

## LA SOCIETE DE MANAGEMENT

**Didier Matray**

Avocat au Barreau de Liège

Matray Matray & Hallet

Chargé de cours à l'Université de Liège

**Benoît Kohl**

Avocat au Barreau de Liège

Matray Matray & Hallet

Assistant à l'Université de Liège

**Michaël Herbatschek**

Avocat au Barreau de Liège

Matray Matray & Hallet

## I. INTRODUCTION

**1. Contrat et société de management.** Le contrat de management est celui par lequel "une personne confère tout ou partie de la gestion d'une entreprise à une autre personne en contrepartie d'une rémunération" (1). Il se distingue de la société de management. Celle-ci est la personne morale qui exécute les activités de management au profit de l'entreprise gérée.

Théoriquement, il est concevable que le contrat de management soit conclu avec un gestionnaire personne physique. Toutefois, dans un tel cas, l'intérêt fiscal de la formule est réduit.

**2. Choix d'une forme de société.** Quelle forme donner à une société de management? Les critères de sélection ne sont pas spécifiques. Le choix dépend des motivations principales du ou des fondateurs. Nous ne présenterons dès lors ci-dessous que quelques observations.

La S.P.R.L. (éventuellement la S.P.R.L.L.U.) est fréquemment préférée (2). Le montant du capital minimum qui lui est imposé est moins élevé (3) que celui prévu pour les S.A. (4). Pourtant, l'associé bénéficie comme l'actionnaire de cet avantage essentiel qu'est la responsabilité limitée (5). Bien entendu, il est impossible d'échapper au respect des formalités prévues par la loi comme la préparation d'un plan financier (6), ou la constitution par acte notarié (7). Sous la réserve qu'elle doit être constituée par au moins 3 personnes (8) et même si elle est moins utilisée en pratique, la société coopérative à responsabilité limitée présente des avantages analogues (9). Elle présente en outre la caractéristique de permettre la variabilité des apports et du nombre d'associés (10) et d'autoriser une grande souplesse d'organisation et de gestion.

Si la limitation de la responsabilité n'est pas indispensable, la société en commandite simple peut être envisagée. La création d'une société de ce type requiert l'accord de deux associés

(1) V. SIMONART, "Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés", in *Questions d'actualité de droit économique*, coll. *Éc. droit U.L.B.*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 212.

(2) Ses avantages peuvent être résumés comme suit : (1) capital limité : 18.600 € (article 214 du Code des sociétés) dont seuls 6.200 € doivent être libérés lors de la constitution (article 223 du Code des sociétés) ; (2) possibilité de constituer une société d'une seule personne physique (article 211 du Code des sociétés) ; (3) possibilité de déléguer la gestion de la société à un seul gérant (article 235 du Code des sociétés). Voy. entre autres à ce sujet D.VAN GERVEN et A. SCHOLLEN, "La responsabilité civile et pénale des mandataires sociaux", in *Responsabilités. Traités théorique et pratique*, Bruxelles, Story-Scientia, n° 24, 1997, p. 17.

(3) Article 214 du Code des sociétés.

(4) Article 439 du Code des sociétés.

(5) Article 229 du Code des sociétés.

(6) Article 215 du Code des sociétés.

(7) Article 66 § 2 du Code des sociétés.

(8) Article 351 du Code des sociétés.

(9) Voir les articles 352, 390 et 391 du Code des sociétés.

(10) Article 350 du Code des sociétés.

au moins (11). La particularité de la S.C.S. est que seuls les associés commandités - ceux qui assurent la gestion de la société -, peuvent être tenus au-delà de leur mise (12). Le Code des sociétés n'impose ni capital minimum, ni plan financier, ni acte authentique, - même s'il faut un écrit pour la constitution (13). Le caractère fermé de la société est garanti par la règle selon laquelle les parts sont en principe incessibles sans accord unanime et sauf dérogation expresse prévue par les statuts (14). Enfin, lorsque le chiffre d'affaires est limité, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple ont la faculté de ne pas établir (ni faire approuver par l'assemblée) des comptes annuels selon les règles contraignantes des schémas légaux normalement prévus pour leur établissement (15) ; d'autre part, ces sociétés ne sont pas tenues par ailleurs de publier leurs comptes annuels :

- soit lorsqu'elles entrent dans la catégorie des "petites sociétés", selon les critères de l'article 15 du Code des sociétés ;
- soit lorsque tous les associés à responsabilité illimitée sont des personnes physiques (16).

