulière d'un changement d'actionnaire de contrôle et d'une modification consécutive de la composition du conseil d'administration de la société, ou encore d'une faillite de la société – le curateur pouvant, le cas échéant, intenter l'action en nullité¹⁸³.

4.7.2. Responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction

146. Selon l'article 529, alinéa 1^{er}, "*les administrateurs sont personnellement et solidairement responsables du préjudice subi par la société ou les tiers à la suite de décisions ou d'opérations approuvées par le conseil, même dans le respect des dispositions de l'article 524, pour autant que ces décisions ou opérations aient causé à la société un préjudice financier abusif au bénéfice d'une société du groupe*".

Relevons que, même en l'absence de ce texte spécifique:

- (i) la responsabilité des membres d'un conseil d'administration ou d'un comité de direction qui ne respecte-

raient pas la procédure de l'article 524 peut être mise en cause pour violation du Code des sociétés, sur la base de l'article 528, selon lequel ils "*sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions du présent code ou des statuts sociaux*";

- (ii) même s'ils respectent la procédure de l'article 524, mais que la société subit un préjudice, leur responsabilité peut être invoquée pour faute de gestion, sur la base de l'article 527, selon lequel ils "*sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion*". Le point de savoir si les tiers peuvent se prévaloir de l'article 527 est certes controversé. En revanche, l'article 529 protège les tiers de manière expresse.

147. Le régime de l'article 529 diffère néanmoins de celui de l'article 528 en ce qu'il ne prévoit pas d'exception à la responsabilité solidaire, alors que l'article 528 prévoit que les administrateurs et les membres du comité de direction sont déchargés de cette responsabilité solidaire "*si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions selon le cas, lors de la première assemblée générale ou lors de la première séance du conseil d'administration suivant le moment où ils en ont eu connaissance*". L'on aperçoit mal les raisons qui justifient de priver les administrateurs de cette faculté d'exonération dans le cadre de l'article 529. Il s'agit probablement d'une inadvertance dans la rédaction de l'article 529¹⁸⁴.

148. L'article 529, alinéa 3 étend la règle de l'alinéa 1^{er} aux membres du comité de direction. Cette extension laisse perplexe dans la mesure où, lorsque la procédure de l'article 524 est respectée, aucune décision n'est prise par le comité de direction; celui-ci est en effet tenu de se dessaisir au profit du conseil d'administration qui décide, souverainement et sous sa seule responsabilité, d'approuver ou de rejeter la décision ou l'opération envisagée. Pouvoir mettre en cause la responsabilité des membres du comité de direction dans un tel cas de figure, sur la base des deuxième et troisième alinéas de l'article 529, est pour le moins incongru puisque les membres du comité de direction n'ont pas participé à la décision incriminée¹⁸⁵.

^{182.} Ce qui, bien entendu, n'exclut pas une condamnation pour abus de biens sociaux, par exemple.

^{183.} *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 24.

^{184.} En ce sens également J. MALHERBE, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés – Précis*, n° 977, p. 581. Comp. M. FYON et N. DUPONT, "Responsabilité des dirigeants d'entreprise dans le fonctionnement des groupes de sociétés", in *Questions de responsabilités des dirigeants et conseillers*, Séminaire Vanham & Vanham du 13 février 2003, qui semblent estimer que l'art. 529 instaure une responsabilité "apparemment sans faute". Cf. également N. THIRION, *Sociétés et ASBL*, n° 89, p. 361; J. CATARUZZA, *Les relations intragroupes*, p. 131; K. GEENS, *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, pp. 51-52.

^{185.} H. DE WULF, *T.R.V.* 2002, p. 598; E. WYMEERSCH, *R.D.C.* 2002, n° 6, p. 603, note 14 ("*een storende materiële vergissing*"); N. THIRION, *Sociétés et ASBL*, n° 90, p. 362 (rédaction "*aberrante*").

4.8. Mention des charges et limitations substantielles dans le rapport de gestion

149. L'article 524, § 7 prévoit que "la société cotée indique dans son rapport annuel les limitations substantielles ou charges que la société mère lui a imposées durant l'année en question ou dont elle a demandé le maintien".

Aux termes de l'exposé des motifs, cette disposition constitue un palliatif à l'impossibilité du législateur belge d'imposer à une société cotée étrangère, mère d'une filiale cotée belge, de suivre la procédure de l'article 524. L'exposé des motifs précise que sont notamment visées les limitations imposées à une filiale belge cotée en matière de pénétration des divers marchés et la répartition des charges que la société mère ventile sur ses filiales, ainsi que divers cas de figure exposés par la CBFA dans ses rapports annuels à propos des anciennes sociétés à portefeuille¹⁸⁶. Seuls les actes ayant "une véritable influence sur la filiale" sont soumis à l'article 524, § 7.

Cette disposition constitue une première approche dans le Code des sociétés de la théorie des *corporate opportunities*¹⁸⁷. Cette théorie, qui trouve son origine dans le droit américain, vise à régir l'allocation des opportunités (ou chances) d'affaires, d'une part, entre un administrateur, informé d'une telle opportunité, et la ou les société(s) dont il est administrateur et, d'autre part, entre les sociétés d'un même groupe. C'est cette deuxième question que l'article 524, § 7 concerne plus particulièrement.

Le législateur est toutefois loin d'avoir abordé le sujet de front, puisqu'il ne traite que de l'aspect information dans le

rapport annuel, et encore de manière limitée, sans se prononcer sur le fond. La question des *corporate opportunities* continue dès lors à ne pas être réglementée en droit positif belge et c'est à la lumière des règles générales relatives, d'une part, à la responsabilité et aux devoirs des administrateurs et, d'autre part, à l'intérêt social, qu'il convient de se référer pour trancher ces questions. Celles-ci pourront également être réglées par convention conclue entre une société et tout ou partie de ses administrateurs ou entre sociétés d'un même groupe¹⁸⁸.

4.9. Entrée en vigueur

150. L'article 524 nouveau "s'applique pour la première fois aux exercices qui commencent après le 31 décembre 2003"¹⁸⁹. Pour les sociétés dont l'exercice commence le 1^{er} janvier, l'article 524 nouveau est donc entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004. Pour celles dont l'exercice commence, par exemple, le 1^{er} mai, l'ancien texte est demeuré en vigueur jusqu'au 30 avril 2004 et le nouveau texte est entré en vigueur le 1^{er} mai 2004.

151. Aucune disposition transitoire particulière n'a été prévue pour l'article 529, au contraire de l'article 524. En principe, celui-ci est dès lors entré immédiatement en vigueur. L'on peut toutefois se demander si tel était bien l'intention du législateur et si l'absence de disposition transitoire ne résulte pas d'un oubli. La doctrine est divisée sur ce point¹⁹⁰.

5. ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

152. La loi du 2 août 2002 a apporté trois modifications à la convocation et au fonctionnement de l'assemblée générale: (i) l'allongement des délais de convocation pour les sociétés cotées, (ii) la faculté de prévoir une procédure de date d'enregistrement pour ces mêmes sociétés et (iii) la possibilité de prendre par écrit certaines décisions qui relèvent de la compétence de l'assemblée générale des sociétés de capitaux.

153. La loi-programme du 27 décembre 2004 (art. 509 et s.) a apporté de nouvelles modifications en ce qui concerne les délais et les formalités de convocation de l'assemblée générale. Nous traiterons uniquement de celles relatives à la société anonyme.

5.1. Convocation de l'assemblée générale des sociétés anonymes cotées

5.1.1. Modifications apportées par la loi du 2 août 2002

154. La loi du 2 août 2002 a allongé les délais de convocation à l'assemblée générale des sociétés anonymes cotées. Cette modification n'a pas affecté les sociétés anonymes non cotées. Selon les travaux préparatoires, ces allongements du délai de convocation ont eu pour objectif de faciliter la participation des investisseurs, institutionnels¹⁹¹ et

¹⁸⁶. *Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/001, p. 20.

¹⁸⁷. H. DE WULF, *T.R.V.* 2002, p. 600; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T.* n° 46, n° 39, p. 86.

¹⁸⁸. Pour de plus amples développements, l'on consultera avec profit l'étude de D. WILLERMAIN à paraître dans cette revue.

¹⁸⁹. Art. 53 de la loi du 2 août 2002.

¹⁹⁰. En faveur d'une entrée en vigueur immédiate de l'art. 529 nouveau: H. DE WULF, *T.R.V.* 2002, p. 578; M. CALUWAERTS, *Dernières évolutions*, n° 64, p. 221. En faveur d'une entrée en vigueur concomitante à celle de l'art. 524 nouveau: M. WYCKAERT, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 38, p. 191; P. ERNST et N. YOUNES, *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, n° 76, p. 234.

¹⁹¹. *Doc. parl.* Ch., n° 1211/001, pp. 10 et 38.

étrangers¹⁹², qui auraient éprouvé certaines difficultés à participer aux assemblées générales.

155. Le délai de huit jours avant la date de l'assemblée générale pour la publication au *Moniteur belge* a ainsi été porté à quinze jours avant la date de l'assemblée ou, le cas échéant, quinze jours avant la date d'enregistrement (cf. section 5.2. ci-dessous) (art. 533, al. 1^{er}, a) tel que modifié par la loi du 2 août 2002).

Quant aux deux annonces qui devaient être publiées à la suite l'une de l'autre par voie de presse, suivant le régime instauré par la loi du 2 août 2002, la première devait être publiée huit jours au moins avant la seconde annonce – comme cela était déjà le cas auparavant – et la seconde devait être publiée quinze jours – au lieu de huit – avant la date de l'assemblée générale ou, le cas échéant, quinze jours avant la date d'enregistrement (art. 533, al. 1^{er}, b) tel que modifié par la loi du 2 août 2002).

156. Lorsqu'une assemblée générale extraordinaire est convoquée et dans l'hypothèse où une première assemblée n'a pas réuni le quorum de présence requis par la loi, une seconde assemblée doit toutefois être convoquée¹⁹³.

Suivant le régime instauré par la loi du 2 août 2002, si la date de cette seconde assemblée était indiquée dans la première convocation, la publication au *Moniteur belge* et la seconde publication par voie de presse devaient avoir lieu huit jours seulement avant la date de l'assemblée ou, le cas échéant, huit jours avant la date d'enregistrement (art. 533, al. 1^{er}, a) et b), tel que modifié par la loi du 2 août 2002). En revanche, si la date de la seconde assemblée n'avait pas été indiquée dans la première convocation, le délai étendu de quinze jours avant ladite assemblée était d'application (art. 533, al. 1^{er}, b) tel que modifié par la loi du 2 août 2002).

5.1.2. Modifications apportées par la loi-programme du 27 décembre 2004

157. La loi-programme du 27 décembre 2004 apporte trois nouveautés:

- une simplification des formalités de convocation de l'assemblée générale;
- une flexibilité dans les modes de convocation;
- une nouvelle modification des délais de convocation.

¹⁹² *Doc. parl. Ch.*, n° 1211/014, p. 8.

¹⁹³ Art. 558, al. 3.

¹⁹⁴ *Doc. parl. Ch.*, n° 1437/001 et 1438/001, pp. 311-312; *Doc. parl. Ch.*, n° 1437/024, pp. 31-32.

¹⁹⁵ E. WYMEERSCH et C. VAN DER ELST, "De werking van de algemene vergadering in de Belgische beursgenoteerde ondernemingen: een empirisch onderzoek", *R.D.C.* 1997, pp. 72-92.

¹⁹⁶ *Doc. parl. Ch.*, n° 1437/024, pp. 33 et s.

¹⁹⁷ *Doc. parl. Ch.*, n° 1437/011, amendement n° 9, p. 13 et *Doc. parl. Ch.*, n° 1437/031, amendement n° 61, p. 58.

158. Le législateur a en effet constaté que pas moins de cinq annonces de la convocation de l'assemblée générale étaient nécessaires: une annonce au *Moniteur belge* et, deux fois, dont la seconde quinze ou huit jours avant la date de l'assemblée générale selon que la société est cotée ou non, dans un organe de presse de diffusion nationale et dans un organe de presse régional du siège de la société. De plus, si des titres sont nominatifs, les actionnaires en nom doivent être convoqués par lettre. Ces formalités ont été jugées inutilement lourdes et exagérément coûteuses pour les entreprises¹⁹⁴.

Désormais, il est possible de convoquer l'assemblée générale annuelle, même pour une société cotée, par la seule publication au *Moniteur belge*, pour autant que cette assemblée se tienne dans la commune au lieu, jour et heure indiqués dans l'acte constitutif et que son ordre du jour se limite à l'examen des comptes annuels, du rapport de gestion et, le cas échéant, du rapport des commissaires, et au vote sur la décharge des administrateurs et, le cas échéant, des commissaires (art. 533, al. 1^{er}, nouveau). Cette simplification fait écho à une réflexion de certains auteurs qui se demandaient pourquoi il était nécessaire d'effectuer une publication de la convocation par voie de presse pour une assemblée qui est organisée chaque année, à la même date, le plus souvent au même endroit et avec le même ordre du jour¹⁹⁵.

Pour les autres assemblées générales, outre la publication au *Moniteur belge*, il est désormais uniquement nécessaire de procéder à une seule publication dans un organe de presse de diffusion nationale (art. 533, al. 1^{er}, b), nouveau). Il n'est donc plus requis de publier la convocation dans un organe de presse régional, ni de publier cette convocation à deux reprises.

