

6.15. Le conflit d'intérêt de l'administrateur

Les intérêts d'un administrateur et de la société dans laquelle il exerce son mandat d'administration ne vont pas toujours dans le même sens. Un administrateur peut être confronté, dans certains cas, à un conflit entre ses propres intérêts et les intérêts de la société qu'il doit défendre. Face à de tels conflits d'intérêt, le législateur part généralement du principe que le risque d'abus est trop important.

En prévoyant un « règlement particulier des conflits d'intérêt », le législateur entend prévenir de tels abus. Pour les sociétés anonymes, ce règlement des conflits d'intérêt a été élaboré à l'article 523 du Code des sociétés (1). Une infraction à ces dispositions peut donner lieu à des sanctions particulières, dont l'éventuelle nullité de la décision prise et une responsabilité de gestion particulière.

Le présent article commente les principales caractéristiques de ce que l'on appelle le «règlement des conflits d'intérêt».

1. La procédure de conflit d'intérêt

Conformément à l'article 523 du Code des sociétés, un administrateur d'une société anonyme qui « a, directement ou indirectement, un intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou à une opération relevant du conseil d'administration », est tenu de respecter une procédure particulière.

Avant que le conseil d'administration ne prenne une décision, l'administrateur doit informer les autres administrateurs de son intérêt opposé.

L'administrateur concerné doit expliquer les raisons justifiant son intérêt opposé et celles-ci doivent figurer dans le procès-verbal du conseil d'administration.

Lorsque la société a nommé un ou plusieurs commissaires, l'administrateur concerné doit également informer ces commissaires de l'intérêt opposé.

Le conseil d'administration a l'obligation de décrire la nature de la décision ou de l'opération et d'en justifier les conséquences patrimoniales dans le procès-verbal.

Le tout est alors repris dans le rapport de gestion ou, si la société n'est pas tenue d'établir un rapport de gestion, dans un rapport qui est publié en même temps que les comptes annuels. Le commissaire doit également exprimer son avis dans son rapport de contrôle annuel.

Il découle de ce qui précède que l'administrateur ayant un intérêt opposé peut participer aux délibérations et prendre part au vote au sein du conseil d'administration. Les statuts de la société pourraient toutefois en disposer autrement.

(1) l'article 259 du C. soc. s'applique à la SPRL ayant un collège de gestion. L'article 269 du C. soc. s'applique à la SPRL ayant un seul gérant et à la SPRL administrée par deux ou plusieurs gérants qui ne forment pas un collège. Et l'article 261 du C. soc. est d'application sur la SPRL unipersonnelle dont l'unique associé est l'unique gérant.

Pour les seules sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, la loi interdit que l'administrateur participe aux délibérations relatives à la décision ou à l'opération (2).

2. Le conflit d'intérêt examiné d'un peu plus près

L'intérêt de l'administrateur doit être opposé à celui de la société. Il doit s'agir en outre d'un intérêt opposé de nature patrimoniale et donc pas simplement de nature morale ou affective. Une décision du conseil d'administration va à l'encontre d'un intérêt patrimonial de l'administrateur lorsqu'elle est susceptible d'avoir une incidence positive ou négative sur le patrimoine personnel de ce dernier. Un intérêt potentiel suffit donc pour justifier l'application de la procédure de conflit d'intérêt (3).

Que l'impact sur le patrimoine soit direct ou indirect dans le chef de l'administrateur est sans importance. Un conflit d'intérêt indirect surgit lorsque la décision a une incidence sur une personne physique ou morale à laquelle l'administrateur est lié.

Il faut toutefois souligner ici que le simple fait qu'une personne soit administrateur dans les deux sociétés contractantes ne permet pas en soi de conclure à l'existence d'un conflit d'intérêt (4).

Un intérêt patrimonial indirect existe par contre lorsque l'administrateur est également actionnaire ou associé de la société/l'autre partie ou lorsque l'administrateur exerce un mandat (d'administration) rémunéré dans la société/l'autre partie.

Quand une société conclut un contrat de gestion avec la société de gestion de l'un de ses administrateurs, il ne peut donc y avoir aucun doute sur le fait que l'administrateur a un conflit d'intérêt indirect en tant qu'unique actionnaire ou gérant/administrateur rémunéré de sa société de gestion (5).

1. Les exceptions à l'obligation d'appliquer le règlement des conflits d'intérêt.

L'article 523 du C. soc. ne doit pas être appliqué dans le cas d'opérations ou de décisions habituelles conclues dans des conditions et sous les garanties qui prévalent normalement sur le marché pour des opérations de même nature.

Il est question d'une opération ou décision habituelle lorsque celle-ci porte sur l'activité normale de la société. Il s'agit d'actes que la société pose habituellement dans son fonctionnement journalier en vue de réaliser son objet statutaire (6).

(2) Art. 523, § 1^{er}, dernier alinéa C. soc.

(3) F. Parrein, "De belangenconflictprocedure: de toepassing op de managementvennootschap en de nietigheidssanctie kritisch bekeken». TRV 2010,556.

(4) H. De Wulf, Taak en loyaleitplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap, Anvers, Intersentia, 2002, 594, n° 942.

(5) M. Moortgat, "De managementovereenkomst en het belangenconflict binnen de raad van bestuur», Jur. Fale. 2008-2009,470.

(6) Comm. Hasselt, 6 juin 2006, TRV2010, 567.

L'octroi d'un prêt par une société hypothécaire à l'un de ses administrateurs à des conditions normales et au taux du marché, sera considéré comme habituel (7).

Par contre, la conclusion d'un contrat de gestion ayant pour objet l'exercice d'un mandat d'administration au sein de la société ne constitue pas une activité habituelle dans une société active comme bureau-conseil en informatique (8).

La question de savoir si les opérations courantes se font aux conditions du marché reste naturellement une question de faits. Il faut néanmoins souligner que le législateur a clairement choisi comme point de référence les conditions telles que normalement en vigueur sur le marché et non pas les conditions telles que normalement stipulées par la société pour des opérations similaires (9).

Les décisions ou opérations qui relèvent de la compétence du conseil d'administration et qui portent sur des sociétés liées ou interviennent entre sociétés liées font l'objet d'une deuxième exception, le règlement des conflits d'intérêt n'étant donc pas appliqué. Sont visées ici des sociétés dont l'une détient (directement ou indirectement) 95 % au moins des voix attachées à l'ensemble des titres émis par l'autre ou des sociétés dont 95 % au moins des voix attachées à l'ensemble des titres émis par chacune d'elles sont détenus par une société tierce.

4. Conséquences d'une violation du règlement légal

Pour favoriser le respect du règlement des conflits d'intérêt, le législateur a décidé d'y insérer deux sanctions particulières, en plus de la sanction liée à la violation du Code des sociétés. Il s'agit de la sanction de nullité et d'une sanction de responsabilité particulière.

a. La nullité (éventuelle) de la décision ou de l'opération

En cas de violation de la procédure prévue à l'article 523 du C. soc., la société - plus précisément le conseil d'administration (10) - peut agir en nullité de la décision ou de l'opération, si l'autre partie à ces décisions ou opérations avait ou devait avoir connaissance de cette violation de l'article 523 du C. soc.

Lorsqu'un administrateur d'une société modifie, par exemple, la forme de collaboration existante avec un tiers cocontractant dans le mépris du règlement des conflits d'intérêt, ce qui rend la collaboration moins avantageuse pour la société, et que ce tiers est contrôlé par le conjoint de l'administrateur, le cocontractant a alors connaissance de la violation du règlement des conflits d'intérêt et la société peut agir, dans ce cas, en nullité de la décision (11).

(7) M. Moortgat, "De managementovereenkomst en het belangenconflict binnen de raad van bestuur», Jur. Fale. 2008-2009, 463.

(8) Comm. Hasselt, 6 juin 2006, TRV2010, 567.

(9) M. Moortgat, "De managementovereenkomst en het belangenconflict binnen de raad van bestuur», Jur. Fale. 2008-2009,464-465.

(10) D. Van Gerven, «Bestuursaansprakelijkheid wegens schending van de wetsbepalingen inzake tegenstrijdig belang», TRV2002, 468.

(11) Anvers 1^{er} mars 1999, DAOR 2000, 54; TBH2000, 615; TRV2000, 181.

La société ne doit prouver aucun dommage pour pouvoir invoquer la nullité en vertu de l'article 523 du C. soc (12).

La nullité ne peut être invoquée que par la société elle-même et non pas, par exemple, par un actionnaire minoritaire. A noter ici que le conseil d'administration agit au fond «comme juge dans sa propre cause», de sorte qu'en dehors de l'hypothèse où la composition du conseil d'administration change, le risque de voir la société intenter une action en nullité est faible. Dans la pratique, la sanction prouvera surtout son utilité en cas de reprises, dans le cadre de la faillite ou de la liquidation de la société et lors de conflits au niveau de l'organe de gestion (13).

