



CODE DES SOCIÉTÉS ET DES ASSOCIATIONS : NOUVELLES RÈGLES DE GOUVERNANCE



INTRODUCTION

Le nouveau Code des sociétés et des associations (CSA), qui a remplacé l'ancien Code des sociétés, est entré en vigueur le 1^{er} mai 2019.

Il s'appliquait d'ores et déjà aux sociétés constituées après sa date d'entrée en vigueur. Ses dispositions impératives s'appliquent désormais (depuis le 1^{er} janvier 2020) également aux anciennes sociétés qui devront adapter leurs statuts le 31 décembre 2023 au plus tard.

Le CSA modifie notamment les règles en matière de gouvernance des sociétés. Certaines dispositions nouvelles présentent un caractère impératif tandis que d'autres se contentent d'offrir de nouvelles opportunités dont la mise en œuvre est laissée aux choix des actionnaires.





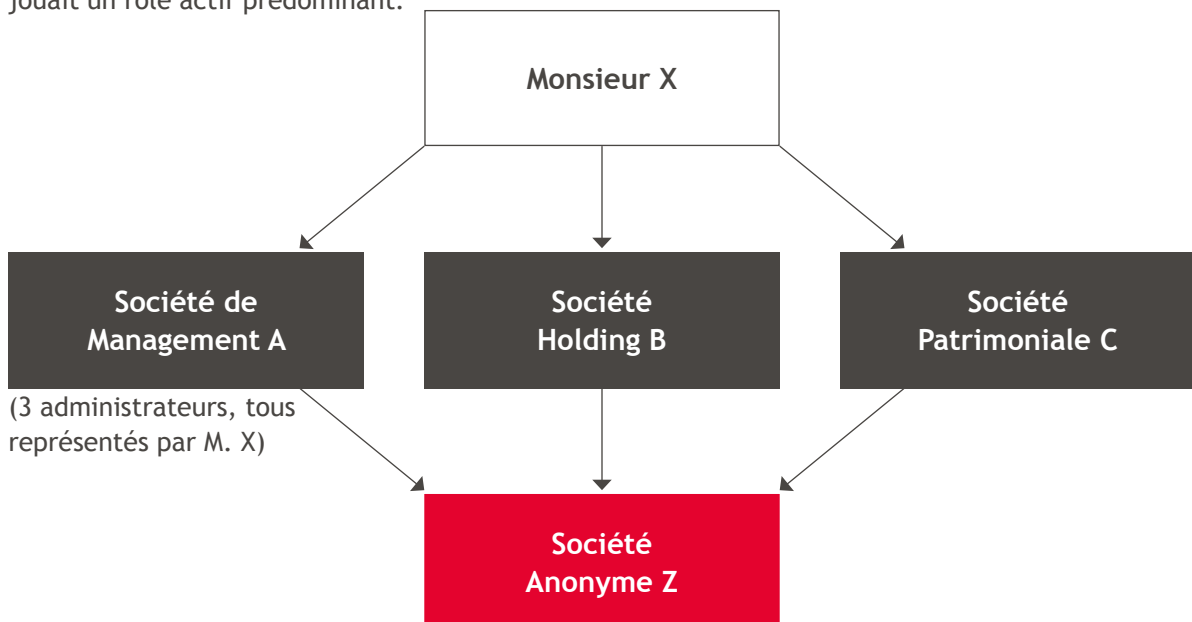
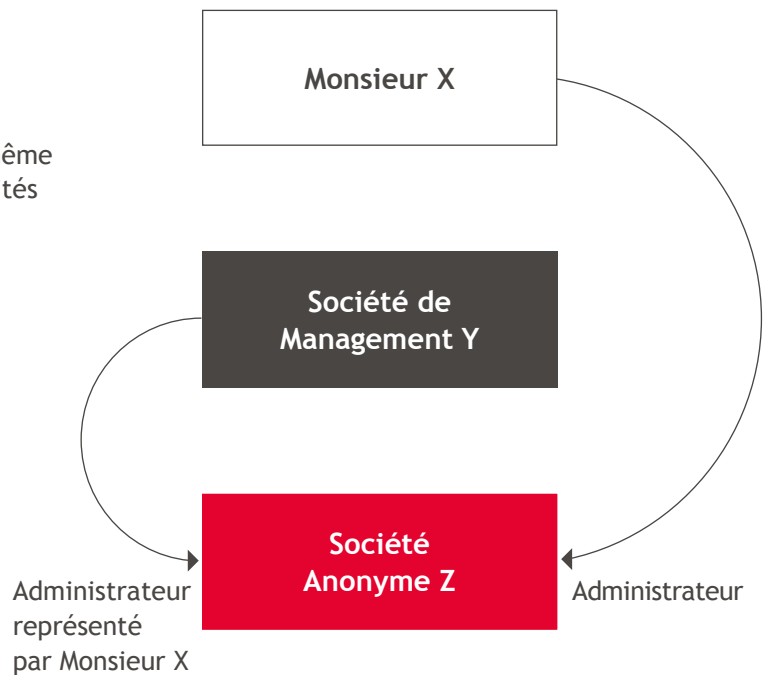
CE QUI CHANGE EN MATIÈRE DE GOUVERNANCE

