

# Les administrateurs indépendants

Mémoire réalisé par  
**Jérôme DORY**

Promoteur  
**Yves DE CORDT**

Année académique 2013-2014  
**Master en droit**



## Plagiat et erreur méthodologique grave

---

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.\*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

\* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

## INTRODUCTION

L'administrateur indépendant est une figure très intéressante à explorer et qui mérite des approfondissements, étant donné la complexité de la question.

Suite à des préoccupations de *corporate governance*, l'avènement de l'institution de l'administrateur indépendant en Belgique part d'une controverse entre l'utilité d'un système moniste d'administration des sociétés, ou d'un système dualiste. Bien qu'une réforme partielle ait été effectuée en Belgique à partir de 1973 – qui était destinée à ce que l'administration des sociétés glisse d'un système moniste vers un système dualiste – il ne se discute plus à l'heure actuelle dans notre pays, que le système d'administration de la société commerciale est un système moniste, la réforme n'ayant trouvé un écho favorable que pour partie. Cependant, on constate qu'un certain « dualisme fonctionnel » (par opposition au « dualisme organique » dans lequel il existe deux entités dirigeantes distinctes, où l'une exerce des fonctions de gestion, l'autre des fonctions de surveillance) s'est immiscé au sein des conseils d'administration et a donné lieu à une distinction entre administrateurs exécutifs et non exécutifs – l'on retrouve, parmi ces-derniers les administrateurs indépendants – qui ont chacun des missions différentes au sein du conseil d'administration, celui-ci agissant toutefois de manière collégiale.<sup>1</sup>

Pour définir sommairement ce qu'est un administrateur indépendant, nous allons nous référer à D. SZAFRAN qui définit ce type d'administrateurs comme des « *administrateurs non-exécutifs, qui sont par ailleurs indépendants de l'actionnaire et en particulier de l'actionnaire de contrôle* ». <sup>2</sup> Le même auteur qualifie l'administrateur non-exécutif d'administrateur « *n'exerçant pas de fonction de direction* » <sup>3</sup>. Cette définition est toutefois incomplète, nous devons donc y apporter quelques précisions.

Premièrement, une différence doit être faite entre ce qu'on entend par administrateurs « exécutifs », et « non exécutifs ». Le Code des sociétés ne définit pas expressément ce qu'est un administrateur exécutif mais nous pouvons toutefois remarquer que l'article 526bis C. soc. présume la qualité de membre exécutif du conseil d'administration « *de tout administrateur qui est membre du comité de direction visé aux articles 524 bis et 524 ter et tout administrateur qui s'est vu déléguer la gestion journalière au sens de l'article 525* ». De plus, la recommandation 2005/162/CE de l'Union européenne précise dans son point 2.3 que tout

---

<sup>1</sup> X. DIEUX, « « Corporate governance » : de la loi du 2 août 2002 au « Code Lippens » », *J.T.*, 2005, p. 61.

<sup>2</sup> D. SZAFRAN, « Les conflits d'intérêts au sein des groupes de sociétés et la notion d'administrateur indépendant », in *Actualités en droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 49.

<sup>3</sup> *Ibid.*

membre de l'organe d'administration de la société et chargé de sa gestion quotidienne est considéré comme administrateur exécutif.<sup>4</sup>

Ces notions, somme toute assez abstraites pour les lecteurs non avertis, le seront sans doute moins lorsqu'une analyse détaillée du sujet aura été faite.

De manière générale, les administrateurs exécutifs sont plus des membres « actifs » du conseil d'administration et ont pour rôle la gestion concrète de la société ; les administrateurs non exécutifs, quant à eux, ont plus une fonction de surveillance des décisions et opérations qui sont l'œuvre des membres exécutifs du conseil. A ce stade de notre propos, nous nous limiterons à écrire que les administrateurs indépendants, de par leur neutralité, ont une fonction de supervision et qu'ils donnent des avis au conseil d'administration dans toute une série de domaines, que nous aurons l'occasion d'explicitier.

Pour débiter l'exposé, nous devons nous pencher sur l'origine historique de la notion, étant donné que les administrateurs indépendants ont émergé dans un contexte de bon gouvernement d'entreprise, de *corporate governance*, d'abord dans les pays anglo-saxons, pour plus tard arriver chez nous. Nous constaterons que l'administrateur indépendant tel qu'il est envisagé en droit belge à l'heure actuelle est différent par rapport à ce qu'il était à ses débuts.

Nous nous intéresserons à la nomination des administrateurs indépendants ainsi qu'à leurs fonctions concrètes au sein des conseils d'administration.

Un chapitre sera consacré au rôle qu'il est susceptible de jouer dans les différents comités qui peuvent être formés au sein du conseil d'administration des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé (« sociétés cotées »).<sup>5</sup>

Nous nous arrêterons plus longuement sur deux de ces comités. D'abord sur le comité d'administrateurs indépendants qui intervient dans la gestion des conflits d'intérêts intragroupes (prévu par l'article 524 C. soc.), parce que c'est dans le cadre de ce problème que l'on a vu apparaître pour la première fois la notion d'administrateur indépendant dans notre Code des sociétés. Ensuite sur le comité d'audit – qui a été rendu obligatoire dans les sociétés cotées par la loi « Audit » du 17 décembre 2008 – puisque c'est dans ce cadre que les critères actuels auxquels les administrateurs doivent satisfaire, pour pouvoir prétendre à la qualité d'« indépendants », sont mentionnés. Dans une moindre mesure, les comités de rémunération et de nomination seront également examinés.

---

<sup>4</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526 *ter* C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 2011, p. 53.

<sup>5</sup> Art. 4 C. soc.

Un long volet de l'exposé sera consacré à la mise en cause de la responsabilité des administrateurs indépendants. L'attention sera attirée surtout sur la faute de gestion et sur la question de savoir dans quelle mesure leur responsabilité peut être mise en cause de la même manière que celle des autres administrateurs.

Enfin, nous clôturerons notre propos avec un chapitre ayant trait aux différentes façons de terminer le mandat d'un administrateur indépendant, en insistant plus en détails sur la révocation car ce point pose, selon nous, question en ce qui concerne la catégorie d'administrateurs que nous analysons.

## **CHAPITRE 1. – LE STATUT DE L'ADMINISTRATEUR INDEPENDANT**

### **Section 1. – La raison d'être de l'administrateur indépendant : la *corporate governance***

#### *§ 1<sup>er</sup>. – Origine de la notion*

A l'origine, l'émergence des administrateurs indépendants provient du droit anglo-saxon, car en effet, dans ces contrées, l'actionnariat des entreprises se divise entre de très nombreux petits porteurs, qui ne disposent pas toujours du pouvoir de décision étant donné qu'en l'absence de concertation entre ces multiples actionnaires, ce pouvoir se trouve réunit entre les mains du conseil d'administration.<sup>6</sup> C'est pourquoi un bon gouvernement d'entreprise, plus communément appelé *corporate governance*, est nécessaire et c'est dans ce contexte que les administrateurs indépendants ont commencé à trouver leur place.

Eu égard à cette scission entre les détenteurs du capital et les réels décideurs, on a vu apparaître des administrateurs indépendants pour contrebalancer le pouvoir que détenait le management par rapport aux petits actionnaires et, lorsque certaines entreprises ne disposaient pas de tels administrateurs, des sanctions ont progressivement émergé du marché (et non pas de la loi puisque cette *corporate governance* n'était pas consacrée légalement) sous la forme de règles de bonne conduite, de bonne gouvernance, qui sont venues circonscrire plus strictement les décisions que les conseils d'administration auraient pu prendre en ayant uniquement à l'esprit leur propre intérêt, au détriment de celui des investisseurs.<sup>7</sup>

A ce stade, il est difficile de définir clairement ce qu'est la *corporate governance*. Cependant, on peut soutenir d'une manière plus ou moins précise que la *corporate governance* est un

---

<sup>6</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526ter C. soc. », *o.c.*, p. 86.

<sup>7</sup> *Ibid.*

mode d'organisation de l'administration et de la gestion d'une société ainsi que du contrôle autre que comptable de cette administration et de cette gestion.<sup>8</sup>

N. THIRION a toutefois réussi à dégager trois lignes de force qui constituent en quelque sorte la colonne vertébrale de la *corporate governance* et qui convergent toutes vers le même objectif pour les raisons expliquées *supra* : maximiser les intérêts des actionnaires-investisseurs.

Ces lignes de force sont les suivantes : premièrement, on installe des administrateurs non-exécutifs à côté des exécutifs pour surveiller sérieusement et efficacement ces derniers ; deuxièmement – sujet qui est central dans ce mémoire s'il en est – on nomme des administrateurs indépendants parmi les non-exécutifs ; et troisièmement, on institue différents comités spécialisés pour assister le conseil d'administration comme les comités d'audit, de rémunération et de nomination (comités qui feront par ailleurs l'objet de développements plus pointilleux dans les chapitres suivants, étant donné que ceux-ci sont composés en partie d'administrateurs indépendants).<sup>9</sup>

## § 2. – *Arrivée de la corporate governance en Europe Occidentale et avènement des administrateurs indépendants en droit belge*

La question du rapport entre actionnaires et dirigeants (et avec elle la notion de bon gouvernement d'entreprise) est arrivée en Europe de par, entre autres choses, l'internationalisation des marchés. On a voulu solutionner le problème similairement à ce qui avait été fait aux Etats-Unis et au Royaume-Unis, sauf que la structure européenne continentale de l'actionnariat en général est assez différente de celle qui réside dans les pays anglo-saxons<sup>10</sup>. En effet, en Europe Occidentale, on peut observer une répartition différente de l'actionnariat étant donné que celui-ci peut se concentrer plus facilement dans les mains d'un actionnaire ou d'un groupe d'actionnaires majoritaire, voire de contrôle, qui peut peser de manière plus influente sur les décisions du conseil d'administration.<sup>11</sup>

Le système de *corporate governance* anglo-saxon a donc dû être « revu et corrigé » pour être transposé dans le paysage économique de l'Europe Occidentale, car une double spécificité a rapidement été constatée dans nos systèmes économiques.

---

<sup>8</sup> P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit belge des sociétés va-t-il en direction du corporate governance ? », in *Séminaire Vanham et Vanham du 12 mars 1998, corporate governance, un code de conduite pour les entreprises belges*.

<sup>9</sup> N. THIRION, « Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes », in *Sociétés et ASBL: questions d'actualités*, Liège, CUP, 2003, vol. 62, pp. 305-306.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 306-307.

<sup>11</sup> *Ibid.*

Premièrement, on a pu se rendre compte qu'au sein des conseils d'administration de toutes sortes d'entreprises, même des sociétés cotées, il arrivait souvent que des actionnaires de contrôle fassent pression et influencent les décisions du conseil d'administration, au détriment des actionnaires minoritaires. Dans nos Etats occidentaux, nous avons donc eu l'occasion d'observer d'importantes avancées juridiques dans le domaine de la protection de l'actionnaire minoritaire, mais nos systèmes étatiques ont également tenté de rassurer les investisseurs et ils ont notamment légiféré en ce qui concerne les procédures de règlement des conflits d'intérêts intragroupes<sup>12</sup>.

C'est dans ce contexte que nous avons vu apparaître la notion « d'administrateur indépendant », qui fera l'objet de notre mémoire. Cette réforme a eu lieu en Belgique en 1995, avec l'insertion de l'article 60*bis* dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales par la loi du 13 avril 1995<sup>13</sup>.<sup>14</sup> Cet article est aujourd'hui devenu l'article 524 du Code des sociétés et envisage la possibilité de régler des conflits d'intérêts intragroupes notamment grâce à l'intervention d'un comité composé d'administrateurs indépendants. Nous reviendrons à des considérations plus détaillées dans un chapitre postérieur<sup>15</sup> en ce qui concerne le rôle que peut avoir un administrateur indépendant dans les conflits d'intérêts intragroupes. Lors de l'analyse plus pointue de la question, nous constaterons dans quelles mesures en Europe et surtout en Belgique nous sommes allés plus loin que nos collègues anglo-saxons en matière de *corporate governance*.

Deuxièmement, en Europe Occidentale, on peut écrire que le but de la *corporate governance* n'est pas uniquement de maximiser les profits des actionnaires. On peut par exemple se rendre compte que le législateur, sous prétexte de respecter des considérations de *corporate governance*, au nom de la conception européenne très large de la notion de l'intérêt social, a déjà pris en compte les intérêts de tous les *stakeholders* plutôt que de prendre uniquement la maximisation du profit des actionnaires comme seule exigence de *corporate governance*.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> N. THIRION, «Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes», *o. c.*, pp. 308-309.

<sup>13</sup> Art. 18 de la loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 17 juin 1995, p. 17492.

<sup>14</sup> N. THIRION, «Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes», *o. c.*, pp. 308-309.

<sup>15</sup> Chapitre 2, section 1<sup>ère</sup>

<sup>16</sup> N. THIRION, «Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes», *o. c.*, pp. 308-309.

## Section 2. – La nomination de l’administrateur indépendant

### § 1<sup>er</sup>. – Nomination de l’administrateur de société anonyme

Selon l’article 518, §§ 2 et 3 du Code des sociétés, les administrateurs de sociétés anonymes sont nommés par l’assemblée générale des actionnaires, pour un mandat qui ne peut excéder un terme de six années et ils sont toujours révocables par celle-ci. Ce propos mérite tout de même d’être nuancé.

En effet, si en cours de mandat, une ou plusieurs place(s) d’administrateur(s) venai(en)t à ne plus être occupée(s), les autres administrateurs sont autorisés (si les statuts ne s’y opposent pas) à pourvoir à la vacance en cooptant un autre administrateur pour le reste du mandat vacant, sous réserve de confirmation par la plus prochaine assemblée générale.<sup>17</sup>

Nous devons ajouter que, dans le cadre de la *corporate governance*, le Code 2009 recommande aux sociétés cotées de constituer au sein de leur conseil d’administration un comité de nomination qui a notamment pour mission de formuler des recommandations sur la nomination des administrateurs, du CEO ou d’autres membres du management.<sup>18</sup> Nous reviendrons plus en détails sur ce comité consultatif dans le chapitre consacré à ceux-ci<sup>19</sup>.

Par ailleurs selon l’article 518 § 1<sup>er</sup> C. soc., le conseil d’administration se compose de trois membres au moins. Cependant, cette affirmation a besoin de deux clarifications : d’une part, les statuts peuvent toujours fixer un nombre minimum obligatoire supérieur ainsi qu’un nombre maximum et, d’autre part, dans les sociétés qui ne comportent que deux actionnaires, le nombre minimum d’administrateurs est réduit à deux par la loi, pour autant que les statuts n’en disposent pas autrement, selon l’article 518, §1<sup>er</sup>, al. 2 C. soc.

La nomination d’un administrateur est un point qui doit être mis à l’ordre du jour de l’assemblée générale qui, sauf disposition contraire des statuts ou convention d’actionnaires, nomme celui-ci à la majorité simple.<sup>20</sup>

Enfin, selon l’article 74, 2<sup>o</sup> C. soc. la publication de la décision de nomination d’un administrateur est requise.

---

<sup>17</sup> Art. 519, al. 1<sup>er</sup> C. soc.

<sup>18</sup> P. STROOBANT, M. FYON et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, « Nomination et cessation des fonctions des dirigeants de sociétés », *in* Le statut du dirigeant d’entreprise, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 65.

<sup>19</sup> Chapitre 2, Section 3, §2.

<sup>20</sup> P. STROOBANT, M. FYON et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, *o. c.*, p. 65.

## § 2. – Motivation de la décision de nomination de l'administrateur indépendant

Ce qui a été écrit dans le paragraphe précédent est essentiellement valable en ce qui concerne la nomination des administrateurs indépendants, même si quelques précisions doivent être apportées.

L'article 526<sup>ter</sup>, al. 2 C. soc. prescrit que la décision de nomination de ce type d'administrateurs doit faire mention des motifs sur la base desquels il peut être affirmé que l'administrateur en question revêt la qualité d'indépendant. De plus, cette indépendance est sujette à justification à la fois dans le rapport de gestion, conformément à l'article 96 C. soc., et, le cas échéant, dans le rapport de gestion sur les comptes consolidés, conformément à l'article 119 C. soc.

Cependant, cette disposition n'a pas beaucoup d'utilité car, dans la pratique, beaucoup de décisions de nomination se limitent à dire que l'administrateur répond aux conditions d'indépendance ou que la nomination est basée sur les critères d'indépendance indiqués dans la charte de gouvernement d'entreprise ou le rapport de gestion.<sup>21</sup> Nous aurons l'occasion d'analyser *infra* les conditions d'indépendance.<sup>22</sup>

Egalement, dans le cas où il reviendrait à l'assemblée générale de se prononcer sur la nomination d'un administrateur indépendant, l'ordre du jour et les propositions de décision font mention des conditions d'indépendance.<sup>23</sup>

Par ailleurs, dans les entreprises dans lesquelles il existe un conseil d'entreprise, la nomination des candidats en tant qu'administrateurs indépendants est portée à la connaissance de celui-ci avant que l'assemblée générale ne procède à la nomination.<sup>24</sup> Il pourrait éventuellement être opportun, afin de renforcer l'indépendance, d'intégrer l'avis et plus seulement la prise de connaissance du conseil d'entreprise dans la procédure de nomination.<sup>25</sup>

### **Section 3. – La fonction de l'administrateur indépendant au sein du conseil d'administration**

Nous allons partir du principe que les décisions qui sont prises au sein du conseil d'administration ne peuvent être celles d'un seul administrateur, mais sont l'œuvre de

---

<sup>21</sup> V. SIMONART, « Le conseil d'administration de la société anonyme et ses comités », *J.T.*, 2011, p. 221.

<sup>22</sup> Chapitre 2, Section 2, § 3.

<sup>23</sup> A. TILLEUX, « La loi Audit : vers une meilleure gouvernance d'entreprise ? », *Rev. prat. soc.*, 2009, p. 188.

<sup>24</sup> Art. 524, § 4 C. soc.

<sup>25</sup> Y. DE CORDT, « Le dirigeant d'entreprise, un personnage à multiples facettes », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 38.

l'ensemble de celui-ci. Il s'agit du principe de collégialité, qui est impératif et donc, il ne peut y être dérogé par les statuts<sup>26</sup>.

Dans ce contexte, nous allons particulièrement nous intéresser à la place que peut prendre l'administrateur indépendant dans le conseil d'administration et au rôle qu'il y joue, notamment, dans la prise de décisions, en vertu de ce principe de collégialité. Lorsqu'on aborde cette collégialité, nous nous devons également d'écrire que le corollaire de ce principe est la responsabilité solidaire des membres du conseil (donc aussi celle des administrateurs indépendants)<sup>27</sup>, à laquelle nous reviendrons *infra*.<sup>28</sup>

La notion d'administrateur indépendant a d'abord été consacrée, comme évoqué dans la section première, dans l'article 524 du Code des sociétés (qui vise à prévenir les conflits d'intérêts qui pourraient surgir à l'intérieur du groupe), mais aujourd'hui, on peut sans aucun doute écrire que cette notion n'apparaît plus uniquement dans ce cadre.<sup>29</sup>

Bien que le principe soit la collégialité dans la prise de décisions par le conseil d'administration, cela ne veut pas dire pour autant qu'une certaine répartition des tâches au sein de celui-ci ne peut être opérée<sup>30</sup>.

En effet, le conseil a vocation à conserver son pouvoir de décision mais il peut très bien confier des tâches de surveillance de la gestion, de préparation de certains dossiers ou encore d'avis à certains administrateurs ou comités.<sup>31</sup>

Pour ainsi écrire, une part non négligeable de la mission de l'administrateur indépendant réside dans le rôle important qu'il joue dans la gouvernance d'entreprise car il émet des jugements neutres qui contribuent à objectiver les décisions du conseil d'administration.<sup>32</sup>

En définitive, le rôle principal de l'administrateur indépendant se limite à un rôle de supervision et d'avis qui n'en est pas moins prépondérant.

Il est en quelque sorte le garant de l'intérêt social dans l'entreprise, étant donné l'absence d'intérêt personnel. Cependant, nous ne devons pas non plus succomber à la tentation de

---

<sup>26</sup> L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, t. V, Gand, Feycher, 1950, n° 403 ; B. TILLEMANS, *L'administrateur de sociétés*, La Chartre, 2005, p. 475.

<sup>27</sup> Chr. DARVILLE-FINET, « Nouveauté dans les organes – comité de rémunération, comité d'audit et gestion journalière », in *Le droit des affaires en évolution : gouvernance d'entreprise : carcan ou clé du succès ?*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 59.

<sup>28</sup> Chapitre 3.

<sup>29</sup> N. THIRION, « Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes », *o. c.*, pp. 339-340.

<sup>30</sup> GUJE (2<sup>ème</sup> éd.), suppl. 97, 27 juin 2012, Livre 23.3, p. 17.

<sup>31</sup> H. OLIVIER et K. DEBOECK, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1997, p. 56.