De plus, la jurisprudence et la doctrine appréhendent l'application de la sanction de nullité de manière très nuancée. Toute infraction à l'article 523 du C. soc. ne donne pas nécessairement lieu à une nullité.

Dans une affaire arbitrée par la Cour d'appel de Bruxelles, tous les administrateurs étaient confrontés au même conflit d'intérêt, de sorte que leur communication de l'intérêt opposé au conseil d'administration n'avait certainement pas pu influencer la prise de décision au sein de cet organe. Selon la cour, l'assemblée générale disposait en outre d'informations 'suffisantes pour juger les administrateurs en connaissance de cause. Dans de telles circonstances, la Cour d'appel de Bruxelles a estimé qu'une interprétation raisonnable était possible et a refusé à la société la possibilité d'invoquer la nullité de la décision (14).

b. La sanction de responsabilité particulière

Comme évoqué précédemment, le règlement des conflits d'intérêt comporte également une sanction de responsabilité particulière, qui est reprise à l'article 529 du C. soc.

Sur la base de cet article, les administrateurs sont personnellement et solidairement responsables du préjudice subi par la société ou les tiers à la suite de décisions prises ou d'opérations accomplies conformément au règlement des conflits d'intérêt «si la décision ou l'opération leur a procuré ou a procuré à l'un d'eux un avantage financier abusif au détriment de la société ».

L'avantage procuré à l'administrateur doit donc s'accompagner d'un préjudice pour la société. De plus, l'avantage obtenu par l'administrateur doit avoir un caractère illégitime. La sanction ne sera dès lors infligée que lorsqu'une disproportion manifeste, un déséquilibre évident est constaté entre l'avantage procuré à l'administrateur et le préjudice pour la société (15).

c. La responsabilité en cas d'infraction au Code des sociétés

Une violation des dispositions de l'article 523 du C. soc. constitue finalement une violation d'une disposition du Code des sociétés. Dans de tels cas, l'article 528 du C. soc. prévoit une responsabilité solidaire et une présomption irréfragable de responsabilité dans le chef de tous les administrateurs, même s'ils n'ont pas pris part à l'infraction.

(12) F. Farrein, «De belangenconflictprocedure: de toepassing op de managementvennootschap en de nietigheidssanctie kritisch bekeken», TRV 2010,558.

(13) P. Ernst, Belangenconflicten in naamloze vennootschappen, Anvers, Intersentia, 1997, 564.

(14) Bruxelles, 15 mai 2007, TRV2010, 560.

(15) Ph. Ernst, «Art. 529 W. Venn.», dans H. Braeckmans, K. Geens et E. Wymeersch (eds.), Comm. V. et V; novembre 2000,5.

Les autres administrateurs ne peuvent échapper à la responsabilité solidaire que s'ils apportent une triple preuve contraire cumulative (16).

L'autre administrateur devra d'abord prouver qu'il n'a pas pris part à l'infraction. Ce qui signifie que l'administrateur a voté contre la proposition au conseil d'administration ou n'a pas pris part aux délibérations. Par ailleurs, l'administrateur ne doit avoir collaboré en aucune manière à la mise en œuvre de la décision.

Aucune faute ne peut ensuite être imputée à l'administrateur. S'il était absent lors des délibérations sans motif valable, cet élément peut déjà être utilisé contre lui comme faute imputable.

Enfin, l'administrateur doit dénoncer la violation lors de la première assemblée générale qui suit le moment où il en a eu connaissance.

Outre la violation de la procédure, le dommage ainsi que le lien de causalité entre la faute et le dommage doivent naturellement être prouvés. La société ou le tiers doit donc prouver que la décision du conseil d'administration a causé un dommage et que cette décision n'aurait pas été prise si la procédure de l'article 523 du C. soc. avait été respectée. Cette charge de la preuve est lourde, car l'article 523 du C. soc. ne limite aucunement le pouvoir de décision du conseil d'administration (17).

(16) M. Vandebogaerde, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Anvers, Intersentia, 2009, 89-90.

(17) F. Parrein, «De belangenconflictprocedure: de toepassing op de managementvennootschap en de nietigheidssanctie kritisch bekeken », TRV 2010,555.

. Paul SOENS
Avocat, VWEW advocaten
PACIOLI N° 317 – 11 avril – 24 avril 2011