eubelius

advocaten avocats attorneys

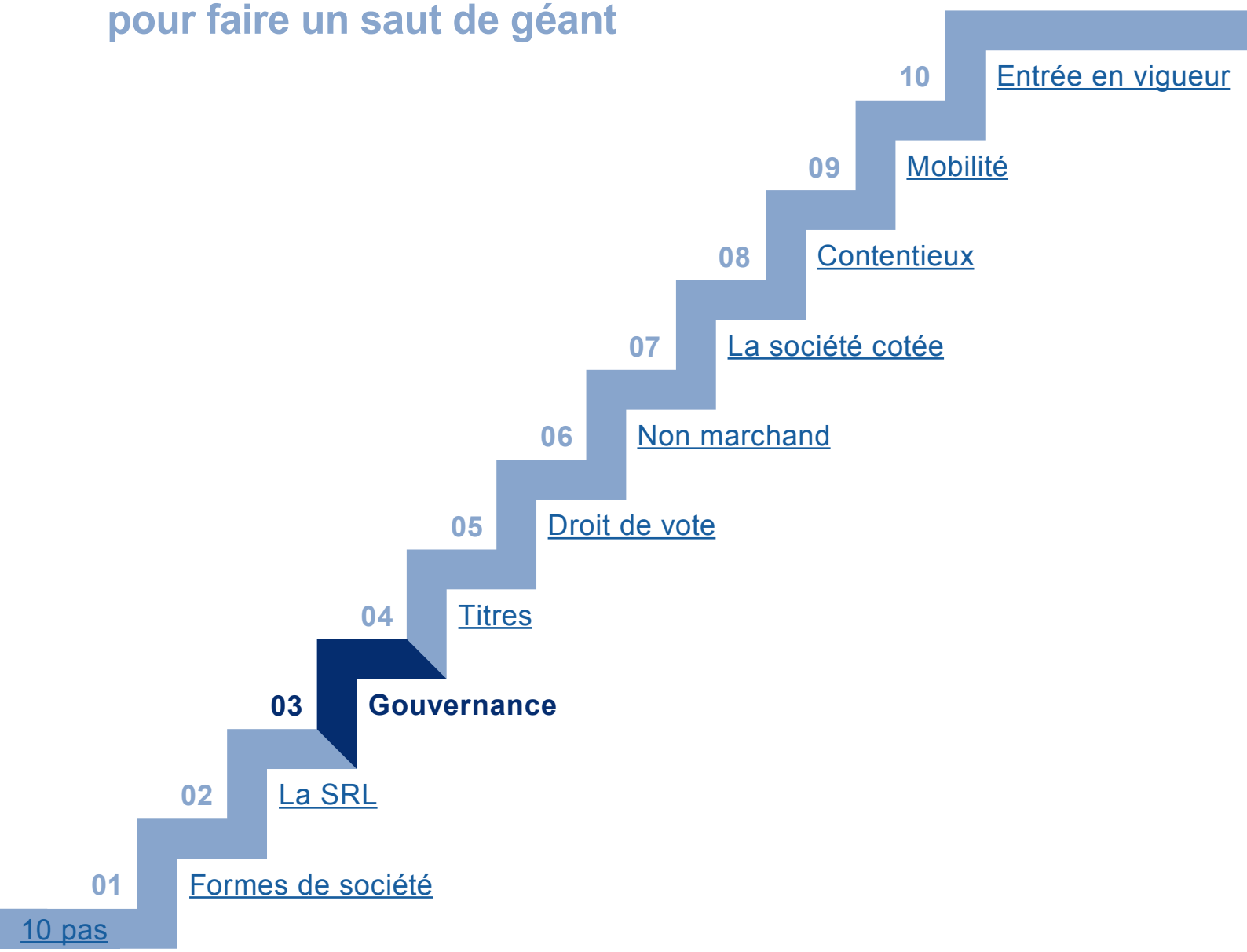
NOUVEAU CODE DES SOCIÉTÉS ET ASSOCIATIONS

GOUVERNANCE

03

10 PAS

pour faire un saut de géant



03

GOUVERNANCE

Le CSA contient d'importantes innovations dans le domaine de la gouvernance de sociétés, dont les plus notoires sont les nouveaux modèles de gouvernance au sein de la SA et le plafond de responsabilité des administrateurs.

Les principaux éléments sont expliqués plus en détail ci-dessous.

Trois modèles de gouvernance au sein de la SA

Il est désormais possible de choisir entre trois modèles de gouvernance au sein de la SA : (i) l'administration moniste avec un conseil d'administration, (ii) l'administration duale avec un conseil de direction et un conseil de surveillance, et (iii) l'administrateur unique.

Administration moniste

Le système moniste est évidemment le plus connu car il s'agit du modèle de gouvernance « classique » au sein d'une SA. La société dispose **d'un organe d'administration collégial, à savoir le conseil d'administration**, qui se compose en principe d'au moins trois administrateurs. Il reste possible d'organiser un comité de direction « de fait », comme il est d'usage en Belgique, sous diverses dénominations et avec les incertitudes qui y sont liées.