La société en commandite par actions (SCA) a failli disparaître au motif qu'elle ne répondait plus à aucun besoin réel (17). Pourtant, s'il n'existe plus aujourd'hui de société refuge, la SCA peut offrir des solutions originales. Dans cette société soumise, sauf dispositions contraires, aux règles applicables aux sociétés anonymes (18), les droits et obligations des commanditaires sont, de manière générale, similaires à ceux des actionnaires d'une S.A. En revanche, la position des commandités diffère fondamentalement de celle des administrateurs : non seulement ils sont solidairement responsables des engagements sociaux (comme des associés en nom collectif), mais en outre, ils sont en principe irrévocables, sauf disposition contraire des statuts eux-mêmes (19), s'ils sont désignés dans les statuts. Dans ce dernier cas, ils peuvent néanmoins être révoqués pour une cause légitime (20), que seuls les tribunaux peuvent apprécier (21). Il en résulte que comme dans les S.P.R.L., une très grande

(11) Article 202 du Code des sociétés.

(12) Article 204 du Code des sociétés.

(13) Article 66 § 1 du Code des sociétés.

(14) Articles 38 et 209 du Code des sociétés.

(15) Article 93 du Code des sociétés ; selon M. DE WOLF, cette disposition pourrait implicitement les régir antérieurement à l'adoption du Code des sociétés. Auparavant, les obligations simplifiées comprenant trois journaux (journal financier, journal des achats et journal des ventes). Désormais, les S.C.S. pourraient être, elles aussi, tenues d'établir de véritables comptes annuels, comprenant bilan, compte de résultats et annexes, à soumettre à une "assemblée générale", le texte de l'article 93 du Code des sociétés les dispensant simplement de suivre les règles fixées par le Roi pour la forme et le contenu précis de ces comptes annuels (M. DE WOLF, "Le droit comptable des sociétés", in *Le nouveau code des sociétés*, Bruylant, 1999, p. 320).

(16) Article 97 du Code des sociétés.

(17) Doc. Parl. Chambre, n° 726, 1983-1984, n° 1 ; le projet de loi du 5 décembre 1979 visant à réformer l'ensemble de la législation sur les sociétés commerciales ne reprendait plus ce type de société (Doc. Chambre n° 387, 1979-1980, n° 1).

(18) Article 657 du Code des sociétés.

(19) Les gérants doivent être désignés dans les statuts, mais ceux-ci peuvent déclarer le gérant révocable pour cause déterminée ou ad numum (Frédéricq T.V. n° 552 pp. 783 et 794).

(20) Article 658 du Code des sociétés.

(21) TILQUIN recommande (loc. cit. 93) "de régler dans les statuts les diverses questions relatives à cette révocation éventuelle de l'assemblée, unanimité, etc. ...".

stabilité de gestion, proche d'une quasi inamovibilité de fait, peut être organisée au sein des SCA. Ni directement, ni indirectement, un tel résultat ne peut être obtenu dans les S.A.

Grâce à ses caractéristiques, la société en commandite par actions permet au fondateur de transmettre les actions de la société à ses héritiers : pour autant qu'elles soient au porteur, les actions peuvent faire l'objet d'un don manuel. La perte de contrôle de la majorité du capital n'affecte pas la situation du commandité. Son irrévocabilité de principe lui permet en principe de conserver sa qualité de gérant, quels que soient les mouvements intervenant dans la propriété des titres.

En dépit des avantages spécifiques que présente cette forme de société, le recours à la S.C.A. comme société de management reste, à notre connaissance, assez anecdotique. Les commentateurs qui suivent concernent essentiellement la société anonyme, la S.P.R.L. et dans une moindre mesure, la S.C. Ils traitent essentiellement de la S.A. quand il s'agit d'examiner la situation de la société gérée.