<sup>32</sup> Chr. DARVILLE-FINET, « Nouveauté dans les organes – comité de rémunération, comité d'audit et gestion journalière », *o. c.*, p. 58.

prétendre qu'il est la solution à tous les problèmes parce qu'il ne dispose pas des mêmes armes que les autres administrateurs « actifs », comme les appelle C. DARVILLE-FINET.<sup>33</sup>

Ce même auteur nous précise qu'un changement dans les profils des administrateurs indépendants recherchés a eu lieu et qu'aujourd'hui, on aurait moins tendance à rechercher des personnes connues pour occuper le poste d'administrateur indépendant mais la tendance serait plutôt à l'emploi de gens étrangers à la société et au secteur dans lequel elle évolue, afin qu'ils puissent donner un regard extérieur qui peut sembler plus objectif.<sup>34</sup>

## **CHAPITRE 2. – RÔLES DES ADMINISTRATEURS INDEPENDANTS DANS LES DIFFERENTS COMITES PRESENTS AU SEIN DES SOCIETES COTEES**

Le chapitre qui suit traitera du rôle des administrateurs indépendants dans les différents comités qui sont créés au sein des sociétés cotées. En effet, nous commencerons par nous intéresser au rôle que l'administrateur indépendant peut avoir dans la gestion des conflits d'intérêts intragroupes, étant donné que c'est là que se trouve l'origine de la notion en droit belge (Section 1<sup>ère</sup>).

Ensuite, nous nous pencherons successivement sur les différents comités consultatifs qui peuvent exister au sein du conseil d'administration car ils se composent également d'administrateurs indépendants qui peuvent y jouer des rôles spécifiques.

Dans ce cadre, nous examinerons d'abord le comité d'audit (Section 2), qui a été rendu obligatoire par la loi dite loi « Audit » du 17 décembre 2008, texte législatif qui a notamment inséré un article 526<sup>ter</sup> dans le Code des sociétés sur lequel nous reviendrons assez longuement puisque c'est cette disposition qui énumère aujourd'hui les neuf critères que doivent remplir les administrateurs pour être considérés comme indépendants, peu importe la « casquette » qu'ils portent. Ensuite, nous analyserons le comité de rémunération (qui a été rendu obligatoire dans les sociétés cotées par la loi du 6 avril 2010 sur le renforcement du gouvernement d'entreprise) et le comité de nomination (qui, lui, n'a pas été rendu obligatoire législativement mais qui est recommandé par le Code 2009) (Section 3). Nous analyserons uniquement ces trois comités parce que ce sont les comités les plus fréquemment utilisés dans la pratique.<sup>35</sup> Ils sont par ailleurs mentionnés dans le Code 2009, au sein de trois annexes, qui nous donnent la composition et les pouvoirs de ces comités.

---

<sup>33</sup> Chr. DARVILLE-FINET, « Nouveauté dans les organes – comité de rémunération, comité d'audit et gestion journalière », *o. c.*, p. 58.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 61.

## **Section 1. – L’administrateur indépendant dans la gestion du règlement des conflits d’intérêts intragroupes**

Comme il a été expliqué dans le chapitre précédent, on a vu apparaître la notion « d’administrateur indépendant » en Belgique dans le cadre de la réglementation sur les conflits d’intérêts intragroupes. Pour rappel, c’est par la loi du 13 avril 1995 modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales (ci-après « LCSC ») en y insérant un article 60*bis* (qui est ensuite devenu l’article 524 C. soc.), que cette notion a été consacrée législativement dans notre pays pour la première fois.

Nous essayerons d’exposer la problématique dans cette section. Nous verrons l’état de la situation avant l’entrée en vigueur de la loi du 2 août 2002 dite de « *corporate governance* » (nous examinerons donc la situation telle qu’elle était régie par l’ancien article 60*bis* LCSC) (§ 1<sup>er</sup>), nous nous arrêterons ensuite sur la manière dont on prend actuellement en compte les administrateurs indépendants dans la procédure de règlement des conflits d’intérêts avec l’avènement du nouvel article 524 du C. soc. (§ 2) et, enfin, nous nous intéresserons aux types d’opérations qui sont contrôlées par les administrateurs indépendants dans la procédure de règlement des conflits d’intérêts (§ 3).

§ 1<sup>er</sup>. – Avant l’entrée en vigueur de la loi « *Corporate governance* »

### a) Considérations générales

Depuis l’entrée en vigueur de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, ci-après loi « *corporate governance* », la procédure relative aux règlements des conflits d’intérêts dans le cadre des opérations intragroupes est assez différente de ce qu’elle était avant cette entrée en vigueur. En effet, sous le régime de l’ancien article 524 du Code des sociétés, ladite procédure n’était applicable que dans le chef des sociétés cotées qui, par une décision du conseil d’administration, avaient conféré un avantage patrimonial significatif à un actionnaire de contrôle, concept défini par l’ancien article 524 du Code des sociétés comme étant un actionnaire capable d’influencer de manière décisive ou importante la désignation des administrateurs<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> D. SZAFRAN, «Les conflits d’intérêts au sein des groupes de sociétés et la notion d’administrateur indépendant», *o. c.*, p. 35.

Nous nous interrogerons ultérieurement sur la manière dont il faut comprendre la notion d' « avantage patrimonial » (point b)).

L'article 60bis introduit dans la LCSC par la loi du 13 avril 1995 n'était relatif qu'aux opérations accomplies en faveur d'un actionnaire d'influence. Le but de cette disposition était de donner plus de transparence à certaines décisions ou opérations des conseils d'administration en ayant recours à trois administrateurs indépendants. L'indépendance des administrateurs n'était vérifiée qu'à la lumière des décisions et opérations envisagées, sans prendre en considération les autres rapports que ces administrateurs pouvaient éventuellement entretenir avec la société.<sup>37</sup>

Au départ, le législateur de 1995 a introduit cette notion de conflits d'intérêts pour solutionner les problèmes existants au sein des groupes de sociétés mais il s'est avéré, au fil des travaux préparatoires de la loi, que la problématique ne se limitait pas à cela.<sup>38</sup>

On s'est rendu compte au fur et à mesure que les avis de différents organismes concernés affluaient<sup>39</sup>, ainsi que ceux des plus éminents auteurs<sup>40</sup>, que bien plus que de prévenir des conflits qui pourraient se produire au sein même d'un groupe de sociétés, il serait judicieux de prévenir ceux qui pourraient se produire, indépendamment de toute relation de groupe, au cas où un administrateur déciderait de prendre position, en ce qui concerne une opération dont la décision revient au conseil d'administration, en faveur d'un actionnaire majoritaire et contre les intérêts intrinsèques de la société.<sup>41</sup> C'est sur cette base que nous avons vu apparaître dans notre ordre juridique des bribes balbutiantes de *corporate governance*.<sup>42</sup>

#### b) Avantage patrimonial direct ou indirect

L'ancien article 524 C. soc. (dans sa version de 1995) nous parlait des seuls conflits d'intérêts qui concernaient les décisions du conseil d'administration « pouvant<sup>43</sup> donner lieu à un

---

<sup>37</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526 ter C. soc. », *o. c.*, p. 88.

<sup>38</sup> N. THIRION, « Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes », *o. c.*, p. 341.

<sup>39</sup> Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1995, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1993-1994, 1086/4, pp. 97 et s.

<sup>40</sup> X., DIEUX, « Les nouveaux articles 60 et 60bis des lois coordonnées sur les sociétés commerciales : un faux pas en avant, un vrai pas en arrière », rapport présenté au séminaire Vanham et Vanham du 17 mai 1995, p.17

<sup>41</sup> N. THIRION, « Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes », *o. c.*, p. 341.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> C'est nous qui soulignons étant donné qu'avec le mot *pouvant*, il n'est pas nécessaire que l'avantage ait effectivement été conféré, il suffit simplement qu'il ait été susceptible de l'être.

*avantage patrimonial direct ou indirect, en faveur d'un actionnaire détenant une influence décisive ou notable sur la désignation des administrateurs de cette société* »<sup>44</sup>.

Premièrement, seuls les actionnaires de contrôle étaient donc concernés puisque le législateur parlait « *d'influence décisive ou notable* »<sup>45</sup> (bien que ces termes aient été qualifiés de peu précis et de flous par les travaux parlementaires<sup>46</sup>). Il est à noter que la distinction était faite entre les sociétés cotées et non cotées (distinction qu'on avait du mal à comprendre) car ce nouveau type de conflits d'intérêts était de nature à se rencontrer de la même manière dans les deux types de sociétés.<sup>47</sup>

Deuxièmement, nous nous devons de signaler que, plutôt que de viser *l'intérêt* que l'actionnaire d'influence avait à accomplir l'opération ou la décision, on visait directement *l'avantage* qui était susceptible de découler de ladite opération ou décision, ce qui revient à s'intéresser à la raison pour laquelle l'actionnaire a intérêt à poser un tel choix (l'objet de son choix) plutôt que de s'intéresser à l'intérêt en tant que tel de poser ce choix.<sup>48</sup>

Troisièmement, l'avantage dont il était question devait être, d'une part, patrimonial (et non pas affectif ou moral), et d'autre part, direct *ou* indirect.<sup>49</sup>

c) Procédure de règlement des conflits d'intérêts et ancienne acception  
« d'administrateur indépendant »

En ce qui concerne la procédure introduite en 1995 destinée à assurer une meilleure transparence des décisions prises dans le cadre des conflits d'intérêts intragroupes, l'ancien article 524, § 1<sup>er</sup>, al. 2 du Code des sociétés précisait que « *le conseil d'administration de la société concernée charge trois administrateurs choisis pour leur indépendance par rapport à la décision ou à l'opération envisagée, assistés d'un expert choisi pour les mêmes raisons, de procéder à une description et à une évaluation motivée des conséquences financières pour la société concernée de la décision ou de l'opération envisagée (...)* ».

---

<sup>44</sup> Art. 524 ancien, C. soc.

<sup>45</sup> N. THIRION, «Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes», *o. c.*, p. 342.

<sup>46</sup> Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1993, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1993-1994, 1086/2, pp. 139, 148 et 164.

<sup>47</sup> N. THIRION, «Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes», *o. c.*, p. 342.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 343.

<sup>49</sup> Art. 524 ancien, C. soc.

Quelques précisions quant à la procédure de désignation de ces administrateurs doivent être apportées, étant donné que cette dernière n'était pas sans poser certains problèmes, qui ont majoritairement été résolus par la loi *corporate governance* du 2 août 2002.

Les administrateurs choisis pour leur indépendance étaient désignés par le conseil d'administration dans son ensemble, ce qui voulait dire que des administrateurs qui ne présentaient absolument pas d'indépendance par rapport à la décision ou à l'opération dont il était question pouvaient en désigner d'autres sensés, eux, être choisis pour leur indépendance<sup>50</sup>, ce qui est pour le moins antinomique.

De plus, les parlementaires se sont mis d'accord pour faire assister ces administrateurs d'un expert en ce qui concernait la décision ou l'opération concernée, qui serait lui aussi choisi pour son indépendance, sans autres précisions, notamment quant à d'éventuelles obligations déontologiques.<sup>51</sup>

Une « *description et une évaluation motivée des conséquences financières de la décision ou de l'opération concernée* »<sup>52</sup> et lesdites description et évaluation « *devront établir l'intérêt pour la société et l'ensemble de ses actionnaires de la décision ou de l'opération, ainsi que l'absence d'un avantage ayant un caractère de rémunération privilégiée qui serait consenti directement ou indirectement à un actionnaire* »<sup>53</sup>, après quoi, comme le précisait le troisième alinéa de l'ancien article 524, il revenait au conseil d'administration de délibérer et de voter en ce qui concernait la marche à suivre par rapport à la décision ou à l'opération susceptible de causer un conflit d'intérêts.<sup>54</sup>

On remarquera que la procédure n'avait rien de contraignant en ce qui concernait les délibérations et les votes du conseil d'administration suite aux descriptions et évaluations des administrateurs choisis pour leur indépendance, puisqu'il pouvait très bien prendre une décision contraire à ce qui avait été préconisé par lesdits administrateurs.

Il est à noter qu'on ne parlait nulle part dans l'ancien article 524 du Code « d'administrateurs indépendants » mais bien d'administrateurs « choisis pour leur indépendance par rapport à la décision ou à l'opération envisagée ».

Dans l'ancienne procédure destinée à prévenir les conflits d'intérêts intragroupes décrite ci-avant, on peut se rendre compte de la place importante que prenaient les administrateurs

---

<sup>50</sup> Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1993-1994, 1086/2, p. 106.

<sup>51</sup> Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1993-1994, 1086/2, p. 150.

<sup>52</sup> Art. 524 ancien, § 1<sup>er</sup>, al. 2 C. soc.

<sup>53</sup> Art. 524 ancien, § 1<sup>er</sup>, al. 2 C. soc.

<sup>54</sup> N. THIRION, « Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes », *o. c.*, p. 344.

choisis pour leur indépendance par rapport à la décision ou l'opération concernée et, dès lors, il est de bon ton de donner une précision quant à l'acception du mot « indépendance », au sens du législateur de 1995.<sup>55</sup>

En effet, l'indépendance des administrateurs n'était alors comprise qu'à la lumière de la décision ou de l'opération concernée et nullement par rapport à la personne de l'administrateur dans ses éventuels rapports avec l'actionnaire.<sup>56</sup>

Nous terminerons par exposer la seule sanction qui était prévue spécifiquement dans l'ancien article 524 en cas de non-respect de la procédure décrite ci-avant. Il s'agissait de la nullité de toute décision ou opération qui pouvait être demandée si ces dernières avaient été accomplies en violation de ladite procédure mais pour que cette action aboutisse, il fallait que la partie attaquée ait su ou ait dû savoir qu'il existait un tel non-respect.<sup>57</sup>

En matière de responsabilité, c'était le droit commun et le droit des sociétés classique qui se voyaient appliquer.<sup>58</sup>

## § 2. – *L'article 524 du Code des sociétés*

Comme nous avons pu le constater, la réglementation au niveau des conflits d'intérêts intragroupes avait besoin d'une importante réforme, de l'aveux même des travaux préparatoires de la loi *corporate governance*.<sup>59</sup> La réforme fut accomplie par l'entrée en vigueur de cette loi et c'est cela que nous examinerons au travers du présent paragraphe.

En effet, l'ancien article 524 du Code des sociétés n'était encore qu'une ébauche de réglementation en ce qui concerne les conflits d'intérêts, c'est pourquoi nous devons nous intéresser aux apports de la nouvelle version de l'article.

Ce qui diffère dans le régime proposé par la nouvelle disposition par rapport à ce qui était préconisé par l'ancienne va être analysé comme suit : premièrement, nous nous arrêterons sur le champ d'application de l'article qui a été élargi ainsi que sur les décisions et opérations qui sont visées et les exclusions expressément prévues (a)) ; et, deuxièmement, le nouvel article prévoit une nouvelle procédure à suivre en cas de conflits d'intérêts intragroupes et donne une

---

<sup>55</sup> N. THIRION, «Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes», *o. c.*, p. 345.

<sup>56</sup> Chr. DARVILLE-FINET et G. KEUTGEN, « La nouvelle réglementation des conflits internes d'intérêts », *Cahier du juriste*, 1995/4, pp. 59 et s.

<sup>57</sup> N. THIRION, «Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes», *o. c.*, p. 348.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> Projet de loi relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. 2000-2001, 1211/1, p. 8.

définition de ce qu'est un administrateur indépendant au sens de l'article 524 C. soc. (donc dans le contexte particulier de la procédure de règlement des conflits d'intérêts intragroupes), et c'est ce point que nous développerons le plus en profondeur, étant donné le sujet de notre mémoire (b)).

a) Champ d'application, décisions et opérations visées par l'article 524 C. soc. et exclusions

Comme le précise l'article 524 du Code des sociétés, est concernée par la disposition « *toute décision ou toute opération accomplie en exécution d'une décision prise par une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché visé à l'article 4 (...)* ». <sup>60</sup> Les sociétés dont il est question dans le cas d'espèce sont les sociétés cotées. Or, l'article 4 du Code des sociétés définit ces dernières comme étant des « *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* ». <sup>61</sup> Quand on va voir l'article 2, 3° de cette loi, on constate qu'au sens de ladite loi, un marché réglementé est compris comme étant « *tout marché réglementé belge ou étranger* » <sup>62</sup>, ce qui signifie que la procédure qui est prévue à l'article 524 s'applique aux sociétés cotées non seulement en Belgique, mais aussi à l'étranger. <sup>63</sup>

Dans la nouvelle mouture de l'article 524, le champ d'application a été étendu à toute décision ou opération réalisée entre certaines sociétés liées entre elles au sens de l'article 11, 1° C. soc (cette disposition nous dit ce qu'il faut entendre par « *sociétés liées à une société : a) les sociétés qu'elle contrôle ; b) les sociétés qui la contrôlent ; c) les sociétés avec lesquelles elle forme un consortium ; d) les autres sociétés qui, à la connaissance de son organe d'administration, sont contrôlées par les sociétés visées sub a), b) et c)* » <sup>64</sup>), en ne s'intéressant plus, comme c'était le cas avant la modification de l'article par la loi *corporate governance*, au fait que les décisions ou opérations en cause soient susceptibles de conférer un quelconque avantage patrimonial à un actionnaire de contrôle. <sup>65</sup>

---

<sup>60</sup> Art. 524, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> C. soc.

<sup>61</sup> Art. 4 C. soc.

<sup>62</sup> Art. 2, 3° de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, *M.B.*, 4 septembre 2002, p. 39121.

<sup>63</sup> D. SZAFRAN, « Les conflits d'intérêts au sein des groupes de sociétés et la notion d'administrateur indépendant », *o. c.*, p. 35.

<sup>64</sup> Art. 11, C. soc.

<sup>65</sup> D. SZAFRAN, « Les conflits d'intérêts au sein des groupes de sociétés et la notion d'administrateur indépendant », *o. c.*, p. 35.

L'article 524 nous enseigne que la procédure (sur laquelle nous reviendrons *infra*, au point b)) s'applique à une société lorsque les décisions et opérations dont il est question « *concernent : 1° les relations de 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* ». <sup>66</sup> Il nous paraît opportun de décortiquer quelque peu cette disposition afin de préciser la procédure actuelle de règlement des conflits d'intérêts dans laquelle les administrateurs indépendants jouent un rôle central.

En effet, on peut constater que ce qui est précisé dans la disposition reproduite ci-avant se rapporte à *l'objet* des décisions et opérations concernées, qui est beaucoup plus large dans le nouvel article que dans l'ancien, puisqu'il permet de prendre en considération un nombre bien plus important de décisions et d'opérations intragroupes. Pour rappel, l'ancienne mouture ne prenait en compte que les conflits d'intérêts qui pouvaient être causés suite à la relation entre une société cotée et son actionnaire de contrôle. <sup>67</sup> Or dans la nouvelle base légale, qui s'inscrit dans une certaine logique, on se rend compte que les transferts de substance qui peuvent causer des conflits d'intérêts ne se résument plus uniquement aux relations « verticales » (donc entre un actionnaire dominant/ une société-mère et la société cotée). En effet, on s'intéresse également aux transferts de substance dits « horizontaux » (donc les transferts qui sont effectués sur ordres de la société-mère entre ses différentes filiales et sous filiales qui sont entre elles des sociétés sœurs). <sup>68</sup>

Pour illustrer ce qui vient d'être soutenu, un exemple s'avère nécessaire.

Il se peut qu'une société-mère X contrôle deux sociétés cotées (une société A et une société B), qui contrôlent elles-mêmes des filiales et des sous-filiales (C et D, respectivement filiale et sous-filiale de A, et E, filiale de B). Dans l'exemple, l'article 524 s'appliquera entre la société A et les sociétés B et E (étant donné qu'elles sont des sociétés liées de A, sans être ses filiales ou sous-filiales) mais pas entre la société A et sa filiale (C), ni sa sous-filiale (D) car c'est ce qui est prévu dans l'article 524. <sup>69</sup>

La raison d'être de cette « exception » à l'application de l'article 524 est que le législateur considère que les opérations entre la société cotée et ses propres filiales ainsi que les relations entre ces filiales et leurs filiales ne mettent pas en péril la maîtrise des cessions envisagées dans ces perspectives, bien qu'on puisse en douter car, grâce à son pouvoir de contrôle, la

---

<sup>66</sup> Art. 524, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, C. soc.

<sup>67</sup> N. THIRION, « Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes », *o. c.*, p. 353.