1 Interdiction du cumul de fonctions au sein d'un organe d'administration (principe dit des « doubles casquettes »)

Il est à présent expressément interdit à une même personne physique de siéger en plusieurs qualités au sein d'un même organe d'administration.

Par le passé, on rencontrait fréquemment en pratique les situations suivantes :

- i. Une personne physique était à la fois représentant permanent d'une société de management et administrateur à titre personnel. Cette situation se rencontrait principalement dans les petites sociétés anonymes détenues par moins de trois actionnaires et dans lesquelles l'ancien Code des sociétés imposait la nomination d'au moins deux administrateurs.
- ii. Une même personne physique était représentant permanent de plusieurs sociétés nommées administrateurs. Cette situation se rencontrait principalement dans les groupes de sociétés où l'actionnaire majoritaire jouait un rôle actif prédominant.

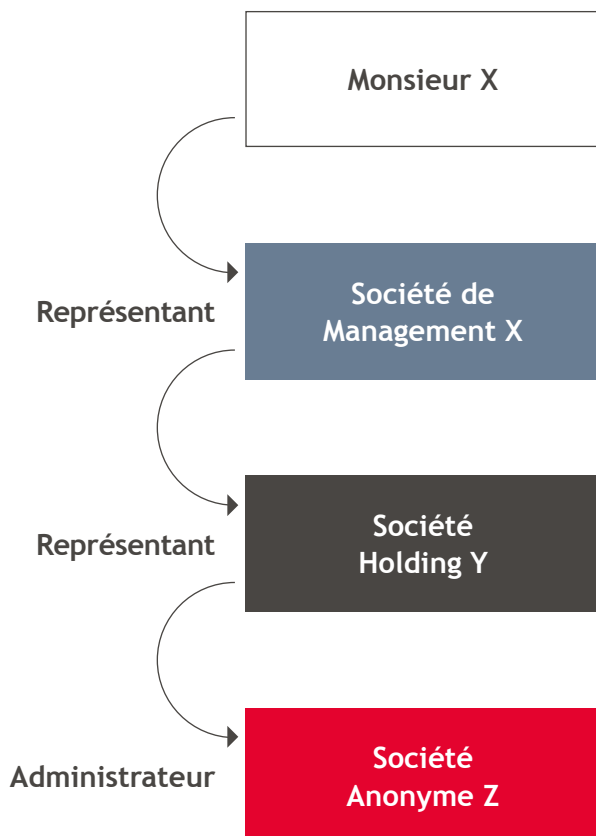


Dorénavant, si dans les faits une seule personne exerce à peu près tous les pouvoirs dans une société anonyme ou un groupe de sociétés comprenant des sociétés anonymes, il peut être opportun d'opter pour un système d'administrateur unique (cf. *infra* 4. ii.) de manière à résoudre la problématique des doubles casquettes.

2 Interdiction des représentations « en cascade »

Par ailleurs, comme par le passé, chaque société exerçant un mandat de membre d'un organe d'administration (et dorénavant également de délégué à la gestion journalière) doit impérativement **désigner une personne physique** en tant que représentant permanent.