**3. Plan.** Nous examinerons les sociétés de management d'abord sous l'angle du droit des sociétés (22), puis sous l'angle du droit fiscal.

Dans une première partie, nous focaliserons notre attention sur les deux points qui nous paraissent susciter le plus de difficultés au regard du droit des sociétés : d'une part, les limites fixées à la conclusion, par les organes d'une société, d'un contrat de management avec une société tierce ; d'autre part, la responsabilité de la société de management au regard, notamment, des récentes modifications apportées au Code des sociétés par la loi dite de *corporate governance* du 2 août 2002.

Nous étudierons ensuite les sociétés de management sous l'angle du droit fiscal, en examinant d'abord les avantages de l'opération, puis les risques liés à celle-ci (notamment la simulation, la requalification en vertu de l'article 344 § 1 CIR 92 et les inconvénients de l'article 49 CIR 92 relatif aux frais professionnels).

Notre conclusion prendra la forme de quelques recommandations.

(22) Nous n'aborderons pas en détail la question de la qualification du contrat de management. Il est en effet impossible de proposer une qualification générale à ce contrat. Selon les droits et obligations incombant aux parties, il est le plus souvent qualifié de mandat ou de contrat d'entreprise, même si d'autres qualifications demeurent envisageables (voir sur la question de la qualification notamment V. SIRONIAT, "Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés", in *Questions d'actualité de droit économique*, coll. fac. droit U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 222 et ss. ; S. BEYAERT, "De managementovereenkomst", in *Liber Anthonij Yette Meerschels, Brugse, die Kaere*, 2001, pp. 27 et ss. ; W. GOSSENS, "Over managementadviseurs en interimmanagers : kwalificatie en aansprakelijkheid", note sous Comm. Charierol, 3 septembre 1999, T.A.V., 1999, p. 444).

## II. OBSERVATIONS AU REGARD DU DROIT DES SOCIÉTÉS

### A. Les limitations aux pouvoirs de la société de management

#### 1. LEGALISME, ORGANES ET DELEGATION DES POUVOIRS

4. **Les organes sociaux.** Les personnes morales ne peuvent agir par d'autres organes que ceux que la loi leur attribue (23) ; ceux-ci sont "les personnes dont le pouvoir de représenter la société dérive d'une fonction prévue par la loi" (24). Certains de ces organes (le comité de direction (25), les représentants généraux (26) ou les délégués à la gestion journalière (27) sont facultatifs (28).

Le contrat de management ne peut donc transformer un gestionnaire en un organe inhérent de la société. En revanche, les statuts ou le conseil d'administration peuvent déléguer certains pouvoirs à des personnes (physiques ou morales) qui ont la qualité, non d'organes mais de mandataires de la société (29).

5. **Limites aux délégations de pouvoirs.** Si le conseil d'administration peut opérer des délégations de pouvoirs à la société de management (30), certaines limites sont cependant imposées par le droit des sociétés. Madame Simonart classe ces limites en trois catégories (31), qui peuvent être présentées comme suit :

(23) Ce principe s'applique quelque soit la forme adoptée par la personne morale : S.A., S.P.R.L.(U.), S.C.R.L., S.C.R.L., S.N.C., S.C.S. ou S.C.A. Par simplicité, nous ne parlerons dans la suite que des délégations effectuées par le conseil d'administration d'une S.A.. Par analogie, les observations proposées infra sont également applicables dans les autres sociétés énumérées ci-dessus.  
 (24) L. SIMONT, "La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales", *R.P.S.*, 1974, p. 33.  
 (25) Article 524 bis du Code des sociétés.  
 (26) Article 525 § 2 du Code des sociétés.  
 (27) Article 525 du Code des sociétés.  
 (28) P.VAN OMMESLAGHE et L.SIMONT, "La notion de l'organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d'administration des sociétés anonymes", note sous *Cass.*, 24 septembre 1963, *P.C.J.B.*, 1964, p. 80.  
 (29) V. SIMONART, "Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés", in *Questions d'économie et de droit économique*, coll. *Fac. droit U.L.B.*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 233; S. LEJEUNE, *La planification de la rémunération des cadres et dirigeants d'entreprises*, Etudes pratiques de droit fiscal, n° 8, *Cad. Simon.*, 1996, p. 77.  
 (31) V. SIMONART, "Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés", in *Questions d'économie et de droit économique*, coll. *Fac. droit U.L.B.*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 235 et s.