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> D. SZAFRAN, « Les conflits d'intérêts au sein des groupes de sociétés et la notion d'administrateur indépendant », *o. c.*, pp. 36-37.

société-mère pourrait obliger, au nom de la politique générale du groupe, la société cotée qu'elle domine à effectuer un transfert de substance au profit d'une des filiales de cette-dernière.<sup>70</sup>

Cependant, la disposition prévoit également expressément des exclusions. L'article 524 ne s'applique pas : « (...) 1° aux décisions et opérations habituelles intervenant dans des conditions et sous les garanties normales du marché pour des opérations de même nature ; 2° aux décisions et opérations représentant moins d'un pour cent de l'actif net de la société, tel qu'il résulte des comptes consolidés »<sup>71</sup>. La première exception existait déjà dans l'ancien article 524 et la deuxième paraît logique, étant donné qu'uniquement les opérations d'une certaine importance ne devraient pouvoir donner lieu au déclenchement de la procédure requise en cas de conflits d'intérêts intragroupes, qui va être analysée ci-dessous.<sup>72</sup>

b) Procédure à suivre et rôle spécifique de l'administrateur indépendant dans la résolution des conflits d'intérêts intragroupes

En ce qui concerne la procédure mise en place par le nouvel article 524, celle-ci est plus sophistiquée que ce qui était prévu dans l'ancienne mouture. En résumé et en guise d'introduction, il suffit pour régler les conflits d'intérêts intragroupes, au sens du législateur, d'une intervention d'administrateurs indépendants en amont et de la menace d'une sanction par le marché en aval du fait d'une éventuelle publicité des décisions prises dans ce domaine, pour que celles-ci soient légitimées.<sup>73</sup>

La nouveauté de la procédure introduite par le nouvel article 524 réside dans l'intervention nécessaire d'un comité d'administrateurs indépendants.<sup>74</sup>

L'article 524, § 2, alinéa 1<sup>er</sup> C. soc. précise que « toutes les décisions et opérations visées au § 1<sup>er</sup> doivent préalablement être soumises à l'appréciation d'un comité composé de trois administrateurs indépendants. Ce comité est assisté par un ou plusieurs experts indépendants désignés par le comité ».

Le deuxième paragraphe de la disposition oblige donc les sociétés cotées à avoir recours à un comité composé de trois administrateurs indépendants.

---

<sup>70</sup> N. THIRION, « Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes », *o. c.*, p. 353.

<sup>71</sup> Art. 524, C. soc.

<sup>72</sup> D. SZAFRAN, « Les conflits d'intérêts au sein des groupes de sociétés et la notion d'administrateur indépendant », *o. c.*, p. 36.

<sup>73</sup> Y. DE CORDT, « Le dirigeant d'entreprise, un personnage à multiples facettes », *o. c.*, p. 23.

<sup>74</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 524 C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 2011, p. 81.

Ce qui vient d'être exprimé doit être complété car ce comité ne doit pas être institué en toute circonstance (il *peut* cependant être permanent) mais il *doit* obligatoirement exister lorsque les décisions et opérations qui vont être accomplies par les organes de la société rentrent dans le champ d'application qui a été examiné au point précédent.<sup>75</sup>

En effet, selon les travaux préparatoires, les sociétés cotées « *seront tenues de disposer d'administrateurs indépendants lorsqu'elles souhaitent accomplir les opérations visées par la disposition* »<sup>76</sup>, donc pas forcément en tout temps. Cependant, ces mêmes travaux préparatoires ne sont pas dupes puisqu'ils précisent plus loin que quasiment toutes les sociétés cotées devront avoir recours à ce comité d'administrateurs indépendants<sup>77</sup>, étant donné le champ d'application large de la disposition.

Toujours selon l'article 524, § 2, ce comité composé de trois administrateurs indépendants « *est assisté par un ou plusieurs experts indépendants (...)* » désignés par lui. La désignation des experts et l'appréciation de leur indépendance relève de la responsabilité de ce seul comité puisqu'aucun critère d'indépendance n'est envisagé pour ces experts dans la disposition (contrairement à ce qui est le cas pour les administrateurs indépendants qui composent le comité, nous y reviendrons).<sup>78</sup>

Pour évaluer la décision ou l'opération concernée, le comité doit remettre au conseil d'administration un avis motivé par écrit dans lequel il « (...) *décrit la nature de la décision ou de l'opération, apprécie le gain ou le préjudice pour la société et pour ses actionnaires. Il en chiffre les conséquences financières et constate 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 décide 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.* »<sup>79</sup> L'avis du comité comporte donc quatre étapes consécutives qui sont précisées dans les deux premières phrases de la disposition reproduite, suivies, si nécessaire, de précisions sur les bénéfices que l'opération peut faire espérer au cas où elle n'est pas manifestement abusive mais qu'elle peut quand même porter préjudice à la société. Tous ces

---

<sup>75</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 524 C. soc. », *o. c.*, pp. 81-82.

<sup>76</sup> Projet de loi relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2000-2001, 1211/001, p. 9.

<sup>77</sup> Projet de loi relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2000-2001, 1211/001, p. 21.

<sup>78</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 524 C. soc. », *o. c.*, p. 32.

<sup>79</sup> Art. 524, § 2, al. 2 C. soc.

éléments d'appréciation se retrouveront expressément dans le rapport que le comité remettra au conseil d'administration.<sup>80</sup>

On constate que l'avis rendu par le comité doit tendre vers l'intérêt de groupe. La disposition prévoit implicitement cette notion car elle suppose que les décisions ou opérations qui font l'objet de cet avis ne peuvent être de nature à occasionner des « *dommages manifestement abusifs* » à l'entreprise (on entend par là les décisions et opérations qui engageraient la société au-delà de ce qu'elle peut se permettre financièrement), et quand bien même ces opérations ne seraient pas « *manifestement abusives* », l'intérêt de groupe est à prendre en considération par le comité puisqu'il lui appartient de vérifier si les contreparties qui seraient accordées à la société pour le préjudice qu'elle subirait suite à l'opération permettraient de maintenir l'équilibre intragroupe, essentiel à la notion d'intérêt de groupe.<sup>81</sup>

Une fois l'avis rendu par le comité, s'en suit une délibération au sein du conseil d'administration, qui est libre ou non de suivre ledit avis.<sup>82</sup> La décision finale du conseil d'administration sera consignée dans un procès-verbal qui précisera également si la procédure a bien été respectée.<sup>83</sup> Cependant, on peut s'attendre à ce que les administrateurs réunis en conseil ne donnent pas leur aval à l'accomplissement de décisions ou opérations qui auront pour conséquence un appauvrissement manifeste de la société ou qui sont contraires à l'intérêt de groupe, alors qu'elles ont fait l'objet d'un avis objectif et éclairé négatif rendu par un comité spécialement prévu à cet effet.<sup>84</sup>

Ensuite, le commissaire de la société apprécie si les données qui figurent dans l'avis du comité d'administrateurs indépendants ainsi que celles reprises dans le procès-verbal du conseil d'administration sont fidèles.<sup>85</sup> Cette intervention du commissaire est prévue par le législateur dans un souci de transparence de l'opération et de qualité de l'information.<sup>86</sup>

Enfin, pour terminer la procédure, l'avis du comité d'administrateurs indépendants, l'extrait du procès-verbal du conseil d'administration et l'appréciation du commissaire sont repris dans le rapport de gestion<sup>87</sup>, qui fait l'objet d'une publication annuelle. La transparence – dont la

---

<sup>80</sup>Y. DE CORDT, « Le dirigeant d'entreprise, un personnage à multiples facettes », *o. c.*, p. 24.

<sup>81</sup>F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 524 C. soc. », *o. c.*, p. 32.

<sup>82</sup>Art. 524, § 3, al. 1<sup>er</sup> C. soc.

<sup>83</sup>Art. 524, § 3, al. 2 C. soc.

<sup>84</sup>Y. DE CORDT, « Le dirigeant d'entreprise, un personnage à multiples facettes », *o. c.*, p. 24.

<sup>85</sup>Art. 524, § 3, al. 3 C. soc.

<sup>86</sup>F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 524 C. soc. », *o. c.*, p. 83.

<sup>87</sup>Art. 524, § 3, al. 4 C. soc.

publicité est garante – est de nature à éviter les transferts de substance en fraude au sein des relations intragroupes.<sup>88</sup>

c) Critères d'indépendance introduits par la loi *corporate governance* du 2 août 2002

Une des autres grandes modifications instaurées par la loi de *corporate governance* était que l'article 524 C. soc. prévoyait des critères d'indépendance spécifiques pour que cette notion se rapproche davantage des qualités personnelles de l'administrateur plutôt que des caractéristiques liées aux décisions et opérations en question.<sup>89</sup> Au sein du quatrième paragraphe de l'article, quatre situations qui permettaient d'exclure la qualité d'administrateur indépendant étaient prévues.

Premièrement, cette qualité d'indépendant était exclue lorsque la personne avait occupé pendant une période de deux ans précédant sa nomination des fonctions exécutives au sein de la société.

Deuxièmement, n'était pas non plus considéré comme indépendant l'administrateur qui avait un proche parent ou un conjoint qui occupait des fonctions exécutives dans la société. Troisièmement, le fait de détenir une participation significative dans le capital de la société était également une situation d'exclusion.

Quatrièmement, enfin, n'était pas considéré comme indépendante une personne qui entretenait une relation avec une société qui aurait éventuellement pu avoir une incidence sur son indépendance.<sup>90</sup>

Cependant, il subsistait un problème : ces critères n'étaient applicables que pour les administrateurs indépendants chargés de remettre un avis dans la procédure de règlement des conflits d'intérêts intragroupes alors qu'ils pouvaient également siéger dans d'autres comités au sein de l'entreprise et que dès lors, ce n'étaient pas les mêmes critères qui étaient appliqués en fonction du comité où ils siégeaient.<sup>91</sup>

Nous devons préciser que ces critères ne sont aujourd'hui plus d'application et que d'autres s'y sont substitués. Ils sont actuellement repris dans l'article 526 *ter* C. soc. Nous les examinerons ci-après dans le cadre du rôle des administrateurs indépendants dans le comité d'audit.

---

<sup>88</sup> N. THIRION, «Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes», *o. c.*, p. 356.

<sup>89</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526 *ter* C. soc. », *o. c.*, p. 86.

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> *Ibid.*

## **Section 2. – L’administrateur indépendant dans le comité d’audit et critères d’indépendance depuis la loi « Audit »**

Pour introduire cette section, nous devons nous pencher sur les modifications législatives qui ont lieu en matière de réglementations financières et plus particulièrement en période de crise financière, la plus récente étant évidemment celle de 2008.

En effet, comme le constate J.-M. GOLLIER, qu’il y ait un comité d’audit ou pas dans les sociétés, les fraudes sont bel et bien existantes et cet auteur va même plus loin en affirmant que les sociétés qui ont été victimes de fraudes entre 1998 et 2007 comptaient proportionnellement plus d’experts en matières financières et comptables dans leurs comités d’audit que celles dans lesquelles aucune fraude ne fut décelée.<sup>92</sup> Pour affirmer cela, l’auteur se base sur un rapport du COSO (« *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* ») publié en 2010.<sup>93</sup>

De même, l’auteur souligne qu’en Belgique, un rapport étonnamment similaire et qui met en lumière les mêmes dysfonctionnements a été fait par la commission spéciale du Parlement dans le cadre de la crise financière de 2008.<sup>94</sup>

Ce que ce rapport du Parlement souligne n’est pas l’inutilité des comités d’audit (bien qu’ils ne suffisent pas à eux seuls pour éviter les fraudes financières) mais bien la nécessité que les personnes qui les composent soient dotées d’un réel sens des responsabilités.<sup>95</sup>

Il est aujourd’hui obligatoire de constituer un comité d’audit dans les sociétés cotées, cette obligation est d’ailleurs consacrée législativement par la loi du 17 décembre 2008 instituant notamment un comité d’audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières, ci-après la « loi Audit », qui est la transposition en droit belge de la directive 2006/43 du 17 mai 2006.

Pour analyser la problématique du rôle de l’administrateur indépendant dans le comité d’audit, nous devons structurer la présente section comme suit : premièrement, nous examinerons les différentes missions du comité d’audit dans les sociétés, afin d’avoir une vue d’ensemble sur le rôle que pourraient y jouer des administrateurs indépendants (§1<sup>er</sup>) ; deuxièmement, nous nous intéresserons à la composition du comité d’audit en droit belge et à l’obligation d’avoir recours à des administrateurs indépendants dans ce contexte (§2) ; et

---

<sup>92</sup> J.-M. GOLLIER, « Comité d’audit », in *10 ans d’entrée en vigueur du Code des sociétés*, Mechelen, Kluwer, 2010, pp. 181-185.

<sup>93</sup> *Fraudulent Financial reporting : 1998-2007 – An analysis of U.S. Public Companies*, publié par le COSO (« Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission »), [www.coso.org](http://www.coso.org).

<sup>94</sup> J.-M. GOLLIER, « Comité d’audit », *o. c.*, pp. 185-186.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 186.

troisièmement, nous analyserons les critères d'indépendance précisés dans l'article 526 *ter* (§3).

#### § 1<sup>er</sup>. – Missions du comité d'audit

Le comité d'audit est chargé de remplir des fonctions qui lui sont imposées par le Code des sociétés et par le Code 2009.

Celui-ci s'occupe de missions spécifiques qui lui sont confiées ponctuellement dans une situation donnée. En effet, à condition d'être prévu par la loi (ce qui est le cas dans le cadre des grandes sociétés cotées) ou par les statuts, le comité d'audit doit donner son autorisation pour déroger à la règle dite *one-to-one* en ce qui concerne la rémunération des commissaires. Cette règle consiste à dire que si les rémunérations du commissaire pour les services déjà prestés et pour les services requis excèdent le montant des émoluments qui avaient été prévus conformément à l'article 134, § 2 C. soc. (qui dispose que ceux-ci sont fixés par l'assemblée générale au début du mandat des commissaires<sup>96</sup>), le conseil d'administration de la société ne peut confier les services en question que moyennant une délibération favorable du comité d'audit, ce qui signifie que ce dernier ne se contente pas, dans cette hypothèse, d'un rôle purement consultatif.<sup>97</sup>

On en déduit donc que bien qu'étant composé d'administrateurs non exécutifs (parmi lesquels au moins un indépendant, nous y reviendrons dans le prochain paragraphe), ce comité, et donc ses membres, peut avoir un rôle contraignant.

Il est, de plus, chargé d'un rôle actif de « suivi » dans la vie de la société, et peut donc intervenir à divers moments même si cela n'implique pas une action en continu mais bien une faculté d'intervention à chaque moment jugé opportun ou nécessaire.<sup>98</sup>

Ce suivi se décline, conformément à l'article 526*bis*, § 4 du C. soc., en cinq points spécifiques : le suivi du processus d'élaboration de l'information financière, le suivi de l'efficacité du contrôle interne et de la gestion des risques dans la société, le suivi de l'audit interne si celui-ci existe dans la société, le suivi du contrôle légal des comptes et, enfin, l'examen et le suivi de l'indépendance du commissaire et le cas échéant du réviseur d'entreprises chargé du contrôle des comptes consolidés, en particulier pour ce qui concerne les services fournis complémentaires à la société.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> Art. 134, § 2 C. soc.

<sup>97</sup> V. SIMONART, « Le conseil d'administration de la société anonyme et ses comités », *o. c.*, p. 223.

<sup>98</sup> J.-M. GOLLIER, *o. c.*, p. 213.

<sup>99</sup> Y. DE CORDT, « Le dirigeant d'entreprise, un personnage à multiples facettes », *o. c.*, p. 22.

Il est également important de noter que le comité d'audit est en contact étroit avec le conseil d'administration en ce qui concerne l'exercice de ses missions, il lui fait des rapports réguliers à ce sujet, au moins lors de l'établissement par le conseil d'administration des comptes annuels, des comptes consolidés et, le cas échéant, des états financiers résumés destinés à la publication.<sup>100</sup>

## § 2. – Composition du comité d'audit en droit belge et obligation du recours aux administrateurs indépendants

Pour initier ce paragraphe, nous nous devons d'indiquer que le comité d'audit est composé exclusivement d'administrateurs non exécutifs, parmi lesquels se trouvent une majorité d'administrateurs indépendants.<sup>101</sup>

L'administrateur indépendant membre du comité d'audit doit avoir des compétences en matière de comptabilité et d'audit.<sup>102</sup> Cette compétence en matière de comptabilité et d'audit doit être étayée, selon l'exposé des motifs du projet de loi instituant notamment un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières, par un diplôme d'études supérieures dans les domaines de l'économie ou de la finance ou une expérience significative dans ces domaines.<sup>103</sup>

Comme nous avons pu le constater dans la section précédente, l'origine de l'institution de l'administrateur indépendant en droit belge est liée à l'avènement des administrateurs indépendants dans le cadre de la procédure de règlement des conflits d'intérêts intragroupes et de l'article 524 du Code des sociétés.

Cependant, les critères d'indépendance prévus dans l'ancien article 524 n'étaient applicables qu'aux seuls administrateurs indépendants qui agissaient dans le cadre de cette mission de règlement des conflits d'intérêts intragroupes. Ceux-ci étaient toutefois différents lorsque lesdits administrateurs agissaient dans le cadre d'un comité d'audit ou d'un autre comité consultatif et c'est pourquoi certains ont objecté qu'une harmonisation des critères d'indépendance serait nécessaire – objection qui a trouvé un écho favorable dans la loi « Audit » du 17 décembre 2008.<sup>104</sup>

---

<sup>100</sup> Art. 526bis, § 4, al. 3 C. soc.

<sup>101</sup> Y. DE CORDT, « Le dirigeant d'entreprise, un personnage à multiples facettes », *o. c.*, p. 21.

<sup>102</sup> Art. 526bis, § 2, C. soc.

<sup>103</sup> Projet de loi instituant notamment un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2008-2009, 1471/001, p. 18.

<sup>104</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526 ter C. soc. », *o. c.*, p. 89.

Cette loi abroge le contenu de l'article 524, § 4 C. soc. qui prévoyait des critères d'indépendance spécifiques aux administrateurs indépendants exerçant leur fonction de règlement des conflits d'intérêts intragroupes pour les remplacer par de nouvelles conditions d'indépendance qui s'appliqueront à tous les administrateurs indépendants, peu importe leur mission, et qui sont contenus dans l'article 526<sup>ter</sup> du Code des sociétés.<sup>105</sup> Nous reviendrons sur l'énumération et l'analyse de ces critères dans le prochain paragraphe.

Selon l'article 526 *bis*, § 2 C. soc., l'instauration d'un comité d'audit au sein des sociétés cotées est obligatoire, sauf dans le cadre de l'exception prévue au § 3 du même article qui prévoit que l'obligation n'est plus de rigueur au cas où les sociétés cotées de petites tailles répondraient à au moins deux des trois critères énoncés dans la disposition (« *a) nombre moyen de salariés inférieur à 250 personnes sur l'ensemble de l'exercice concerné ; b) total du bilan inférieur ou égal à 43,000,000 euros ; c) chiffre d'affaire net annuel inférieur ou égal à 50,000,000 euros* »). Dans un tel cas, les fonctions du comité d'audit seront exercées par le conseil d'administration dans son ensemble, et il devra y avoir au moins un administrateur indépendant au sein de ce conseil.<sup>106</sup> Quand il existe, ce comité d'audit doit se composer d'un administrateur indépendant au moins.<sup>107</sup>

Par ailleurs, nous rappelons que le Code 2009, rendu obligatoire par l'arrêté royal du 6 juin 2010, recommande la nomination d'au moins trois administrateurs indépendants au sein des sociétés cotées.<sup>108</sup> Cependant, la faculté est laissée aux dites sociétés d'en nommer un nombre inférieur, pour autant que la dérogation soit justifiée dans la déclaration de gouvernement d'entreprise (principe du « *comply or explain* »). C'est la référence à ce Code de gouvernance qui est rendue obligatoire, mais l'arrêté royal n'a pas pour objet de rendre normatives les dispositions de ce Code et ainsi les intégrer à part entière dans le Code des sociétés, ce qui signifie qu'une violation des dispositions de ce Code ne peut pas engendrer une responsabilité dans le chef des administrateurs pour violation du Code des sociétés, comme le prévoit l'article 528 C. soc.<sup>109</sup> Cependant, dans le cas où le Code 2009 serait reproduit dans les statuts de la société, les administrateurs pourraient être responsables sur base de l'article 528 C. soc. pour violation des statuts sociaux. Nous y reviendrons *infra*.<sup>110</sup>

---

<sup>105</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526 *ter* C. soc. », *o. c.*, p.90.

<sup>106</sup> Art . 526*bis*, §3, alinéa 1<sup>er</sup> C. soc.

<sup>107</sup> Art . 526*bis*, §1<sup>er</sup> C. soc.

<sup>108</sup> Code belge de gouvernance d'entreprise 2009, pp. 10-13.

<sup>109</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526*ter* C. soc. », *o. c.*, p. 92.

<sup>110</sup> Chapitre 3, section 3.

### § 3. – Critères d'indépendance

Il nous paraît avant tout opportun de préciser que, plus que le fait répondre à des critères formellement couchés noir sur blanc, l'indépendance de l'administrateur doit surtout être intrinsèque à l'homme qui occupe cette fonction, tant dans sa moralité que dans son sens de l'intégrité et des responsabilités, qui peut varier en fonction de la situation qu'il est chargé d'examiner.