Administration duale

Depuis 2002, il était possible de constituer en marge du conseil d'administration, un comité de direction en tant qu'organe exécutif de la société. Il s'agissait cependant d'un modèle dual « incomplet », dans lequel pratiquement tout était possible en termes de composition et de compétences. Le système dual est développé de manière plus cohérente dans le CSA. Il en résulte **deux nouveaux organes** avec des dénominations différentes : **le conseil de surveillance et le conseil de direction**.

Le **conseil de surveillance** est un organe collégial composé d'au moins trois membres nommés et révoqués par l'assemblée générale. Le conseil de surveillance est chargé de la politique générale et la stratégie de la société et exerce la surveillance du conseil de direction. Le conseil est également compétent pour tous les actes qui sont réservés spécifiquement au conseil d'administration par le CSA dans le système moniste. Le conseil de surveillance établit également les rapports et les projets relatifs aux restructurations ou aux transformations de la société.

Le **conseil de direction** est également un organe collégial qui compte au moins trois membres, nommés et révoqués par le conseil de surveillance. **Les membres du conseil de direction ne peuvent pas être membres du conseil de surveillance**, pas même le CEO. Le système dual est donc appliqué ici de manière très stricte. Le conseil de direction dispose en principe de tous les pouvoirs qui ne sont pas réservés au conseil de surveillance et dispose donc du pouvoir résiduel. Les statuts peuvent apporter des restrictions aux pouvoirs du conseil de direction mais sans que cette restriction ne soit opposable aux tiers. Les pouvoirs du conseil de surveillance et du conseil de direction sont exclusifs. Le conseil de surveillance ne peut pas prendre de décisions qui relèvent de la compétence du conseil de direction. Les statuts doivent fournir une base explicite à cet effet.

> La SA offre le choix entre trois modèles de gouvernance: un modèle moniste, un modèle véritablement dualiste ou un modèle avec un seul administrateur.

Administrateur unique

Le CSA introduit la possibilité d'opter pour un **administrateur unique, qui peut avoir ou non la responsabilité illimitée**. La société en commandite par actions est pour ainsi dire transposée dans la SA à travers ce modèle de gouvernance. L'administrateur unique et son éventuel successeur peuvent être nommés dans les statuts. L'administrateur unique peut se voir accorder un droit de veto en cas de modification des statuts, de distribution aux actionnaires ou de sa propre révocation.

L'administrateur unique peut être une personne physique ou morale. Dans les sociétés cotées, l'administrateur unique doit obligatoirement être une société anonyme qui dispose à son tour d'un organe d'administration collégial. De nombreuses dispositions de gouvernance s'appliquent alors *mutatis mutandis* à l'organe d'administration de cette SA.

Révocation des administrateurs d'une SA

Le CSA met un terme à l'interdiction traditionnelle de pouvoir offrir aux administrateurs une protection contre la révocation au sein d'une SA. Le pouvoir de révoquer les administrateurs « *ad nutum* », c'est-à-dire à tout moment et sans indemnité de départ, reste néanmoins la règle. Toutefois, **à moins que les statuts n'en disposent autrement, l'assemblée générale peut accorder un délai de préavis ou une indemnité en cas de révocation**. Les statuts peuvent aussi l'imposer. Pour des raisons juridiques, le mandat peut malgré tout toujours être résilié sans terme ni indemnité.

Dans le modèle de l'administrateur unique, la protection contre la révocation peut être encore renforcée en désignant l'administrateur dans les statuts et/ou en lui donnant un droit de veto légal contre sa révocation. Mais même dans ce cas, l'administrateur unique peut toujours être révoqué pour des raisons légitimes, à condition que la décision soit prise comme pour une modification des statuts.

Administrateurs indépendants dans la société cotée

La liste légale des critères d'indépendance est remplacée par une appréciation générale : un administrateur est considéré comme indépendant s'il n'entretient pas avec la société ou avec un actionnaire important de la société une relation susceptible de compromettre son indépendance. Les critères détaillés n'apparaitront désormais plus que dans le code de référence de gouvernement d'entreprise. Toute personne répondant à ces critères est réputée indépendante jusqu'à preuve du contraire. Parallèlement, la société peut désormais nommer comme administrateur indépendant un candidat qui ne remplit pas tous les critères, à condition que le critère général soit utilisé pour expliquer pourquoi le candidat est indépendant.

À l'heure actuelle, le Code de gouvernance d'entreprise 2009 reste le code de référence, mais on s'attend à ce que le nouveau code, qui est en préparation depuis un certain temps déjà, soit bientôt adopté.

La gestion journalière

Le CSA assouplit les règles relatives à la gestion journalière. Désormais, un délégué à la gestion journalière peut également être nommé dans une SRL. En outre, la définition restrictive apportée par la Cour de cassation à la gestion journalière est élargie. La gestion journalière comprend toujours, d'une part, **les actes relatifs à la vie quotidienne de la société**, mais d'autre part, **les actes qui *soit* en raison de leur peu d'importance *soit* en raison de leur caractère urgent, ne justifient pas l'intervention de l'organe d'administration**.