6.a) **Interdiction de déléguer les pouvoirs attribués par la loi de manière exclusive au conseil d'administration.** Le Code des sociétés attribue certains pouvoirs au conseil d'administration de manière exclusive. Il s'agit, entre autres (32) :

- de l'obligation de déposer les comptes annuels (33);
- du droit (34) ou du devoir (35) de convoquer l'assemblée générale ;
- de l'obligation d'établir l'inventaire, les comptes annuels et le rapport de gestion (36);
- du pouvoir de distribuer un acompte à imputer sur les dividendes (37);
- du devoir de répondre aux questions des actionnaires (38);
- du devoir de rédiger des rapports spéciaux, dans les hypothèses prévues par la loi (modification de l'objet social (39), des droits reconnus à certaines catégories d'actionnaires (40), transformation de la société (41),...).

7. **Sanctions.** En cas d'infraction aux dispositions du Code des sociétés ou des statuts sociaux, les administrateurs ou les gérants des S.A., des S.P.R.L. ou des S.C. peuvent encourir une responsabilité envers la société ou envers les tiers (42). Celle-ci présente plusieurs particularités.

D'abord, la preuve de la faute est facile à apporter par le demandeur. Il lui suffit d'établir la violation de la loi ou des statuts. Toutefois, conformément au droit commun, le demandeur n'est dispensé d'établir ni son dommage, ni le lien causal entre ce dommage et la faute de l'administrateur ou du gérant (43). Le Code des sociétés n'établit donc pas une présomption de responsabilité, dans la mesure où l'existence avérée de la faute, qui consiste à avoir violé le Code ou les statuts, ne suffit pas à engager la responsabilité des administrateurs (44).

Ensuite, le Code des sociétés prévoit une responsabilité solidaire de l'ensemble des administrateurs. La loi organise donc une présomption d'imputabilité puisque la violation de la loi ou des statuts sera présumée être le fait de tous les administrateurs (45). Chacun des

(32) Voy. entre autres J.S. BEYAERT, "De managementovereenkomst", in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 235.  
 LAMBERT de ROUVROIT, "Managementovereenkomst" in *Fiscale dossiers Vandewinckel 1998*, Diegem, Céd. Simon, 1998, p. 10 V.  
 SIMONART, "Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés", in *Questions d'économie et de droit économique*, coll. *Fac. droit U.L.B.*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 235.  
 (33) Article 98 du Code des sociétés.  
 (34) Article 523 du Code des sociétés.  
 (35) Article 523 et 633 du Code des sociétés.  
 (36) Article 92 et 95 du Code des sociétés.  
 (37) Article 618 du Code des sociétés.  
 (38) Article 540 du Code des sociétés.  
 (39) Article 559 du Code des sociétés.  
 (40) Article 560 du Code des sociétés.  
 (41) Article 778 du Code des sociétés.  
 (42) Article 528, 283 et 408 du Code des sociétés.  
 (43) Voy. par exemple *Civ. Bruxelles*, 1995, V & F, 1998, p. 288.  
 (44) Voy. *Cass.*, 28 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 221, et les commentaires circonstanciés de M.-A. DELVAUX, "Les responsabilités des administrateurs et gérants des S.A., S.P.R.L. et S.C.R.L.", in *M. Colpeel (dir.), Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés* annuels, 1999, Diegem, Kluwer, 1999, p. 231.  
 (45) Voy. M.-A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 231.

administrateurs répond, à l'égard de la partie lésée, de la totalité du dommage subi par celle-ci. Le nombre de débiteurs tenus, le cas échéant, de la réparation du préjudice écarte ou à tout le moins limite les conséquences du risque d'insolvabilité de l'un ou l'autre des administrateurs (46).

La démission d'un administrateur n'empêche pas que celui-ci puisse être poursuivi par les actionnaires ou par les tiers pour des infractions à la loi ou aux statuts commises avant sa démission (47).

Enfin, la délégation à la société de management de certains pouvoirs réservés par la loi au conseil d'administration peut entraîner indirectement la responsabilité pénale des administrateurs. Il en ira ainsi si les administrateurs délèguent à la société de management l'exécution d'une mission que la loi les contraint à exécuter à peine de sanctions pénales, et si la société de management ne s'acquiesce pas de la tâche qui lui est confiée. Par exemple, ne seraient pas soumis à l'assemblée un des rapports spéciaux dont la loi impose la rédaction, le rapport de gestion ou encore les comptes annuels (48). Ou encore, les comptes annuels ne seraient pas publiés, ou ils ne le seraient qu'avec retard. Ou le texte intégral des statuts dans une rédaction mise à jour ne serait pas déposé au greffe du tribunal de commerce dans le délai légal (49). La délégation de ces pouvoirs exclusifs sera susceptible d'entraîner la responsabilité aggravée des administrateurs, en raison de la violation de la loi qu'emporterait leur acte.

**8. Sanctions (suite).** La responsabilité de la société de management pourrait également être recherchée : accepter l'exercice de pouvoirs qui ne peuvent faire l'objet de délégations de la part du conseil d'administration peut constituer un comportement que n'adopterait pas, dans de semblables circonstances, un manager honnête, diligent et prudent.

Par application des articles 530, 265 et 409 du Code des sociétés, la société de management quoique ne constituant pas un organe de la société concernée, pourrait de surcroît être tenue personnellement de tout ou partie des dettes de la société gérée ayant pris la forme d'une S.A., d'une SPRL ou d'une SC, si celle-ci venait à être déclarée en faillite.

(46) Les articles 528 alinéa 2, 263 alinéa 2, et 408 alinéa 2 du Code des sociétés prévoient cependant la possibilité pour un membre du conseil d'administration d'échapper à sa responsabilité s'il démontre ne pas avoir pris part à la violation du code ou des statuts. Une seconde condition est cependant établie par le législateur : les administrateurs "ne sont déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en aient eu connaissance".

(47) Voy. Cass. 25 juin 1955, *Rev. Soc.* 1955, I, p. 151.

(48) Articles 196, 126 § 1<sup>er</sup> 1<sup>er</sup>, 346, 433, 647, 773 du Code des sociétés.

(49) Article 90 du Code des sociétés.

En effet, l'alinéa 1<sup>er</sup> de ces dispositions précise que :

*"En cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout administrateur ou ancien administrateur, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'actif" (50).*

Cette disposition vise donc non seulement l'administrateur ou le gérant régulièrement nommé, mais aussi le dirigeant de fait. Celui-ci est la personne physique ou morale, qui, en assumant les fonctions et les mêmes pouvoirs qu'un dirigeant de droit, exerce, dans les faits, en toute souveraineté et indépendance, une activité positive de gestion et de direction (51). La société de management qui bénéficie de larges délégations de la part du conseil d'administration, ou qui, même en l'absence de telles délégations, se comporte comme si elle en était bénéficiaire, peut mériter cette qualification.

Par conséquent, dès lors que la société gérée par la société de management a été déclarée en faillite (1), que cette dernière a commis une faute grave et caractérisée (2) qui a contribué (3) à la faillite, elle pourrait être déclarée personnellement obligée, avec ou sans solidarité avec les autres administrateurs, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actifs.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés (52), seul le curateur était titulaire de cette action (53). Ce monopole sembla la cause de l'application marginale des articles 530, 265 et 409 du Code des sociétés (54).

(50) Les articles 265 et 409 du Code des sociétés prévoient ce qui suit, dans leurs alinéas 2 : "L'alinéa 1<sup>er</sup> n'est toutefois pas applicable lorsque la société en faillite a réalisé, au cours des trois derniers exercices qui précèdent la faillite, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 25 millions de francs, hors taxe sur le valeur ajoutée, et lorsque le total du bilan au terme du dernier exercice n'a pas dépassé 15 millions de francs".