Cela écrit, il est également intéressant de souligner que dans le § 4, alinéa 2 de l'ancienne mouture de l'article 524 C. soc., il était obligatoire pour les administrateurs indépendants de « *n'entretenir aucune relation qui est de nature à mettre en cause leur indépendance* ». En effet, on peut constater qu'il s'agit là en quelque sorte d'un critère générique, ou clause de « *catch all* », qui avait pour but de reprendre toutes les situations mettant en cause l'indépendance des administrateurs et que le législateur n'aurait pas prévues, ayant pour conséquence, compte tenu de la formulation pour le moins floue de la disposition, d'être propice à la mise en œuvre facile et régulière d'actions juridiques. C'est pourquoi cette clause de « *catch all* » n'a pas été reprise dans l'article 526ter C. soc., qui se limite à prendre en compte neuf critères formellement énoncés.<sup>111</sup>

Le législateur a reconnu neuf conditions d'indépendance qui apparaissent dans l'article 526ter du Code des sociétés et auxquelles tout administrateur, pour pouvoir se prévaloir de la qualité d'indépendant, doit répondre.<sup>112</sup>

Ces critères s'inspirent largement de ceux retenus par le Code belge de gouvernance d'entreprise 2004 et par la recommandation de la Commission européenne du 15 février 2005 sur le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance.<sup>113</sup>

Notre législateur justifie le choix de ces conditions d'indépendance comme ceci : il a « *opté pour l'utilisation des critères inspiré de la Recommandation de la Commission des Communautés Européennes du 15 février 2005 (...) parce qu'ils permettent à la Belgique de s'aligner sur le meilleur standard en la matière au niveau européen et d'appréhender un plus*

---

<sup>111</sup> D. WILLERMAIN, « Les pouvoirs des dirigeants d'entreprise, spécialement des administrateurs de sociétés anonymes : état des lieux et réflexion », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 154.

<sup>112</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526ter C. soc. », *o. c.*, pp. 92-93.

<sup>113</sup> Chr. DARVILLE-FINET, « Nouveauté dans les organes – comité de rémunération, comité d'audit et gestion journalière », *o. c.*, p. 48.

*grand nombre de situations factuelles susceptibles de mettre en jeu l'indépendance d'un administrateur* ». <sup>114</sup>

De plus, l'article 526ter C. soc. précise qu'il s'agit des critères qui doivent *au moins* être remplis cumulativement, ce qui signifie bel et bien que les critères d'indépendance peuvent être renforcés (mais pas affaiblis). <sup>115</sup>

Les critères retenus par l'article 526ter C. soc. peuvent être regroupés en trois catégories.

La première a trait aux fonctions exercées par l'administrateur au sein de la société. <sup>116</sup> Elle regroupe les trois premiers critères énumérés par l'article qui sont expliqués *infra* aux lettres a), b) et c).

La deuxième se rapporte aux ressources financières que l'administrateur peut tirer de la société. <sup>117</sup> Elle regroupe les quatrième, cinquième et sixième critères repris dans l'article 526ter, ci-après expliqués sous les lettres d), e) et f).

La troisième catégorie de conditions que le législateur entend comme susceptible de mettre en cause l'indépendance des administrateurs est celle que l'on pourrait qualifier comme ayant trait aux relations dérivées que ceux-ci peuvent avoir avec la société, bien qu'ils n'aient pas de relation fonctionnelle ou financière avec celle-ci. <sup>118</sup> Elle regroupe les septième et huitième critères énoncés dans l'article, qui sont expliqués ci-dessous sous les lettres g) et h).

Selon nous, la solution que le législateur a trouvée la plus adéquate n'est pas sans poser de question, puisqu'il nous paraît difficile de circonscrire l'indépendance des administrateurs à une liste de conditions exhaustives, car nous le répétons, c'est avant tout les vertus de l'homme qui occupera la fonction qui doivent être prises en compte pour évaluer cette qualité. Les conditions d'indépendance contenues dans l'article 526ter C. soc. seront examinées dans ce paragraphe.

a) Article 526 ter, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> C. soc : Fonctions exécutives

Le premier critère d'indépendance est mentionné comme suit dans l'article 526 ter, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> du C. soc. : un administrateur doit « *durant une période de cinq années précédant sa nomination, ne pas avoir exercé un mandat de membre exécutif de l'organe de gestion, ou une*

---

<sup>114</sup> Projet de loi instituant notamment un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2008-2009, 1471/001, p. 11.

<sup>115</sup> J.-M. GOLLIER, *o. c.*, p. 210.

<sup>116</sup> P. STROOBANT, M. FYON et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, *o. c.*, p. 61.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 65.

*fonction de membre du comité de direction ou de délégué à la gestion journalière, ni auprès de la société, ni auprès d'une société ou personne liée à celle-ci au sens de l'article 11 ».*<sup>119</sup>

On notera que cette disposition ne concerne que les fonctions exécutives exercées par un administrateur et non plus toutes les fonctions quelconques et sans distinction que pourraient contenir la mission d'administrateur, comme le précisait le contenu de l'ancien article 524, § 4 du C. soc. Il est également à noter que le délai durant lequel un administrateur ne peut exercer de telles fonctions est porté à cinq années, et non plus deux, comme c'était le cas dans l'ancienne disposition.<sup>120</sup>

b) Article 526 *ter*, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> C. soc. : Mandats successifs en tant qu'administrateur non exécutif

Le deuxième critère, prévu par l'article 526 *ter*, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> C. soc. est le suivant « *ne pas avoir siégé au conseil d'administration en tant qu'administrateur non exécutif pendant plus de trois mandats successifs, sans que cette période ne puisse excéder douze ans* »<sup>121</sup>.

Ce critère d'indépendance est prévu car on pouvait effectivement s'interroger – comme le précise N. THIRION en commentant l'ancienne mouture de l'article 524, §4 C. soc. (qui préconisait que l'absence de fonctions exécutives exercées par un administrateur préalablement à sa nomination ne devait pas être appréciée en cas de renouvellement du mandat d'un administrateur indépendant<sup>122</sup>) – sur la réelle indépendance des administrateurs ayant exercé des mandats non exécutifs successifs<sup>123</sup>. Cette interrogation paraît judicieuse, dans la mesure où, pour favoriser le renouvellement de son mandat, l'administrateur aurait pu avoir tendance à taire certaines critiques défavorables aux actionnaires.

C'est donc pour remédier à cette problématique que le législateur a introduit dans l'article 526*ter*, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> du C. soc. la double limite au nombre de mandats qu'un administrateur non exécutif peut exercer pour être considéré comme indépendant, double limite étant reproduite *supra*.

---

<sup>119</sup> Art. 526 *ter*, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> C. soc.

<sup>120</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526 *ter* C. soc. », *o. c.*, p. 53.

<sup>121</sup> Art. 526 *ter*, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> C. soc.

<sup>122</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526 *ter* C. soc. », *o. c.*, p. 54.

<sup>123</sup> N. THIRION, « Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes », *o. c.*, p. 357.

- c) Article 526 *ter*, alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> C. soc. : Ne pas avoir travaillé en tant que personnel de direction

Le troisième critère est mentionné par l'article 526 *ter*, alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> C. soc. Pour être considéré comme indépendant, un administrateur doit « *durant une période de trois années précédant sa nomination, ne pas avoir fait partie du personnel de direction, au sens de l'article 19, 2<sup>o</sup>, de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, de la société ou d'une société ou personne liée à celle-ci au sens de l'article 11* »<sup>124</sup>.

En ce qui concerne ce critère, l'énoncé de l'alinéa est clair, bien que la définition de la notion de « personnel de direction » doive être explicitée, puisqu'elle a été préférée à celle de « cadre » par le gouvernement, jugée trop large et moins encline à répondre aux exigences de la pratique.<sup>125</sup>

L'acception de personnel de direction est contenue dans l'article 4, 4<sup>o</sup> de la loi du 4 décembre 2007 relative aux élections sociales de l'année 2008 et formulée comme suit : « *personnel de direction : les personnes chargées de la gestion journalière de l'entreprise, qui ont pouvoir de représenter et d'engager l'employeur, ainsi que les membres du personnel directement subordonnés à ces personnes, lorsqu'ils remplissent également des missions de gestion journalière ;* »<sup>126</sup>

- d) Article 526 *ter*, alinéa 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup> C. soc. : Interdiction de recevoir ou d'avoir reçu une rémunération ou autre avantage significatif de la part de la société

En vertu de l'article 526 *ter*, alinéa 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup> C. soc., pour être indépendant, un administrateur doit « *ne pas recevoir, ni avoir reçu, de rémunération ou un autre avantage significatif de nature patrimoniale de la société ou d'une société ou personne liée à celle-ci au sens de l'article 11, en dehors des tantièmes et honoraires éventuellement perçus comme membre non exécutif de l'organe de gestion ou membre de l'organe de surveillance* ».<sup>127</sup>

L'article ne donne pas la période durant laquelle l'administrateur ne peut pas avoir bénéficié de ladite rémunération ou avantage significatif de nature patrimoniale (on ne donne pas non plus avec précision ce que le terme « significatif » veut dire exactement, l'appréciation sera

---

<sup>124</sup> Art. 526 *ter*, al. 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> C. soc.

<sup>125</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526 *ter* C. soc. », *o. c.*, p. 55.

<sup>126</sup> Art. 4, 4<sup>o</sup> de la loi du 4 décembre 2007 relative aux élections sociales de l'année 2008, *M.B.*, 7 décembre 2007, p. 60578.

<sup>127</sup> Art. 526 *ter*, al. 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup> C. soc.

donc différente en fonction de la situation examinée), ce qui implique que, dans la mesure où l'administrateur se verrait octroyer une telle rémunération ou un tel avantage par la société ou par une société ou personne liée à celle-ci, peu importe la date, il ne pourrait être considéré comme indépendant.<sup>128</sup>

Les prestations fixes reçues à la suite d'un régime de retraite dans le cadre d'une occupation d'employé de la société ne sont pas considérées, selon les travaux préparatoires, comme entrant dans le giron de l'article 526 *ter*, alinéa 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup> C. soc.<sup>129</sup>

Par contre, en ce qui concerne les rémunérations variables, il est difficile de considérer ces dernières comme ne tombant pas dans le champ d'application de l'article, puisqu'accorder de telles rémunérations à un administrateur dit indépendant pourrait sérieusement compromettre son indépendance. Cependant, les rémunérations variables sont des incitants attractifs pour attirer les personnes qui seraient les plus aptes à remplir certaines fonctions, c'est pourquoi, dans l'article 554, alinéa 7 du C. soc., le législateur prévoit que si une convention qui porte sur l'octroi d'une rémunération variable est conclue avec un administrateur non exécutif d'une société cotée, celle-ci recueillera l'approbation de la première assemblée générale ordinaire qui suivra. A défaut, cette convention sera nulle de plein droit.<sup>130</sup>

e) Article 526 *ter*, alinéa 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup> C. soc. : Interdiction de détenir des droits sociaux

Le cinquième critère qu'un administrateur doit remplir pour être considéré comme indépendant est mentionné comme suit : ce dernier doit « a) *ne détenir aucun droit social représentant un dixième ou plus du capital, du fonds social ou d'une catégorie d'actions de la société; b) s'il détient des droits sociaux qui représentent une quotité inférieure à 10%: – par l'addition des droits sociaux avec ceux détenus dans la même société par des sociétés dont l'administrateur indépendant a le contrôle, ces droits sociaux ne peuvent atteindre un dixième du capital, du fonds social ou d'une catégorie d'actions de la société; ou – les actes de disposition relatifs à ces actions ou l'exercice des droits y afférents ne peuvent être soumis à des stipulations conventionnelles ou à des engagements unilatéraux auxquels le membre*

---

<sup>128</sup> A. TILLEUX, « La loi Audit : vers une meilleure gouvernance d'entreprise ? », *o. c.*, p. 184.

<sup>129</sup> Projet de loi instituant notamment un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières, Exposé des motifs, *Doc. parl. Ch. Repr.*, sess. ord. 2008-2009, 1471/001, p. 22.

<sup>130</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526 *ter* C. soc. », *o. c.*, p. 56 ; E. JANSSENS, « Remuneratiecomité verplicht voor genoteerde vennootschappen », *T.R.V.*, 2011, p. 28.

*indépendant de l'organe de gestion a souscrit; c) ne représenter en aucune manière un actionnaire rentrant dans les conditions du présent point ».*<sup>131</sup>

On constate, dans l'alinéa 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup> de l'article 526<sup>ter</sup> C. soc., qu'un seuil de dix pourcents ou plus des droits sociaux représentant le capital social, le fonds social ou une catégorie d'action de la société qui serait détenu par un administrateur impliquerait automatiquement que ce dernier ne soit plus considéré comme indépendant. Toutefois, le législateur ne se limite pas à ce seuil d'un dixième. En effet, bien que l'administrateur détienne des droits sociaux représentant moins que le pourcentage mentionné *supra*, le point b) de l'alinéa 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup> stipule, d'une part, que si l'addition des droits sociaux qui sont détenus par l'administrateur et ceux détenus par une société dont il a le contrôle, équivaut à dix pourcent du capital social, du fonds social ou d'une catégorie d'actions de la société, l'administrateur ne pourra pas être considéré comme indépendant, et d'autre part, il ne pourra pas non plus être considéré à ce titre dans le cas où des actes de disposition relatifs à ces actions ou à l'exercice des droits qui y correspondent seraient soumis à des stipulations conventionnelles (comme des clauses d'agrément ou de préemption<sup>132</sup>) ou à des engagements unilatéraux auxquels la personne en question aurait souscrit. Le point c) de l'alinéa 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup> précise quant à lui que l'indépendance de l'administrateur n'existe pas dans le cas où il représente un actionnaire qui se trouverait dans une des situations décrites ci-avant.

Un point qui doit selon nous d'être souligné, comme l'a brillamment relevé F. MAGNUS, est la considération de ce seuil de dix pourcents.

En effet, bien qu'une limite formelle instaurée par le législateur ait le mérite d'exister, celle-ci nous paraît élevée dans la mesure où, en ce qui concerne les sociétés cotées, la possibilité est donnée, selon les circonstances, à l'actionnaire qui détient des droits sociaux représentant un dixième du capital social, du fonds social ou d'une catégorie d'action de cette société de contrôler cette société<sup>133</sup>. Dès lors, pourquoi ne pas avoir adopté le critère du contrôle, comme le préconisait la recommandation 2005/162/CE ?

f) Article 526<sup>ter</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 6<sup>o</sup> C. soc. : Entretien de relations d'affaires significatives

Conformément à l'article 526<sup>ter</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 6<sup>o</sup> C. soc. la qualité d'indépendant requiert que l'administrateur doit « *ne pas entretenir, ni avoir entretenu au cours du dernier exercice*

---

<sup>131</sup> Art. 526 *ter*, al. 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup> C. soc.

<sup>132</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526 *ter* C. soc. », *o. c.*, p. 57.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p.58.

*social, une relation d'affaires significative avec la société ou une société ou personne liée à celle-ci au sens de l'article 11, ni directement ni en qualité d'associé, d'actionnaire, de membre de l'organe de gestion ou de membre du personnel de direction, au sens de l'article 19, 2°, de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, d'une société ou personne entretenant une telle relation ».*<sup>134</sup>

Contrairement à ce qui a été fait pour le critère précédent (pour rappel, le législateur avait préféré utiliser le critère du seuil plutôt que celui du contrôle), les travaux préparatoires se sont, dans ce cas-ci, inspirés de la recommandation 2005/162/CE, afin de dégager la notion de « relation d'affaires ».<sup>135</sup>

On peut écrire que la relation d'affaires peut par exemple exister avec des fournisseurs importants de biens ou services (financiers, juridiques, conseils...), avec des clients importants ou avec toute autre organisation ou personne ayant reçu des avantages significatifs ou des contributions de la part de la société ou son groupe.<sup>136</sup>

Il semble important de souligner que l'avantage significatif de la relation d'affaires doit être apprécié dans le chef de l'administrateur ou du tiers qui permet à celui-ci d'être impliqué indirectement compte tenu de sa qualité d'associé, actionnaire, membre de l'organe de gestion ou du personnel de direction. Pour illustrer la situation, on peut prendre l'exemple d'un fournisseur qui serait de faible importance pour la société mais en situation de dépendance économique vis-à-vis de celle-ci. Dans un tel cas, il ne fait pas de toute que l'indépendance de l'administrateur pourrait aisément être mise en cause.<sup>137</sup>

g) Article 526 *ter*, alinéa 1<sup>er</sup>, 7° C. soc. : Interdiction de rapport avec le commissaire

L'article 526 *ter*, alinéa 1<sup>er</sup>, 7° C. soc. prévoit que pour être indépendant, un administrateur doit « *ne pas avoir été au cours des trois dernières années, associé ou salarié du commissaire, actuel ou précédent, de la société ou d'une société ou personne liée à celle-ci au sens de l'article 11* ». <sup>138</sup>

On le constate en lisant la disposition, le législateur a considéré qu'un éventuel rapport entre le commissaire actuel ou précédent de la société concernée ou d'une société ou personne liée pourrait compromettre l'indépendance de l'administrateur.

---

<sup>134</sup> Art. 526 *ter*, al. 1<sup>er</sup>, 6° C. soc.

<sup>135</sup> Projet de loi instituant notamment un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2008-2009, 1471/001, p. 22.

<sup>136</sup> Y. DE CORDT, « Le dirigeant d'entreprise, un personnage à multiples facettes », *o. c.*, p. 37.

<sup>137</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526 *ter* C. soc. », *o. c.*, p. 58.

<sup>138</sup> Art. 526 *ter*, al. 1<sup>er</sup>, 7° C. soc.

- h) Article 526<sup>ter</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 8° C. soc. : Interdiction de liens avec un administrateur exécutif du chef de fonctions exercées dans d'autres sociétés

En vertu de l'article 526<sup>ter</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 8° C. soc., pour être indépendant, un administrateur doit « *ne pas être membre exécutif de l'organe de gestion d'une autre société dans laquelle un administrateur exécutif de la société siège en tant que membre non exécutif de l'organe de gestion ou membre de l'organe de surveillance, ni entretenir d'autres liens importants avec les administrateurs exécutifs de la société du fait de fonctions occupées dans d'autres sociétés ou organes* ». <sup>139</sup>

L'incompatibilité de l'exercice de certaines fonctions dans d'autres sociétés avec la qualité d'administrateur indépendant est ici pointée du doigt.

En effet, cela pourrait poser problème par rapport à l'indépendance de celui-ci dans le cas où il siègerait au conseil d'administration d'une société en tant que membre non exécutif (exerçant donc des fonctions de surveillance et contrôle dans cette société) en même temps qu'un autre administrateur qui y siègerait également, mais en tant que membre exécutif, dans la mesure ce dernier siègerait au conseil d'administration d'une autre société en tant que membre non exécutif (exerçant également des fonctions de surveillance et de contrôle dans cette autre société), société dans laquelle le premier serait administrateur exécutif. <sup>140</sup> Les deux administrateurs seraient alors confrontés à la tentation de se « renvoyer l'ascenseur <sup>141</sup> » ou de fermer les yeux sur certaines choses en cas de situations litigieuses.

- i) Article 526 <sup>ter</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 9° C. soc. : Interdiction d'avoir un conjoint, cohabitant légal, parents ou alliés

Enfin, neuvième et dernier critère : pour être considéré comme indépendant, un administrateur doit « *n'avoir, ni au sein de la société, ni au sein d'une société ou d'une personne liée à celle-ci au sens de l'article 11, ni conjoint ni cohabitant légal, ni parents ni alliés jusqu'au deuxième degré exerçant un mandat de membre de l'organe de gestion, de membre du comité de direction, de délégué à la gestion journalière ou de membre du personnel de direction, au sens de l'article 19, 2°, de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, ou se trouvant dans un des autres cas définis aux points 1° à 8°* ». <sup>142</sup>

<sup>139</sup> Art. 526 <sup>ter</sup>, al. 1<sup>er</sup>, 8° C. soc.

<sup>140</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526 <sup>ter</sup> C. soc. », *o. c.*, p. 59.

<sup>141</sup> Y. DE CORDT, « Le dirigeant d'entreprise, un personnage à multiples facettes », *o. c.*, p. 38.

<sup>142</sup> Art. 526 <sup>ter</sup>, al. 1<sup>er</sup>, 9° C. soc.

Ce critère était déjà présent dans l'ancienne mouture de l'article mais il est aujourd'hui élargi aux autres critères examinés *supra* (« (...) ou se trouvant dans un des autres cas définis aux points 1° à 8° »). Il sera encore précisé que le calcul des liens de parenté s'effectue conformément aux articles idoines du C. civ. (art. 735 à 738).<sup>143</sup>

j) Obligation de continuer à respecter tous les critères d'indépendance en cours de mandat

Après l'examen systématique de tous les critères d'indépendance, il nous paraît opportun de préciser que ceux-ci ne doivent pas uniquement être remplis avant l'entrée en fonction de l'administrateur indépendant.

En effet, il paraît logique que celui-ci respecte ces conditions tout au long de son mandat et c'est d'ailleurs dans cet esprit qu'est rédigé le point 2 de l'annexe II de la recommandation de la Commission européenne 2005/162/CE puisqu'il précise que « *l'administrateur indépendant s'engage a) à conserver, en toutes circonstances, son indépendance d'analyse, de décision et d'action ; b) à ne pas rechercher ni accepter d'avantages indus dont on pourrait considérer qu'il compromettent son indépendance ; c) à exprimer clairement son opposition au cas où il estimerait qu'une décision du conseil d'administration ou de surveillance pourrait porter préjudice à la société.* »

Dans le cas fortuit où un administrateur ne remplirait plus les critères en cours de mandat, cela ne voudrait pas pour autant dire qu'il cesserait de siéger au conseil d'administration, mais plutôt qu'il n'aurait plus la qualité d'administrateur indépendant, ce qui pourrait poser problème, dans la mesure où, dans certaines circonstances, la loi impose un nombre déterminé d'administrateurs indépendants auquel la société risquerait de ne plus satisfaire. C'est pourquoi il pourrait être judicieux de se doter d'un nombre d'administrateurs indépendants plus important que celui que la loi exige, afin d'éviter ce genre de désagréments.<sup>144</sup>

---

<sup>143</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526ter C. soc. », *o. c.*, p. 60.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 96.

### **Section 3. – L’administrateur indépendant dans le comité de rémunération et dans le comité de nomination**

Nous nous devons d’écrire quelques mots sur le comité de rémunération et le comité de nomination, étant donné que des administrateurs indépendants interviennent dans leur composition.

Cependant, l’analyse sera plus succincte car un mémoire ayant trait aux administrateurs indépendants et dont le nombre de pages est limité n’est pas le lieu privilégié pour analyser en profondeur les fonctions précises de ces deux comités. De plus, l’essentiel en ce qui concerne les critères d’indépendance a déjà été examiné dans la section sur le comité d’audit et, nous le rappelons, depuis la loi « Audit », ces conditions d’indépendance ont été harmonisées.

#### *§ 1<sup>er</sup> : L’administrateur indépendant dans le comité de rémunération*

C’est également à cause de la crise de 2008 que l’obligation de créer un comité de rémunération dans les sociétés cotées a été instaurée car il est un fait évident que les indemnités de départ parfois mirobolantes de certains dirigeants ont pu susciter les plus vives controverses, qui ont elles-mêmes été un terreau propice aux initiatives en tout genre visant à limiter les éventuels abus.<sup>145</sup>

C’est donc la loi du 6 avril 2010 sur le renforcement du gouvernement d’entreprise dans les sociétés cotées et les entreprises publiques autonomes et visant à modifier le régime des interdictions professionnelles dans le secteur bancaire et financier qui déclare la mise sur pied d’un comité de rémunération dans les sociétés cotées obligatoire. Cette loi prend en compte les recommandations de l’Union Européenne et celles du Code 2009.<sup>146</sup>

Les sociétés cotées sont aujourd’hui dans l’obligation de se munir d’un comité de rémunération composé d’administrateurs non exécutifs, parmi lesquels une majorité d’indépendants (article 526<sup>quater</sup>, § 2 C. soc.), sauf si, comme le prescrit le § 4 de la même disposition, il s’agit d’une société cotée de petite taille, c’est-à-dire remplissant au moins deux critères énoncés dans ce texte, qui sont par ailleurs les mêmes que ceux reproduits lorsque les sociétés cotées de petites tailles ont été abordées dans le cadre du comité d’audit.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> Chr. DARVILLE-FINET, « Nouveauté dans les organes – comité de rémunération, comité d’audit et gestion journalière », *o. c.*, p. 71.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>147</sup> Voy. *supra*, Chapitre 2, Section 2, § 2.

Il n'y avait pas de compétence spécifique requise par le Code 2009 pour faire partie du comité de rémunération, par contre, la loi du 6 avril 2010 sur le renforcement du gouvernement d'entreprise précitée (qui a introduit l'article 526*quater* C. soc) précise que le comité de rémunération doit posséder l'expertise nécessaire en matière de politique de rémunération.<sup>148</sup>

Comme dans le cadre de ce qui est prévu pour le comité d'audit, c'est l'exposé des motifs de la loi qui définit ce qu'il faut entendre par ces termes. En effet, il faut, selon ce texte, qu' « *un membre au moins possède un diplôme de niveau supérieur et dispose d'une expérience d'au moins trois ans en matière de gestion du personnel ou dans le domaine de la rémunération d'administrateurs et membres de la direction d'entreprises* ». <sup>149</sup> Le membre en question ne doit pas nécessairement être un administrateur indépendant alors qu'aucune indication n'est donnée sur les éventuelles compétences requises pour les autres membres qui doivent composer ce comité.<sup>150</sup>

C'est l'article 526*quater*, § 5 C. soc. qui énumère les missions que le comité de rémunération doit au moins remplir. En effet, ce comité est chargé de formuler des propositions au conseil d'administration sur la politique de rémunération générale et individuelle des « membres dirigeants » de la société, il s'occupe de préparer le rapport de rémunération et il a pour mission de commenter celui-ci lors de l'assemblée générale annuelle des actionnaires.<sup>151</sup>

## § 2. – *L'administrateur indépendant dans le comité de nomination*

Un comité de nomination au sein des sociétés cotées n'est pas imposé directement par le Code des sociétés, mais il est cependant rendu obligatoire puisque celui-ci est prévu par le Code belge de gouvernance d'entreprise (Annexe D), sauf si la société déroge à l'obligation en justifiant les raisons de son choix (principe de *comply or explain*).<sup>152</sup>

Le comité de nomination se compose d'une majorité d'administrateurs non-exécutifs indépendants.<sup>153</sup> Celui-ci a pour mission d'intervenir par le biais de recommandations qu'il soumet au conseil d'administration quant à la nomination des administrateurs, du CEO et des

---

<sup>148</sup> Art. 526*quater*, § 2, al. 2 C. soc

<sup>149</sup> Projet de loi visant à renforcer le gouvernement d'entreprise dans les sociétés cotées et les entreprises publiques autonomes et visant à modifier le régime des interdictions professionnelles dans le secteur bancaire et financier, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2009-2010, 2336/001, p. 9.

<sup>150</sup> Chr. DARVILLE-FINET, « Nouveauté dans les organes – comité de rémunération, comité d'audit et gestion journalière », *o. c.*, p. 51.

<sup>151</sup> Art. 526*quater*, § 5 C. soc.

<sup>152</sup> V. SIMONART, « Le conseil d'administration de la société anonyme et ses comités », *o. c.*, p. 22.

<sup>153</sup> Code belge de gouvernance d'entreprise 2009, Annexe D, 5.3/1.

autres membres du management exécutif<sup>154</sup> et d'assister le conseil d'administration dans le processus d'évaluation, conformément à la troisième ligne de conduite de la disposition 4.11 du Code 2009.

Les comités de nomination et de rémunération peuvent être regroupés en un seul comité mais les conditions de constitution seront alors les plus sévères selon le Code 2009. En effet, ce comité répondra aux exigences de composition du comité de rémunération, il sera donc constitué d'une majorité d'administrateurs indépendants.<sup>155</sup>

Il se peut que les comités que nous avons examinés soient composés exclusivement d'administrateurs indépendants mais, selon V. SIMONART, ce n'est pas ce qui se fait habituellement.<sup>156</sup>

### **CHAPITRE 3. – MISE EN CAUSE DE LA RESPONSABILITE DES ADMINISTRATEURS INDEPENDANTS ET OBSERVATIONS CRITIQUES**

#### **Section 1. – Tour d'horizon des différents types de responsabilités pouvant être imputées aux administrateurs indépendants**

##### *§ 1<sup>er</sup>. – Responsabilité pénale<sup>157</sup>*

Nous devons d'abord écrire quelques lignes sur la responsabilité pénale des administrateurs même si elle ne sera abordée dans notre propos que marginalement.

On constate en se basant sur l'article 5 du Code Pénal, que pour condamner une personne morale ou pour établir l'existence d'une infraction, on n'a pas besoin que l'infraction soit imputée préalablement (ou en même temps) à une personne physique (l'administrateur, dans notre cas) qui agit en son sein. On remarque en regardant l'alinéa 2 de l'article 5 du Code pénal, que le législateur fait *a priori* preuve de plus de sévérité en ce qui concerne les conditions d'imputabilité à l'égard de la personne morale elle-même qu'à l'encontre des administrateurs qui agiraient comme « bras armé » de la personne morale.<sup>158</sup>

---

<sup>154</sup> Code belge de gouvernance d'entreprise 2009, Annexe D, 5.3/4.

<sup>155</sup> Ligne de conduite, 5.4, Code belge de gouvernance d'entreprise 2009.

<sup>156</sup> V. SIMONART, « Le conseil d'administration de la société anonyme et ses comités », *o. c.*, p. 23.

<sup>157</sup> La responsabilité pénale du dirigeant d'entreprise étant un domaine extrêmement vaste et complexe, nous renvoyons pour une étude complète de cette matière à J.- F. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2012.

<sup>158</sup> Y. DE CORDT, « Le dirigeant d'entreprise, un personnage à multiples facettes », *o. c.*, p. 43.

## § 2. – Responsabilité civile

C'est beaucoup plus sur la responsabilité civile que sur la responsabilité pénale que nous allons concentrer notre exposé.

En effet, le Code belge de gouvernance d'entreprise 2009 consacre une différence claire entre ce que sont les administrateurs exécutifs et les administrateurs non exécutifs<sup>159</sup>.

Malgré cette différence avérée, le Code 2009 rappelle dans ses articles 1.1 et 3.3 que, comme déjà évoqué *supra*, le conseil d'administration est un organe collégial, conformément à l'article 521, al. 1<sup>er</sup> C. soc. D'ailleurs c'est ce que souligne J.-F. GOFFIN, qui écrit qu'il ne saurait être dérogé à ce principe de la collégialité du conseil d'administration, puisqu'il est considéré comme une règle fondamentale.<sup>160</sup>

Partant, vis-à-vis des tiers ce conseil doit donc être considéré comme un organe unique, bien que les fonctions doivent être réparties clairement en son sein afin que les administrateurs exécutifs et les non exécutifs puissent chacun jouer un rôle spécifique et complémentaire au sein de celui-ci.<sup>161</sup> Une répartition des tâches à l'intérieur du conseil est donc autorisée et réalisée mais n'est néanmoins pas opposable aux tiers, quand bien même cette répartition serait publiée.<sup>162</sup>

Même si le conseil agit en collège, on ne négligera pas le constat qu'il existe une « asymétrie de fait » entre les deux catégories d'administrateurs, qui est due à leurs « vocations » respectives et que, dans l'absolu, le droit de la responsabilité devrait prendre en compte.<sup>163</sup>

D. WILLERMAIN pose la question de savoir si la différence de plus en plus marquée entre ces deux types d'administrateurs pourrait avoir une incidence sur la responsabilité de ceux-ci, tant vis-à-vis de la société que vis-à-vis des tiers.<sup>164</sup>

Nous allons tenter de mettre le doigt sur cette différence de régime (si elle existe) et pour cela nous avons besoin de nous intéresser aux typologies de responsabilités qui pourraient éventuellement être imputées aux administrateurs en général et aux administrateurs indépendants en particulier.

La responsabilité des administrateurs est évoquée par le Code des sociétés aux articles 527 à 530 C. soc.

---

<sup>159</sup> Respectivement art. 6.2 et 2.3 Code belge de gouvernance d'entreprise

<sup>160</sup> J.-F. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 91.

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> Art. 522 C. soc.

<sup>163</sup> J.- F. GOFFIN, *o. c.*, p. 93.

<sup>164</sup> D. WILLERMAIN, « Les pouvoirs des dirigeants d'entreprise, spécialement des administrateurs de sociétés anonymes : état des lieux et réflexion », *o. c.*, p. 155.

Le Code envisage le régime de responsabilité des administrateurs comme une sorte de hiérarchie des fautes, agencée de la moins grave à la plus grave, ayant des répercussions sur l'identité des demandeurs potentiels ou sur la responsabilité solidaire ou non des administrateurs, en d'autres termes, la portée de la responsabilité.<sup>165</sup>

L'article 527 C. soc. prescrit que les administrateurs sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat reçu et des fautes commises dans la gestion. Ceux-ci sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers, conformément à l'article 528 C. soc., des dommages et intérêts qui résultent d'infractions au Code des sociétés ou aux statuts. Selon l'article 529 C. soc, ils sont personnellement et solidairement responsables du préjudice subi par la société ou par les tiers qui résulterait de décisions prises ou d'opérations accomplies conformément à l'article 523 dans le cas où celles-ci leur aurait procuré un avantage financier abusif au détriment de la société. Enfin, conformément à l'article 530 C. soc. tout administrateur, ancien administrateur ou toute personne ayant effectivement détenu le pouvoir de gérer la société peut être déclaré personnellement obligé, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif en cas de faillite de la société, à condition qu'il soit établi qu'une faute grave et caractérisée dans son chef a contribué à la faillite.<sup>166</sup>

En outre, nous devons également souligner que les articles 1382 et 1383 du Code civil (faute aquilienne) peuvent être des bases sur lesquelles fonder la responsabilité de l'administrateur au cas où elle serait soulevée par la société ou par un tiers. Cependant, nous ne pousserons pas l'analyse de ce type de responsabilité plus avant en ce qui concerne les administrateurs indépendants.

Dans les sections qui vont suivre, nous nous intéresserons surtout à la faute de gestion (Section 2) car c'est celle-là qui pose le plus de problèmes étant donné que c'est elle qui serait la plus susceptible d'être commise par un administrateur indépendant.

Une section sera également consacrée au bref passage en revue de l'article 528 C. soc., dans la mesure où l'administrateur indépendant pourrait théoriquement y contrevenir (Section 3).

En ce qui concerne les responsabilités qui sont prévues aux articles 529 et 530 C. soc., nous estimons qu'une analyse de ceux-ci ne trouverait pas sa place dans un mémoire consacré aux administrateurs indépendants. C'est pourquoi nous renvoyons pour l'analyse de ces deux articles au régime de responsabilité des administrateurs exécutifs.

---

<sup>165</sup> Y. DE CORDT, « Le dirigeant d'entreprise, un personnage à multiples facettes », *o. c.*, p. 43.

<sup>166</sup> Art. 527 à 530 C. soc.

## **Section 2. – Article 527 C. soc. : Responsabilité pour faute dans l'exécution du mandat et pour faute dans la gestion**

D'après le texte de l'article 527 C. soc., on constate que les catégories de personnes concernées par ce type de responsabilité sont au nombre de trois : les administrateurs, les membres du comité de direction et les délégués à la gestion journalière.<sup>167</sup>

Nous allons développer la catégorie qui nous intéresse le plus dans le cadre de ce mémoire : celle des administrateurs.

L'action en responsabilité pour faute de gestion, la faute considérée comme « la moins grave » dans l'échelle fournie par le Code des sociétés, appartient à la société seule, à l'exclusion de tout tiers et celle-ci peut agir contre un ou plusieurs administrateur(s), lesquels ne seront pas tenus solidairement.<sup>168</sup>

Comme rappelé lors de l'introduction de ce chapitre, distinction est faite par le Code 2009 entre administrateurs exécutifs et non exécutifs (catégorie qui englobe les administrateurs indépendants).

La responsabilité pour faute de gestion pourrait être mise en œuvre par la société à l'encontre d'un ou plusieurs administrateurs en se référant aux règles et aux conditions développées au sein du Code 2009, qui prévoit notamment qu'une répartition des compétences au sein du conseil d'administration doit être fixée précisément dans un règlement d'ordre intérieur, ce qui permettra à la société de déterminer avec plus d'exactitude les responsabilités respectives des administrateurs exécutifs et non exécutifs.<sup>169</sup>

*§ 1<sup>er</sup>. – Analyse de la responsabilité des administrateurs indépendants pour faute de gestion au regard de leurs missions*

### a) Missions

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le voir, lorsque l'on regarde le Code 2009, on peut constater que celui-ci attribue des rôles différents aux administrateurs exécutifs et aux administrateurs non exécutifs, bien que rappelant la collégialité du conseil d'administration et

---

<sup>167</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 527 C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 2011, p. 79.

<sup>168</sup> J.- F. GOFFIN, *o. c.*, p. 93.

<sup>169</sup> *Ibid.*

la complémentarité de ces deux différents types d'administrateurs. Ce Code prévoit que « *le management exécutif doit au minimum s'occuper de la conduite de la société, mettre en place des contrôles internes (...) basés sur le cadre référentiel approuvé par le conseil d'administration, sans préjudice du rôle de suivi, soumettre au conseil d'administration la préparation exhaustive, ponctuelle, fiable et exacte des états financiers, conformément aux normes comptables et aux politiques de la société, préparer la communication adéquate des états financiers et des autres informations significatives financières et non financières de la société, soumettre au conseil d'administration une évaluation objective et compréhensible de la situation financière de la société, fournir en temps utile au conseil d'administration toutes les informations nécessaires à l'exécution de ses obligations, être responsable à l'égard du conseil d'administration et lui rendre compte de l'exercice de ses fonctions* »<sup>170</sup> ; quant aux administrateurs non exécutifs, ils sont chargés de discuter de manière critique et constructive la stratégie et les politiques clés adoptées par le management exécutif et contribuent à développer ces éléments, tout en évaluant les performances du management exécutif, au regard des objectifs que le conseil d'administration s'est fixé en tant qu'organe collégial.<sup>171</sup>

On remarque donc, en substance, que les administrateurs exécutifs ont plus une mission de « gestion » proprement dite, tandis que les non exécutifs ont plus une fonction de « surveillance » du management exécutif.

En ce qui concerne les administrateurs indépendants, on rappelle qu'ils ont une mission un peu spécifique puisqu'ils sont en charge de l'objectivation des décisions rendues par le conseil d'administration grâce à leur neutralité de jugement. Comme le soutient C. DARVILLE-FINET, « *l'administrateur indépendant apparaît, en quelque sorte, comme le gardien de l'intérêt social, par le dépassement de vues trop particularistes* ». <sup>172</sup>

Par ailleurs, nous estimons que quelques lignes pour expliciter la notion d'intérêt social trouvent leur place dans ce mémoire, à partir du moment où nous soutenons que tous les administrateurs doivent gérer la société au mieux de ses intérêts et que l'administrateur indépendant remplit également un rôle de « gardien de l'intérêt social ». Cette notion sera examinée au point c) ci-dessous.

Ce rappel des missions des différents administrateurs intervient en guise d'introduction à l'analyse de la responsabilité pour faute de gestion de l'administrateur indépendant, étant donné que les responsabilités respectives sont fonction des rôles joués par chacun.

---

<sup>170</sup> Art. 6.5 Code belge de *corporate governance* 2009.

<sup>171</sup> Chr. DARVILLE-FINET, « Nouveauté dans les organes – comité de rémunération, comité d'audit et gestion journalière », *o. c.*, p. 58.

<sup>172</sup> *Ibid.*

## b) Responsabilité pour faute de gestion

L'article 527 C. soc. prévoit que les administrateurs qui ont commis une faute de gestion seront jugés au regard « *du droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion* ».

On peut donc en déduire que la faute de gestion dans ce contexte est due à une inexécution fautive du contrat de mandat conclu entre la société et l'administrateur, et qu'il s'agit donc d'un manquement contractuel, ce qui peut avoir des implications importantes en ce qui concerne l'imputation de la responsabilité et quant à l'identité du titulaire de l'action en responsabilité.<sup>173</sup>

En effet, en vertu du principe de la relativité des effets internes du contrat, la société seule peut agir en responsabilité en ayant comme fondement une faute de gestion, à l'exclusion des tiers, puisqu'ils ne sont pas partie au contrat.<sup>174</sup>

Egalement, l'article 527 C. soc. précise que les personnes qui ont commis une faute de gestion seront jugées conformément au droit commun, qui s'entend ici comme le droit commun du mandat (art. 1984 et s. C. civ.), ce qui signifie donc que les mandataires sont titulaires d'une série d'obligations spécifiques.<sup>175</sup>

Qui dit application du droit commun en matière de responsabilité contractuelle pour faute de gestion, dit réunion des trois éléments constitutifs traditionnels, à savoir la faute, le lien causal et le dommage.<sup>176</sup>

En ce qui concerne la faute de gestion, il s'agit de la faute qu'un administrateur aurait commise dans l'exercice de son mandat, qui lui impose d'agir comme un professionnel actif, loyal et compétent, qui n'a pas peur de prendre les décisions et les risques qui s'imposent dans toute activité économique pour atteindre les objectifs qu'il croit bons pour la société.<sup>177</sup> Cette obligation découlant de son mandat étant une obligation de moyen, la personne qui invoque la responsabilité doit prouver l'existence de l'obligation et l'inexécution de celle-ci, mais aussi le fait que le titulaire de ladite obligation a commis une faute car il ne s'est pas comporté « en bon père de famille ».<sup>178</sup>

---

<sup>173</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 527 C. soc. », *o. c.*, p. 82.

<sup>174</sup> P. WÉRY, « La théorie générale du contrat », *Rép. not.*, 2010, T. IV, l. 1/1, pp. 864 et s.

<sup>175</sup> Un passage en revue complet des obligations du mandataire relevant d'un travail qui pourrait s'éloigner de notre sujet de base, voy. donc pour le surplus P. WÉRY, « Mandat », *Rép. not.*, 2000, T. IX, l. 7, pp. 57-320.

<sup>176</sup> Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et J. MALHERBE, « Droit des sociétés. Précis », Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 653 et s.

<sup>177</sup> Y. DE CORDT et M.-A. DELVAUX, « La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier », in *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*, Bruxelles, la Charte, 2007, p. 21.

<sup>178</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 527 C. soc. », *o. c.*, p. 86.

Pour transposer cette notion de « bon père de famille » à l'administrateur, la personne qui sera amenée à en juger a intérêt à se demander comment l'administrateur normalement prudent et diligent aurait réagi, s'il avait été placé dans le même contexte que celui dans lequel se trouvait l'administrateur dont la responsabilité est discutée.<sup>179</sup> La faute de gestion sera donc celle que n'aurait pas commise l'administrateur normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances, au regard des usages de la profession.<sup>180</sup>

Par ailleurs, selon la jurisprudence qui l'a rappelé à de nombreuses reprises<sup>181</sup>, on est en droit d'attendre des compétences spécifiques des administrateurs. Dès lors, des critères plus rigoureux doivent être appliqués dans l'appréciation de la faute de gestion, de sorte qu'ils ne peuvent invoquer leur incompétence pour s'exonérer.<sup>182</sup> Le juge, lorsqu'il a pour mission d'évaluer s'il y a faute de gestion ou non, peut se référer à des règles de *corporate governance* (comme le Code 2009, par exemple) qui sont des règles de bonne conduite et qui peuvent même devenir de véritables standards sur lequel le juge peut se baser afin de dessiner de manière plus claire les contours de la figure de « l'administrateur prudent et diligent ».<sup>183</sup>

La faute de gestion doit être appréciée en ayant égard aux circonstances ou aux faits qui auraient dû être connus des administrateurs au moment où l'action ou la décision a été prise, et non pas en tenant compte d'éventuelles conséquences postérieures à l'action ou à la décision dues à celle-ci et qui auraient raisonnablement pu être prévues.<sup>184</sup> Cela ne veut pas pour autant dire que l'administrateur qui aurait été absent au moment d'agir ou de décider peut éviter la mise en cause de sa responsabilité, même en raison d'un cas de force majeure par exemple, puisqu'il est unanimement admis en doctrine et en jurisprudence que le dirigeant a le devoir de s'informer des différentes questions soumises à l'organe de gestion et des informations qui auraient éventuellement pu lui être dissimulées, et ce par-dessus tout lorsqu'il s'agit de dirigeants qui ne prennent pas un rôle actif dans la gestion de la société, comme c'est le cas des administrateurs indépendants, nous y reviendrons.<sup>185</sup>

De plus, une précision doit être apportée en ce qui concerne l'incidence de la rémunération des administrateurs sur leur responsabilité. En effet, eu égard aux règles du mandat pertinentes dans le cas d'espèce, l'article 1992, al. 2 C. civ. précise que la faute doit être

---

<sup>179</sup> Pour plus de précisions en ce qui concerne la notion de bon père de famille, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, T. II, p. 1195.

<sup>180</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 527 C. soc. », *o. c.*, p. 86.

<sup>181</sup> Liège, 1<sup>er</sup> décembre 1969, *Rev. prat. soc.*, 1971, p. 281 ; Anvers, 29 septembre 1981, *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 89 ; Gand, 10 novembre 2008, *J.D.S.C.*, 2010, p. 108 ; Comm. Mons, 23 mars 2006, *J.D.S.C.*, 2006, p. 129.

<sup>182</sup> M.-A. DELVAUX et P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles du dirigeant d'entreprise », in *Le statut social du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 224.

<sup>183</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 527 C. soc. », *o. c.*, p. 90.

<sup>184</sup> M.-A. DELVAUX et P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles du dirigeant d'entreprise », *o. c.*, p. 225.

<sup>185</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 527 C. soc. », *o. c.*, p. 87.

appréciée moins rigoureusement à l'encontre d'un mandat à titre gratuit, qu'à l'égard de celui qui se verrait attribuer un salaire.<sup>186</sup> Le Code belge de gouvernance d'entreprise 2009 prévoit également que la responsabilité des administrateurs exécutifs et non exécutifs<sup>187</sup> est fonction de la rémunération.

Toutefois, la jurisprudence et la doctrine n'accordent qu'une attention limitée à ce critère pour évaluer la responsabilité car l'exercice d'un mandat d'administrateur au sein d'une société commerciale relève le plus souvent d'une activité professionnelle et même si aucune rémunération n'y était accordée, cela n'influerait aucunement sur les obligations qui pèsent sur un tel mandat, et pas plus sur les hypothèses d'imputation de la responsabilité. Cependant, le fait que le Code consacre expressément ce principe pourrait amener la doctrine et la jurisprudence à changer leur fusil d'épaule sur ce point.<sup>188</sup>

Enfin, nous le répétons, seule la société peut agir pour faute de gestion à l'encontre de l'administrateur, étant donné qu'il s'agit d'une relation contractuelle qui existe entre eux. Cette action est subordonnée à une décision de l'assemblée générale.

Une petite nuance doit cependant être apportée. Si la société reste en défaut d'agir, les tiers peuvent agir en lieu et place de celle-ci par l'intermédiaire d'une action oblique, prévue par l'article 1166 du Code civil.<sup>189</sup> De plus, pour être complet nous devons de citer la possibilité qui est offerte aux actionnaires minoritaires par les articles 562 à 567 C. soc. d'introduire une action en leur nom, à l'encontre des administrateurs dans l'intérêt et pour le compte de la société.<sup>190</sup>

### c) Actions dans le sens de l'intérêt social

L'intérêt social est une notion que nous nous permettrons de qualifier, avec le professeur Y. DE CORDT de « *polymorphe et mimétique* » puisqu'il est sujet à un perpétuel mouvement et à une évolution continue.<sup>191</sup>

Le deuxième principe édicté par le Code 2009 est intitulé comme suit : « La société se dote d'un conseil d'administration effectif et efficace qui prend des décisions dans l'intérêt

---

<sup>186</sup> Art. 1992. al. 2 C. civ.

<sup>187</sup> Respectivement art. 7.3 et 7.6 Code belge de gouvernance d'entreprise 2009.

<sup>188</sup> J.- F. GOFFIN, *o. c.*, p. 92.

<sup>189</sup> M.-A. DELVAUX et P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles du dirigeant d'entreprise », *o. c.*, p. 226-227.

<sup>190</sup> Pour plus de précisions en ce qui concerne cette action minoritaire, voy. F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 527 C. soc. », *o. c.*, pp. 94-96.

<sup>191</sup> Y. DE CORDT, « Le dirigeant d'entreprise, un personnage à multiples facettes », *o. c.*, p. 42.

social ». Les administrateurs qu'ils soient exécutifs, non exécutifs ou indépendants doivent donc prendre des décisions qui vont dans le sens de l'intérêt de la société.

Etant donné que l'administrateur doit agir dans la poursuite de l'intérêt social<sup>192</sup>, on examinera la faute de gestion à la lumière de cet intérêt social, qui fera l'objet d'une conception plus ou moins extensive en fonction des points de vue. En définitive, invoquer une faute de gestion dans le chef des administrateurs revient à supposer que ceux-ci n'ont pas accompli leur mandat en bonne et due forme et n'ont pas géré la société au mieux de ses intérêts (donc dans l'intérêt social).<sup>193</sup>

Il existe dès lors plusieurs conceptions doctrinales de cette notion, qui n'a pas fait l'objet de consécration légale.

Dans une première conception, certains soutiennent que l'intérêt social est l'intérêt commun des seuls actionnaires.<sup>194</sup> Dans ce sens, une première définition de l'intérêt social est proposée comme suit : « *L'intérêt de la société – que l'on peut, si l'on préfère, qualifier d'intérêt social – implique son existence, sa continuité, son développement, sa capacité à dégager des bénéfiques, le tout dans l'intérêt des actionnaires actuels et futurs.* »<sup>195</sup> Si l'on se tient à cette conception, on peut écrire que si certaines décisions prises par les administrateurs ne sont pas conformes à l'intérêt des partenaires de la société, ce n'est pas pour autant qu'elles sont immanquablement contraires à l'intérêt social étant donné que celui-ci consiste en « l'intérêt de l'ensemble des actionnaires actuels et futurs ». En effet, il n'y aurait alors faute de gestion, parce que les administrateurs n'ont pas rempli correctement leur mandat à l'égard de la société qui consiste à gérer celle-ci au mieux de ses intérêts, que dans la mesure où l'acte de gestion qui pose problème pourrait être nuisible à la société dans « son existence, sa continuité, son développement, sa capacité à dégager des bénéfiques ».<sup>196</sup>

Dans une seconde conception, il s'agirait plutôt de l'intérêt de toutes les parties prenantes de la société, les *stakeholders*, et non plus seulement celui des actionnaires car ce ne sont pas les seuls qui sont intéressés par le bon fonctionnement de l'entreprise.<sup>197</sup> Il existe des consécutions de cette conception en jurisprudence qui disposent que les administrateurs doivent avoir égard à l'intérêt supérieur de l'entreprise, qui comprend également l'intérêt de

---

<sup>192</sup> P. DE WOLF, « Exercice du pouvoir et fonctionnement de la S.A. : un régime de liberté (moins) surveillée », *J.T.*, 2003, p. 590.

<sup>193</sup> J.- F. GOFFIN, *o. c.*, p. 122.

<sup>194</sup> F. MAGNUS, « Appréciation des contours de l'intérêt social: regard critique à travers les enseignements tirés des notions d' « intérêt de groupe » et d' « avantages anormaux ou bénévoles » », *Rev. prat. soc.*, 2011, pp. 324-398.

<sup>195</sup> J.- M. NELISSEN GRADE, « De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales », note sous Cass., 13 avril 1989, *R.C.J.B.*, 1991, p. 234.

<sup>196</sup> J.- F. GOFFIN, *o. c.*, p. 122.

<sup>197</sup> *Ibid.*

tous les partenaires (fournisseurs, travailleurs, clients,...) et pas seulement celui des actionnaires.<sup>198</sup>

Dans une troisième conception, l'intérêt social concerne un concept qui assimile l'entreprise à une unité économique en *going concern*. Cependant, le concept d'« entreprise » étant étranger au droit des sociétés, on peut difficilement retenir cette dernière conception. On y substituera donc une quatrième, qui consiste à affirmer que « *l'intérêt social est l'intérêt de la société comme « structure d'accueil » de l'entreprise. De la sorte, le débat doit être centré sur la société commerciale et sur son intérêt propre, qui consiste notamment dans le développement de sa substance, c'est-à-dire la valeur mise en commun, et dans l'amélioration de sa place sur le marché des produits ou services. Cela ne signifie pas qu'une société puisse évoluer dans l'ignorance totale des tiers. Bien au contraire, la société doit agir de bonne foi, sans abuser de ses droits et dans le respect de ses obligations légales ou contractuelles* ». <sup>199</sup>

#### d) La faute de gestion dans le cadre de la mission des administrateurs indépendants

Nous le rappelons, aussi bien les administrateurs exécutifs que les administrateurs non exécutifs concluent un contrat de mandat avec la société, ce qui a pour effet de leur confier une mission bien définie.

La faute de gestion est une faute qui intervient dans l'exécution du mandat des administrateurs, donc dans l'exécution de leur mission.

Nous l'avons vu, les administrateurs exécutifs ont plus une fonction de gestion alors que les non exécutifs ont plus une fonction de surveillance.

Cette distinction marquée entre ces deux différents types d'administrateurs a pour conséquence de faire dire à certains auteurs qu'un régime de responsabilité différent devrait avoir tendance à voir le jour en jurisprudence.<sup>200</sup>

En effet, le fait que le conseil d'administration fonctionne de manière collégiale n'enlève rien au constat qu'il existe une sorte d'« asymétrie » de fait que le droit de responsabilité se doit de prendre en compte, même *in abstracto*.<sup>201</sup>

---

<sup>198</sup> Comm. Liège, 17 octobre 2003, *J.D.S.C.*, 2006, p. 110.

<sup>199</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 527 C. soc. », *o. c.*, p. 89.

<sup>200</sup> X. DIEUX, « « Corporate governance » : de la loi du 2 août 2002 au « Code Lippens » », *o. c.*, pp. 61-62 ; J.-F. GOFFIN, *o. c.*, pp. 92-93.

<sup>201</sup> J.-F. GOFFIN, *o. c.*, p. 93.

En ce qui concerne la faute de gestion, on s'aperçoit qu'elle pourrait être appréciée moins rigoureusement dans le chef de l'administrateur non exécutif car, grâce aux recommandations et aux critères développés par le Code 2009, la société qui souhaite mettre en cause un administrateur peut le faire plus précisément, étant donné que les missions des uns et des autres sont circonscrites clairement par le Code, et que par ailleurs, cette répartition sera rappelée dans le règlement d'ordre intérieur de la société. Tous les administrateurs d'une société sont, d'une part, chargés d'une mission au service de la société et, d'autre part, ils doivent être diligents envers celle-ci et bien la gérer, sous peine d'engager leur responsabilité.<sup>202</sup>

Toutefois, au regard de la disposition 6.5 du Code 2009, on se rend compte que le management exécutif est chargé au minimum (entre autres obligations) de la « conduite de la société », ce qui signifie selon nous que, par rapport aux administrateurs non exécutifs, il est plus impliqué dans la gestion effective de la société et que, dès lors, sa responsabilité pour faute de gestion peut plus facilement être mise en cause qu'en ce qui concerne ces derniers.

Comme le fait remarquer X. DIEUX, dans la pratique, il semble que les membres non exécutifs du conseil d'administration ne peuvent avoir accès aux mêmes informations sensibles que les membres exécutifs que d'une manière très hypothétique et que de la sorte, il leur est difficile de développer une argumentation assez solide pour, en cas de besoin, censurer ces membres exécutifs. Pour cela, le même auteur préconise que le juge qui serait amené à se prononcer sur la faute de gestion d'un membre non exécutif, et à plus forte raison d'un membre indépendant du conseil d'administration, tienne compte d'un degré de connaissance des informations délicates moindre dans la décision qu'il prendra.<sup>203</sup>

Tout le développement ci-dessus en ce qui concerne la différence dans la mise en cause de la responsabilité pour faute de gestion des administrateurs exécutifs et non exécutifs nous amène à la déduction qu'en tant qu'administrateurs non exécutifs, il semble que les indépendants soient également inclus dans le champ d'application de l'article 527 C. soc., sous réserve des tempéraments vus ci-dessus et qui devraient être pris en compte par le juge pour décider de leur responsabilité sur base de 527 C. soc., en tenant compte de manière encore plus pointilleuse de leur fonction de supervision.

---

<sup>202</sup> J.- F. GOFFIN, *o. c.*, p. 93.

<sup>203</sup> X. DIEUX, « « Corporate governance » : W. Kent v. Lenôtre », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 208-209.

## § 2. – *Observations critiques*

Pour clôturer et corroborer ce qui a été écrit sur la faute de gestion, nous nous permettrons d'élaborer quelques réflexions critiques.

Une première observation réside dans le fait qu'un administrateur indépendant peut, tout comme un administrateur exécutif, voir sa responsabilité mise en cause sur base de la faute de gestion, prévue par l'article 527 C. soc.

La chose qui paraît marquante dans ce constat est que, lorsqu'on s'interroge sur leurs missions, on s'aperçoit que, comme vu *supra*, la fonction principale d'un administrateur indépendant est une fonction de supervision et d'avis.

Dès lors et même si nous tenons compte des prescrits du Code 2009 en ce qu'il prévoit en substance que l'administrateur (donc tout administrateur, peu importe la « catégorie » dans laquelle il est rangé) est investi d'une mission au service de la société et qu'il assume envers elle une fonction de diligence et de bonne gestion dont il est responsable<sup>204</sup>, nous soutenons qu'un administrateur indépendant, eu égard aux armes qu'il a à sa disposition, ne peut pas assumer la gestion de la société dans le sens dans lequel elle est entendue en ce qui concerne les administrateurs exécutifs.

En effet, nous avons du mal à comprendre dans quelle mesure une mise en cause de la responsabilité des administrateurs indépendants pour faute de gestion serait possible sur cette même base. Notre propos ne se veut pas opposé à ce qu'une responsabilité soit imputée aux administrateurs indépendants mais, à notre avis, une réforme législative ne serait pas malvenue pour clarifier les termes de l'article 527 C. soc. en ce qui concerne les responsabilités spécifiques des administrateurs exécutifs, non exécutifs et indépendants.

Si on peut résumer dans les grandes lignes la responsabilité des administrateurs non exécutifs à une fonction de surveillance, serait-ce couper les cheveux en quatre que de s'interroger sur la possibilité d'une modification de l'article 527 C. soc. qui distinguerait, d'un point de vue terminologique, la faute de gestion des administrateurs exécutifs de la faute de surveillance des non exécutifs, en modalisant les échelles de responsabilité ?

Dans le même canevas, Y. DE CORDT est d'avis de circonscrire la responsabilité des administrateurs indépendants à leurs missions spécifiques.<sup>205</sup>

Une deuxième considération aura trait à l'intérêt social.

---

<sup>204</sup> J.- F. GOFFIN, *o. c.*, p. 93.

<sup>205</sup> Y. DE CORDT, « Le dirigeant d'entreprise, un personnage à multiples facettes », *o. c.*, p. 44.

En effet, quand nous nous interrogeons sur la conception de l'intérêt social qui veut que celui-ci soit conforme à l'intérêt de tous les actionnaires actuels et futurs, nous avons du mal à envisager l'administrateur indépendant comme agissant dans le sens de l'intérêt social, étant donné que celui-ci est mis en place justement pour ses vertus de neutralité, ce qui ne saurait lui faire prendre position en faveur des actionnaires, au détriment d'autres parties prenantes, comme par exemple les travailleurs ou les fournisseurs de la société.

Dès lors, nous privilégierions une conception de l'intérêt social plus axée sur le développement de la substance de la société commerciale, tout en tenant compte des tiers. Selon nous, dans une telle conception, l'administrateur indépendant serait totalement à sa place dans un rôle de « gardien de l'intérêt social ». Cela lui permettrait par ailleurs d'être en harmonie avec le deuxième principe du Code 2009 qui veut que tous les administrateurs soient garants de l'intérêt social.

### **Section 3. – Article 528 C. soc. : Responsabilité pour infractions aux dispositions du Code des sociétés ou des statuts**

#### *§ 1<sup>er</sup>. – Responsabilité pour violation du Code ou des statuts*

La mise en cause de la responsabilité d'un administrateur pour infractions aux Code des sociétés ou aux statuts peut être effectuée, selon l'article 528, al. 1<sup>er</sup> C. soc., aussi bien par la société que par les tiers. Le constat selon lequel les tiers (et non plus uniquement la société, comme c'est le cas dans le cadre de l'article 527 C. soc.) peuvent également le mettre en cause est une conséquence du fait que l'on se trouve ici dans une situation où l'administrateur n'a pas respecté « les règles du jeu sociétaire ».<sup>206</sup> Le fondement de leurs actions se trouve dans les délits ou les quasi-délits commis par les administrateurs.<sup>207</sup>

Si les administrateurs ont reçu une décharge qui les libère de leur responsabilité à l'égard de la société en ce qui concerne les actes accomplis au cours de l'exercice écoulé, celle-ci ne les libère en revanche pas de leur responsabilité à l'égard des tiers.<sup>208</sup>

Pour que la faute existe, il suffit qu'il soit établi qu'il y ait une violation du Code et des statuts. Cependant, il est souvent délicat de prouver un lien de causalité entre la faute et le dommage. Cela est nécessaire pour prouver la responsabilité car ce n'est pas une présomption

---

<sup>206</sup> M.-A. DELVAUX et P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles du dirigeant d'entreprise », *o. c.*, p. 227.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 229.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 240.

de responsabilité qui est consacrée par le Code (puisque l'existence de la faute ne suffit pas pour que les administrateurs soient responsables) mais bien une présomption d'imputabilité, puisque le Code précise que la violation de ses dispositions ou des statuts sociaux sera présumée être le fait de tous les administrateurs dans leur ensemble (en ce compris les administrateurs indépendants). C'est un régime exigeant à l'égard de l'administrateur puisqu'il s'agit ici d'un renversement de la charge de la preuve. En effet, il lui appartient de prouver d'abord une absence de participation à l'infraction, ensuite une absence de faute dans son chef et, enfin, une dénonciation de l'infraction, faite par lui, à l'assemblée générale la plus proche du moment où il a pris connaissance des faits.<sup>209</sup>

La société ou le tiers qui invoque la violation doit préciser la disposition du Code ou des statuts violée et en rapporter la violation effective.<sup>210</sup>

Dans l'esprit du législateur, la faute prévue par l'article 528 C. soc. est plus grave que la simple faute de gestion, et c'est pour ce motif qu'il a instauré un régime de solidarité, ce qui signifie que la personne préjudiciée par une telle faute de l'administrateur pourra réclamer indifféremment son dû à l'ensemble des administrateurs, à charge pour eux, une fois la dette payée, de se répartir le poids de celle-ci de manière inégale en fonction de la responsabilité de chacun.<sup>211</sup>

## § 2. – *Violation du Code ou des statuts dans le chef des administrateurs indépendants*

En ce qui concerne les administrateurs indépendants, ils n'échappent *a priori* pas à la mise en cause de leur responsabilité en cas de violation du Code ou des statuts.

Cependant, on est en droit de se demander si cette imputation de responsabilité n'est pas un peu théorique en ce qui concerne les administrateurs non exécutifs et encore plus en ce qui concerne les administrateurs indépendants.