Au cours de travaux préparatoires¹⁹⁶, certains parlementaires ont mis en exergue la perte de chiffre d'affaires que ces mesures allaient entraîner pour les groupes de presse, suggérant une période transitoire pour l'entrée en vigueur de ces mesures afin de permettre à la presse de s'y préparer. Les amendements déposés à cet effet n'ont pas été retenus, de sorte que les nouvelles mesures entrent immédiatement en vigueur¹⁹⁷.

159. Pour ce qui concerne les actionnaires nominatifs, les porteurs d'obligations ou les titulaires d'un droit de souscription en nom, les titulaires de certificats nominatifs émis avec la collaboration de la société, les administrateurs et les commissaires, le législateur apporte une flexibilité dans le mode de convocation: les convocations peuvent être adressées quinze jours avant l'assemblée par un autre moyen de

communication que la lettre ordinaire (par exemple par télécopie ou e-mail), pour autant que le destinataire ait accepté cet autre mode de communication “individuellement, expressément et par écrit”, sans qu’il doive être justifié de l’accomplissement de cette formalité (art. 533, al. 2, nouveau). Cette modification s’inspire de développements similaires dans des pays voisins tels l’Angleterre, la France et les Pays-Bas¹⁹⁸.

Quand l’ensemble des titres émis par la société sont nominatifs, il reste possible de se limiter à une simple convocation par lettre recommandée, sans qu’il soit nécessaire de procéder à la publication de l’annonce de la convocation. Toutefois, si les destinataires l’ont accepté individuellement, expressément et par écrit, la communication peut dorénavant être effectuée par un autre moyen de communication (art. 533, al. 3, nouveau).

Les moyens de communication alternatifs peuvent également être utilisés pour l’envoi des documents qui doivent être mis à la disposition des actionnaires¹⁹⁹; il serait par exemple concevable d’envoyer par e-mail la convocation à l’assemblée générale ordinaire, avec le projet de comptes annuels et les rapports de gestion et du commissaire, pour autant que les actionnaires concernés aient marqué leur accord sur cette procédure; en cas de conflit, la société doit toutefois pouvoir prouver que l’information a été communiquée aux actionnaires dans les délais légaux, en fournissant par exemple la preuve de l’envoi du courrier électronique avec accusé de réception²⁰⁰.

160. Enfin, les délais de convocation ont dû être ajustés, notamment pour tenir compte de la suppression de la double publication de la convocation de l’assemblée générale, et ce afin d’éviter que les délais soient excessivement raccourcis²⁰¹:

- les annonces à publier au *Moniteur belge* doivent l’être quinze jours avant la date de l’assemblée pour les sociétés non cotées.

Pour les sociétés cotées, ce délai est porté à vingt-quatre jours au moins avant l’assemblée ou, le cas échéant, vingt-quatre jours au moins avant la date d’enregistrement.

Si une nouvelle convocation est nécessaire et que la date de la deuxième assemblée a été indiquée dans la première convocation, la convocation pour la deuxième assemblée doit avoir lieu dix-sept jours au moins avant l’assemblée ou, le cas échéant, dix-sept

jours au moins avant la date d’enregistrement (art. 533, al. 1^{er}, a), nouveau) ;

- les annonces à publier dans un organe de presse de diffusion nationale doivent également l’être quinze jours avant la date de l’assemblée pour les sociétés non cotées.

Pour les sociétés cotées, ce délai est porté à vingt-quatre jours au moins avant l’assemblée ou, le cas échéant, vingt-quatre jours au moins avant la date d’enregistrement.

Si une nouvelle convocation est nécessaire et que la date de la deuxième assemblée a été indiquée dans la première convocation, la convocation pour la deuxième assemblée doit avoir lieu dix-sept jours au moins avant l’assemblée ou, le cas échéant, dix-sept jours au moins avant la date d’enregistrement (art. 533, al. 1^{er}, b), nouveau).

161. Les délais de mise à disposition et de transmission des documents relatifs à l’assemblée demeurent inchangés (art. 535)²⁰². On ignore si le maintien de ces délais en l’état est imputable à un oubli ou à une volonté délibérée du législateur, mais le résultat semble peu conforme à la *ratio legis* du texte nouveau²⁰³.

162. On notera enfin que des modifications similaires sont apportées à l’article 570 pour ce qui concerne les assemblées générales des obligataires d’une société anonyme.

5.2. Participation à l’assemblée générale d’une société anonyme cotée – Procédure de date d’enregistrement

163. La deuxième modification apportée par la loi du 2 août 2002 au fonctionnement de l’assemblée générale concerne les seules sociétés cotées. Il s’agit de l’introduction de la procédure de date d’enregistrement, d’inspiration anglo-saxonne (art. 536, al. 3, nouveau).

5.2.1. Procédures classiques

164. Pour mieux comprendre la raison d’être de la nouvelle procédure, il échet de rappeler brièvement les formalités relatives à la participation à l’assemblée générale.

¹⁹⁸. *Doc. parl. Ch.*, n° 1437/001 et 1438/001, pp. 311; *Doc. parl. Ch.*, n° 1437/024, pp. 30-31.

¹⁹⁹. Selon les travaux préparatoires, les termes “adresser” et “transmettre” qui sont notamment utilisés dans l’art. 535 doivent être interprétés comme tout moyen légalement prévu ou, le cas échéant, convenu avec l’associé pour communiquer l’information (*Doc. parl. Ch.*, n°s 1437/001 et 1438/001, pp. 310).

²⁰⁰. *Doc. parl. Ch.*, n°s 1437/001 et 1438/001, pp. 310-311; *Doc. parl. Ch.*, n° 1437/024, p. 30.

²⁰¹. *Doc. parl. Ch.*, n°s 1437/001 et 1438/001, pp. 313.

²⁰². La loi du 2 août 2002 a corrigé une petite incohérence entre les deux versions linguistiques de l’art. 535 en prévoyant qu’une copie des documents peut être obtenue par les personnes concernées “dans les quinze jours précédant l’assemblée” (et non plus “quinze jours” avant celle-ci).

²⁰³. F. HELLEMANS, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 20, p. 224.

En ce qui concerne les sociétés ordinaires, l'article 536, alinéa 1^{er} énonce que *“les statuts déterminent les formalités à accomplir pour être admis à l'assemblée générale”*. Les statuts imposent fréquemment aux actionnaires souhaitant prendre part à l'assemblée d'accomplir, quelques jours avant la réunion, certaines formalités telles que le dépôt et l'immobilisation des actions au porteur ou, en ce qui concerne les actionnaires nominatifs, l'envoi d'un avis de présence.

Pour les sociétés ayant ou faisant publiquement appel à l'épargne, l'article 536, alinéa 2 prévoit que le droit de participer à l'assemblée générale est subordonné, soit à l'inscription de l'actionnaire dans le registre des actions nominatives de la société, soit au dépôt des actions au porteur, soit au dépôt d'une attestation, établie par le teneur de comptes agréé ou l'organisme de liquidation constatant l'indisponibilité, jusqu'à la date de l'assemblée générale, des actions dématérialisées, aux lieux indiqués par l'avis de convocation, dans le délai porté par les statuts, sans que ce dernier puisse être supérieur à six jours ni inférieur à trois jours ouvrables avant la date fixée pour la réunion de l'assemblée générale; en cas de silence des statuts, ce délai expirera le troisième jour avant la date fixée pour la réunion.

Pratiquement, on détermine le dernier jour utile pour déposer les actions en comptant les jours à rebours, à partir de zéro heure du jour de la réunion²⁰⁴.

Lorsque la loi ou les statuts imposent le dépôt préalable des actions au porteur, c'est en principe les actions elles-mêmes qu'il convient de déposer. Les actionnaires déposants reçoivent un récépissé de dépôt dont la production peut être exigée avant l'admission dans la salle où se réunit l'assemblée. Il arrive toutefois très fréquemment que les actions de sociétés cotées soient confiées aux banques sous dossier fongible et consignées par les banques dans un système de liquidation. En pareille hypothèse, l'organisme de liquidation (telle que, par exemple, la CIK) émet une attestation d'immobilisation remise à l'actionnaire en vue de l'assemblée générale²⁰⁵.

5.2.2. Procédure d'enregistrement – Objectif et description

165. La modification législative vise à permettre aux actionnaires (surtout les investisseurs institutionnels) des sociétés cotées de participer et voter à l'assemblée générale sans devoir bloquer les actions qu'ils détiennent entre la date

d'accomplissement des formalités de participation à l'assemblée générale et la date de celle-ci.

Ainsi que l'exposé des motifs le précise, *“le blocage est de nature à nuire à la liquidité des actions. Certains investisseurs institutionnels ne peuvent d'ailleurs autoriser le blocage de leurs actions. Ils préfèrent alors ne pas exercer leur droit de vote. Pour remédier à cette situation, les législateurs étrangers ont prévu que le droit de vote pourrait être exercé par la personne pouvant prouver que les actions étaient inscrites à son nom au plus tard x jours avant l'assemblée générale. Les transactions boursières peuvent ainsi se poursuivre et le droit de vote peut être exercé”*²⁰⁶.

166. Selon la nouvelle disposition légale, si les statuts le prévoient, les actionnaires peuvent participer à l'assemblée générale et y exercer le droit de vote en fonction des actions dont ils sont détenteurs à une date d'enregistrement, à 24 heures (minuit)²⁰⁷, sans qu'il soit tenu compte du nombre d'actions dont ils sont détenteurs au jour de l'assemblée générale.

Cette procédure d'enregistrement est donc facultative et nécessite l'introduction dans les statuts de dispositions spécifiques. Elle n'est pas réservée aux titulaires d'actions au porteur et peut donc également s'appliquer aux détenteurs d'actions nominatives²⁰⁸.

Le conseil d'administration désignera un registre dans lequel est inscrit le nombre d'actions dont dispose chaque actionnaire à la date d'enregistrement (art. 536, al. 3, nouveau).

5.2.3. “Date” et “jour” de l'enregistrement

167. La “date d'enregistrement”, qui doit être fixée dans les statuts, est un jour unique à situer dans la fourchette prévue par la loi: elle ne peut être fixée ni avant le quinzième jour qui précède l'assemblée générale, ni après le cinquième jour qui précède cette assemblée. Les quinze jours sont des jours calendrier mais les cinq jours sont des jours ouvrables (art. 536, al. 3, nouveau)²⁰⁹.

168. La convocation à l'assemblée mentionnera le jour de l'enregistrement et la manière dont les actionnaires peuvent se faire enregistrer (art. 536, al. 3, *in fine*).

Le “jour de l'enregistrement” est le jour de l'année auquel tombe la “date d'enregistrement”, calculé à rebours à partir du jour de l'année choisi pour la tenue de l'assemblée.

^{204.} F. DE BAUW, *Vanham & Vanham 10 ans*, n° 19, p. 131.

^{205.} F. DE BAUW, *Les assemblées générales des sociétés anonymes*, Bruylant, 1996, pp. 108 et s.; F. DE BAUW, *Vanham & Vanham 10 ans*, n° 20, pp. 131-132.

^{206.} *Doc. parl.* Ch., n° 1211/001, pp. 10 et 38.

^{207.} Afin d'éviter un double enregistrement, par exemple, en cas de vente d'actions déjà enregistrées, suivie d'un nouvel enregistrement le même jour.

^{208.} F. HELLEMANS, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, p. 234; F. DE BAUW, *Vanham & Vanham 10 ans*, n° 25, p. 133.

^{209.} F. DE BAUW, *Vanham & Vanham 10 ans*, n° 26, p. 133.

Le “jour de l’enregistrement” est celui auquel la détention des actions “à 24 heures” doit être constatée. Ce n’est pas la société elle-même, mais une banque qui procédera à cette constatation. La société ne pourra donc procéder à l’enregistrement effectif qu’une fois en possession de la confirmation de cette constatation, qu’elle ne recevra forcément qu’après le “jour de l’enregistrement”. En pratique, il est conseillé que les statuts prévoient un délai plus long que le délai de cinq jours minimum pour permettre la remise de l’attestation à l’actionnaire et sa transmission à la société²¹⁰.

5.2.4. Caractère exclusif ou coexistence avec les procédures classiques

169. La procédure de date d’enregistrement, une fois insérée dans les statuts, est-elle exclusive des formalités existantes de dépôt ou peut-elle au contraire coexister avec celles-ci?

Nous sommes d’avis que la procédure de date d’enregistrement peut coexister avec les formalités existantes, dans la mesure où l’article 536, alinéa 3, nouveau stipule que les statuts d’une société cotée peuvent prescrire que les actionnaires “peuvent” participer à l’assemblée pour les actions dont ils sont détenteurs à la date d’enregistrement. S’il s’agissait d’une procédure exclusive, le législateur n’aurait-il pas utilisé une terminologie plus appropriée comme, par exemple, “les statuts d’une société cotée peuvent prescrire que, pour participer à l’assemblée, les actionnaires doivent...”? On notera également que le délai minimum de cinq jours ouvrables avant l’assemblée générale pour la date d’enregistrement est compatible avec le délai (minimum) de trois jours ouvrables pour le dépôt des actions au porteur prévu par le deuxième alinéa de l’article 536. Enfin, si l’objectif poursuivi par le législateur est de favoriser la participation des investisseurs institutionnels et de ne pas entraver les transactions boursières, il n’y a pas de raison d’ériger le remède en règle générale.

Le texte légal et les travaux préparatoires ne permettent toutefois pas de trancher la question. Les auteurs qui se sont prononcés sur la question à ce jour ont des opinions divergentes²¹¹, mais tous recommandent de régler explicitement la question dans les statuts²¹².

Rien n’interdit d’ailleurs à la société, si elle le souhaite, de prévoir dans les statuts que la procédure d’enregistrement sera la seule applicable, et d’exclure ainsi les procédures classiques. Deux observations doivent toutefois être faites à

cet égard. D’une part, il ne serait pas possible de réserver la procédure d’enregistrement à certains actionnaires (par exemple les investisseurs institutionnels) et d’obliger les autres actionnaires à recourir à la procédure classique. Dès lors que les statuts prévoient la faculté d’enregistrement, celle-ci doit, en vertu du principe de l’égalité de traitement, être ouverte à tous les actionnaires se trouvant dans la même situation juridique. D’autre part, l’adoption exclusive de la procédure d’enregistrement peut compliquer la participation des actionnaires nominatifs; même dans les sociétés cotées, ces actionnaires peuvent en effet avoir accès à l’assemblée sans devoir accomplir, au préalable, des formalités de préavis, sauf exigence supplémentaire des statuts²¹³.

5.2.5. Inconvénients de la nouvelle procédure

170. La nouvelle procédure d’enregistrement présente également des inconvénients: exercice du droit de vote sans propriété et double utilisation d’un même droit de vote.

La procédure d’enregistrement peut tout d’abord avoir pour conséquence que l’actionnaire qui a cédé ses actions entre la date d’enregistrement et la date de l’assemblée générale peut néanmoins voter de manière valable à l’assemblée, alors que le nouvel acquéreur ne le peut pas, à défaut d’avoir enregistré ses actions à la date d’enregistrement prévue²¹⁴. Ce point a été critiqué par le Conseil d’Etat, qui a suggéré de prévoir que l’actionnaire concerné ne peut pas voter à concurrence des actions qu’il aurait vendues entre la date d’enregistrement et la date de l’assemblée générale. Cette suggestion n’a pas été retenue, bien que la question ait fait l’objet de controverses lors des travaux parlementaires.

Le risque existe également que le droit de vote d’une même action puisse être exercé deux fois, par deux personnes différentes au cours d’une même assemblée sans que l’on s’en aperçoive. En effet, si les différentes procédures coexistent, il se pourrait qu’un titulaire d’actions au porteur utilise la procédure d’enregistrement, puis une fois enregistré, cède ses actions à un tiers lequel recourt en temps utile à la procédure classique d’immobilisation des actions au porteur. L’adoption exclusive de la procédure d’enregistrement ne supprime cependant pas totalement le risque de double comptages puisqu’il dépend de la capacité des banques et des autres intermédiaires à constater en temps réel le “jour d’enregistrement”, à “24 heures” la détention effective de leurs actions par toutes les personnes qui recourent à cette procédure²¹⁵.

²¹⁰ F. DE BAUW, *Vanham & Vanham 10 ans*, n° 27, p. 134.

²¹¹ En faveur de l’exclusivité: C. HAVERANS et H. VAN DRIESSCHE, *T.R.V. 2003*, n°s 63-64, p. 228. En faveur du cumul: F. DE BAUW, *Vanham & Vanham 10 ans*, n° 31, p. 135; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T. n° 46*, n° 71, p. 137.

²¹² F. DE BAUW, *Vanham & Vanham 10 ans*, n° 31, p. 135; C. HAVERANS et H. VAN DRIESSCHE, *T.R.V. 2003*, n° 65, p. 229.

²¹³ F. DE BAUW, *Vanham & Vanham 10 ans*, n°s 32-33, pp. 135-136.

²¹⁴ *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, p. 61. Cf. notamment *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/014, p. 206.

²¹⁵ Pour plus de détails sur ces questions, cf. F. DE BAUW, *Vanham & Vanham 10 ans*, n°s 35-39, pp. 136-138.

5.2.6. Adaptation des sanctions pénales.

171. On relèvera enfin que la disposition du Code des sociétés relative aux sanctions pénales a été adaptée pour s'appliquer à toute personne ayant pris part au vote à l'assemblée générale, en se présentant sciemment comme propriétaire d'actions qui ne leur appartiennent pas "au moment de l'assemblée générale ou, le cas échéant, à la date d'enregistrement, en application de l'art. 536, alinéa 3" (art. 651, 1^o, nouveau).

5.2.7. Appréciation: recours limité à la nouvelle procédure

172. La procédure de date d'enregistrement répondra-t-elle aux attentes des entreprises? Il est sans doute encore trop tôt pour le dire, mais l'on peut déjà observer qu'au 1^{er} septembre 2004, sur l'ensemble des sociétés entrant dans la composition du BEL20, seules trois d'entre elles ont adapté leurs statuts de manière à pouvoir recourir à cette procédure²¹⁶. Ces trois sociétés ont opté pour un système de coexistence des procédures, laissant à leur conseil d'administration le soin de décider, pour chaque assemblée, laquelle des procédures devra s'appliquer et quels actionnaires pourront en bénéficier. Il ressort des convocations pour l'assemblée générale de 2004 que le conseil d'administration d'une seule de ces sociétés a fait usage de cette nouvelle faculté et au seul bénéfice des titulaires d'actions au porteur. Il demeure toutefois une incertitude quant à la question de savoir si les statuts peuvent déléguer la décision (finale) de mise en place de la procédure de date d'enregistrement au conseil d'administration²¹⁷.

5.3. Prise de décisions par écrit

5.3.1. Introduction et ratio legis

173. La dernière modification en matière d'assemblée générale concerne cette fois les quatre sociétés de capitaux régies par le Code des sociétés – auxquelles il faut désormais ajou-

ter la société européenne (SE)²¹⁸. Les associés d'une SPRL (art. 268, § 2, nouveau) et d'une société coopérative (art. 382, dernier al., nouveau), ainsi que les actionnaires d'une société anonyme (art. 536, dernier al., nouveau) et ceux d'une société en commandite par action (art. 657) ou d'une société européenne (art. 9.1 du règlement 2157/2001) peuvent désormais prendre par écrit, à l'unanimité, toutes les décisions qui relèvent de l'assemblée générale, à l'exception de celles qui requièrent un acte authentique²¹⁹.

174. L'objectif poursuivi par le législateur est, ici encore, de faciliter le fonctionnement de l'assemblée générale. En ce qui concerne les sociétés anonymes, la procédure écrite ne pourra en pratique s'appliquer qu'aux sociétés dont les actions ne sont pas disséminées dans le public. L'exigence de l'unanimité implique en effet que la société doit connaître l'identité de tous les actionnaires et obtenir la signature de chacun d'entre eux.