(51) Voy. e.a. Comm. Liège, 15 mars 1983, *R.P.S.*, 1984, p. 63 ; Comm. Bruxelles, 3 avril 1984, *R.P.S.*, 1984, p. 184. En doctrine, voy. e.a. les définitions de J.-L. JASPARD et A. DE SMETH, "La notion de gérant de fait", *J.T.*, 1984, p. 645 ; Ph. COLLE, "Kritische bemarking noemens en aantal problemen rond artikel 63 van vennootschapswet", *R.D.C.*, 1985, p. 163 ; C. PARMENTIER, "La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite", *R.D.C.*, 1986, p. 741 ; J. KONSE, "La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actifs", *R.P.S.*, 1979, p. 292.

(52) Moniteur Belge du 21 septembre 2002.

(53) C. PARMENTIER, "La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite", *R.D.C.*, 1986, p. 768.

(54) Voy. J.P. RENARD, "La réforme de l'action en comblement de passif", *Réforme de la faillite : quelle portée du projet de loi du 17/01/2001 ?*, *Administr. L.F.E.*, Bruxelles, 06/03/02, p. 9 ; l'auteur énumère les raisons de ce échec relatif de l'action en comblement de passif : "(1) Comme l'action n'appartient qu'au curateur, celui-ci doit avoir les moyens de sa politique, c'est-à-dire trouver dans la masse faillite suffisamment d'actifs pour financer une telle procédure. Or, c'est précisément dans les faillites des sociétés dans lesquelles les dirigeants ont commis des fautes graves et caractérisées qui ont entraîné la faillite, que les actifs ont, le plus part du temps, disparu. (2) Le facteur temps joue également du moindre déportable. Les curateurs désirent au plus tôt clore leur faillite (...). Or une procédure en comblement de passif s'avère longue dans sa mise en état et comme les exemples de jurisprudence publiés le montrent, font généralement l'objet d'appel (...). (3) (...) (4) Les curateurs ne sont pas toujours bien informés des motivations ou vilenies faites par les dirigeants de sociétés. Des crémations en soient parfois plus, mais préfèrent garder, dans leur propre intérêt, de tels arguments et agissent alors soit du civil soit au pénal en avançant qu'ils ont subi un préjudice propre".

Désormais, les créanciers lésés ont le droit d'agir contre les administrateurs, de droit ou de fait, ayant contribué à la faillite. Deux alinéas ont été adjoints aux dispositions concernées du Code des sociétés :

"L'action est recevable de la part tant des curateurs que des créanciers lésés. Le créancier lésé qui intente une action en informe le curateur. Dans ce dernier cas, le montant alloué par le juge est limité au préjudice subi par les créanciers agissants et leur revient exclusivement, indépendamment de l'action éventuelle des curateurs dans l'intérêt de la masse."

Est réputée faute grave et caractérisée toute fraude fiscale grave et organisée au sens de l'article 3, § 2, de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux<sup>(55)</sup>.

**9. Sanctions (fin).** Enfin, le contrat de management peut être annulé en raison de l'illicéité de son objet ; cette nullité est absolue et pourra être poursuivie tant par la société gérée que par ses actionnaires ou des tiers. Elle ne peut être couverte par une ratification de l'assemblée générale (55). S'il avait pour objet de déléguer des missions que le conseil d'administration doit impérativement exécuter lui-même, l'objet du contrat de management serait nul, indépendamment des problèmes de responsabilité évoqués au n° qui précède.

Madame SIMONART examine la question de la validité des actes accomplis en vertu d'un contrat de management annulé. En droit commun, les actes accomplis en vertu d'un mandat nul sont en principe eux-mêmes de nul effet, même si le tiers avec lequel la société de management, mandataire de la société gérée, a traité, est de bonne foi (56). Néanmoins, la théorie du mandat apparent ou la ratification par le conseil d'administration des actes nuls permettra d'éviter, dans certains cas, cette conséquence (57).