En effet, dans la mesure où la responsabilité est solidaire, tous les membres du conseil seront tenus pour responsables de l'infraction au Code des sociétés ou aux statuts, y compris les administrateurs exécutifs et indépendants. Même un administrateur qui serait distrait, incompétent, inactif, absent, etc. assume la responsabilité des décisions qui sont prises par les autres, même s'il n'en a pas eu connaissance.<sup>212</sup>

---

<sup>209</sup> M.-A. DELVAUX et P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles du dirigeant d'entreprise », *o. c.*, p. 230.

<sup>210</sup> Civ. Bruges, 19 septembre 1995, *V. & F.*, 1998, p.288.

<sup>211</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 528 C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 2011, p. 117.

<sup>212</sup> J.- F. GOFFIN, *o. c.*, p. 138.

Cependant, il faut garder à l'esprit que les administrateurs non exécutifs et indépendants disposent des mêmes moyens de défense que les autres administrateurs, à savoir ceux qui sont prévus par l'article 528 C. soc.

Selon nous, il leur sera plus aisé de prouver, s'ils n'ont pas pris part à la violation, qu'aucune faute ne leur est imputable et qu'ils ont dénoncé la violation dès qu'ils en ont été mis au courant car, étant donné leur mission première de surveillance et de supervision, et dans la mesure où les administrateurs « actifs » ne leur ont pas fait part ou ont sciemment dissimulé les informations dont ils disposaient, il serait difficile de leur imputer une responsabilité sur cette base, pour autant qu'ils démontrent que, dès qu'ils ont pris connaissance de l'infraction, ils l'ont dénoncée.

Le Code des sociétés lui-même ne fait pas de distinction explicite entre les administrateurs exécutifs et non exécutifs. C'est bien le Code 2009 qui s'en charge et qui octroie des missions à chacun. Dès lors, la question s'est posée de savoir si en cas de violation du Code belge de gouvernance 2009, la responsabilité des administrateurs pouvait être mise en cause sur base de l'article 528 C. soc.

En effet, la seule possibilité qui serait octroyée aux tiers et à la société d'intenter une action sur cette base interviendrait dans l'hypothèse où les dispositions du Code 2009 seraient reproduites dans les statuts. Dans le cas contraire, aucune action sur cette base ne peut être introduite par eux, étant donné que les dispositions du Code ne sont pas introduites au sens strict dans le Code des sociétés et n'ont donc pas valeur de loi.<sup>213</sup>

Selon J.-F. GOFFIN, en cas de condamnation solidaire de l'ensemble des administrateurs sur base de l'article 528 C. soc., les administrateurs non exécutifs pourraient se retourner contre les exécutifs qui sont responsables dans le cas d'espèce lors de la contribution à la dette sur base des règles du Code 2009.<sup>214</sup>

#### **CHAPITRE 4. – FIN DU MANDAT DES ADMINISTRATEURS INDEPENDANTS ET OBSERVATIONS CRITIQUES**

Comme le font très bien remarquer P. SROOBANT, M. FYON et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, « *Outre l'expiration de la période pour laquelle ils ont été nommés, les administrateurs peuvent voir leur mandat prendre fin par la révocation, la démission, l'accord mutuel des parties, le décès,*

---

<sup>213</sup> J.- F. GOFFIN, *o. c.*, p. 95.

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 95.

*l'incapacité, l'impossibilité pour l'administrateur d'exercer son mandat, la mise en liquidation ou la faillite de la société ainsi que l'absorption de la société par une autre ».*<sup>215</sup>

Dans le cadre du sujet qui nous préoccupe, nous n'analyserons que la démission et la révocabilité *ad nutum*.

## **Section 1. – La démission**

L'administrateur est considéré classiquement comme le mandataire de l'assemblée générale bien qu'on puisse écrire que, comme le précise D. WILLERMAIN, cela ne soit plus tout à fait le cas. Il serait en effet question que l'administrateur ait une sorte de statut « *sui generis* » qui se situerait au croisement des règles prévues par le Code des sociétés et accessoirement des règles du mandat, prévues par le Code civil.<sup>216</sup> Nous n'entrerons pas dans des considérations détaillées à ce sujet.

Pour débiter ce paragraphe, nous nous devons donc de faire référence à l'article 2007 du Code civil qui prévoit que le mandataire peut mettre fin au contrat de mandat, pour autant qu'une notification soit faite au mandant. Cependant, l'article 2007 C. civ. vient nuancer de lui-même cette première phrase. Précisément, même si le principe veut que les administrateurs puissent démissionner à tout moment, cette démission ne doit pas intervenir à un moment où celle-ci pourrait causer préjudice à la société, comme par exemple lorsque la démission aurait pour conséquence de faire tomber le nombre d'administrateurs de la société sous le minimum légal de trois, comme le prévoit l'article 518, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> C. soc. parce que, dans ce cas, la société pourrait intenter une action contre l'administrateur qui pourrait aboutir à une obligation de réparation du dommage causé dans le chef de ce dernier.<sup>217</sup>

Une fois sa démission notifiée (par exemple, par le biais d'une lettre au président du conseil d'administration), l'administrateur n'est pas déchargé sur le champ de toutes ses tâches. En principe, il doit poursuivre l'accomplissement de ses fonctions et continuer à œuvrer à la gestion des affaires courantes, jusqu'à ce qu'il soit remplacé.<sup>218</sup>

---

<sup>215</sup> P. STROOBANT, M. FYON et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, *o. c.*, p. 65.

<sup>216</sup> D. WILLERMAIN, « Les corporate opportunities (notamment au sein des groupes de sociétés) », *R.D.C.*, 2005, p. 452.

<sup>217</sup> C. STAUDT, « Composition du conseil d'administration d'une société anonyme », *J.D.S.C.*, 2011, p. 146.

<sup>218</sup> P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *Les sociétés anonymes. Constitutions et fonctionnement*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 468.

La démission peut également être considérée comme fautive à partir du moment où l'administrateur assortit sa démission de circonstances nuisibles à la société, comme par exemple une publicité nocive.<sup>219</sup>

En ce qui concerne les caractéristiques de la démission des administrateurs indépendants, il n'existe pas, à notre connaissance, règle particulière applicable. Ce seront donc les prescrits qui valent pour les autres administrateurs de sociétés anonymes qui seront appliqués pour les indépendants.

## **Section 2. – La révocabilité *ad nutum***

Si nous devons refaire un parallèle avec les règles du mandat, on pourrait dire que ce n'est plus, dans ce cas-ci, le mandataire qui met fin au mandat mais bien le mandant qui rompt le contrat, quand bon lui semble, sans être tenu de respecter un délai de préavis ou de devoir payer des indemnités.<sup>220</sup> De même, une fois révoqués, les administrateurs n'ont en principe pas le droit de réclamer les moindres dommages et intérêts, quel que soit le préjudice éventuellement subit.<sup>221</sup> C'est l'article 2003 C. civ. qui prévoit cela. Selon le professeur P. WÉRY, cela est d'application, peu importe que le mandat soit conclu pour une durée déterminée ou indéterminée.<sup>222</sup>

L'article 518, § 3 C. soc. précise que les administrateurs sont toujours révocables par l'assemblée générale. Il s'agit d'une révocabilité *ad nutum*, ce qui signifie que l'assemblée générale peut les révoquer quand elle le souhaite sans donner de justification. Il s'agit d'une règle d'ordre public, il ne peut donc y être dérogé.<sup>223</sup>

Cela peut se justifier par une considération de *corporate governance*. En effet, les actionnaires ont quasiment renoncé à toutes les prérogatives qui seraient les leurs en ce qui concerne la gestion de manière concrète et tangible de l'argent qu'ils ont investi dans le capital social de la société. Le principe serait peut-être différent s'ils n'avaient pas effectué cette renonciation au profit du conseil d'administration.<sup>224</sup> La raison d'être de la règle de la révocabilité *ad nutum* trouve sans doute son origine ici.

---

<sup>219</sup>P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *Les sociétés anonymes. Constitutions et fonctionnement*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 468.

<sup>220</sup> P. STROOBANT, M. FYON et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, *o. c.*, p. 65.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>222</sup> P. WÉRY, *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 268.

<sup>223</sup> P. KILESTE et C. STAUDT, « De la nécessité de justifier la fin de la mission d'un administrateur », in *Le statut des administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL*, Bruxelles, Kluwer, 2006, Livre 10, p. 50.

<sup>224</sup> P. STROOBANT, M. FYON et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, *o. c.*, p. 77.

Le fait que cette révocabilité soit une règle d'ordre public a été consacré par le célèbre arrêt de la Cour de Cassation du 13 avril 1989, de telle sorte que ni les statuts, ni une éventuelle convention de vote ne peuvent y déroger par des clauses.<sup>225</sup>

Cependant, certaines clauses (statutaires ou faites en dehors des statuts) sont autorisées par la jurisprudence. Par exemple, serait valable la clause qui prévoirait que l'ensemble du conseil d'administration démissionne dans le cas où un seul des administrateurs serait révoqué<sup>226</sup>. Serait également valable une convention qui disposerait que les mandats d'administrateurs d'une société soient répartis exclusivement entre les actionnaires de cette société.<sup>227</sup>

La consécration de ce principe d'ordre public de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs par cette Cour suprême a fait l'objet de critiques qui soutiennent que cette règle a simplement pour but de protéger les intérêts des actionnaires<sup>228</sup>, de telle sorte qu'une certaine partie de la doctrine prétend qu'il ne s'agit pas d'une règle d'ordre public mais plutôt d'une règle impérative.<sup>229</sup>

Cela peut avoir des conséquences sur l'effet réservé aux éventuelles conventions de votes ou clauses statutaires. En effet, s'il n'est pas contesté que le sort réservé à de tels actes est la nullité, cette nullité est-elle absolue ou relative ?

Selon la Cour de Cassation, ils sont frappés de nullité absolue puisque le principe est d'ordre public. De là découlent le fait qu'ils ne peuvent être confirmés et le fait que la nullité peut être soulevée à tout moment du litige.<sup>230</sup> Selon les auteurs qui soutiennent que la règle de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs est seulement d'ordre impératif, la nullité est relative et pourra dès lors être couverte par les actionnaires puisque ce sont leurs intérêts qui sont protégés.<sup>231</sup>

Même si la révocation en elle-même n'est pas constitutive d'abus de droit, la jurisprudence a jugé que les circonstances qui accompagnent celle-ci peuvent l'être<sup>232</sup>, circonstances qui, par ailleurs, pourraient éventuellement entraîner une responsabilité aquilienne dans le chef de la société sur base de l'article 1382 C. civ.<sup>233</sup>. C'est pourquoi il pourrait être judicieux de ne pas motiver la décision de révocation.<sup>234</sup>

---

<sup>225</sup> Cass., 13 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 825.

<sup>226</sup> Comm. Bruges (réf.), 15 juillet 1993, *T.V.R.*, 1995, p. 123.

<sup>227</sup> Civ. Gand, 6 février 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 1047.

<sup>228</sup> P. STROOBANT, M. FYON et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, *o. c.*, p. 79.

<sup>229</sup> J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1967, p. 335.

<sup>230</sup> P. STROOBANT, M. FYON et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, *o. c.*, pp. 80-81.

<sup>231</sup> D. VAN GERVEN, « Kan het ad-nutum karakter van de opdracht van bestuurder in een NV worden afgezwakt ? », *T.V.R.*, 1988, pp. 49-50.

<sup>232</sup> Mons, 28 juin 1999, *DA/OR*, 1999, p. 52 ; Gand 27 mars 2002, *T.V.R.*, 2003, p. 667, note D. VAN GERVEN.

<sup>233</sup> Comm. Bruxelles, 8 décembre 1983, *Rev. prat. soc.*, 1984, p. 68.

<sup>234</sup> P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *o. c.*, p. 467.

Comme sa nomination, la révocation d'un administrateur par l'assemblée générale est un point qui doit être inscrit à son ordre du jour, sauf circonstance exceptionnelle.<sup>235</sup>

Puisque l'administrateur n'est pas dans les liens d'un contrat de travail avec la société, celui-ci n'est pas en droit de demander une quelconque indemnité de rupture à la société et, quand bien même une éventuelle convention existerait, celle-ci serait nulle et la société ne serait pas en droit de confirmer la convention après la révocation de l'administrateur.<sup>236</sup> La société peut par contre octroyer une indemnité de rupture à l'administrateur après l'avoir révoqué.<sup>237</sup>

Cette interdiction de conclure des conventions en matière d'indemnités de rupture des administrateurs doit être nuancée car dans la pratique il n'est pas rare que des administrateurs disposent de *golden parachutes* en cas de révocation. Bien que l'interdiction de la conclusion de telles conventions entre les administrateurs et l'assemblée générale soit un principe d'ordre public, on remarque que la Cour de Cassation autorise cela lorsque ces actes sont conclus entre un actionnaire individuel et l'administrateur, sous prétexte que le débiteur de l'indemnité de rupture n'est plus l'assemblée générale dans son ensemble mais l'actionnaire unique.<sup>238</sup>

Il semble assez étrange que la Cour de Cassation établisse une telle distinction, étant donné que le but de la mesure est de garantir un fonctionnement efficient de l'assemblée générale. En effet, dans le cas d'un actionnaire majoritaire qui serait tenu de payer une indemnité de rupture dans ces circonstances, celui-ci aurait du mal à voter en faveur de la révocation de l'administrateur envers lequel il serait débiteur.<sup>239</sup>

De telles conventions qui seraient conclues entre un administrateur et un tiers sont du reste parfaitement licites.<sup>240</sup>

### **Section 3. – Réflexion critique sur la révocabilité *ad nutum* des administrateurs indépendants**

Compte tenu de ce qui vient d'être exposé, une réflexion critique en rapport avec le sujet de notre mémoire s'impose car ce principe de révocabilité *ad nutum* des administrateurs pose des questions.

---

<sup>235</sup> P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *o. c.*, p. 467.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 468.

<sup>237</sup> C. BERTSCH, P. KILESTE et C. STAUDT, « Le statut des administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL », Liv. 22.2, Titre II, *GUJE*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 34.

<sup>238</sup> Cass., 13 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 901.

<sup>239</sup> P. STROOBANT, M. FYON et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, *o. c.*, p. 83.

<sup>240</sup> P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *o. c.*, p. 468.

Comme nous avons eu l'occasion de le voir, depuis l'arrêt du 13 avril 1989, la Cour de Cassation a déclaré que le principe de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs était d'ordre public et cela pose des problèmes particulièrement en ce qui concerne la révocation des administrateurs indépendants.

En effet, l'assemblée générale en utilisant la possibilité d'une révocation comme moyen de pression sur tel ou tel administrateur, peut largement faire pencher les décisions qui seraient prises par ceux-ci dans le sens le plus favorable à l'actionnaire.

Or ce principe cadre très mal avec la figure de l'administrateur indépendant, compte tenu du fait que celui-ci doit justement être autonome et être apte à « *jauger de façon objective une décision ou une opération* ». <sup>241</sup>

De longue date, d'éminents auteurs comme P. VAN OMMESLAGHE ont plaidé pour que la règle de la révocabilité *ad nutum* soit modifiée afin de laisser une certaine indépendance au conseil d'administration. <sup>242</sup>

La question que certains auteurs se sont posée est celle de savoir s'il ne serait pas opportun de prévoir un régime de protection particulier en ce qui concerne la révocation des administrateurs indépendants. D. SZAFRAN préconise pour cela d'aligner la nomination, la révocation et la démission des administrateurs indépendants sur celle des commissaires (prévue à l'article 135 C. soc.), figure caractérisée par son indépendance et dont la révocation est moins facile, compte tenu des conditions strictes qui y sont associées. Cet auteur propose deux mesures destinées à renforcer l'indépendance des administrateurs indépendants : d'une part, il prévoirait un terme fixe plutôt qu'un terme maximum pour le mandat des administrateurs indépendants et, d'autre part, il préconiserait une exception à la révocabilité *ad nutum* pour les administrateurs indépendants puisqu'il serait prévu qu'ils ne puissent être révoqués en cours de mandat que pour justes motifs. <sup>243</sup>

K. GEENS va, quant à lui, à l'encontre de la thèse voulant une plus grande protection des administrateurs indépendants vis-à-vis du principe de la révocabilité *ad nutum*. Il fait remarquer que dans la pratique des grandes sociétés cotées en bourse, cette règle n'a pas pour effet d'augmenter le nombre de révocations abusives. De plus, il ajoute que l'opinion publique, l'analyse boursière et la mauvaise publicité dans le chef de l'entreprise que pourrait engendrer une révocation abusive sont des protections existantes pour l'administrateur

---

<sup>241</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526 *ter* C. soc. », *o. c.*, p. 97, n° 52.

<sup>242</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1960, p. 410.

<sup>243</sup> D. SZAFRAN, « L'insertion en droit positif des codes de gouvernement d'entreprise », *Rev. prat. soc.*, 2005, pp. 152-154.

indépendant. Il pointe également du doigt la difficile procédure de nomination de ceux-ci, compte tenu de tous les critères d'indépendance qu'ils doivent remplir, comme éléments de protection de ce type d'administrateurs.<sup>244</sup> Cependant, cette dernière thèse est minoritaire en doctrine.

## CONCLUSION

Tout au long de cet exposé, nous avons pu nous rendre compte que l'administrateur indépendant est une figure centrale de la *corporate governance*, dans l'esprit de laquelle il a été créé.

Bien qu'ayant un rôle dans le comité d'administrateurs indépendants chargé de la gestion des conflits d'intérêts intragroupes (524 C. soc.), dans le comité d'audit (526bis C. soc.), dans le comité de rémunération (526quater C. soc) et éventuellement dans le comité de nomination (Annexe D du Code 2009), on constate que l'administrateur indépendant a une mission qui consiste par-dessus tout à rester « au-dessus de la mêlée » et faire figure de « sage » au sein d'un conseil d'administration à l'intérieur duquel des personnes neutres sont immanquablement les bienvenues pour surveiller et accompagner les décisions et opérations qui y sont prises et effectuées.

L'instauration d'administrateurs indépendants au sein du conseil d'administration n'a nullement pour but de soustraire le pouvoir de décision aux administrateurs qui représentent des actionnaires, mais au contraire, les avis et rapports qu'ils remettent sont sensés éclairer ce conseil.<sup>245</sup>

N'est-ce pas cela l'esprit de la *corporate governance*, le bon gouvernement d'entreprise basé sur la transparence et des procédures plus rigoureuses dans certains domaines du droit des sociétés<sup>246</sup> ?

Selon nous, l'administrateur indépendant s'inscrit parfaitement dans le cadre de la *corporate governance*, sauf que ces considérations sont théoriques et qu'entre la théorie et la pratique, il y a, dans cette matière comme dans beaucoup d'autres, une distance qui peut être assez conséquente. C'est pourquoi nous nous permettrons de faire certaines observations et, pourquoi pas, émettre certaines pistes de réflexions ?

---

<sup>244</sup> K. GEENS, « Le conseil d'administration dans le système moniste belge », in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 34.

<sup>245</sup> X. DIEUX, « « Corporate governance » : de la loi du 2 août 2002 au « Code Lippens » », *o. c.*, p. 61.

<sup>246</sup> N. THIRION, « Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes », *o. c.*, p. 369.

Premièrement, après avoir analysé les critères d'indépendance des administrateurs prévus par l'article 526ter C. soc., nous avons été frappés par la précision et la complexité de ceux-ci. En conséquence, il est compliqué de trouver une personne qui satisfait à toutes ces conditions cumulativement et qui, de surcroît, fait preuve de toute une série de qualités humaines dont on aimerait que l'administrateur indépendant soit pourvu.

Comme le fait très justement remarquer J.-M. GOLLIER dans sa contribution sur le comité d'audit, le rapport de la Commission spéciale de notre Parlement Fédéral, qui a été instituée dans le cadre de la crise financière de 2008, ne stigmatise pas l'inutilité des comités d'audit (qui étaient existants alors que de multiples fraudes ont eu lieu), mais met plutôt l'accent sur l'importance des qualités humaines des personnes qui composent ces comités et sur leur réel sens des responsabilités.<sup>247</sup>

Nous pouvons transposer cela à tous les autres comités qu'on retrouve dans les conseils d'administration et souligner l'intérêt prépondérant d'y introduire des administrateurs indépendants munis d'un sens aiguisé de l'éthique sociétale et suffisamment neutres pour pouvoir émettre des jugements objectifs, sans crainte de perdre leur poste.

A notre avis, cela implique un minimum d'indépendance financière et c'est pourquoi nous ne sommes pas opposés à une politique de rémunération variable des administrateurs indépendants, dans la mesure où celle-ci reste raisonnable et permet aux sociétés d'attirer dans le giron de leurs conseils d'administration les personnes qui sont les mieux à même de remplir cette fonction.

Sur ce point, nous plaidons donc pour une simplification des critères d'indépendance et pour une place plus importante consacrée à l'individu.

Deuxièmement, quand nous avons passé en revue les régimes de responsabilité des administrateurs, nous nous sommes interrogés sur la question de savoir dans quelle mesure l'on pouvait expliquer que la responsabilité d'un administrateur indépendant pouvait être mise en cause de la même manière que celle d'un autre administrateur, alors que, dans la pratique, il se contente plutôt de superviser et rendre des avis.