Le principe même de la prise de décision par écrit a suscité d'importantes oppositions lors des travaux parlementaires, sur la base d'arguments relatifs à l'importance du débat lors des assemblées générales, à la nature d'organe délibérant de l'assemblée générale, à l'affaiblissement de cet organe par rapport à l'organe de gestion et aux recommandations de *corporate governance*²²⁰. Dans la mesure où l'exigence d'unanimité restreint nécessairement le recours à la procédure écrite, ces critiques peuvent paraître excessives. Par ailleurs, le procédé permet d'assurer la validité d'assemblées générales qui se tiendraient par conférence téléphonique ou par vidéoconférence, les actionnaires qui ne se seraient pas réunis en un même lieu pouvant ainsi confirmer par écrit les votes qu'ils ont émis au cours de la conférence, avec l'avantage d'un échange de vues préalable qui préserve le caractère délibérant de l'assemblée²²¹.

5.3.2. Conditions d'utilisation de la procédure écrite

175. Le texte légal pose trois conditions à respecter en cas de recours à la procédure écrite: l'unanimité, l'écrit et le respect de la compétence de l'assemblée générale.

²¹⁶. Pour une appréciation chiffrée couvrant un échantillon plus large de sociétés, mais illustrant tout autant le peu d'engouement suscité par la procédure d'enregistrement, cf. C. VAN DER ELST, "Corporate governance: een wettelijke (r)evolutie", *T.R.V.* 2004, pp. 81-82.

²¹⁷. En faveur d'une délégation du conseil d'administration: C. HAVERANS et H. VAN DRIESSCHE, *T.R.V.* 2003, n° 43, pp. 221-222. Contre une telle délégation: F. HELLEMANS, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 33, pp. 234-235.

²¹⁸. Art. 9.1 du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), *J.O.C.E.* du 10 novembre 2001, n° L 294, p. 1 (*errata*, *J.O.C.E.*, n° L 302, 20 novembre 2003). *Adde* arrêté royal du 1^{er} septembre 2004 portant exécution du règlement européen (*M.B.* 9 septembre 2004, éd. 2), cf. en particulier le rapport au Roi, commentaire de l'art. 4.

²¹⁹. Le projet de loi prévoyait initialement que les décisions qui doivent être passées par acte authentique pourraient également être prises suivant la procédure écrite, avec une intervention *a posteriori* du notaire. Ces décisions ont été exclues de la nouvelle procédure par écrit à la suite de l'avis du Conseil d'État et des observations et la Fédération royale du notariat belge. Sur cette question: *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/001, pp. 39 et 52, n° 50-1211/007, p. 6 et n° 50-1211/014, pp. 201 et 246.

²²⁰. Cf. notamment, *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/014, pp. 166 et 192; *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/003, pp. 7 et 247; *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/007, p. 9 et n° 50-1211/014, p. 247.

²²¹. F. DE BAUW, *Vanham & Vanham 10 ans*, n° 14, p. 130.

L'exigence d'unanimité porte bien entendu non seulement sur le recours à la procédure mais aussi sur les décisions prises en vertu de celle-ci; tant l'utilisation de la procédure que les décisions mentionnées à l'ordre du jour doivent être approuvées à l'unanimité des membres de l'assemblée générale²²².

176. Quant à l'exigence d'écrit, celle-ci peut être respectée de plusieurs manières. Les décisions prises peuvent indifféremment²²³ consister en un document unique, signé par tous les associés ou actionnaires après avoir circulé entre eux, ou en un ensemble de lettres, signées chacune par un associé ou actionnaire, prévoyant qu'il y a accord sur un document déterminé²²⁴, ou encore comportant un texte identique.

À défaut de précision spécifique dans le projet de procès-verbal de l'assemblée, la date de la décision est celle "à laquelle toutes les parties ont signé le document et marqué leur accord quant à son contenu"²²⁵. Si tous les associés ou actionnaires ont marqué leur accord le même jour, aucune difficulté ne se pose. Dans les autres cas, la date de la décision sera réputée être celle à laquelle le dernier consentement aura été donné. Il pourrait dès lors s'écouler un certain laps de temps entre le moment où le premier consentement est acquis et celui où la décision sera adoptée.

Le projet de procès-verbal de l'assemblée générale pourrait cependant prévoir une date à laquelle il devra être vérifié que chaque actionnaire ou associé a voté en faveur de la décision proposée et qui constituera la date à laquelle cette décision se rattacherait²²⁶.

S'il devait s'avérer que la condition d'unanimité n'est pas remplie, l'associé ou l'actionnaire s'étant exprimé par écrit ne devrait pas être lié par sa décision initiale au cours de l'assemblée (délibérante) qui s'ensuivrait.

177. La procédure écrite ne peut en aucun cas être utilisée pour les décisions "qui doivent être passées par acte authentique".

Il s'ensuit que la nomination des administrateurs, l'approbation des comptes annuels et la décharge pourront être adoptées par écrit. En revanche, une telle possibilité est exclue pour les décisions portant modification des statuts et les aug-

mentations ou réductions de capital²²⁷. La possibilité de recourir à la procédure écrite lors de l'assemblée générale convoquée en cas de perte du capital social (artt. 332, 431 et 633²²⁸) est discutée²²⁹.

5.3.3. Absence d'autres conditions

178. La loi ne formule aucune condition supplémentaire à celles qui viennent d'être exposées. Par conséquent, aucune mention expresse de l'utilisation de la procédure écrite dans les statuts n'est requise, mais ceux-ci peuvent limiter ou interdire le recours à la procédure écrite²³⁰.

De même, aucune limite temporelle n'est fixée au recours à la procédure écrite de sorte que les associés ou actionnaires pourraient ne pas avoir à se réunir aussi longtemps que l'assemblée ne prend aucune décision devant être passée par acte authentique. Toutefois, et au risque de souligner une évidence, le recours à la procédure écrite ne dispense pas de l'établissement et de la soumission aux associés ou aux actionnaires des rapports à établir par l'organe de gestion ou les commissaires.

179. Bien que cela ne ressorte pas expressément du texte de la loi, aucune formalité de convocation ne paraît devoir s'appliquer en cas de procédure écrite²³¹.

Il s'ensuit notamment que les porteurs de titres autres que les actions ou parts sociales ne pourront plus faire usage de la voix consultative dont ils disposent, puisque la procédure écrite implique en elle-même l'absence de toute réunion de l'assemblée générale et qu'aucune information préalable à la prise de décision écrite n'est organisée par les nouvelles dispositions à leur intention – alors que la loi impose d'informer ces porteurs en cas de tenue d'une assemblée générale.

Les personnes concernées sont, pour la SPRL, les porteurs de certificats émis en collaboration avec la société et les porteurs d'obligations (artt. 268 et 271) et, pour la société anonyme, outre les personnes précitées, les porteurs de droits de souscription et d'obligations convertibles (artt. 533 et 537). La loi réserve certes à ces personnes la faculté de prendre connaissance des décisions prises par écrit (art. 268, § 2, et

²²² Doc. parl. Ch., n° 50-1211/001, p. 39.

²²³ F. DE BAUW, *Vanham & Vanham 10 ans*, n°s 12-13, p. 129; C. HAVERANS et H. VAN DRIESSCHE, *T.R.V.* 2003, n° 9, p. 211; R. NIEUW DORP, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, p. 117; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T. n° 46*, n° 66, p. 129.

²²⁴ Déclarations du Ministre de la Justice, *Doc. parl. Ch.*, n° 50-1211/014, p. 249.

²²⁵ Doc. parl. Ch., n° 50-1211/014, p. 249.

²²⁶ F. HELLEMANS, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 12, p. 215.

²²⁷ Pour une énumération détaillée, cf. F. HELLEMANS, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 7, pp. 204-206.

²²⁸ L'art. 633 est applicable à la SCA (art. 657 C.soc.) et à la SE (art. 9.1 règlement CE, n° 2157/2001).

²²⁹ H. BRAECKMANS, *R.W.* 2002-03, n° 29, p. 1647 fait part de ses doutes. D'autres auteurs estiment pour leur part que la procédure écrite est concevable lorsque l'assemblée ne prononce pas la dissolution de la société (X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T. n° 46*, n° 64, p. 126; P. MALHERBE, "La Corporate Governance dans la relation entre la société et ses actionnaires", in *Corporate Governance*, Séminaire Vanham & Vanham octobre 2004, p. 2). Nous partageons leur analyse.

²³⁰ F. HELLEMANS, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 6, pp. 202-203; R. NIEUW DORP, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, p. 115.

²³¹ F. HELLEMANS, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*, n° 10, pp. 213-214; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T. n° 46*, n° 67, p. 131.

art. 536, al. 4), mais il s'agit là d'une prise de connaissance *a posteriori*, de sorte que leur voix consultative est déniée en cas de recours à la procédure écrite^{232,233}. On peut s'étonner du sort ainsi réservé à ces porteurs, dont le traitement variera au gré de l'utilisation de la procédure écrite et de la tenue effective de l'assemblée.

5.3.4. Comparaison avec le fonctionnement du conseil d'administration (SA)

180. On remarquera que les règles relatives à la prise de décision écrite par le conseil d'administration de la société

anonyme – qui n'ont pas été modifiées – sont plus strictes que celles introduites pour les assemblées générales. Les décisions du conseil d'administration ne peuvent être prises par écrit que pour autant que (art. 521):

- une clause statutaire autorise la prise de décision écrite par le conseil d'administration;
- la procédure écrite ne peut être utilisée que dans des cas exceptionnels, dûment justifiés par l'urgence et l'intérêt social;
- la procédure écrite n'est pas permise pour l'arrêt des comptes annuels, l'utilisation du capital autorisé et dans tous autres cas que les statuts entendraient excepter.

TABLE DES CONTRIBUTIONS CITÉES DE MANIÈRE ABRÉGÉE

BAERT, P., "De nieuwe regeling van de groepsinterne belangenconflicten (art. 524 W. Venn.)", in *Behoorlijk vennootschapsbestuur – Een analyse van de wet van 2 augustus 2002*, Intersentia, 2003, pp. 77-109, abrégé P. BAERT, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*.

BRAECKMANS, H., "De wet van 2 augustus 2002 inzake behoorlijk vennootschapsbestuur (corporate governance)", *R.W.* 2002-03, pp. 1641-1651, abrégé H. BRAECKMANS, *R.W.* 2002-03.

BRAECKMANS, H., "Bestuur van de BVBA door een rechtspersoon en de vaste vertegenwoordiger van de bestuurderrechtspersoon", in *Behoorlijk vennootschapsbestuur – Een analyse van de wet van 2 augustus 2002*, Intersentia, 2003, pp. 1-21, abrégé H. BRAECKMANS, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*.

BYTTEBIER, K., "Nieuwe corporate governance-opportunititeiten op het vlak van de bestuursinrichting", in *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, Kluwer, 2004, pp. 137-181, abrégé K. BYTTEBIER, *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*.

CALUWAERTS, M., "Conflits d'intérêts et droit des groupes", in *Dernières évolutions en droit des sociétés*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2003, pp. 161-223, abrégé M. CALUWAERTS, *Dernières évolutions*.

CAPRASSE, O., "Personne morale administrateur et comité de direction", *DAOR* 2002, pp. 328-342, abrégé O. CAPRASSE, *DAOR* 2002²³⁴.

CATARUZZA, J., "Spécificités du Code des sociétés appliqué aux groupes de sociétés", in *Le droit des affaires en évolu-*

tion – Les relations intragroupes, Bruylant-Kluwer, 2004, pp. 103-133, abrégé J. CATARUZZA, *Les relations intragroupes*.

DE BAUW, F., "Le fonctionnement de l'assemblée générale – Quelques développements récents", in *Actualités en droit des affaires*, Recueil Vanham & Vanham 10 ans, 2003, pp. 125-151, abrégé F. DE BAUW, *Vanham & Vanham 10 ans*²³⁵.

DE WULF, H., "De nieuwe regeling voor intra-groepsbeslissingen: het herschreven art. 524 W. Venn.", *T.R.V.* 2002, pp. 576-603, abrégé H. DE WULF, *T.R.V.* 2002²³⁶.

DE WULF, H., "De rechtspersoon-bestuurder en de schriftelijke algemene vergadering", *NjW* 2003, pp. 474-488, abrégé H. DE WULF, *NjW* 2003.

DE WULF, H., "De wet corporate governance en het bestuur: directiecomité en intra-groepsverrichtingen", in *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Intersentia, 2003, pp. 197-258, abrégé H. DE WULF, *Financiële regulering*.

DIEUX, X. et WILLERMAIN, D., *Corporate Governance – La loi du 2 août 2002*, Les dossiers du Journal des Tribunaux, n° 46, Larcier, 2004, 147 p., abrégé X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Dossier du J.T. n° 46*.

ERNST, P. et VAN DEN EYNDEN, L., "De corporate governance-wet verleent aan het directiecomité een wettelijke basis en een flexibel regime", in *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, Intersentia, 2003, pp. 23-76, abrégé P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*²³⁷.

²³². Ce point a fait l'objet de critiques de la part des experts consultés lors des travaux préparatoires (*Doc. parl.* Ch., n° 50-1211/014, pp. 169 et 192).

²³³. Certains auteurs recommandent aux sociétés qui auraient recours à la procédure écrite de veiller à ce que les titulaires de titres qui disposent en principe d'une voix consultative soient avertis du recours à cette procédure et puissent, le cas échéant, faire valoir leurs observations et les communiquer aux actionnaires avant que ceux-ci n'expriment leur consentement par écrit (F. DE BAUW, *Vanham & Vanham 10 ans*, n° 13, p. 129).

²³⁴. Également publié in *Sociétés et ASBL: questions d'actualité*, Liège, Formation permanente CUP, vol. n° 62, 2003, pp. 253-291.

