

N° 7144

**LE POUVOIR DES DIRIGEANTS
DANS LES SOCIÉTÉS :
RÉALITÉ OU ILLUSION ?**

1. — Qui détient le pouvoir dans les entreprises ? Qui les dirige ? Comment le pouvoir est-il structuré au sein de nos sociétés commerciales ?

Les dirigeants en sont-ils les maîtres absolus ?

Quelles sont les limites du pouvoir ? Quelles en sont les contingences ?

Voici quelques questions que nous nous sommes posées et auxquelles nous allons tenter de répondre, fût-ce bien imparfaitement et à vol d'oiseau.

*

* *

2. — Voici près de vingt ans, la loi du 6 mars 1973 adaptait notre droit des sociétés à la première directive européenne du 9 mars 1968. Le législateur belge en profitait pour apporter à notre droit des sociétés quelques modifications que la transposition de la directive n'imposait pas. Parmi celles-ci la nouvelle définition des pouvoirs du conseil d'administration de la société anonyme et des gérants de la société à responsabilité limitée entraînait — du moins dans les textes — une redistribution des pouvoirs au sein de ces sociétés entre assemblée générale et conseil d'administration. C'est au conseil d'administration que revenait désormais le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société à l'exception de ceux que la loi réserve à l'assemblée générale (art. 54, al. 1 et art. 130 al. 1 L. Soc.).

Cette modification traduisait dans les textes l'évolution d'acquiescence dans les faits : le transport du pouvoir réel de décision de l'assemblée générale au conseil d'administration. L'assemblée générale ne dispose plus que des pouvoirs qui lui sont expressément attribués par la loi(1).

(1) Malgré le libellé demeuré inchangé de l'article 70 L. Soc.

Le conseil d'administration dispose donc, à en croire notre loi sur les sociétés, de pouvoirs très étendus. Son pouvoir n'est limité que par les pouvoirs dévolus expressément à l'assemblée générale. Une limitation statutaire à ces pouvoirs n'a d'effets que dans le cadre interne de la société, mais un dépassement de cette limitation des pouvoirs engage la société vis-à-vis des tiers. Enfin l'attribution de la compétence résiduaire au conseil d'administration liée à son pouvoir de représentation externe entraîne comme conséquence que le conseil d'administration (et les gérants) engage la société même au-delà des limites de l'objet social (en vertu des articles 63*bis* et 130 dernier al. L Soc.)(2).

3. — Le conseil d'administration, (ou dans les SPRL les gérants), sont-ils pour autant les seuls et véritables dirigeants des sociétés détenant les pouvoirs le plus étendus ?

La réalité est beaucoup plus complexe. On observe une multitude de situations très différentes. Il est clair que la gestion diffère selon la forme de la société selon la taille de l'entreprise, la composition de son actionnariat, l'objet de son activité, la réalité économique, son climat social, la personnalité de ses actionnaires et de ses dirigeants et bien d'autres facteurs encore.

Certaines de nos allégations et constatations vaudront pour telle société et ne vaudront pas dans tel autre cas. C'est le propre de tout propos généralisateur et que l'on veuille donc nous en excuser.

Nous nous proposons de structurer cette contribution autour de deux grands axes : l'aspect formel d'une part, c'est à dire l'organisation et le fonctionnement de la gestion, sa structure, les rapport hiérarchiques des organes entre eux, d'autre part son aspect matériel, c'est-à-dire le contenu de la gestion, les critères en fonction desquels la gestion peut ou doit s'effectuer, la liberté de gestion, et les limites aux pouvoirs des dirigeants. Il est bien évident que des aspects formels et matériels sont très souvent imbriqués et que l'un influence bien souvent l'autre. Nous sommes donc consciente de tout ce que cette structure peut avoir d'arbitraire ; il faut néanmoins structurer notre analyse.

(2) J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent, Leuven Story, 1973, n^{os} 307-309 ; L. SIMONT, « La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales », *Revue*, 1964, 1 et 201 (35 et s.).

Il serait bien évidemment étonnant que la situation soit identique dans toutes les sociétés qui illuminent notre ciel juridique. Toutes n'ont pas les mêmes formes juridiques, ne brillent pas non plus d'un même éclat. Il ne nous est pas possible de nous attacher aux différences dans la gestion de chacune des sept formes de sociétés. C'est pourquoi nous nous attacherons plus particulièrement à la gestion de la société anonyme. C'est d'ailleurs dans cette forme de société que les divergences d'une société à l'autre sont les plus grandes dans la pratique. Car l'anonymat possible de l'actionariat — si utile au Belge toujours à l'affût de la voie la moins imposée — fait que cette forme de société est employée aujourd'hui aussi bien pour la gestion d'un petit patrimoine familial que pour une grande entreprise cotée en bourse écumant le marché financier, brassant des chiffres d'affaires fort importants, employant un personnel nombreux. Mais il n'est pas exclu que certaines de nos constatations puissent valoir aussi pour d'autres formes de société comme la société privée à responsabilité limitée ou la société coopérative à responsabilité limitée. Au sein du groupe des sociétés anonymes nous observons une diversité de gestion fort importante. Elle n'est pas identique dans les quelques 90.000 sociétés anonymes répertoriées en Belgique.

CHAPITRE I. ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE LA GESTION

4. — Les sociétés dotées de la pleine personnalité juridique sont des personnes purement morales, n'existant que par l'effet d'une fiction légale. Être purement abstrait, elles sont de par leur nature même, dans l'incapacité d'agir et d'accomplir elles-mêmes tous les actes juridiques que nécessitent leur activité et leur raison d'être. Elles doivent donc être représentées par des personnes physiques aptes à agir en leur nom et à les représenter : ce sont les organes de la société.

Comment la gestion de la société est-elle organisée ? Quels sont les organes prévus impérativement par la loi ? Quels sont les pouvoirs qui leurs sont dévolus par la loi ? Quel est le champ de la liberté contractuelle concernant l'organisation et le fonctionnement de la gestion ? Quelles sont les limites imposées par la loi à la liberté d'organisation et de fonctionnement de la gestion des sociétés ?

La loi sur les sociétés n'impose que deux organes intervenant dans la gestion au sens large : une assemblée générale (art. 70 et s. L Soc.) et un organe d'administration : le conseil d'administration (art. 54 et s. L Soc.). La loi prévoit en outre qu'un organe peut être chargé de la gestion journalière (art. 63 L Soc.).

Section 1. *L'assemblée générale*

5. — L'assemblée générale est composée des actionnaires : tout actionnaire a le droit d'y assister et d'y prendre la parole. Cependant tout actionnaire n'y détient pas un même pouvoir puisque tout actionnaire n'y dispose pas du droit de vote. Pourquoi être présent à l'assemblée générale pourquoi y prendre la parole, si l'on n'a pas en définitive droit de vote ? L'on peut bien sur toujours tenter de convaincre ceux qui disposent du droit de vote, mais la pratique démontre que cet espoir est souvent fort illusoire. Dans la majorité des cas les jeux sont faits avant la réunion : les contacts ont été pris et les accords conclus entre actionnaires disposant du pouvoir votal avant que l'assemblée générale se réunisse.

Jusqu'il y a peu, tout actionnaire ayant contribué, par un apport, à la constitution du capital social, disposait d'un droit de vote — donc d'un pouvoir — en rapport direct avec sa contribution au capital social. Il n'en va plus nécessairement de même aujourd'hui puisque le capital peut désormais être représenté par des actions avec ou sans droit de vote, avec cette restriction cependant que les actions sans droit de vote ne peuvent représenter plus d'un tiers du capital social. Les détenteurs d'actions sans droit de vote ne sont cependant pas privés de tout pouvoir puisqu'ils conservent un droit de vote limité : ainsi, concernant les modifications aux droits accordés aux différentes catégories d'actions ou encore pour les décisions de dissolution, fusion, scission de la société, modification de l'objet social, transformation de la société, diminution du capital social, suppression ou limitation du droit de souscription préférentiel en cas d'augmentation de capital, ou encore lorsque les conditions de leur émission ne sont plus remplies (art. 48 L Soc.).

D'autre part, et depuis longtemps déjà, les statuts peuvent accorder un droit de vote aux actions non représentatives du

capital social. Dans l'ensemble néanmoins, celles-ci ne pourrait se voir attribuer un nombre de voix supérieur à la moitié de celui attribué à l'ensemble des actions ou parts représentatives du capital exprimé, ni être comptées dans le vote pour un nombre de voix supérieur aux deux tiers du nombre des voix émises par les actions ou parts représentatives du capital exprimé (art. 75 L Soc.).

La loi n'impose donc plus aujourd'hui d'associer apport de capital et pouvoir votal. Une beaucoup plus grande liberté et donc une beaucoup plus grande souplesse sont désormais permises.

6. — Nous constatons par ailleurs, que dans la pratique, un certain nombre de sociétés belges ont recours la technique néerlandaise de l'« *administratiekantoor* ».

Les actions de la société sont confiées à un *administratiekantoor* qui le plus souvent a la forme juridique d'une fondation (*stichting*). C'est l'*administratiekantoor* qui exerce le droit de vote à l'assemblée générale. Les actionnaires reçoivent en échange un « certificat » qui leur donne droit au montant du dividende distribué par la société. Cette technique est une de celles auxquelles nos sociétés anonymes ont recours aujourd'hui pour se protéger contre une attaque extérieure visant une prise de contrôle de la société par des actionnaires indésirables. La composition du conseil d'administration de l'*administratiekantoor* est fort importante car il décidera de la manière dont le droit de vote sera utilisé dans la société dont l'*administratiekantoor* détient les actions. La technique de l'*administratiekantoor* abouti donc à une division des droits attachés aux actions : les droits pécuniers reviennent aux actionnaires de la société par le biais des certificats émis par l'*administratiekantoor* (3).

Alors que jadis un des traits fondamentaux de notre droit des sociétés était le rapport étroit entre apport en capital et pou-

(3) P. SANDERS et W. WESTBROEK, *BV en NV*, (5^e dr.), Kluwer-Deventer, 1988, p. 208 ; W.J. SLAGTER, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Kluwer Deventer, 1978, p. 223 et s. ; E.J.J. VAN DER HEIJDEN et W.C.L. VAN DER GRINTEN, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle, Tjeenk-Willink, n^o 197 ; F.J.P. VAN DEN INGH, *Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap*, Kluwer Deventer, 1991 ; K. GEENS, W.C.L. VAN DER GRINTEN, R.P. VOOGD, A.G. SOLINGE, H.J.M.N. HONÉE, P.J. DORTMOND, J.H.V. STUYCK, J.A.W. SCHREURS, *Beschermingsconstructies*, Kluwer Deventer, 1990.

voir, nous assistons aujourd'hui à une dissociation toujours plus grande entre capital et pouvoir, tant dans les textes que dans les techniques employées dans la pratique.

7. — L'assemblée générale, jadis pouvoir souverain, ne dispose plus aujourd'hui que de pouvoirs qui lui sont attribués par la loi (4).

Ceux-ci sont néanmoins importants pour la vie de la société : élections et révocation des administrateurs, approbation du rapport et décharge aux administrateurs ; approbation des comptes annuels et affectation des bénéfices, modification des statuts, diminution du capital social, augmentation du capital ou autorisation accordée au conseil d'administration pour y procéder dans les limites fixées... modifications des droits accordés aux différentes catégories d'actions, décisions de scission, de fusion, de modification de l'objet social, de transformation de la société, voir la dissolution de celle-ci. Outre le contrôle annuel de la gestion et des résultats financiers, ce sont les grandes décisions qui peuvent avoir un impact important pour l'avenir de la société qui lui incombe en dernier ressort et parmi celle-ci la désignation des administrateurs est probablement une des décisions ayant le plus d'impact sur la vie de la société.

Section 2. *Le conseil d'administration*

8. — Le conseil d'administration est chargé de l'administration de la société (art. 53 L Soc.). C'est aujourd'hui l'organe de gestion par excellence puisqu'il a « *le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société à l'exception de ceux que la loi réserve à l'assemblée générale* » (art. 54 L Soc.).

9. — Mandataires de la société (art. 53 L Soc.) les administrateurs sont nommés par l'assemblée générale qui est l'émanation la plus directe de la société elle-même.

Le droit de nommer les administrateurs fait partie des prérogatives réservées à l'assemblée générale dont celle-ci ne pourrait se départir en faveur de quel qu'autre organe (art. 55 al. 2 L Soc.). Ainsi les administrateurs ne peuvent-ils être désigné par

(4) Cf. *supra*, n° 2.

cooptation par les administrateurs en place, hormis le cas de vacance d'une place d'administrateur en cours de mandat (prévue à l'article 55 al. 4 L Soc.) et encore pour autant que les statuts n'interdisent pas ce mode de désignation en cas de vacance.

Ils ne pourraient pas non plus être désignés par quelle qu'autre instance, étrangère à la société.

Cependant, pour autant que celles-ci garantissent à l'assemblée générale une certaine liberté de choix, des clauses statutaires ou des conventions entre actionnaires peuvent réserver à certains organes ou groupe d'actionnaires, le droit de présenter des candidats parmi lesquels l'assemblée est tenue de choisir les administrateurs.

Ces clauses sont fréquentes en cas de *joint venture* ou de fusion ou absorption et dans tous les cas où il existe au sein de la société soit deux groupes d'actionnaires égaux en pouvoir vital (50 %-50 %) soit une minorité d'actionnaires à laquelle l'on veut réserver un droit de participation à la gestion de la société, que le jeu de la règle majoritaire au sein de l'assemblée générale ne garantit pas. La validité de pareilles clauses ou accords ne paraît devoir faire aucun doute lorsque leur application n'exclut pas toute possibilité de choix par l'assemblée générale. Mais la validité de clauses ou de techniques qui auraient pour effet de transformer l'assemblée générale en simple organe d'entérinement de décisions prises par d'autres organes ou assemblées est contestable. Bien évidemment rien n'empêche qu'en pratique l'assemblée générale se contente d'entériner un choix qui lui serait « suggéré ». Mais si elle s'y refuse, alors même qu'elle contrevient par-là à une clause statutaire, sa décision, prise en contravention d'une clause statutaire, ne pourra être sanctionnée de nullité. C'est bien plutôt la validité de la clause statutaire illicite, ou de la pratique suivie qui sera sanctionnée comme contraire au droit fondamental réservé à l'assemblée générale de nommer les administrateurs(5).

10. — Si en règle générale la désignation des administrateurs par l'assemblée générale se fait d'après les règles ordinaires des assemblées délibérantes — c'est-à-dire à la majorité des suffrages — les statuts peuvent en disposer autrement (art. 74bis, § 1^{er}, L

(5) Voy. com. Bruxelles, 7 juillet et 31 août 1983, *J.T.*, 1984, 212 ; com. Bruxelles, 13 décembre 1984, *Revue*, 1985, 122.

Soc.). Ils peuvent donc imposer des règles différentes telles par exemple une majorité qualifiée, ou un système uninominal ou plurinominal(6). Ces clauses statutaires se rencontrent assez fréquemment dans la pratique : soit pour assurer une certaine protection des minorités, soit pour garantir la représentativité des différents groupes en présence p. ex. dans les filiales communes, ou dans les sociétés familiales, ou encore en cas d'absorption, ou lors d'une prise de participation des pouvoirs publics via les sociétés d'investissement, etc.

11. — Les administrateurs doivent être au nombre de trois au moins (art. 55 al. 1 L Soc.). Rien n'empêche qu'ils soient plus nombreux. La loi ne fixe aucun maximum. Les statuts ou, à défaut, l'assemblée générale en fixeront le nombre. Si les statuts déterminent le nombre d'administrateurs l'assemblée générale devra s'y conformer sauf à modifier les statuts selon les règles fixées à cet égard. Dans les petites sociétés il n'est pas rare que le nombre d'administrateurs se limite au minimum légal et que même dans les fait une personnalité — actionnaire largement majoritaire, p. ex. — domine le conseil d'administration.

Dans les grandes sociétés, par contre, le nombre d'administrateurs est souvent devenu important. À côté des administrateurs représentants l'actionnariat, il n'est pas rare de trouver des administrateurs choisis en raison des fonctions qu'ils exercent par ailleurs, de leur qualité personnelle, de leurs relations d'affaires, de leurs accointances économiques, politiques, financières ou autres.

12. — Hormis le nombre minimum de trois administrateurs, et le droit de désignation réservé à l'assemblée générale la loi ne contient pas de disposition particulière impérative concernant la désignation de l'organe de gestion. C'est pourquoi dans le respect de ces deux impératifs, les statuts d'une société pourraient fort bien formuler des exigences particulières concernant la désignation des administrateurs : qualification particulière, limite d'âge, obligation de détenir la qualité d'actionnaire ou autre.

13. — Le conseil d'administration a des pouvoirs très étendus puisque la loi lui donne le droit d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société à

(6) Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, II, Swinnen, 3^e éd., n° 829 et s.

l'exception de ceux que la loi réserve à l'assemblée générale. Il représente également la société à l'égard des tiers et en justice (art. 54 L Soc.). Le conseil d'administration jouit donc quant aux pouvoirs de gestion et de représentation, de la plénitude des pouvoirs. Tous les pouvoirs qui ne sont pas spécifiquement attribués à l'assemblée générale lui reviennent.

Le conseil d'administration exerce les pouvoirs de gestion en toute indépendance de l'assemblée générale, qui ne peut lui donner des directives impératives à ce sujet, ni annuler des décisions qu'il aurait prises(7). Le pouvoir de l'assemblée générale quant à la gestion se limite au pouvoir de désapprouver la gestion et de rendre les administrateurs responsables d'une mauvaise gestion ou d'une gestion contrevenant à la loi ou aux statuts (art. 62 L Soc.).

Les statuts — et donc l'assemblée générale statuant suivant les règles et modalités imposées à la modification des statuts — peuvent opposer des restrictions aux pouvoirs de gestion du conseil d'administration. Ces restrictions statutaires ne sont cependant pas opposables aux tiers, même si elles sont été publiées (art. 54 al. 3). La société sera donc tenue vis-à-vis des tiers, des actes de gestion posés par le conseil d'administration en contravention d'une restriction statutaire à son pouvoir de gestion. Le conseil d'administration devra cependant, le cas échéant, en répondre devant l'assemblée générale.

14. — Les pouvoirs réels du conseil d'administration s'étendent dans la pratique bien au-delà de ces pouvoirs de gestion et de représentation. En effet c'est le conseil d'administration qui est, en fait, à l'origine des grandes décisions qui ressortissent de la compétence réservée à l'assemblée générale : modification aux statuts, fusion, scission, diminution du capital, transformation de la société, etc. Dans tous ces cas le conseil d'administration a l'obligation légale de justifier, dans un rapport, le bien-fondé de la décision soumise à l'approbation de l'assemblée générale et d'éclairer celle-ci sur tous les aspects et les conséquences de celle-ci. Concernant l'augmentation de capital il peut en outre être investi par l'assemblée générale du pouvoir d'y procéder dans les limites du capital autorisé.

(7) J. RONSE, *Vennootschapswetgeving 1973*, n° 309.

Une fois les décisions prises par l'assemblée générale, c'est encore au conseil d'administration qu'incombe le devoir d'exécuter celles-ci.

15. — Le conseil d'administration est un organe collégial, délibérant suivant les dispositions des statuts ou, à défaut, suivant les règles ordinaires des assemblées délibérantes (art. 67 L Soc.). Cette règle de la collégialité est fondamentale et il ne peut y être dérogé en ce sens que les statuts ne pourraient y porter atteinte en confiant à un seul membre ou à quelques membres du conseil la gestion générale de la société(8).

Par contre il peut être dérogé au principe de la collégialité en ce qui concerne le pouvoir de représentation de la société qui revient au conseil d'administration. Les statuts peuvent en effet donner qualité de représenter la société dans les actes ou en justice à un ou plusieurs administrateurs agissant soit seuls soit conjointement (art. 54 al. 4 L Soc.).

C'est le pouvoir général de représentation qui est alors confié par les statuts à un ou plusieurs membres du conseil. Ce pouvoir est opposable aux tiers pour autant qu'il ait été publié.

16. — Certains pouvoirs de gestion, cadrant dans la gestion journalière (art 63 L Soc.) peuvent également être confiés à un ou plusieurs membres du conseil, agissant seuls ou conjointement(9).

En outre les administrateurs peuvent convenir entre eux d'une répartition des tâches. Parfaitement valable puisque prévue par la loi (art. 54 al. 3 L Soc.) pareille répartition des tâches, même inscrite aux statuts et publiée, n'est pas opposable aux tiers.

Certains administrateurs peuvent également être chargés de l'exécution des décisions prises par le conseil.

Section 3. *Le comité de direction*

17. — Au sein des grandes sociétés il existe dans la pratique un ou plusieurs comités : comité de direction, comité exécutif...

Rien dans la loi ne s'oppose à leur création. La loi fait même allusion à une répartition éventuelle des tâches convenue entre

(8) Ch. RESTEAU, *Traité*, n° 909 ; cass., 15 octobre 1959, *Revue*, 1960, 17 ; cass., 17 avril 1966, *Revue*, 1966, 184.

(9) Voy. *infra*, n° 21.

administrateurs (art. 54, L Soc.). Leurs pouvoirs découlent d'un mandat, d'une délégation de pouvoir, qui leur est conférée par le conseil d'administration. C'est donc au nom et pour le compte de celui-ci qu'ils agissent.

Ils n'ont pas qualité d'organe sauf lorsque la délégation de pouvoir qui leur est accordée concerne la gestion journalière prévue à l'article 63 L Soc. Mais bien souvent la délégation de pouvoir excède la simple gestion journalière.

18. — Le nouveau règlement concernant l'autonomie des banques a récemment consacré l'existence d'un comité de direction dans le domaine bancaire en vue d'assurer l'autonomie de la fonction bancaire et de répondre ainsi aux vœux du législateur de voir la fonction bancaire confiée en fait à un nombre assez restreint de personnes qui s'y consacrent entièrement et dont la responsabilité est par ce fait même mieux circonscrite(10).

La structure d'administration et de gestion de la banque est — selon le nouveau règlement en vigueur — fondée sur une distinction entre :

- d'une part la gestion des affaires bancaires qui relève de la seule compétence du comité de direction, composé d'administrateurs délégués à cet effet et agissant dans le cadre de la politique générale définie par le conseil d'administration ;
- et d'autre part la surveillance de la gestion et de l'état des affaires de la banque, la définition de la politique générale et le pouvoir de nomination et de révocation des membres du comité de direction qui sont de la compétence du conseil d'administration, outre les prérogatives qui lui sont conférées par les lois sur les sociétés commerciales.

« La gestion des activités bancaires ressortit à la seule compétence du comité de direction. Celui-ci exerce cette gestion, en dehors de toute ingérence externe dans le cadre de la politique générale définie par le conseil d'administration ;

« À cet effet, le comité de direction est, quant à cette gestion, investi par le conseil d'administration en vertu d'une délégation conférée conformément à l'article 69 de la loi du 30 juin 1975,

(10) Voy. texte type du Protocole sur l'autonomie de la fonction bancaire de janvier 1992, voy. aussi *infra*, n° 41.

des pouvoirs de décision et des pouvoirs de représentation de la banque dans les relations avec le personnel, la clientèle, les banques en Belgique et à l'étranger, l'environnement économique et social et les autorités, ainsi que des pouvoirs de décision quant à la représentation de la banque auprès de ses filiales et auprès des sociétés dans le capital desquelles elle est intéressée.

« La Commission bancaire et financière est consultée au sujet de la définition des pouvoirs délégués au comité de direction.

« Le comité de direction constitue un collège. Il peut cependant répartir ses tâches entre ses membres ; cette répartition reste sans effet sur leur responsabilité collégiale.

« Les membres du comité de direction ont qualité d'administrateur ; ils exercent au sein de la banque des fonctions de plein exercice.

« Outre l'exercice des pouvoirs et attributions qui lui sont réservés par la loi ou les statuts, le conseil d'administration a pour mission, d'une part, de définir la politique générale de la banque et, d'autre part, d'exercer une surveillance effective sur la gestion de celle-ci et sur l'état de ses affaires.

« Le conseil d'administration définit la politique générale de la banque, soit à son initiative, soit à celle du comité de direction qui peut formuler des propositions en la matière et préparer les dossiers permettant au conseil d'assurer son rôle dans ce domaine. La gestion autonome des activités bancaires par le comité de direction s'inscrit dans le cadre de la politique générale définie par le conseil.

La politique générale comprend la définition des grands axes de la stratégie de la banque, l'adoption des plans et budgets, les réformes importantes de structure, la définition des relations entre la banque et ses actionnaires.

« Le conseil d'administration assure la surveillance des affaires de la banque et de sa gestion par le comité de direction. Le conseil d'administration dispose à cet égard d'un large droit d'investigation ».

19. — Nous avons fait largement écho à ce règlement, car il nous paraît fort important pour la pratique de la gestion, des grandes sociétés en général. Élaboré sous l'égide de la Commission bancaire et financière il est donc loin d'être dénué de toute autorité juridique. Si l'origine en est bien évidemment la spécificité de la fonction bancaire, il donne cependant une base juridique à

une structure de la gestion à deux échelons ou les pouvoirs du comité de direction vont bien au-delà de la gestion journalière. Cette structure admise voir même imposée dans le secteur bancaire, pourrait être reproduite dans d'autres grandes entreprises et l'on ne voit pas pourquoi la légalité d'une telle organisation de la gestion pourrait encore être mise en doute dans d'autres grandes entreprises, d'autant que les propositions au niveau européen vont également dans le sens d'une structure dualiste de la gestion. En effet tant la proposition de cinquième directive(11) que la proposition de création d'une société anonyme européenne(12) prévoient outre l'assemblée générale un système dualiste de la gestion comprenant un organe de gestion, chargé de la gestion et de la représentation de la société, et un organe de contrôle de la gestion.

Cette structure est d'ailleurs celle de l'Aktiengesellschaft allemande (Vorstand Aufsichtsrat) et des grandes Naamloze- en Besloten Vennootschappen néerlandais (Raad van Bestuur, Raad van Commissarissen). Elle peut être aussi choisie par les sociétés anonymes en France (Directoire et Conseil de surveillance).

Section 4. *La gestion journalière*

20. — Le conseil d'administration organe collégial et parfois pléthorique, ne peut se réunir journallement afin d'assurer la gestion journalière de la société. C'est pourquoi la loi prévoit que la gestion journalière des affaires de la société, ainsi que la représentation de la société en ce qui concerne cette gestion, peuvent être déléguées à un ou plusieurs directeurs, gérants et autres agents, associés ou non, agissants seuls ou conjointement (art. 63 al. 1 L Soc.).

Ce sont les statuts qui règlent leur mode de nomination, de révocation et leurs attributions.

La gestion journalière peut donc être confiée à un ou plusieurs administrateurs ou à des personnes ne siégeant pas au conseil d'administration, directeur ou autre gérant.

(11) Voy. Proposition pour une cinquième directive concernant la structure de la société anonyme, Bulletin supplément 10/72 et Proposition modifiée de cinquième directive, Bulletin, Supplément 6/83.

(12) Bulletin C124 décembre 1970 et C263/41 du 16 octobre 1989.

21. — Prévus aux statuts et désignés conformément à ceux-ci, ils engagent la société dans tous les actes de gestion qu'ils posent pour autant que ces actes entrent dans le cadre de la gestion journalière de la société. Des limitations statutaires à leur pouvoir concernant la gestion journalière, même publiées aux statuts, ne sont pas opposables aux tiers (art. 63 al. 2 L Soc.).

Ils sont donc organe de la société concernant la gestion journalière.

Pendant les actes posés en contravention de limitations statutaires au pouvoir de gestion journalière engageront leur responsabilité envers la société. Cette responsabilité se détermine conformément aux règles générales du mandat (art. 63 al. 3 L Soc.).

Section 5. *Mandataire(s) particulier(s).*

22. — Rien ne s'oppose, nous semble-t-il, à ce que le conseil d'administration délègue — en dehors de toute clause statutaire — des pouvoirs de gestion journalière ou autre à des mandataires spécialement investis de certains pouvoirs. De même l'organe statutaire de gestion journalière peut également investir par mandat particulier certains mandataires, de tâches cadrant dans la gestion journalière. Il s'agira dans tous ces cas de véritables mandataires du conseil d'administration, ou de l'organe de gestion journalière agissant juridiquement au nom et pour le compte de celui qui les a mandatés et non d'organes statutaires représentant la société au titre de la gestion journalière ou autre. Il se peut néanmoins que la société puisse être engagée par les actes de ces mandataires même s'ils agissent en dehors des pouvoirs dont ils sont investis par mandat et ce sur base du mandat apparent (13).

Section 6. *Dirigeant de fait.*

23. — La pratique révèle que certaines sociétés sont dirigées en fait, non par les organes légalement ou statutairement investis des pouvoirs pour le faire, mais par des personnes étrangères aux organes légaux ou statutaires. Ces dirigeants « de fait » se révèlent

(13) Cass., 13 janvier 1972, *Pas.*, 1972, I, 472 ; cass., 30 mai 1979, *Pas.*, 979, I, 1031 ; cass., 20 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, 1258.

les véritables gestionnaires d'une société, court-circuitant les organes investis par la loi ou les statuts de la gestion de celle-ci.

C'est dans le cadre de la responsabilité des dirigeants qu'est né ce concept de dirigeants de fait. L'article 63^{ter} de la loi sur les sociétés stipule en effet qu'en cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif, s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite... toute personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société peut être déclaré personnellement obligé, de tout ou partie des dettes de la société à concurrence de l'insuffisance d'actif.

Voici donc que notre « dirigeant de fait » celui qui a effectivement « tiré les ficelles » de la société peut être rendu responsable en cas de débâcle de la société.

L'on admet généralement qu'est dirigeant de fait celui qui exerce une activité de gestion en toute indépendance. Il faut donc avoir, en toute indépendance, posé des actes de gestion engageant la société(14).

Section 7. *Hierarchie et séparation des pouvoirs.*

24. — Il est clair qu'il existe à la fois une séparation des pouvoirs entre les organes participant à la gestion des sociétés et une hiérarchie entre les différents organes et personnes pouvant intervenir dans celle-ci.

La séparation des pouvoirs entre assemblée générale et conseil d'administration est claire. L'assemblée générale dispose des pouvoirs qui lui sont limitativement réservés par la loi et n.m. nomination et révocation des administrateurs, approbation de la gestion et des comptes annuels, affectation des bénéfices, toutes modifications aux statuts et parmi celles-ci les décisions de fusion, de scission, de transformation de la société, de modification de l'objet social, de diminution du capital, d'augmentation de capital, de dissolution de la société.

(14) J.P. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait », *D.S.*, 1975, ch. 41 ; pour la jurisprudence belge, voy. : Com. Bruxelles, 25 octobre 1965, *Revue*, 1969, 195 ; Com. Charleroi, 29 avril 1974 dans Dumon et Maussion, « Propos sur l'extension de la faillite », *J.C.B.*, 1974, 204 ; Com. Bruxelles, 22 octobre 1982, *J.C.B.*, 1982, 574 ; Liège, 1 décembre 1969, *Revue*, 1971, 280 ; Com. Bruxelles, 3 avril 1984, *Revue*, 1984, 184 ; Com. Liège, 17 mai 1983, *Revue*, 1984, 63.

Hormis le droit d'augmenter le capital dans les limites qu'elle décide l'assemblée générale ne pourrait déléguer ces pouvoirs de décision en ces matières au conseil d'administration.

Le conseil d'administration est investi par la loi du pouvoir de gestion de la société ainsi que des compétences résiduelles. L'on admet généralement aujourd'hui qu'en l'absence de clause statutaire limitant le pouvoir de gestion du conseil d'administration, et soumettant certains actes à l'approbation préalable de l'assemblée générale, l'assemblée générale ne peut s'immiscer dans la gestion ni à fortiori dans la gestion journalière lorsque celle-ci est confiée à un organe spécialement institué à cet effet.

25. — Cependant il est clair que la séparation des pouvoirs ne fait pas d'obstacle à une hiérarchisation des pouvoirs. Si l'assemblée générale a perdu la compétence résiduelle elle n'en a pas pour autant perdu son caractère d'organe souverain. C'est en effet à l'assemblée générale, et à elle seule, que revient le droit de désigner et de révoquer — ad nutum — les administrateurs. Cette compétence est primordiale puisque le choix qu'elle fera peut avoir une influence prépondérante sur la gestion et le fonctionnement de la société. C'est elle aussi qui contrôle et approuve ou désapprouve la gestion. En outre elle est seule habilitée à prendre toutes les décisions modifiant le pacte social et qui peuvent donc avoir un impact important sur l'avenir de la société.

Vient ensuite le conseil d'administration auquel revient le droit de prendre toutes les décisions concernant la gestion de la société. Si certains comités ou conseils sont chargés de l'étude de l'élaboration voir même de la prise de décision dans certains domaines de la gestion ceux-ci ne tirent leur pouvoir que d'un mandat qui leur a été donné à cet effet par le conseil d'administration.

S'il existe un organe de gestion journalière, bien que représentant la société quant à cette gestion journalière, celle-ci doit de toute manière s'effectuer dans le cadre des décisions de gestion générale prises au niveau du conseil d'administration. La gestion journalière est donc de toute évidence soumise à l'autorité générale de gestion du conseil d'administration.

Il y a donc au sein de la société une cascade d'organes avec chacun des pouvoirs définis mais s'insérant dans une structure hiérarchique.

CHAPITRE II. LA LIBERTÉ DE GESTION

26. — Après avoir examiné la structure et le fonctionnement de la gestion examinons maintenant de quelle liberté jouissent les dirigeants dans l'exercice de celle-ci. Disposent-ils d'une totale liberté d'action ? Quelles sont les limites légales, conventionnelles ou de fait aux pouvoirs des dirigeants ?

La liberté de gestion dépend pour une part non négligeable de la situation de force des dirigeants au sein de l'entreprise et à cet égard la stabilité de fonction est primordiale. C'est pourquoi nous allons tout d'abord examiner succinctement cet aspect.

Section 1. *La stabilité de la fonction*

27. — Aux termes de l'article 55, alinéa 3 de la loi sur les sociétés, les administrateurs sont toujours révocables par l'assemblée générale. Cette révocabilité *ad nutum* pourrait peser comme une épée de Damoclès sur la tête des dirigeants et entraver la gestion par le risque de discontinuité.

Dans la pratique les révocations d'administrateurs sont rares.

Nommés et révoqués par la majorité au sein de l'assemblée générale, la stabilité de la fonction des administrateurs dépend de deux facteurs : une majorité stable au sein de l'assemblée générale et la confiance que celle-ci a dans la personne des administrateurs élus.

28. — Dans les petites sociétés, dans les sociétés à caractère fermé ou familial, les administrateurs sont généralement les actionnaires majoritaires eux-mêmes. En qui faire mieux confiance qu'en soi-même lorsque l'on détient la majorité du capital et qu'une bonne part de votre capital est investie dans l'entreprise ? Les dirigeants y disposent donc d'une stabilité de pouvoir enviable mais hélas pas toujours salutaire à la bonne marche de l'entreprise lorsque les actionnaires dirigeants n'ont pas ou n'ont plus les capacités voulues pour assurer une bonne gestion.

29. — La situation est fort différente dans les grandes sociétés ou le capital est aux mains d'un grand nombre d'actionnaires et qu'aucun d'eux ne dispose de la majorité. C'est tout particulièrement le cas dans les sociétés cotées en bourse, mais le problème ne se pose pas uniquement dans celle-ci, même si il s'y pose peut-

être avec plus d'acuité encore que dans les sociétés non cotées en bourse. Le capital de ces sociétés étant pour une bonne part répartie dans le public et aucun actionnaire ne détenant à lui seul la majorité du capital, la majorité au sein de l'assemblée générale repose sur des alliances entre actionnaires ou groupe d'actionnaires ; elle est donc moins stable et cette instabilité peut entraîner une instabilité de au sein du conseil d'administration et pourrait donc être cause de discontinuité dans la gestion de l'entreprise. Bien sur toute modification à la composition de l'actionnariat majoritaire qui se répercute sur la composition du conseil d'administration n'est pas néfaste pour l'entreprise mais peut fort bien dans une société sclérosée entraîner un renouveau de dynamisme et être favorable à la bonne marche de la société, comme des exemples récents l'ont démontré.

Mais, hormis ces cas, tout de même assez rares, une majorité stable permet une meilleure gestion par la possibilité de planification à long terme, la possibilité de créer un climat de confiance, etc.

30. — Il existe différentes techniques permettant d'assurer une certaine stabilité à la gestion à travers l'actionnariat. L'affaire de la Société Générale de Belgique a largement contribué en Belgique à sensibiliser non seulement les actionnaires détenant le pouvoir au sein de sociétés cotées en bourse, mais également les pouvoirs publics aux dangers qui peuvent résulter d'une modification importante dans la structure de l'actionnariat de contrôle au sein d'une société. L'éventail des techniques autorisées et utilisées afin de garantir une stabilité du pouvoir s'est donc sensiblement développé en Belgique les toutes dernières années (15).

(15) Notre propos n'est pas ici de faire une analyse dogmatique détaillée et exhaustive de la législation et réglementation nouvelle en la matière ni des modalités des différentes techniques. Sur le sujet, voy. A. BRUYNEEL, « Les offres publiques d'acquisition », *J.T.*, 1990, 141 et 165 ; F. DE BAUW, « La déclaration des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse », *R.D.C.B.*, 1990, 277 ; P. DE WOLF et B. FERON, « Les conventions d'actionnaires », *D.A.O.R.*, 1991, 29 ; J.-M. GOLLIER et P. VANDEPITTE, « Les notions d'action de concert, de contrôle conjoint dans le cadre de la loi du 2 mars 1989 tendant à assurer la transparence de l'actionnariat », *Revue*, 1990, 81, n° 6537 ; K. GEENS, « De wijziging van controle in een vennootschap die een openbaar beroep op het spaarwezen heeft gedaan », *T.R.V.*, 1990, 102 ; D. MEULEMANS, « De invoering van een wettelijke regeling inzake transparantie en openbare overname-aanbiedingen », *T.R.V.*, 1989, 239 ; Ronse Instituut (ed.) *Openbaar bod en beschermingsconstructies*, Biblio Kalmthout, 1990 ; D. VAN GERVEN, « Het openbaar bod op stemverleende en

31. — Connaître la structure de l'actionnariat, ses fluctuations et la conséquence que cela peut entraîner sur la majorité de contrôle et donc sur la gestion est la condition première permettant d'assurer une certaine stabilité. La loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes des sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition a fortement amélioré la transparence de la structure et de la modification dans l'actionnariat. Toute acquisition ou vente d'action conférant de droit de vote atteignant 5 % ou plus des droits de vote existants doit dorénavant faire l'objet d'une déclaration selon les modalités imposées par la loi. Les dirigeants de la société sont ainsi avisés d'une modification dans leur actionnariat ; ce qui leur permettra le cas échéant de prendre des mesures qui s'imposent. Si cette loi concerne — tout comme l'indique son intitulé — en tout premier lieu les sociétés cotées en bourse, les principes peuvent en être appliqués à toute autre société par action de droit belge (art. 14 loi 2 mars 1989). Lorsque le nombre de titres détenus atteint 20 % ou plus, les déclarations relatives aux acquisitions et cessions doivent en outre décrire la politique dans laquelle se situe l'acquisition ou la cession (art. 8 A.R. 10 mai 1989, relatif à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse).

32. — Les offres publiques d'acquisition ainsi que les modifications du contrôle des sociétés sont elles aussi aujourd'hui réglementées pour assurer l'information et l'égalité de traitement des porteurs et de sauvegarder leurs intérêts et de favoriser la transparence et le bon fonctionnement du marché (Loi 2 mars 1989, chapitre II et AR. 8 novembre 1989). le fait que toute offre publique d'acquisition doit porter sur la totalité des titres conférant un droit de vote et ne peut se limiter à un nombre de titres suffisant pour assurer le contrôle, peut incontestablement freiner des prises de contrôle par offre publique acquisition ou d'échange. Il en va de même de l'exigence en cas d'acquisition d'une participation de contrôle moyennant payement d'une prime de contrôle, d'offrir aux autres actionnaires la possibilité de reprendre leur titres au même prix.

daarmee gelijkgestelde effecten : de nieuwe procedure doorgelicht », *T.R.V.*, 1990, 141 ; E. WYMEERSCH, « Cession de contrôle et offre publiques obligatoires », *Revue*, 1991, 151.

33. — L'exigence de respecter le droit de préférence des actionnaires en cas d'augmentation de capital en espèces (art. 34^{ter} L Soc.) permet de maintenir l'équilibre des forces en présence au sein de la société tout en pourvoyant celle-ci de nouveaux moyens.

Par contre une augmentation de capital avec suppression du droit de souscription préférentiel peut être employée comme technique pour parer une tentative de prise de pouvoir inamicale. En procédant à une augmentation de capital on rend la prise de position dominante plus difficile à réaliser : l'envahisseur devra acquérir un plus grand nombre d'actions pour obtenir la majorité désirée et son effort financier devra donc être plus grand. En outre en supprimant le droit préférentiel, l'augmentation de capital peut être réalisée au profit exclusif de la majorité en place ou en faisant appel à des capitaux « amis » (cavaliers blancs). En effet le droit de souscription préférentiel peut être supprimée « dans l'intérêt social » (art. 34^{bis}, § 3 et 4 L Soc.).

Reste à savoir si parer à une invasion indésirable aux actionnaires majoritaires voire au conseil d'administration (procédant à une augmentation dans le cadre du capital autorisé) est conforme à l'intérêt social qui justifie la suppression ou la limitation du droit de préférence(16).

34. — De nombreuses sociétés ont émis des obligations convertibles en actions ou des droits de souscription dont l'émission a ainsi été réservée à des « amis ». Au cas où la société ferait l'objet d'une tentative de mainmise par un actionnaire indésirable, ces obligations ou ces droits de souscription seront transformés en actions, afin de tenter de faire échouer l'attaque extérieure indésirable.

La Commission bancaire et financière(17) a estimé qu'il ne lui appartenait pas de s'opposer à l'usage de ces droits de souscription comme arme de défense et qu'elle ne pouvait exercer qu'un contrôle marginal dans l'appréciation de la régularité de l'opération au regard de l'intérêt social.

35. — Le législateur a également rendu récemment le recours à la technique de l'acquisition par la société de ses propres

(16) Sur la notion intérêt social, voir *infra* n° 48.

(17) Rapport de la Commission bancaire 1987-1988, p. 100 et s.

actions plus adéquate comme technique de maintien de pouvoir (art. 52*bis*, L Soc., modifié par la loi du 18 juillet 1991).

36. — De longue date déjà les actionnaires se groupent afin d'acquérir la majorité au sein de l'assemblée générale leur permettant de diriger celle-ci tendaient par l'usage de clauses adéquates — clauses d'agrément et ou clause de préemption — d'éviter que le contrôle de la société n'échappe du groupe majoritaire ainsi constitué lorsqu'un de ses membres désirait se défaire de sa participation. L'incertitude quant à la validité de ces clauses est aujourd'hui levée puisque le législateur en a récemment reconnu la validité tout en délimitant les contours de celle-ci (art. 41 § 2 L Soc. modifié par loi 18 juillet 1991).

37. — La constitution et le maintien de la cohésion d'un groupe majoritaire vise bien sûr l'exercice du pouvoir au sein d'une société déterminée. Il s'agit de détenir la majorité nécessaire à élire les administrateurs, voire une majorité plus qualifiée encore permettant de contrôler toutes les prises de décisions par l'assemblée générale. C'est pourquoi en dehors de toutes les techniques que nous avons énumérées, un accord au sein du groupe majoritaire ainsi formé est indispensable. C'est pourquoi des actionnaires majoritaires tendent, par des conventions, à régler l'exercice du droit de vote à l'assemblée générale. Par convention, les actionnaires faisant partie du groupe confient l'exercice du droit de vote à l'assemblée générale à l'un d'eux ou quelques-uns d'entre eux. La technique du mandat irrévocable donné par les actionnaires à ceux d'entre eux qui exerceront le droit de vote à l'assemblée générale permet d'obtenir le résultat escompté. La cour de cassation a en effet admis depuis longue date la validité d'un mandat irrévocable limité dans le temps ou déterminé quant à son objet laissant de plus la liberté de choix du vote à émettre au mandataire ainsi institué(18). Et plus récemment notre cour suprême a considéré que, si les stipulations relatives à l'exercice du droit de vote dans les assemblées générales des sociétés commerciales sont illicites et partant, frappées de nullité lorsqu'elles sont inspirées par la fraude ou qu'elles sont contraires à l'intérêt social, elles doivent au contraire être tenues pour licites lorsqu'elles ne suppriment pas le droit de l'actionnaire de participer aux décisions sociales, qu'elles sont conformes

(18) Cass., 13 janvier 1938, *Pas.*, 1938, I, 6.

à l'intérêt de la société elle-même et qu'elles sont exemptes de toute idée de fraude(19). C'est toujours cet « intérêt social » qui prime(20)

38. — Récemment notre législateur a créé, tout en la réglementant bien entendu, la possibilité dans les sociétés ayant fait ou faisant appel à l'épargne, la possibilité de solliciter, par appel public des procurations de votes à l'assemblée générale (art. 74 § 3 L Soc.). Moyen de plus de disposer d'un pouvoir de vote accru en disposant ainsi du pouvoir votal de tous ces détenteurs d'actions dispersées dans le public qui ne désirent pas prendre part à l'exercice du pouvoir dans les sociétés mais ne sont intéressés que par l'aspect patrimonial des actions.

39. — S'il a fallu l'affaire de la Société Générale de Belgique pour attirer l'attention tant du législateur belge que bien souvent des actionnaires majoritaires eux-mêmes sur l'importance de l'exercice du droit de vote à l'assemblée générale et sur l'influence de la fragilité d'une majorité au sein de celle-ci, il n'en est pas de même chez nos voisins du Nord. Aux Pays Bas il est de tradition de préserver par des clauses oligarchiques la stabilité dans l'exercice du pouvoir au sein d'une société commerciale avant que celles-ci soit cotée en bourse et ses actions largement répandues donc dans le public.

Ces techniques oligarchiques concentrent le pouvoir aux mains soit des administrateurs soit du *Raad van Commissarissen* (qui exerce un contrôle sur la gestion des grandes sociétés (NV et BV) et est proche de l'Aufsichtsrat allemand et ne doit donc pas être comparé à nos commissaires réviseurs) soit de personnes qui leur sont proches.

Sans entrer dans le détail indiquons que l'oligarchie est recherchée soit par des clauses statutaires, soit par des constructions extra-statutaires(21).

(19) Cass., 13 avril 1989, *T.R.V.*, 1989, 321.

(20) Voy. *infra*, n° 48.

(21) P. SANDERS en W. WESTBROEK, *BV en NV*, 5^e éd., Kluwer deventer, p. 199 et suiv. ; E.J.J. VAN DER HELJDEN et W.C.L. VAN DER GRINTEN, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle, Tjeenk-Willink, n° 197 e.V. ; ; F.J.P. VAN DEN INGH, *Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap*, Kluwer Deventer ; K. GEENS, W.C.L. VAN DER GRINTEN, R.P. VOOGD, A.G. SOLINGE, H.J.M.N. HONÉE, P.J. DORTMOND, J.H.V. STUYCK, J.A.W. SCHREURS, *Beschermingsconstructies*, Kluwer Deventer.

La première technique consiste à créer des actions prioritaires qui sont détenues par les administrateurs, les commissaires ou des personnalités proches des administrateurs ou commissaires (voir même un notaire ou un registeraccountant) et de leur accorder, par les statuts, le droit de présenter des candidats aux fonctions d'administrateurs ou de commissaires. Pour être valable il faut présenter au moins deux candidats par poste à pouvoir(22).

D'autre part l'exercice des prérogatives réservées à l'assemblée générale (telle p. ex. la modification des statuts) est soumis à l'approbation préalable d'une assemblée des actionnaires prioritaires.

D'autres clauses statutaires contiennent des conditions auxquelles doivent satisfaire les administrateurs ou commissaires afin d'être éligibles. Enfin des statuts peuvent accorder à certaines actions des droits de votes non équivalents au capital détenu.

L'on a aussi recours à d'autres techniques que les clauses statutaires.

La principale est certes la certification des actions, basées sur la technique de la transmission de propriété à titre fiduciaire, les actions étant « parquées » dans un *administratiekantoor* qui exerce le droit de vote afférent à l'action au sein de la société et délivre en échange un certificat à l'actionnaire lui donnant droit aux aspects pécuniers liés à la possession d'actions. Cette technique est à ce point admise et courante aux Pays Bas que la loi accorde le droit aux détenteurs de « certificats » d'assister à l'assemblée générale mais non bien sûr d'y exercer le droit de vote(23).

Outre la certification des actions il est fait aussi usage d'une société holding, détenant la majorité des actions dans la société contrôlée et dont les actions sont bien sûr aux mains d'actionnaires amis et sûrs.

La validité des conventions de vote est d'autre part admise de longue date(24). Remarquons qu'en Belgique aussi l'on utilise la technique de la société holding dont le contrôle repose sur une

(22) Le département de la justice qui exerce un contrôle n'accepte cependant pas certaines clauses en particulier dans les sociétés ayant le statut de grande société.

(23) Art. 227, al. 2 ; pour un aperçu de tous les droits des détenteurs de certificats vis-à-vis de la société ; voy. F.J.P. VAN DEN INGH, *Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap*, p. 245.

(24) H.R. 30 juin 1944, *N.J.*, 1944n 405 (Convention selon laquelle en cas de parité de voix l'on doit avoir recours à l'avis d'un tiers avec obligation de voter

majorité stable et sûre. En outre récemment certaines sociétés belges ont recours à l'*administratiekantoor* néerlandais.

40. — Toutes ces techniques ont pour but en effet de consolider l'actionnariat existant, de consolider ainsi et de perpétuer le pouvoir des fondateurs ou de certains, pourvoyeur de capital. Elles garantissent la stabilité de la gestion et bien souvent aussi, par là même, la qualité de la gestion. Elles mettent la société à l'abri d'influences étrangères diverses et d'actionnaires visant un profit immédiat par une opération financière mais n'ayant pas en vue ce fameux « intérêt social ».

Elles ne pourraient cependant être poussées à l'extrême au point d'annihiler la structure dualiste — assemblée générale, conseil d'administration — telle que la construit notre loi sur les sociétés.

41. — L'intérêt, voire même la nécessité de garantir l'indépendance de la gestion, de mettre celle-ci à l'abri des aléas de modifications dans l'actionnariat a été récemment réaffirmée avec autorité par la Commission bancaire et financière dans le cadre de la garantie de l'autonomie de la fonction bancaire(25).

La Commission bancaire et financière estime que :

« Pour répondre à l'intention du législateur exprimée dans le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 185 “de mettre des dirigeants de banques dans des conditions d'indépendance qui contribueront à faire, de plus en plus, de l'exercice de leur profession, une sorte de mandat de gestion d'une partie importante de l'épargne publique et d'orienter l'évolution des affaires de telle sorte que la direction de la fonction bancaire soit confiée, en fait, à une nombre relativement réduit de personnes qui s'y consacrent exclusivement et dont la responsabilité soit par le fait même mieux définie et plus accentuée” ; il convient que ceux qui assument au niveau le plus élevé les responsabilités de gestion et qui s'y consacrent dans le cadre de fonctions de plein exercice, disposent des pouvoirs, nécessairement fort larges, qu'implique la gestion de l'activité bancaire, mais aussi qu'ils soient revêtus d'un statut créant les conditions nécessaires à une autonomie de jugement dans les décisions de gestion.

selon cet avis) ; H.R., 13 novembre 1954, *N.J.*, 1960, 472 (Obligation de voter selon la décision d'une assemblée préalable).

(25) Voy. nouveau texte-type du Protocole sur l'autonomie de loi fonction bancaire de janvier 1992, cf. *supra*, n° 18.

« Si l'autonomie de la fonction bancaire implique que son exercice ne soit pas mis, directement ou indirectement, dans la dépendance d'une construction dominante ni sous l'impulsion des seuls intérêts d'actionnaires, il y a lieu cependant de souligner le rôle et la signification du capital et de la structure de sa détention dans la sauvegarde de l'indépendance et de la stabilité de la banque.

« Dans la mesure où, de facto, le pouvoir votal attaché à une participation est susceptible d'exercer une influence sur les délibérations d'assemblées, elle revêt un rôle institutionnel comportant, en contrepartie des pouvoirs qu'elle confère à ses détenteurs, des devoirs correspondants de soutien de la stabilité, du développement et de l'autonomie de la banque.

« Afin d'assurer la sauvegarde de l'autonomie de la banque, les dispositions doivent être prises pour éviter qu'un actionnaire inadéquat n'acquière une participation importante dans le capital de la banque. En cas de modification significative de l'actionnariat, il convient que les changements qui en résultent ne portent préjudice ni à la stabilité de la banque ni à l'intérêt général.

« Il faut veiller à ce que l'influence des actionnaires ne s'exerce pas au détriment d'une gestion prudente et saine. Les actionnaires ne peuvent s'immiscer dans la gestion de la banque, particulièrement en ce qui concerne l'octroi de crédit et l'activité en matière de valeurs mobilières » (26).

C'est pourquoi la Commission bancaire et financière a élaboré un texte type d'acte séparé à signer par les principaux actionnaires de la banque par lequel ceux-ci acceptent que la politique de la banque ne soit pas l'instrument du seul intérêt d'actionnaires, faute de quoi ils provoqueraient un déséquilibre au détriment des autres intérêts qui doivent être pris en compte dans l'exercice de la fonction bancaire et déclarent considérer la détention de leur participation comme une contribution organique à la stabilité et à l'autonomie de la banque et comme un soutien de son activité et de son expansion et s'engagent dès lors à ce que toute modification significative, directe ou indirecte, de l'ampleur relative de la détention ou du contrôle de leur participation fasse l'objet d'une demande d'avis au conseil d'administration et au comité

(26) Texte type du Protocole sur l'autonomie de la fonction bancaire, janvier 1992, p. 2 et 3.

de direction de la banque, ainsi que d'une consultation préalable de la Commission bancaire et financière. Si cette modification est susceptible de porter atteinte à la stabilité ou à l'autonomie de la banque, la Commission bancaire et financière pourra, par décision motivée dont connaissance est donnée au conseil d'administration et au comité de direction de la banque, recommander d'en suspendre la réalisation pour une période de trois mois au plus ; cette recommandation peut être rendue publique(27).

Si nous avons fait un si large écho à certains passages de ce Protocole, c'est parce qu'il nous paraît de la toute première importance concernant le problème de l'indépendance de la gestion vis-à-vis de l'actionnariat et qu'il s'inscrit par-là dans la ligue d'une évolution actuelle qui va dans le sens d'une plus grande autonomie de la gestion par rapport au capital.

Section 2. *Critères en fonction desquels
la gestion doit s'effectuer.*

42. — La liberté de gestion dépend aussi des critères en fonction desquels la gestion doit s'effectuer. C'est pourquoi nous allons tenter maintenant de cerner ceux-ci. Ce n'est pas chose aisée, car il n'y a pas dans notre loi sur les sociétés un texte clair définissant de manière positive et exhaustive le ou les critères en fonctions desquels cette gestion doit s'effectuer. Ces critères s'appliquent à tous les organes de la société investis d'un pouvoir de gestion : conseil d'administration ou organe de gestion journalière.

43. — La loi proclame que les sociétés anonymes sont administrées, par des mandataires à temps révocables salariés ou gratuit (art. 53 L Soc.). Plus loin elle ajoute que leur mandat ne peut excéder six ans (art. 55 al. 3 L Soc.). À première vue l'administrateur étant un mandataire de la société elle-même, c'est à dire de l'assemblée générale, puisque c'est elle qui est considérée comme l'émanation la plus directe de la société elle-même, l'étendue et le contenu de ses pouvoirs dépend comme celle de tout mandataire, de l'étendue et du contenu du mandat qui lui a été conféré par un mandat de l'assemblée générale. Or cette vue est — tout au moins en bonne partie — inexacte, puisqu'il

(27) Texte type de l'acte séparé à signer par les principaux actionnaire de la Banque, janvier 1992.

est admis aujourd'hui, nous l'avons dit plus haut(28), que les administrateurs sont investis, par la loi, du pouvoir de gérer la société, tandis que l'assemblée générale n'a plus que les pouvoirs qui lui sont expressément réservés par la loi.

Concernant la gestion, la loi précise que l'assemblée générale entend le rapport de gestion et discute le bilan (art. 79 al. 1 L Soc.). Chaque année les administrateurs ont l'obligation en effet de dresser un inventaire, d'établir les comptes annuels et d'établir en outre un rapport dans lequel ils rendent compte de leur gestion (art. 77 L Soc.). Après l'adoption du bilan, l'assemblée générale se prononce par un vote spécial sur la décharge des administrateurs et des commissaires (art. 79 al. 3 L Soc.).

Aucun texte n'indique que l'assemblée générale est habilitée à donner des directives aux administrateurs concernant la manière dont la gestion doit être conduite. Hormis le cas où l'assemblée générale procédant, conformément aux règles imposées pour la modification des statuts, impose par une modification au pacte social, des critères de gestion ou des limites au pouvoir de gestion, il faut admettre que l'assemblée générale n'a pas le droit d'imposer aux administrateurs des directives impératives concernant la manière dont ceux-ci doivent gérer les affaires de la société.

L'assemblée générale pourrait, après avoir entendu le rapport de gestion et discuté du bilan, refuser de donner décharge aux administrateurs, voire même intenter contre eux une action en responsabilité. Cependant il reviendra au tribunal d'apprécier si la responsabilité des administrateurs peut être retenue sur base des principes du droit des sociétés gouvernant la matière. Or aucun texte ne rend les administrateurs responsables pour non-respect des directives de l'assemblée générale lorsque par hypothèse la faute reprochée ne constitue pas une infraction à la loi sur les sociétés, aux statuts ou ne constitue par une faute de gestion. Le non-respect de directives de l'assemblée générale, n'est pas en soi constitutive de faute de gestion. La faute de gestion s'appréciera par référence à la décision qu'aurait prise un administrateur prudent et avisé.

S'il faut admettre qu'un administrateur prudent et avisé devrait tenir compte de directives de l'assemblée générale, il se

(28) *Supra*, n° 2.

peut qu'en l'occurrence et eu égard aux circonstances les administrateurs puissent avoir fait preuve de prudence dans la gestion de la société et eu égard à la continuité de l'entreprise en ne suivant pas les directives données.

Comme l'assemblée générale a toujours le droit de démettre ad nutum un administrateur ou un conseil d'administration dans son ensemble, les directives données par l'assemblée générale concernant les critères à observer lors de la gestion, peuvent cependant avoir un impact certain.

44. — Cependant selon notre droit des sociétés de capitaux d'aujourd'hui les administrateurs ne sont plus de simples mandataires de l'assemblée générale. Réduire les pouvoirs des administrateurs à ceux que l'assemblée générale leur a dévolu témoignerait à la fois d'une vue réductionniste et passiste de la fonction de gestion. Les administrateurs sont aujourd'hui des organes de la société investis par la loi d'un pouvoir général de gestion et de représentation de la société, qu'ils exercent de manière indépendante.

45. — Le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société à l'exception de ceux que la loi réserve à l'assemblée générale proclame l'article 54 al. 1 de la loi sur les sociétés.

L'objectif de la réalisation de l'objet social est donc un tout premier critère permettant de cerner la liberté de gestion des gestionnaires.

L'objet social doit être défini aux statuts.

Ce sont donc les fondateurs qui en décideront ou ultérieurement l'assemblée générale statuant conformément aux prescrits que la loi sur les sociétés et les statuts imposent pour la modification à ce qu'il est de coutume de considérer comme un des éléments fondamentaux de la société (art. 70bis L Soc.)(29). Dans la pratique l'on observe que les statuts définissent bien souvent l'objet social de manière fort large ou imprécise ce qui laisse une grande marge de manœuvre à la gestion.

(29) Voy. L. FRÉDÉRICQ, *Traité de Droit Commercial Belge*, V, Gand Fecheyre, 1950, p. 724 et suiv. ; Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, II, Bruxelles, Swinnen, 1982, 558 et suiv. Jadis l'objet social ne pouvait être modifié. La loi du 6 janvier 1958 a introduit la possibilité de modifier l'objet social, conformément aux règles prescrites à l'article 70bis L. Soc.

Si la société est liée vis-à-vis des tiers par les actes excédant l'objet social à moins de prouver que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet (art. 63*bis*, L Soc.) il n'en reste pas moins qu'en ne respectant pas l'objet social, les administrateurs dépassent les limites de leurs pouvoirs et engagent leur responsabilité en enfreignant la loi sur les sociétés et les statuts.

46. — Mais croire, à la lecture de l'article 54 de la loi sur les sociétés, que de le respect de l'objet est le seul critère limitant la liberté de gestion des administrateurs est un leurre.

L'on ne peut s'interroger sur les critères déterminant le contenu de la gestion sans tenir compte des textes concernant la responsabilité des administrateurs et de leur interprétation par la doctrine et leur application par la jurisprudence. Peut-être, est-ce cette source-là qui permet le mieux d'appréhender les critères de gestion, puisqu'elle sanctionne une gestion non correcte.

Les administrateurs sont responsables des infractions qu'ils commettent à la loi sur les sociétés et aux statuts ainsi que des fautes de gestion (art. 62 L Soc.).

Le respect de la loi sur les sociétés et des statuts de la société qu'ils dirigent est une exigence fondamentale : ce n'est ni plus ni moins que de respecter les principes fondamentaux dont le législateur d'une part et les fondateurs d'autre part ont entendu faire dépendre l'existence juridique même de cet être purement fictif qu'est la société dotée de la personnalité juridique. Sans l'intervention du législateur la société n'aurait pas d'existence juridique : or le législateur a entendu soumettre cette existence juridique au respect de certaines règles impératives. Il en va de même du respect des règles statutaires puisque les statuts contiennent les règles fondamentales du pacte social. Il est donc tout naturel que toute gestion doive se conformer aux exigences de la loi et des statuts qui sont la source même de l'existence de la société en tant que sujet de droit.

47. — S'il peut être relativement aisé pour les gestionnaires de veiller à ce que les actes posés soient conformes aux prescrits de la loi sur les sociétés et des statuts particuliers de la société qu'ils dirigent, il en va tout autrement de l'exigence de ne pas commettre de faute de gestion.

Comme dans toutes obligations de moyens la faute de gestion est celle que ne commettrait pas un administrateur prudent et avisé placé dans les mêmes circonstances.

La gestion doit donc être prudente et avisée.

Le pouvoir de gestion est un pouvoir fonctionnel. Les administrateurs doivent dans leur gestion prendre en compte l'intérêt de la société, l'intérêt social et non leur intérêt propre.

En cas de dualité d'intérêt c'est l'intérêt de la société qui prime. C'est pourquoi l'article 60 règle minutieusement le cas où le conseil d'administration doit prendre une décision à la réalisation de laquelle un administrateur a un intérêt personnel direct ou indirect. Afin d'éviter toute tentation de faire prévaloir son propre intérêt à celui de la société, l'administrateur ne pourra participer ni à la délibération ni au vote.

48. — L'intérêt social prévaut donc.

Mais que faut-il entendre par intérêt de la société ou intérêt social qui semble être un critère fort important dans notre droit des sociétés ? Ainsi notre législateur s'y réfère explicitement lorsque par la loi du 18 juillet 1991 il encourage le droit de la minorité des actionnaires à demander au tribunal la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de missions d'investigations au sein de la société (art. 191 L. Soc.). Ainsi aussi notre cour suprême a utilisé récemment ce concept comme critère de validité, sans toutefois préciser ce qu'il faut entendre par là(30).

Que l'intérêt social ne se limite pas à l'intérêt des administrateurs est d'évidence à la lumière de l'article 60 L Soc.

La gestion ne peut pas plus se limiter à gérer la société dans l'intérêt des actionnaires majoritaires. Prendre en compte l'intérêt social c'est à tout le moins prendre en compte l'intérêt de tous les actionnaires majoritaires et minoritaires confondus(31).

(30) En l'occurrence il s'agissait de décider de la validité de stipulations relatives à l'exercice du droit de vote dans les assemblées générales et non de la validité d'actes posés dans le cadre de la gestion ; cass., 13 avril 1989, *T.R.V.*, 1989, 321.

(31) Une jurisprudence et une doctrine unanimes sanctionnent par la nullité des décisions prises dans un but d'intérêt personnel par une majorité abusant de ses pouvoirs pour prendre des décisions dommageables à la société. P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, Leuven, Duculot, 1974 ; J. RONSE, « De nietigheid van besluiten van organen van de naamloze vennootschap », *Preadvies Jaarboek van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het Recht van België en Nederland*, 1966, p. 373 ; Y. SCHOENTJES-MERCHERS, « La nullité pour violation d'un principe général de droit », *R.C.J.B.*, 1973, p. 269 ; L. SIMONT, P.A. FORTIERS et Fr. MAUSSON, « L'abus de pouvoirs et de fonctions en droit commercial », in *L'abus de pouvoir en fonction*, Travaux de l'Association Henri Capitant XXVIII, 1977, Paris, Economica, 1980, p. 164.

Mais d'aucuns vont plus loin encore : l'émergence dans notre droit du concept d'entreprise et la reconnaissance de sa place et de son rôle dans notre société contemporaine ont une influence prépondérante sur la société comme structure organique de l'entreprise. L'existence et la continuité d'une entreprise touche divers intérêts : l'intérêt des actionnaires de ceux donc qui l'ont créée, qui lui ont apporté leur capitaux qui lui apportent leur confiance, leur compétence, leur énergie, mais aussi l'intérêt de tous ceux qui y travaillent, qui lui fournissent leur compétence, leur énergie physique et intellectuelle, l'intérêt des créanciers bailleurs de fonds qui lui font confiance, l'intérêt de ses cocontractants, sous-traitants, fournisseurs, clients l'intérêt enfin de l'État ou de la région, de la collectivité dans laquelle s'insère l'entreprise(32).

C'est pourquoi certains estiment aujourd'hui que la gestion doit tenir compte de ces divers intérêts en cause(33).

Section 3. *Les limites à la liberté de gestion.*

49. — Tracer les critères en fonction desquels la gestion doit s'effectuer c'est bien sûr tracer les limites de la liberté de gestion.

Nous voudrions cependant pousser plus avant cette investigation sur la liberté de gestion et tenter de cerner la marge de manœuvre dont disposent dans la pratique les organes de gestion.

50. — Les modifications apportées les deux dernières décennies au droit des sociétés et les entreprises en général ont sensiblement accentués les exigences quant à la façon dont les dirigeants doivent rendre compte de leur gestion et ce non seulement dans l'intérêt d'une meilleure information des actionnaires mais également d'une plus grande transparence vis-à-vis des travailleurs de l'entreprise et du public intéressé en général et en particuliers

(32) J. PAILLUSSEAU, « Qu'est-ce que l'entreprise ? » in J. Jugault (coörd.) *L'entreprise : nouveaux apports*, Paris, Economica, 1987, p. 11 (P. 17).

(33) Voy. et com. Com. Anvers, 17 juillet 1958, *R.C.J.B.*, 1959, 359 avec note DE BERSAQUES, Com. Bruxelles, 27 novembre 1984, *J.T.*, 1984, 721, Ph. Colle, *Het juridisch kader van de Faillissementsvoorkoming*, Antwerpen, Maklu, 1989, n° 263 e.s.; G. SCHRANS, « Posing tot omschrijving van de onderneming als rechtssubject », *R.W.*, 1979-1980, 2382; M. STORME, « Matschappelijke vooruitgang en groeiend recht. Beschouwingen over de juridische groei van het begrip onderneming », *R.W.*, 1958-1959, 249, W. VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Standaard, 1978, 36.

de tous ses cocontractants de l'entreprise (fournisseurs, clients, sous-traitants...).

La loi du 17 juillet 1975 sur la comptabilité des entreprises marque à cet égard le tournant.

Elle a fait évoluer le droit comptable de l'artisanat presque instinctif, au professionnalisme indispensable à notre société d'aujourd'hui. Par la suite, et sous l'influence des directives européennes, visant une meilleure information et protection du public, vinrent les nouvelles dispositions concernant l'information émanant des sociétés : contenu imposé du rapport de gestion (art. 77 L. Soc.) et mode de publicité.

Enfin, conscient que l'information, quelle que soit son importance, perd une bonne partie de sa signification, si sa fiabilité n'est pas reconnue par tous les intéressés, le législateur a sensiblement modifié le contrôle de l'information émanant de l'entreprise. Le contrôle et la certification de l'information communiquée sur l'activité de l'entreprise est désormais confiée dans les grandes entreprises (34) à des réviseurs d'entreprises dont l'indépendance, la qualification et l'autorité devraient être incontestables. Dans les autres sociétés, chaque associé a un droit de contrôle et d'investigation individuel, et peut se faire représenter par un expert-comptable (art. 64 L. Soc.).

Il est clair que toutes ces mesures permettent aux actionnaires d'interpeller les dirigeants en meilleure connaissance de cause et d'effectuer un contrôle plus efficace de la gestion et éventuellement de rendre les dirigeants responsables des infractions et fautes commises.

51. — Répondant de leur gestion devant l'assemblée générale, celle-ci peut rendre les dirigeants responsables des infractions à la loi sur les sociétés, aux statuts ainsi que de toute faute de gestion, c'est-à-dire de toute faute que n'aurait pas commise un administrateur prudent et avisé. C'est l'assemblée générale qui décidera, à la majorité des voix, si une action en responsabilité doit être intentée contre les administrateurs. Il est clair que lorsque les administrateurs détiennent eux-mêmes la majorité des

(34) C'est-à-dire qui dépassent deux des trois seuils de la loi comptable (article 12) : notamment nombre de travailleurs occupés, en moyenne annuelles 50, chiffre d'affaire annuel, hors taxe sur la valeur ajoutée de 170 millions de francs et total du bilan de 85 millions de francs.

suffrages au sein de l'assemblée ils ont fort peu à craindre. Mais même dans les cas où les administrateurs ne sont pas personnellement actionnaires majoritaires, il est rare que l'assemblée décide d'intenter une action en responsabilité sauf dans les cas où la confiance est perdue. Mais dans ce cas l'on révoquera les administrateurs plutôt que d'engager une action en responsabilité. C'est plutôt lors d'un renversement de majorité qu'il se peut qu'une action en responsabilité soit introduite contre les administrateurs que l'on révoquera par la même occasion. Fort peu à craindre donc en cas de majorité stable, hormis cas tout à fait exceptionnel.

52. — Les administrateurs engagent cependant aussi leur responsabilité vis-à-vis des tiers, pour infraction à la loi sur les sociétés, et aux statuts sur base de l'article 62 al. 2 de la loi sur les sociétés. Mais l'on admet aujourd'hui que les tiers puissent eux aussi rendre les administrateurs responsables pour certains actes de gestion, sur base du droit du commun de la responsabilité civile. Il en va bien entendu ainsi lorsque la faute reprochée satisfait aux conditions posées en matière de concours de responsabilité contractuelle et extra-contractuelle. Ainsi lorsque la faute commise est passible de sanction pénale (par exemple les dispositions pénales de la loi comptable sanctionnée par l'article 17 de la loi du 17 juillet 1975(35)). Mais il y a plus encore Van Ryn et Dieux(36) ont brillamment exposé que celui qui assume un rôle déterminé dans la société et se charge ainsi de remplir une certaine fonction sociale, doit posséder les connaissances et les qualités requises pour l'exercice normal de cette fonction. Les dirigeants d'entreprises, qui exploitent une entreprise économique assument une fonction sociale importante dans la société contemporaine qui peut parfois mettre en péril les intérêts des tiers et entraîner leur responsabilité personnelle vis-à-vis de ceux-ci.

(35) J. VAN OMMESLAGHE, « Développements récents de la responsabilité civile professionnelle en matière économique », in *L'évolution récente du droit commercial et économique ?*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1978, p. 9 ; J. RONSE et J. LIEVENS, « La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite », *loc. cit.*, n° 20.

(36) J. VAN RYN et X. DIEUX, « Responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers — Observations complémentaires », *Revue*, 1989, 93, n° 6511.

La jurisprudence récente a plus d'une fois déjà retenu la responsabilité des administrateurs pour faute de gestion vis-à-vis des tiers(37).

Dans la pratique cependant les administrateurs n'ont pas trop à craindre qu'une action en responsabilité soit intentée par des tiers, car les tiers qui auraient intérêt à le faire sont le plus souvent en relations d'affaires avec la société et une action en responsabilité ne sera certes pas favorable au-maintien de ces bonnes relations dans l'avenir. C'est plutôt en cas de faillite que pareille action en responsabilité sera intentée, le curateur étant à ce moment-là substitué aux tiers. Mais ceci sort de notre propos car, en cas de faillite, les administrateurs ont, par définition, perdu leur pouvoir de gestion.

53. — Peut-être observerons nous bientôt un changement dans cette quasi immunité des administrateurs dans la pratique, pour les fautes et infractions commise car désormais l'action en responsabilité peut être introduite par une minorité d'actionnaires au cas où l'assemblée générale ne prend pas la décision de le faire (art. 66bis et suiv. L Soc. introduit par la loi du 18 juillet 1991). Ainsi les actionnaires détenant 1 % (10 % dans les SPRL) des voix, et s'étant opposés à la décharge peuvent intenter une action en responsabilité pour le compte de la société. Comme la minorité intente ici l'action de la société, elle peut rendre les administrateurs responsables tant des infractions à la loi sur les sociétés ou aux statuts que de toute faute de gestion.

54. — Mais ce n'est pas la seule action des minoritaires qui peut entraver la liberté d'action des administrateurs.

Une décision prise par le conseil d'administration organe collégial peut, comme toute décision d'organe collégial être annulée, à la demande d'un actionnaire, si cette décision est contraire à l'ordre public ou la loi sur les sociétés ou aux statuts, ou encore si elle a été prise par une majorité abusant de ses pouvoirs. Pour qu'une décision puisse être annulée pour abus de majorité il faut que la majorité ait, dans un but d'intérêt personnel, pris inten-

(37) Com. Charleroi, 12 octobre 1976, *Revue*, 1976, 143 et Mons, 16 mai 1979, *Revue*, 1985, 118 ; Mons, 20 mai 1985, *Revue*, 1985, 261 ; Bruxelles, 12 février 1985, *Revue*, 1985, 186 ; Com. Courtrai, 6 avril 1984, *Revue*, 1985, 307 ; Com. Courtrai, 29 juin 1984, *R.D.C.B.*, 1985, 222 ; Civ. Anvers, 8 mars 1982, *R.D.C.B.*, 1983, 288.

tionnellement une décision servant tel intérêt personnel, mais dommageable à la société(38).

Dans sa prise de décision le conseil d'administration ne peut en effet poursuivre un but égoïste mais doit servir l'intérêt de la société(39).

55. — S'il existe des indices d'atteinte grave ou des risques d'atteinte graves aux intérêts de la société, un ou plusieurs actionnaires détenant 1 % du pouvoir votal ou une fraction du capital égale à 50 millions de francs au moins, peuvent demander au tribunal de commerce la désignation d'un ou plusieurs experts avec mission de vérifier les livres et comptes de la société ou les opérations accomplies par les organes. Ce droit de requérir une expertise concernant la gestion ou certains aspects de celle-ci a été aménagée également par la loi du 18 juillet 1991 et peut s'avérer à l'avenir un instrument utile aux mains des minoritaires entraînant des conséquences importantes sur la gestion. Ce rapport d'enquête peut en effet révéler certaines irrégularités de gestion et servir de base à d'autres actions : action en nullité de décisions prises, action en responsabilité ou encore action en référé d'ordre divers désignation d'administrateur provisoire, suspension de décisions prises, etc.

56. — La gestion de la société doit s'insérer dans le contexte économique et tenir compte des mille et une contraintes imposées par une législation et une réglementation impératives qui foisonnent aujourd'hui. Si aucun texte de la loi sur les sociétés ne fait spécifiquement référence à cette obligation, les organes de la société agissant au nom de celle-ci, sont comme tout acteur prenant part à la vie économique tenu d'en respecter les impératifs. La gestion qui s'effectuerait en fraude de cette réglementation impérative serait de toute évidence fautive et engagerait sa responsabilité.

(38) P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, Louvain, Duculot, 1974 ; J. RONSE, « Nietigheid van besluiten van organen van de naamloze vennootschap », *Preadvies Jaarboek van de vereniging voor de vergelijkende studie van het Recht van België en Nederland*, 1966, p. 373 ; Y. SCHOENTJES-MERCHERS, « La nullité des décisions d'organes de sociétés et en particulier la nullité pour violation d'un principe général de droit », *R.C.J.B.*, p. 269 ; L. SIMONT, « Réflexions sur l'abus de minorité » in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Story-Scientia, 1990, p. 307 ; L. SIMONT, P.A FORIERS et F. MAUSSION, « L'abus de pouvoirs et de fonctions en droit commercial belge » in *L'abus de pouvoirs et de fonctions*, Travaux de l'Association Henri Capitant, XXVIII, 1977, Paris, Economica, 1980, p. 164.

(39) Sur ce concept d'intérêt social : voy. *supra*, n° 48.

57. — Les impératifs d'ordre social pèsent eux aussi fort lourdement sur la liberté de gestion. Cette pression sociale peut s'exercer en fait à travers l'action syndicale du personnel de l'entreprise qui par ses moyens de pression habituels peut faire échec à certaines prises de décision de gestion. Le rôle de la délégation syndicale ou du conseil d'entreprise, là où cet organe est obligatoire, peuvent être importants. Le fait que dans les sociétés où il existe un conseil d'entreprise le contrôle de la situation financière de la société, de ses comptes annuels et de la régularité au regard de la loi sur les sociétés et des statuts des opérations à constater dans les comptes annuels doivent être confié, avec l'accord du conseil d'entreprise, à un reviseur d'entreprise qui est tenu de rapporter de la même manière à l'assemblée générale et au conseil d'entreprise ne peut être négligé. Le rôle pédagogique du reviseur dans la compréhension et l'analyse de la situation financière de l'entreprise peut permettre aux membres représentant le personnel au sein du conseil d'être mieux informé de l'évolution de leur entreprise et de mieux appréhender son évolution possible et lui donner aussi la possibilité d'exercer en meilleure connaissance de cause, une pression sur la gestion.

En dehors des cadres juridiques il ne faut pas négliger l'influence de fait de l'action syndicale qui peut entraver même faire échec à des décisions de gestion.

58. — Dans les faits il n'est pas rare également que la liberté de gestion soit pour une part plus ou moins importante, limitée par le donneur de crédit de l'entreprise. C'est tout particulièrement — mais pas exclusivement — le cas lorsqu'une entreprise se trouve confrontée à de graves difficultés financières. Le donneur de crédit, qu'il soit public ou privé, soumet alors l'octroi de crédits à certaines conditions telle une restructuration de l'entreprise ou autres prises de décisions de gestion fort importantes.

*

* *

59. — Le pouvoir des dirigeants dans les sociétés : réalité ou illusion ?

Réalité juridique certes puisque qu'ils ont le pouvoir non seulement de gérer la société c'est à-dire d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social, mais qu'ils

ont également le pouvoir général de représentation de la société, c'est-à-dire d'engager celle-ci vis-à-vis des tiers et de la représenter en justice.

Mais en droit pas de pouvoir absolu. La gestion doit s'opérer selon certains critères : respect de la loi sur les sociétés — règles fondamentales dont dépendent les sociétés en tant que sujet de droit — respect des statuts de la société — pacte fondamental des associés —, gestion respectant l'intérêt de la société, c'est-à-dire actes de gestion nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social.

Pouvoir non absolu parce que si les dirigeants prennent l'initiative des grandes décisions concernant l'avenir de la société, la prise de décision concernant celles-ci en revient à l'assemblée générale qui a à leur égard une compétence réservée par la loi.

Pouvoir non absolu parce que soumis à transparence et contrôle et engageant la responsabilité.

Contrôle en premier lieu bien entendu de l'assemblée générale à qui ils doivent rendre compte de leur gestion.

Mais également, dans les grandes sociétés contrôle par un revisorat indépendant, devant faire rapport non seulement aux actionnaires mais également au personnel à travers le conseil d'entreprise.

Transparence de la gestion par l'obligation de publication des rapports de gestion et financiers et du contrôle de ceux-ci, dont non seulement les associés peuvent prendre connaissance mais tout intéressé et le public en général.

Responsabilité enfin pour cette gestion engagée non seulement vis-à-vis des associés mais également vis-à-vis des tiers.

Pouvoir non absolu parce que révocable — du moins en droit — à tout moment par l'assemblée générale. Pouvoir dont les textes pourraient créer l'illusion d'une grande précarité d'une grande fragilité par cette révocabilité ad nutum mais dont la réalité en pratique est — heureusement — différente.

Pour être efficace il faut pouvoir compter sur une gestion permettant de développer une politique à long terme, et de prendre les décisions qu'impose une gestion saine s'insérant dans une optique de prospective dynamique de la société. Pour cela il faut une gestion non autoritaire mais suffisamment solide et

indépendante de fluctuations d'un actionnariat qui ne viserait que le profit propre immédiat, au détriment d'une politique de rentabilité de l'entreprise à long terme.

Dans la pratique l'étendue réelle des pouvoirs des dirigeants est entièrement liée à leur position réelle par rapport à l'assemblée générale, à la rentabilité de la gestion et au climat social au sein de l'entreprise.

C'est pourquoi l'on rencontre une grande gamme de situations divergeant fortement entre elles. Certaines entreprises sont dirigées par un maître absolu détenant la majorité du capital, forte personnalité, contrôlant non seulement le conseil d'administration mais aussi l'assemblée générale. Si de plus cet homme à une gestion rentable dont le profit garanti des avantages pécuniers ou sociaux au personnel il y a fort à parier que la gestion sera fort proche du despotisme éclairé.

Mais l'on rencontre aussi des sociétés où l'actionnariat est divisé entre des groupes d'actionnaires dont aucun ne détient la majorité, et où celle-ci se fonde sur des alliances peu stables. Le pouvoir des dirigeants risque, de par la précarité de la fonction, d'être alors affaibli, affaiblissement qui, se répercutant sur la rentabilité de l'entreprise et sur la précarité de l'emploi et des avantages sociaux créera un climat fort peu favorable à la continuité de l'entreprise.

Entre ces deux extrêmes l'on rencontre toute une gamme de sociétés présentant une grande diversité à la fois de stabilité de gestion et de pouvoirs des dirigeants... miroir de la réalité économique d'aujourd'hui.

Yvette MERCHIERS (*)

(*) *Professeur à l'Université de Gent. Actuellement : Professeur émérite de l'Université de Gent.*