Au regard du rôle qui doit être joué par un administrateur indépendant, nous nous sommes interrogés sur la possibilité d'introduire un régime de responsabilité spécifique à l'administrateur non exécutif et en particulier à l'administrateur indépendant.

On pourrait, par exemple, insérer dans le Code des sociétés un article 527bis qui prévoirait une responsabilité spécifique pour « *faute de surveillance* », dans le chef de l'administrateur

---

<sup>247</sup> J.-M. GOLLIER, *o. c.*, p. 186.

non exécutif, qui serait en quelque sorte le corollaire de la faute de gestion chez l'administrateur exécutif. Il faudrait cependant d'abord mieux l'adapter d'un point de vue terminologique au rôle de l'administrateur non exécutif. Ensuite, cela permettrait d'introduire la notion d'administrateur non exécutif dans le Code des sociétés sous l'angle de la responsabilité.

Enfin, troisièmement, on épinglera la question sensible de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs indépendants.

Cette problématique est celle qui pose, selon nous, le plus question dans le contexte de l'analyse de la notion de l'administrateur indépendant car elle ne cadre pas avec la raison d'être de ce dernier qui a été créé, rappelons-le, dans un contexte de *corporate governance* dans le but de contrebalancer le poids que peut avoir un actionnaire de contrôle. Le rôle de l'administrateur indépendant dans ce cadre est donc de garder une certaine neutralité, neutralité qui pourrait être mise à mal par le principe de la révocabilité *ad nutum*.

En effet, l'actionnaire de contrôle peut très bien faire pression sur l'administrateur pour que celui-ci prenne des décisions en sa faveur, sous peine d'être révoqué, sans aucune autre forme de procès. Ce système est selon nous dangereux dans un cadre de *corporate governance* et c'est pourquoi nous préconisons l'instauration d'un système de révocation spécifique aux administrateurs indépendants, mais il faudrait pour cela que la Cour de Cassation commence par adopter un revirement de jurisprudence et cesse de consacrer cette révocabilité *ad nutum* comme un principe d'ordre public.

Pour terminer, nous rappellerons que Rome ne s'est pas faite en un jour et la figure de l'administrateur indépendant, depuis qu'elle est arrivée en droit belge, a déjà fait l'objet de nombreuses modifications que nous voyons comme autant d'améliorations.

L'optimisme étant de rigueur, nous ne pouvons qu'espérer que les prochaines réformes en la matière iront dans le sens exposé.

## BIBLIOGRAPHIE

### Législation

- Art. 4, 11, 134, 518, 519, 522, 523, 524, 526*bis*, 526*ter*, 526*quater*, 527, 528, 529, 530 551, 554 et 562 à 567 C. soc.
- Art. 5 C. P.
- Art. 1166, 1382, 1383 et 1984 à 2010 C. civ.
- Art. 524 ancien, C. soc.
- Art. 18 de la loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 17 juin 1995, p. 17492.
- Art. 2, 3° de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, *M.B.*, 4 septembre 2002, p. 39121.
- Art. 4, 4° de la loi du 4 décembre 2007 relative aux élections sociales de l'année 2008, *M.B.*, 7 décembre 2007, p. 60578.
- Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1993-1994, 1086/002.
- Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1993-1994, 1086/004, pp. 97 et s.
- Projet de loi relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2000-2001, 1211/001, p. 21.
- Projet de loi instituant notamment un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2008-2009, 1471/001.
- Projet de loi visant à renforcer le gouvernement d'entreprise dans les sociétés cotées et les entreprises publiques autonomes et visant à modifier le régime des interdictions professionnelles dans le secteur bancaire et financier, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2009-2010, 2336/001.

### Jurisprudence

- Cass., 13 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 901.
- Liège, 1<sup>er</sup> décembre 1969, *Rev. prat. soc.*, 1971, p. 281.
- Anvers, 29 septembre 1981, *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 89.
- Mons, 28 juin 1999, *DA/OR*, 1999, p. 52.
- Gand, 27 mars 2002, *T.V.R.*, 2003, p. 667, note D. VAN GERVEN.
- Gand, 10 novembre 2008, *J.D.S.C.*, 2010, p. 108.
- Gand (7<sup>e</sup> ch.), 8 novembre 2010, *T.R.V.*, 2013, liv. 5, p. 490.
- Anvers, 24 janvier 2013, *R.A.B.G.*, 2013, liv. 9, 552
- Civ. Gand, 6 février 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 1047.
- Civ. Bruges, 19 septembre 1995, *V. & F.*, 1998, p.288.

- Comm. Bruxelles, 8 décembre 1983, *Rev. prat. soc.*, 1984, p. 68.
- Comm. Bruges (réf.), 15 juillet 1993, *T.V.R.*, 1995, p. 123.
- Comm. Bruxelles, 21 décembre 1998, *J.D.S.C.*, 2000, p. 171, note C. BERTSCH.
- Comm. Mons, 23 mars 2006, *J.D.S.C.*, 2006, p. 129.
- Comm. Liège, 17 octobre 2003, *J.D.S.C.*, 2006, p. 110.

## Doctrine

- AYDOGDU, R., « Mais où sont les neiges d'antan ? », *J. T.*, 2011, pp. 198-202.
- BAUMANN, B., « Le poids du facteur fiscal sur le choix du mode de rémunération des administrateurs de société – un outil d'aide à la décision centré sur les risques fiscaux, à l'attention des Comités de rémunération des sociétés anonymes cotées ou non », *R. G. F.*, n°7, 2007, pp. 5-18.
- BERTSCH, C. et DAVID, W., « La gestion de la société - Identification des organes de gestion: qui prend les décisions relatives à la gestion de la société ? », in *GUJE*, 2<sup>e</sup> éd., Livre 23.3, suppl. 97, 2012, pp. 16-35.
- BERTSCH, C., KILESTE, P. et STAUDT, C., « Le statut des administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL », in *GUJE*, 2<sup>e</sup> éd., Liv. 22.2, Titre II, 2005, pp. 17-27.
- 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.
- CAUSIN, E., « Corporate governance: le gouvernement d'entreprise », *DAOR*, 2002, liv. 61-62, pp. 74-80.
- DARVILLE-FINET, Chr. « Nouveauté dans les organes – comité de rémunération, comité d'audit et gestion journalière », in *Le droit des affaires en évolution : gouvernance d'entreprise : carcan ou clé du succès ?*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 35-101.
- DARVILLE-FINET, Chr. et KEUTGEN, G., « La nouvelle réglementation des conflits internes d'intérêts », *Cahier du juriste*, 1995/4, pp. 59-69.
- DE CORDT, Y., « Le dirigeant d'entreprise, un personnage à multiples facettes », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 5-52.
- DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P., MALHERBE, P. et MALHERBE, J., « Droit des sociétés. Précis », Bruxelles, Bruylant, 2011.
- DE CORDT, Y., et DELVAUX, M.- A., « La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier », in *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*, Bruxelles, la Charte, 2007, pp. 3-85.
- DELVAUX, M.- A., « Commentaire de l'article 530 C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 2011.
- DELVAUX, M.- A., « Les responsabilités des fondateurs, associés, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL », in *GUJE*, 2<sup>e</sup> éd., vol. 2, t. II, livre 24bis.3, 2011, pp. 3-77.
- DELVAUX, M.- A. et DE WOLF, P., « Les responsabilités civiles du dirigeant d'entreprise », in *Le statut social du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 203-294.
- DE WOLF, P., « Exercice du pouvoir et fonctionnement de la S.A. : un régime de liberté (moins) surveillée », *J.T.*, 2003, pp. 589-597.

- DE WULF, H., VAN DER ELST, Ch. et VERMEERSCH, S., « Radicalisering van corporate governance – regelgeving : remuneratie en transparantie na de wet van 6 april 2010 », *T.B.H.*, 2010, pp. 941 et 942.
- DIEUX, X., « Les nouveaux articles 60 et 60bis des lois coordonnées sur les sociétés commerciales : un faux pas en avant, un vrai pas en arrière », in *rapport présenté au séminaire Vanham et Vanham du 17 mai 1995*.
- DIEUX, X., « « Corporate governance » : W. Kent v. Lenôtre », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 197-212.
- DIEUX, X., « « Corporate governance » : de la loi du 2 août 2002 au « Code Lippens » », *J.T.*, 2005, pp. 57-63.
- DU CASTILLON, L., « Corporate Governance: vers une importante réforme », *Journ. jur.*, 2004, liv. 34, p. 15.
- DU CASTILLON, L., « Corporate Governance et Code Lippens », *Journ. Jur.*, 2005, liv. 44, pp. 2-3.
- FREDERICQ, L., *Traité de droit commercial*, t. V, Gand, Feycher, 1950.
- GEENS, K., « Le conseil d'administration dans le système moniste belge », in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 25-52.
- GILLET, A. et MICHAUD-NÉRARD, M., « Le statut social du dirigeant d'entreprise: un point sur la question », in *Orientation*, n°10, 2010, pp. 1-10
- GOFFIN, J.- F., *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2012.
- GOLLIER, J.- M., « Comité d'audit », in *10 ans d'entrée en vigueur du Code des sociétés*, Mechelen, Kluwer, 2010, pp. 181-230.
- HAINAUT-HAMENDE, P. et RAUCQ, G., *Les sociétés anonymes. Constitutions et fonctionnement*, Bruxelles, Larcier, 2005.
- JANSSENS, E., « Remuneratiecomité verplicht voor genoteerde vennootschappen », *T.R.V.*, 2011, pp. 5-31.
- KEUTGEN, G., « Considérations sur la composition du conseil d'administration », in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 575-589.
- KILESTE, P. et STAUDT, C., « De la nécessité de justifier la fin de la mission d'un administrateur de SA », *J.D.S.C.*, 2006, pp. 50-51.
- POTTIER, E. et L'HOMME, T., « La loi « corporate governance » du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés », *R.D.C.*, 2005, pp. 311-355.
- MAGNUS, F., «Appréciation des contours de l'intérêt social: regard critique à travers les enseignements tirés des notions d' « intérêt de groupe » et d' « avantages anormaux ou bénévoles » », *Rev. prat. soc.*, 2011, pp. 324-398.
- MAGNUS, F., « Commentaire de l'article 524 C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 2011.
- MAGNUS, F., « Commentaire de l'article 526 ter C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 2011.
- MAGNUS, F., « Commentaire de l'article 527 C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 2011.
- MAGNUS, F., « Commentaire de l'article 528 C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 2011.

- NELISSEN GRADE, J.- M., « De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales », note sous Cass., 13 avril 1989, *R.C.J.B.*, 1991, p. 234.
- OLIVIER, H. et DEBOECK, K., *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1997.
- RALET, O., « Exonération, garantie et assurance de la responsabilité civile des dirigeants », *DAOR*, liv. 40, 1996, p. 9-23.
- SIMONART, V., « Le conseil d'administration de la société anonyme et ses comités », *J.T.*, 2011, pp. 218-224.
- STAUDT, C., « Composition du conseil d'administration d'une société anonyme », *J.D.S.C.*, 2011, p. 145-147.
- STROOBANT, P., FYON, M. et ANDRÉ-DUMONT, A.-P., « Nomination et cessation des fonctions des dirigeants de sociétés », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 53-122.
- SZAFRAN, D., « L'insertion en droit positif des codes de gouvernement d'entreprise », *Rev. prat. soc.*, 2005, pp. 133-158.
- SZAFRAN, D., « Les conflits d'intérêts au sein des groupes de sociétés et la notion d'administrateur indépendant », in *Actualités en droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 33-59.
- THIRION, N., « Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes ? », in *Sociétés et ASBL: questions d'actualités*, Liège, CUP, 2003, vol. 62, pp. 299-369.
- THIRION, N., « Code des sociétés et codes de corporate governance : quelles interactions ? », in *10 ans d'entrée en vigueur du Code des sociétés*, Malines, Kluwer, 2011, pp. 115-140.
- TILLEMANS, B., *L'administrateur de sociétés*, Bruxelles, La Charte, 2005.
- TILLEUX, A., « La loi Audit : vers une meilleure gouvernance d'entreprise ? », *Rev. prat. soc.*, 2009, pp. 180-189.
- VAN DER HAEGEN, M., « Les organes de décisions dans les grandes entreprises bancaires et la gouvernance d'entreprise », *J. T.*, 2009, pp. 472-478.
- VAN GERVEN, D., « Kan het ad-nutum karakter van de opdracht van bestuurder in een NV worden afgezwakt ? », *T.V.R.*, 1988, pp. 49-50.
- VAN OMMESLAGHE, P., *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1960.
- VAN OMMESLAGHE, P., « Le droit belge des sociétés va-t-il en direction du corporate governance ? », in *Séminaire Vanham et Vanham du 12 mars 1998, corporate governance, un code de conduite pour les entreprises belges*.
- VAN OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, T. II.
- VAN RYN, J. et VAN OMMESLAGHE, P. « Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1967, pp. 334-335.
- WÉRY, P., *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000.
- WÉRY, P. « Mandat », *Rép. not.*, 2000, T. IX, l. 7, pp. 57-320
- WÉRY, P., « La théorie générale du contrat », *Rép. not.*, 2010, T. IV, l. 1/1, pp. 864 et s.

- WILLERMAIN, D., « Le statut de l'administrateur de société anonyme : principes, questions et réflexions », *Rev. prat. soc.*, 2005, pp. 207-254.
- WILLERMAIN, D., « Les corporate opportunities (notamment au sein des groupes de sociétés) », *R.D.C.*, 2005, pp. 453-479.
- WILLERMAIN, D., « Les pouvoirs des dirigeants d'entreprise, spécialement des administrateurs de sociétés anonymes : état des lieux et réflexion », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 148-156.
- WYMEERSCH, E., « Application de techniques de « corporate governance » dans les sociétés cotées belges », *R.D.C.*, 2000, pp. 406-410.
- WYMEERSCH, E., « Corporate Governance naar nieuw Belgisch recht – Een eerste commentaar », *R.D.C.*, 2002, pp. 601-606.

## Divers

- *Fraudulent Financial reporting : 1998-2007 – An analysis of U.S. Public Companies*, publié par le COSO (« Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission »), [www.coso.org](http://www.coso.org).
- Code belge de gouvernance d'entreprise 2009, <http://www.corporategovernancecommittee.be/library/documents/final%20code/CorporateGovFRCode2009.pdf>

## TABLE DES MATIERES

<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>4</b>
<b>CHAPITRE 1. – LE STATUT DE L’ADMINISTRATEUR INDEPENDANT</b> .....	<b>6</b>
<b>Section 1. – La raison d’être de l’administrateur indépendant : la <i>corporate governance</i></b> .....	<b>6</b>
§ 1 <sup>er</sup> . – <i>Origine de la notion</i> .....	6
§ 2. – <i>Arrivée de la corporate governance en Europe Occidentale et avènement des administrateurs indépendants en droit belge</i> .....	7
<b>Section 2. – La nomination de l’administrateur indépendant</b> .....	<b>9</b>
§ 1 <sup>er</sup> . – <i>Nomination de l’administrateur de société anonyme</i> .....	9
§ 2. – <i>Motivation de la décision de nomination de l’administrateur indépendant</i> .....	10
<b>Section 3. – La fonction de l’administrateur indépendant au sein du conseil d’administration</b> .....	<b>10</b>
<b>CHAPITRE 2. – RÔLES DES ADMINISTRATEURS INDEPENDANTS DANS LES DIFFERENTS COMITES PRESENTS AU SEIN DES SOCIETES COTEES</b> .....	<b>12</b>
<b>Section 1. – L’administrateur indépendant dans la gestion du règlement des conflits d’intérêts intragroupes</b> .....	<b>13</b>
§ 1 <sup>er</sup> . – <i>Avant l’entrée en vigueur de la loi « Corporate governance »</i> .....	13
a) <i>Considérations générales</i> .....	13
b) <i>Avantage patrimonial direct ou indirect</i> .....	14
c) <i>Procédure de règlement des conflits d’intérêts et ancienne acception « d’administrateur indépendant »</i> .....	15
§ 2. – <i>L’article 524 du Code des sociétés</i> .....	17
a) <i>Champ d’application, décisions et opérations visées par l’article 524 C. soc. et exclusions</i> .....	18
b) <i>Procédure à suivre et rôle spécifique de l’administrateur indépendant dans la résolution des conflits d’intérêts intragroupes</i> .....	20
c) <i>Critères d’indépendance introduits par la loi <i>corporate governance</i> du 2 août 2002</i> 23	
<b>Section 2. – L’administrateur indépendant dans le comité d’audit et critères d’indépendance depuis la loi « Audit »</b> .....	<b>24</b>
§ 1 <sup>er</sup> . – <i>Missions du comité d’audit</i> .....	25
§ 2. – <i>Composition du comité d’audit en droit belge et obligation du recours aux administrateurs indépendants</i> .....	26
§ 3. – <i>Critères d’indépendance</i> .....	28
a) <i>Article 526 ter, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> C. soc : Fonctions exécutives</i> .....	29
b) <i>Article 526 ter, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> C. soc. : Mandats successifs en tant qu’administrateur non exécutif</i> .....	30

c) Article 526 <i>ter</i> , alinéa 1 <sup>er</sup> , 3 <sup>o</sup> C. soc. : Ne pas avoir travaillé en tant que personnel de direction .....	31
d) Article 526 <i>ter</i> , alinéa 1 <sup>er</sup> , 4 <sup>o</sup> C. soc. : Interdiction de recevoir ou d’avoir reçu une rémunération ou autre avantage significatif de la part de la société .....	31
e) Article 526 <i>ter</i> , alinéa 1 <sup>er</sup> , 5 <sup>o</sup> C. soc. : Interdiction de détenir des droits sociaux .....	32
f) Article 526 <i>ter</i> , alinéa 1 <sup>er</sup> , 6 <sup>o</sup> C. soc. : Entretien de relations d’affaires significatives	33
g) Article 526 <i>ter</i> , alinéa 1 <sup>er</sup> , 7 <sup>o</sup> C. soc. : Interdiction de rapport avec le commissaire .	34
h) Article 526 <i>ter</i> , alinéa 1 <sup>er</sup> , 8 <sup>o</sup> C. soc. : Interdiction de liens avec un administrateur exécutif du chef de fonctions exercées dans d’autres sociétés.....	35
i) Article 526 <i>ter</i> , alinéa 1 <sup>er</sup> , 9 <sup>o</sup> C. soc. : Interdiction d’avoir un conjoint, cohabitant légal, parents ou alliés .....	35
j) Obligation de continuer à respecter tous les critères d’indépendance en cours de mandat.....	36
<b>Section 3. – L’administrateur indépendant dans le comité de rémunération et dans le comité de nomination .....</b>	<b>37</b>
§ 1 <sup>er</sup> : <i>L’administrateur indépendant dans le comité de rémunération .....</i>	<i>37</i>
§ 2. – <i>L’administrateur indépendant dans le comité de nomination .....</i>	<i>38</i>
<b>CHAPITRE 3. – MISE EN CAUSE DE LA RESPONSABILITE DES ADMINISTRATEURS INDEPENDANTS ET OBSERVATIONS CRITIQUES .....</b>	<b>39</b>
<b>Section 1. – Tour d’horizon des différents types de responsabilités pouvant être imputées aux administrateurs indépendants .....</b>	<b>39</b>
§ 1 <sup>er</sup> . – <i>Responsabilité pénale .....</i>	<i>39</i>
§ 2. – <i>Responsabilité civile .....</i>	<i>40</i>
<b>Section 2. – Article 527 C. soc. : Responsabilité pour faute dans l’exécution du mandat et pour faute dans la gestion .....</b>	<b>42</b>
§ 1 <sup>er</sup> . – <i>Analyse de la responsabilité des administrateurs indépendants pour faute de gestion au regard de leurs missions.....</i>	<i>42</i>
a) Missions.....	42
b) Responsabilité pour faute de gestion .....	44
c) Actions dans le sens de l’intérêt social .....	46
d) La faute de gestion dans le cadre de la mission des administrateurs indépendants...	48
§ 2. – <i>Observations critiques .....</i>	<i>50</i>
<b>Section 3. – Article 528 C. soc. : Responsabilité pour infractions aux dispositions du Code des sociétés ou des statuts.....</b>	<b>51</b>
§ 1 <sup>er</sup> . – <i>Responsabilité pour violation du Code ou des statuts .....</i>	<i>51</i>
§ 2. – <i>Violation du Code ou des statuts dans le chef des administrateurs indépendants .</i>	<i>52</i>

<b>CHAPITRE 4. – FIN DU MANDAT DES ADMINISTRATEURS INDEPENDANTS ET OBSERVATIONS CRITIQUES.....</b>	<b>53</b>
<b>Section 1. – La démission .....</b>	<b>54</b>
<b>Section 2. – La révocabilité <i>ad nutum</i> .....</b>	<b>55</b>
<b>Section 3. – Réflexion critique sur la révocabilité <i>ad nutum</i> des administrateurs indépendants .....</b>	<b>57</b>
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>59</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>62</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>67</b>

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique [www.uclouvain.be/drt](http://www.uclouvain.be/drt)