Dans certains groupes de sociétés, en l'absence d'interdiction légale de principe, on constatait parfois la situation suivante : la société Z nommait la holding Y comme administrateur, qui désignait elle-même comme représentant permanent la société de management X, qui in fine désignait Monsieur X (personne physique) pour la représenter. Cette situation résultait souvent des limites imposées par l'ancien Code des sociétés dans le choix du représentant permanent.



Le CSA interdit à présent formellement qu'une personne morale soit désignée en tant que représentant permanent d'une autre personne morale.

Dans les groupes de sociétés, il y a donc lieu de vérifier que chaque personne morale détenant un mandat d'administrateur a bien désigné une personne physique en qualité de représentant permanent (et non une autre personne morale) et que chaque personne physique siégeant au sein d'un organe d'administration le fait en une seule qualité (administrateur ou représentant permanent) (cf. *supra* 1.).

À défaut, une assemblée générale devra être convoquée dans les plus brefs délais afin de rectifier la composition de l'organe d'administration sur la base de ce qui a été énoncé ci-dessus.

Pour faciliter la composition des organes, le nouveau Code des sociétés et des associations n'exige désormais plus que le représentant permanent ait un lien quelconque avec la personne morale qu'il représente.

Ainsi, dans l'exemple de représentation « en cascade » donné ci-contre, la société holding Y pourrait directement désigner Monsieur X pour la représenter dans l'exercice du mandat d'administrateur de la société Z même si Monsieur X n'est ni actionnaire, ni administrateur, ni travailleur de la société Y.

3 Disparition des comités de direction

L'article 524 bis de l'ancien Code des sociétés permettait au conseil d'administration d'une SA de déléguer une partie de ses pouvoirs à un comité de direction. Cette possibilité disparaît dans le CSA, mais les anciens comités de direction pourront continuer à fonctionner jusqu'au 31 décembre 2023.

Il importe cependant de réfléchir dès à présent (le temps de discuter avec les membres des comités de direction des modalités de leur nouveau statut) à la manière de modifier les statuts et le fonctionnement de la société pour tenir compte de ces nouvelles dispositions.

De manière synthétique, trois options sont envisageables :

- i. supprimer le comité de direction et revenir à un conseil d'administration assumant seul la direction de la société ; ou
- ii. opter pour un système d'administration dual comprenant un conseil de surveillance et un conseil de direction (*cf. infra 4.*) ; ou
- iii. créer un « comité exécutif » regroupant plusieurs administrateurs-délégués, délégués à la gestion journalière, directeurs... au sein d'un organe collégial.

4 Nouvelles formes d'organes d'administration dans les sociétés anonymes

À l'occasion de la mise en concordance de leurs statuts, les sociétés anonymes auront à choisir entre trois formes d'organe d'administration :

- i. système moniste :
à savoir un conseil d'administration identique à celui que nous connaissons actuellement (organe collégial composé d'au moins trois administrateurs - ou deux s'il y a moins de trois actionnaires - élus pour six ans maximum) à la seule différence qu'il ne peut plus déléguer ses compétences à un comité de direction. Il peut cependant toujours créer en son sein plusieurs comités consultatifs en plus des comités d'audit et de rémunération qui doivent être constitués dans les sociétés cotées.

- ii. administrateur unique :
à savoir une personne physique ou morale exerçant seule la totalité des pouvoirs d'administration et de représentation de la société. Il peut être désigné dans les statuts, auquel cas sa révocation devra prendre la forme d'une modification des statuts. Les statuts peuvent également désigner son successeur. Cet administrateur unique peut se voir attribuer un droit de veto sur certaines décisions de l'assemblée générale (modification des statuts, distribution de dividende ou sa propre révocation).

L'administrateur unique d'une SA peut donc être comparé à l'ancien associé commandité d'une société en commandite par actions (SCA) avec une différence importante : l'associé commandité était solidairement responsable des engagements de la SCA tandis que, pour l'administrateur unique d'une SA, cette solidarité est optionnelle.

- iii. système dual :
à savoir un système dans lequel les compétences de l'organe d'administration sont réparties entre :

- a. un conseil de surveillance composé de trois membres minimum nommés par l'assemblée générale pour six ans maximum. Ce conseil est chargé de la politique générale de la société, de certaines missions qui lui sont spécifiquement réservées et de la surveillance du conseil de direction. Il peut, tout comme le conseil d'administration dans le système moniste, créer en son sein un ou plusieurs comités consultatifs ; et
- b. un conseil de direction composé de trois membres minimum nommés par le conseil de surveillance. Le conseil de direction exerce tous les pouvoirs d'administration qui ne sont pas réservés au conseil de surveillance sous le contrôle de ce dernier.