²³⁵. Également publié in *Corporate Governance*, Séminaire Vanham & Vanham du 24 octobre 2002.

²³⁶. Également publié in *Vennootschappen en verenigingen – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, f. mobiles, 2003.

²³⁷. Également publié in *T.R.V.* 2002, pp. 547-575.

- ERNST, P. et YOUNES, N., “Groepsinterne belangenconflicten in de wet corporate governance – Een eerste commentaar op het nieuwe artikel 524 W. Venn.”, in *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, Kluwer, 2004, pp. 183-236, abrégé P. ERNST et N. YOUNES, *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*.
- EYBEN, A.-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, *R.P.S.* 2003, pp. 131-171, abrégé A.-C. EYBEN, *R.P.S.* 2003. FORIERS, P.-A. et DE POTTER, C., “Conflits d’intérêts et droit des groupes en émergence”, in *Actualités en droit des affaires*, Recueil Vanham & Vanham 10 ans, 2003, pp. 311-329, abrégé P.-A. FORIERS et C. DE POTTER, *Vanham & Vanham 10 ans*.
- GEENS, K. et WYCKAERT, M., “La nouvelle réglementation des conflits d’intérêts au sein des groupes”, in *Corporate Governance*, Séminaire Vanham & Vanham du 24 octobre 2002, abrégé K. GEENS et M. WYCKAERT, *Séminaire Vanham octobre 2002*.
- GEENS, K. et WYCKAERT, M., “Le comité de direction dans l’ère dualiste: l’ambiguïté continue?”, in *Corporate Governance*, Séminaire Vanham & Vanham du 28 octobre 2004, abrégé K. GEENS et M. WYCKAERT, *Séminaire Vanham octobre 2004*.
- GEENS, K., “Le conseil d’administration dans le système moniste belge”, in *L’organisation du pouvoir dans la société anonyme – Hommage à Madame Benoît-Moury*, Bruylant, 2004, pp. 25-52, abrégé K. GEENS, *L’organisation du pouvoir dans la société anonyme*.
- GOFFIN, J.-F. et RALET, O., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Larcier, 2004, 505 p., abrégé J.-F. GOFFIN et O. RALET, *Responsabilités des dirigeants*.
- HAVERANS, C. et VAN DRIESSCHE, H., “De Wet Corporate Governance en de algemene vergadering van aandeelhouders”, *T.R.V.* 2003, pp. 207-236, abrégé C. HAVERANS et H. VAN DRIESSCHE, *T.R.V.* 2003.
- HELLEMANS, F., “De algemene vergadering en de Wet Corporate Governance”, in *Nieuw vennootschapsrecht 2002: wet corporate governance*, Biblo, 2003, pp. 195-244, abrégé F. HELLEMANS, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*²³⁸.
- HELLEMANS, F. et WAUTERS, M., “Het Wetboek van Vennootschappen gewijzigd door de wetten van 2 Augustus en 4 September 2002: een overzicht”, *T.R.V.* 2002, pp. 475-502, abrégé F. HELLEMANS et M. WAUTERS, *T.R.V.* 2002.
- HERMANT, P. et BERTSCH, C., “La composition et le rôle du comité de direction dans la société anonyme au regard des dernières évolutions législatives”, in *Dernières évolutions en droit des sociétés*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2003, pp. 117-149, abrégé P. HERMANT et C. BERTSCH, *Dernières évolutions*.
- KEUTGEN, G., “Le comité de direction: un nouvel organe sociétaire”, in *L’organisation du pouvoir dans la société anonyme – Hommage à Madame Benoît-Moury*, Bruylant, 2004, pp. 57-86, abrégé G. KEUTGEN, *L’organisation du pouvoir dans la société anonyme*.
- LEROUX, E., “De vaste vertegenwoordiger van de rechtspersoon-bestuurder”, *Notariaat* 2003, pp. 502 à 535, abrégé E. LEROUX, *Notariaat* 2003.
- MALHERBE, J., LAMBRECHT, P. et MALHERBE, P., *Droit des sociétés – Précis*, Bruylant, 2004, 1203 p., abrégé J. MALHERBE, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés – Précis*.
- MEUNIER, J., “Le nouveau comité de direction des sociétés anonymes – Quelles ‘directions’ choisir?”, *R.P.S.* 2004, pp. 5-57, abrégé J. MEUNIER, *R.P.S.* 2004.
- NELISSEN GRADE, J.-M., “Het nieuwe directiecomité”, in *Nieuw Vennootschapsrecht 2002 – Wet Corporate Governance*, Biblo, 2003, pp. 106-156, abrégé J.-M. NELISSEN GRADE, *Nieuw Vennootschapsrecht 2002*.
- NIEUWDORP, R., “De algemene vergadering”, in *Behoorlijk vennootschapsbestuur – Een analyse van de wet van 2 augustus 2002*, Intersentia, 2003, pp. 111-133, abrégé R. NIEUWDORP, *Behoorlijk vennootschapsbestuur*.
- SPRUYT, E., “De wet ‘deugdelijk bestuur’: statutair werk aan de winkel voor het notariaat?”, *Not. Fisc. M.* 2003, pp. 1-26, abrégé E. SPRUYT, *Not. Fisc. M.* 2003.
- THIRION, N., “Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes?”, in *Sociétés et ASBL: questions d’actualité*, Formation permanente CUP, vol. n° 62, 2003, pp. 293-369, abrégé N. THIRION, *Sociétés et ASBL*.
- WAUTERS, M., “Onafhankelijke bestuurders in genoteerde vennootschappen: herbenoeming vereist!”, *T.R.V.* 2003, pp. 148-157, abrégé M. WAUTERS, *T.R.V.* 2003.
- WAUTERS, M., “De bestuurder-rechtspersoon en zijn vaste vertegenwoordiger”, in *Nieuw vennootschapsrecht 2002 – Wet Corporate Governance*, Biblo, 2003, pp. 13-106, abrégé M. WAUTERS, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*.
- WYCKAERT, M., “De nieuwe belangenconflictregering: op naar een Belgisch groepsrecht?”, in *Nieuw Vennootschapsrecht 2002 – Wet Corporate Governance*, Biblo, 2003, pp. 157-194, abrégé M. WYCKAERT, *Nieuw vennootschapsrecht 2002*.
- WYMEERSCH, E., “Corporate Governance naar nieuw Belgisch recht – Een eerste commentaar”, *R.D.C.* 2002, pp. 601-606, abrégé E. WYMEERSCH, *R.D.C.* 2002^{239,240}.

²³⁸. Également publié in *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, Kluwer, 2004, pp. 93-135.

²³⁹. La rédaction de la présente contribution a été achevée le 25 janvier 2005.

²⁴⁰. Les auteurs remercient Me Thierry Delvaux pour l’aide précieuse qu’il leur a apportée dans la préparation de la présente étude.