Conflit d'intérêts

Les règles de conflit d'intérêts dans la SA et dans la SRL ont été renforcées et étendues aux SC, aux associations et aux fondations. Si un administrateur se trouve en situation de conflit d'intérêts (patrimonial), il ne sera désormais plus autorisé à participer aux délibérations et au vote. La règle qui existait déjà pour les sociétés cotées est ainsi généralisée. Si tous les administrateurs sont en conflit d'intérêts, la décision doit remonter à un niveau supérieur. Cela signifie généralement que l'assemblée générale devra décider. Dans le modèle dualiste de la SA, c'est le conseil de surveillance qui décidera s'il existe un conflit d'intérêts au niveau du conseil de direction.

La réglementation relative aux conflits d'intérêts intra-groupe au sein de la société cotée a également été affiné. Nous vous renvoyons pour plus de détails à la brochure consacrée aux sociétés cotées.

Les règles de conflit d'intérêts dans la SA et dans la SRL ont été renforcées et étendues aux SC, aux associations et aux fondations.

Responsabilité des administrateurs

Le CSA a fait des innovations majeures dans le domaine de la responsabilité des administrateurs. **Les nouvelles règles s'appliquent à tous les administrateurs de personnes morales**, tant aux sociétés qu'aux associations et fondations régies par le code.

La technique controversée de l'appréciation marginale est codifiée : les administrateurs ne sont responsables que des comportements « *qui excèdent manifestement la marge dans laquelle des administrateurs normalement prudents et diligents placés dans les mêmes circonstances peuvent raisonnablement avoir une opinion divergente* ».

L'innovation la plus marquante est évidemment **l'introduction d'un plafond quantitatif pour la responsabilité (« *cap* ») des administrateurs**. Le montant du *cap* varie en fonction de la nature et de la taille de la personne morale, de 125.000 euros pour les plus petites à 12 millions euros pour les sociétés cotées et les banques, entre autres. La limitation ne s'applique pas en cas de faute grave, d'intention frauduleuse ou à dessein de nuire et ne s'applique pas non plus aux fautes légères récurrentes, ce qui rend incertaine la pertinence pratique du plafond. Un certain nombre de dettes fiscales et sociales spécifiques ont également été exclues du champ d'application.

Autres innovations marquantes

Il n'est pas apporté de changements majeurs aux règles de gouvernance dans la SRL. Notons toutefois que des changements terminologiques sont apportés en ligne avec la SA : la SRL sera désormais également administrée par des « administrateurs ». D'autres différences avec la SA sont également éliminées : la SRL avec un organe d'administration collégial peut désormais aussi coopter des administrateurs et nommer un délégué à la gestion journalière.

La prise de décision par écrit au sein du conseil d'administration est facilitée. Le conseil d'administration peut désormais prendre toutes les décisions par écrit, même sans l'autorisation expresse des statuts. Les statuts peuvent toutefois limiter cette possibilité. Cette disposition s'étend à la SRL et à la SC, et s'applique désormais également aux associations et aux fondations.

Le CSA confirme explicitement que les membres des organes d'administration ont un statut d'indépendants et non de salariés.

Les obligations à l'égard du représentant permanent de l'administrateur-personne morale sont renforcées : le représentant permanent doit être une personne physique, et il ne peut siéger au sein de l'organe d'administration qu'en une seule qualité.

Le règlement d'ordre intérieur de l'organe d'administration, qui est pratique courante, est doté d'une base juridique et fait l'objet d'une réglementation plus détaillée. Il doit avoir une base statutaire et sa transparence auprès des associés ou des membres est assurée.

Enfin, la communication électronique est facilitée, y compris entre la société et les administrateurs.

PRÊT POUR LE **CSA**

À PROPOS D'EUBELIUS

Eubelius est le plus grand cabinet d'avocats indépendant en Belgique, avec des bureaux situés à Bruxelles, à Courtrai et à Anvers. Nos 20 associés, 18 (senior) counsels et plus de 100 collaborateurs conseillent et représentent les clients d'Eubelius en droit belge et en droit européen.

Nous avons des relations de travail privilégiées avec des cabinets d'avocats indépendants de renommée internationale, situés dans de nombreuses juridictions étrangères. Bien que nous soyons un cabinet belge indépendant, une proportion significative de notre travail est transfrontalière (à la fois entrante et sortante). Nous assistons une base de clients très diversifiée, allant de multinationales figurant dans le classement Fortune 500 à des entrepreneurs locaux et à de nombreuses sociétés belges qui font partie de grands groupes internationaux. Nous représentons toutes les communautés linguistiques en Belgique et traitons des affaires en français, en néerlandais, en anglais et en allemand.

Eubelius Bruxelles
Avenue Louise 99, B-1050 Bruxelles
T +32 2 543 31 00

Eubelius Anvers
Cockerillkaai 18, B-2000 Anvers
T +32 3 260 86 70

Eubelius Courtrai
President Kennedypark 37, B-8500 Courtrai
T +32 56 23 51 11

www.eubelius.com

SUIVEZ NOUS: