

Administrateur indépendant «nouvelle mouture»



Marie Evrard

Partner Field Fisher
Waterhouse LLP

La fonction d'administrateur évolue. Pas une année ne s'écoule sans l'introduction de nouveaux principes, de nouvelles règles, de nouvelles responsabilités.

Le concept d'administrateur indépendant fait son apparition en droit belge dans le cadre de la loi du 2 août 2002⁽¹⁾ avec un nouvel article 524 au Code des sociétés. Applicable dans le cadre de la procédure particulière de conflits d'intérêts au sein de sociétés cotées, il prévoit l'intervention d'un comité d'administrateurs indépendants (au nombre de 3) qui se prononce sur l'opération et précise les critères pour pouvoir prétendre au titre d'administrateur indépendant.

Parallèlement, en 2004, le code de gouvernance applicable aux sociétés cotées («le Code Lippens») recommandait la nomination d'au moins trois administrateurs indépendants, définis comme libres de toute relation d'affaires, de tout lien de proche parenté, ou de tout autre relation avec la société, ses actionnaires de contrôle ou le management de l'une ou des autres, qui puisse créer un conflit d'intérêts susceptible d'affecter leur indépendance de jugement.

Par une loi du 27 décembre 2008, un nouvel article 526 ter est introduit dans le Code des sociétés, décrivant les nouveaux critères (renforcés) auxquels doit satisfaire un administrateur indépendant dans une société cotée.

Par une disposition transitoire, la loi précitée précise que les administrateurs indépendants nommés avant le 7 janvier 2009 et satisfaisant aux critères d'indépendance fixés par l'article 524 peuvent continuer à siéger en cette qualité jusqu'au 1^{er} juillet 2011. Ce n'est donc que depuis cette date que les administrateurs indépendants doivent répondre aux critères de l'article 526 ter. Le Code de gouvernance 2009, qui a remplacé le Code Lippens, a suivi la même tendance dans sa définition de l'administrateur indépendant, à l'article 526 ter.

Cela signifie donc que, depuis le 1^{er} juillet 2011, tous les conseils d'administration des sociétés cotées doivent compter en leur rang au moins trois

administrateurs indépendants «nouvelle mouture».

Neuf critères «négatifs» peuvent dans leurs grandes lignes être résumés comme suit⁽²⁾:

- Ne pas avoir été actif dans des fonctions de management exécutif au sein de la société au cours des cinq dernières années;
- Ne pas avoir siégé dans le conseil d'administration en tant qu'administrateur non exécutif pendant plus de trois mandats successifs, sans que cette période ne puisse excéder douze ans;
- Ne pas avoir fait partie du personnel de direction de la société au cours des trois dernières années;
- Ne pas avoir reçu de rémunération ou d'avantage significatif de nature patrimoniale de la société;
- Ne détenir aucun droit social représentant un dixième ou plus du capital;
- Ne pas entretenir ni avoir entretenu, au cours du dernier exercice social, de relation d'affaires significative avec la société;
- Ne pas avoir été, au cours des trois dernières années, associé ni salarié du commissaire de la société;
- Ne pas être dans une position de mandats croisés avec une autre personne;
- Ne pas avoir, dans la société, de personne apparentée (conjoint, cohabitant légal,...) qui exerce des fonctions de management exécutif.

La décision de nomination doit faire mention des motifs sur la base desquels

est octroyée la qualité d'administrateur indépendant (article 526 ter) et, si la société à un conseil d'entreprises, une information préalable est requise.

La loi sur les quotas

La loi du 28 juillet 2011, visant à garantir la présence des femmes dans les conseils d'administration, communément désignée sous le terme «loi quota» a été publiée au Moniteur belge le 14 septembre 2011. Pour rappel, cette loi vise les entreprises publiques autonomes (à savoir Infrabel, la SNCB, bpost et Belgocontrol), la Loterie Nationale et les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé («les sociétés cotées»).

Le principe général est qu'un tiers au moins des membres du conseil d'administration sont de sexe différent de celui des autres membres. Pour les sociétés «publiques» cela vise uniquement les administrateurs désignés par l'Etat. Il est certain que le respect d'un tel principe nécessite une période d'adaptation.

Retenons, dans les grandes lignes, une application immédiate (soit à partir du premier jour de l'exercice social qui commence après la publication de la loi au Moniteur belge) pour les entreprises publiques autonomes et la Loterie Nationale. Cela signifie, en pratique, que toute nouvelle nomination devra entraîner la prise en compte de ce précepte⁽³⁾. Pour les sociétés cotées, une applica-

tion différée est prévue à partir du premier jour du sixième ou huitième⁽⁴⁾ exercice qui suit la date de publication de la loi au Moniteur belge.

La sanction consiste en la nullité des nominations effectuées en violation de la loi. Pour les sociétés cotées, la loi prévoit, en outre, une suspension de tout avantage, financier ou autre, octroyé à tous les administrateurs.

Finalement, une évaluation de la loi et son impact sur «la présence des femmes dans les instances délibératives» sera réalisée pendant la douzième année suivant la publication de la loi au Moniteur belge. ■

(1) Loi dite «de corporate governance».

(2) Nous demandons au lecteur de se référer à l'article 526ter pour une description exhaustive de ces critères. Il faut de plus noter que la plupart de ces principes s'appliquent non seulement à la société cotée mais également à toute personne ou société liée à celle-ci.

(3) Et donc le cas échéant l'obligation de ne procéder qu'à la nomination de femmes aussi longtemps que le quota susvisé ne sera pas atteint.

(4) Selon que la société est une petite – à la quelle est également assimilée toute société cotée dont le flottant est inférieur à 50 % – ou une grande société cotée selon des critères déterminés par la loi.