Il est important de souligner qu'une même personne ne peut être à la fois membre des deux organes. La mise en place d'un système dual nécessite donc la nomination de six personnes au moins.

5 Révocation « ad nutum »

La révocation ad nutum, c'est-à-dire le pouvoir conféré à l'assemblée générale de révoquer un administrateur à tout moment sans motif ni préavis ni indemnité, était jadis une règle d'ordre public. Il s'agit à présent d'une règle supplétive.

Dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives, les statuts peuvent désormais prévoir que les administrateurs bénéficieront d'un délai de préavis ou d'une indemnité en cas de révocation de leur mandat. Ce délai ou cette indemnité peuvent également être décidés par l'assemblée générale qui les nomme ou même par celle qui les révoque si les statuts ne s'y opposent pas.

Dans les sociétés anonymes, la règle est légèrement différente. Le délai de préavis et l'indemnité peuvent être prévus par les statuts ou décidés par l'assemblée générale qui révoque le mandat, mais pas par l'assemblée générale qui nomme l'administrateur.

En tout état de cause, un administrateur peut toujours être révoqué pour justes motifs sans préavis ni indemnités.

6 Conflits d'intérêts

Sans entrer dans les détails, il est utile de souligner que les procédures de conflits d'intérêts ont été adaptées aux nouvelles formes d'organes d'administration.

De manière générale, lorsqu'un administrateur a un intérêt direct ou indirect de nature patrimoniale qui est opposé à l'intérêt de la société, il doit en informer les autres administrateurs et il lui est en outre interdit de prendre part aux délibérations ou au vote sur ce point (cette interdiction ne concernait jusqu'à présent que les sociétés ayant fait publiquement appel à l'épargne).

Précisons que les règles de conflits d'intérêts applicables aux administrateurs doivent également être respectées par les représentants permanents exerçant un mandat d'administrateur pour le compte d'une personne morale.

7 Délégation de la gestion journalière

La gouvernance des sociétés à responsabilité limitée (ex SPRL) n'a pas connu de changements substantiels si ce n'est que leur organe d'administration a désormais la possibilité de charger une ou plusieurs personnes de la gestion journalière de la société avec pouvoir d'agir individuellement, conjointement ou collégalement.

Auparavant, comme il n'était pas possible de déléguer la gestion journalière d'une SPRL, l'organe de gestion recourait fréquemment à des délégations de pouvoirs ad hoc pour atteindre en pratique le même résultat. Dorénavant, les SRL pourront, tout comme les SA, avoir recours à ce mécanisme.

Par ailleurs, le CSA a introduit une définition légale de la gestion journalière (applicable également aux SA), qui est libellée comme suit : la gestion journalière comprend aussi bien les actes et les décisions qui n'excèdent pas les besoins de la vie quotidienne de la société que les actes et décisions qui, en raison d'intérêt mineur qu'ils représentent ou en raison de leur caractère urgent (sans limitation de somme), ne justifient pas l'intervention de l'organe d'administration. Cette définition est bien plus large que celle donnée auparavant par la Cour de Cassation.

8 Interdiction de contrat de travail pour l'administrateur, le membre du conseil de surveillance et le membre du conseil de direction

Le CSA interdit expressément que les administrateurs, les membres du conseil de surveillance et les membres du conseil de direction soient, en cette qualité, liés à la société par un contrat de travail.

Bien que le droit des sociétés ne s'exprimait pas clairement sur le sujet, le principe de la révocabilité *ad nutum* du mandat d'administrateur s'opposait déjà à ce que la fonction d'administrateur d'une SA, en tant que telle, fasse l'objet d'un contrat de travail.

La conclusion pouvait également se déduire de l'Arrêté Royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, selon lequel l'exercice d'un mandat dans une société est présumé, de manière réfragable, être une activité professionnelle de travailleur indépendant.

Tout comme c'était le cas auparavant, rien ne s'oppose cependant à ce que ces personnes soient liées par un contrat de travail avec la société pour d'autres fonctions exercées en son sein. Pour cela, il est nécessaire que les trois conditions suivantes soient remplies :

- i. L'administrateur, le membre du conseil de surveillance ou le membre du conseil de direction doit exercer au sein de la société des fonctions administratives, techniques ou commerciales distinctes de son mandat ;
- ii. La société doit détenir, soit par l'intermédiaire de ses administrateurs agissant collégalement ou isolément, soit par l'intermédiaire d'un préposé, la faculté d'exercer une autorité effective sur son administrateur, pour l'exercice des fonctions distinctes du mandat d'administrateur ;
- iii. Ces fonctions distinctes exercées dans le cadre d'un lien de subordination doivent être rémunérées. La rémunération est en effet un élément essentiel du contrat de travail.

Pour autant qu'il en était besoin, l'ONSS a récemment confirmé dans ses Instructions aux employeurs (2019/3) qu'il est possible d'exercer conjointement des activités de mandataire et de

salarié au sein d'une même société s'il y a une distinction nette des fonctions.

Un double assujettissement, à la sécurité sociale des travailleurs salariés et à celle des travailleurs indépendants, devra cependant s'appliquer, sauf si le mandat est gratuit (soit dans les statuts, soit dans une décision de l'assemblée générale) et que cette gratuité est respectée dans les faits. Précisons à ce sujet qu'il y a désormais une présomption légale que le mandat d'administrateur et de membre du conseil de surveillance, sauf disposition contraire dans les statuts ou dans une décision de l'AG.

Pas plus qu'avant le CSA n'a précisé si la gestion journalière peut se faire dans les liens d'un contrat de travail. Cela n'empêche donc pas que ce soit le cas, pour autant qu'un lien de subordination puisse être établi.

De même, la qualification juridique de la relation de travail avec les administrateurs des associations sans but de lucre n'est pas abordée. Il faudra cependant continuer de se référer à l'extension d'assujettissement de la sécurité sociale des travailleurs salariés lorsqu'il s'agit de personnes qui consacrent leur activité principale à la gestion ou à la direction journalières d'associations ou organisations qui ne se livrent pas à des opérations industrielles ou commerciales et ne cherchent pas à procurer à leurs membres un gain matériel, et qui bénéficient d'une rémunération autre que le logement et la nourriture pour leurs prestations.





CONCLUSION

De manière générale, afin d'éviter tout problème d'interprétation qui pourrait résulter d'une contradiction entre vos statuts actuels et le CSA, nous vous recommandons vivement d'adapter ceux-ci avant la fin de la période transitoire.

Notez que toute modification statutaire effectuée après le 1^{er} janvier 2020 (dans le cadre d'une modification de l'objet social, d'une augmentation de capital, d'une fusion, d'une scission, etc.) devra impérativement s'accompagner d'une mise en conformité avec les dispositions du nouveau Code.

Le CSA regorge de nouvelles opportunités. C'est l'occasion idéale d'adopter des règles de fonctionnement en phase avec vos besoins, les réalités de votre société ou encore sa structure d'actionnariat.





ASSISTANCE JURIDIQUE

Comment pouvons-nous vous aider ?

- ▶ Nous pouvons vous aider à identifier, parmi les nouvelles opportunités offertes par le CSA, celles qui répondent à vos besoins ;
- ▶ Nous pouvons vous aider à mettre en place un nouveau système de gouvernance en phase avec votre réalité ;
- ▶ Nous pouvons vous accompagner tout au long du processus d'adaptation (rédaction, coordination avec les différents intervenants que sont les experts-comptables, réviseurs, notaires, banques, etc.) ;
- ▶ Nous pouvons vous conseiller dans la détermination du régime de sécurité sociale auquel un administrateur ou un membre du conseil de surveillance ou un membre du conseil de direction doit être assujéti, compte tenu de ses activités concrètes.

Intéressé(e) ?

N'hésitez pas à contacter :



JEAN-PHILIPPE WEICKER
Manager
BDO Legal

E-mail : jean-philippe.weicker@bdo.be
Tel. : +32 (0)486 80 00 87



CHARLINE LEFLOT
Manager
BDO Legal Social

E-mail : charline.leflot@bdo.be
Tel. : +32 (0)494 45 26 68

▶ Follow us    

▶ www.bdo.be