Enfin, une société de management dont l'objet social serait constitué par une énumération d'actes qu'elle pourrait accomplir au sein de sociétés gérées alors qu'ils sont réservés par la loi au conseil d'administration de cette dernière, aurait un objet illicite. La contrariété de l'objet social à l'ordre public entraîne la nullité de la société de management (58). L'on concèdera volontiers qu'il s'agit là d'un cas d'école.

**10. b) Interdiction des délégations générales.** Le conseil d'administration ne peut déléguer que des pouvoirs restreints à une ou plusieurs affaires déterminées.

(55) Voy. Y. SIMONART, "Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés", in *Questions d'actualité de droit économique*, coll. fac. droit U.L.B. Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 236.

(56) Arrêtés 2008 et 2007 du Code civil.

(57) Sur les derniers développements de la théorie du mandat apparent (en particulier la condition d'imputabilité constatée par la Cour de Cassation dans son arrêt 20 janvier 2000), en relation avec le pouvoir de représentation des sociétés anonymes, voy. C. COLLIARD, "De la notion d'imputabilité et de légitimité en matière de représentation des sociétés anonymes", *NJC*, 2000, pp. 323 et ss.

(58) Article 454, 3° du Code des sociétés pour les S.A., article 227 pour les S.P.R.L. et article 403 pour les S.C.R.L.

**11. Exceptions.** La délégation à la gestion journalière (59) constitue la seule exception au principe de l'interdiction des délégations générales. Les tâches qui relèvent de la gestion journalière de la société peuvent être accomplies par une société de management (60).

Néanmoins, comme le délégué à la gestion journalière est en réalité un organe de la société anonyme, "(...) il s'agit moins d'une dérogation au principe de l'interdiction des mandats généraux que d'une institution légale qui s'écarte des règles du mandat" (61).

**12. En pratique,** la distinction entre les délégations générales interdites et les délégations spéciales autorisées n'est pas chose aisée. Cette question se résout en fait, en considérant des caractéristiques propres à l'espèce.

Sur ce point, la jurisprudence est peu abondante. Dans un arrêt du 16 octobre 1994, la Cour d'appel de Mons (62) a constaté qu'un contrat relatif à l'assistance à la gestion en ce qui concerne les relations commerciales, la visite à la clientèle, la négociation (et non la conclusion) des achats et des ventes, la prospection des nouveaux marchés, présente un caractère exclusivement technique ; l'approbation des contrats par conseil d'administration et le contrôle exercé par celui-ci ne permet pas de retenir la qualification de délégation générale.

Dans un jugement du 3 mai 1993, le tribunal de Commerce de Bruxelles (63) a estimé, que c'était à bon droit qu'une société de management faisait valoir que la convention de management était distincte de l'exercice du mandat d'administrateur, ainsi que de la délégation à la gestion journalière ; et le tribunal de préciser que cette convention avait un objet beaucoup plus large que cette simple délégation, sans néanmoins que soit relevée par la partie défenderesse un heurt potentiel avec le principe d'interdiction énoncé ci-dessus.

Enfin, il semble qu'il ne suffirait pas, pour que la délégation puisse être considérée comme spéciale, qu'une clause de statuts ou du contrat de management exclue des pouvoirs de la société de management certaines opérations particulièrement importantes et qui échappent manifestement à sa compétence (64).

(59) Ou, depuis la loi "corporate governance" du 2 août 2002, le comité de direction.

(60) Voy. LAMBERT de ROUVROIT, "Managementvereenschaap", in *Faculté des lettres Vandeweyde 1998*, Dierckx, Ciel, Samson, 1998, p. 9.

(61) SIMONART, "Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés", in *Questions d'actualité de droit économique*, coll. fac. droit U.L.B. Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 238.

(62) Mons, 16 octobre 1994, R.P.S., 1994, p. 48, cite par Madame Y. SIMONART ("Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés", R.D., 1991, p. 1054).

(63) Comm. Bruxelles, 3 mai 1993, T.R.V., 1994, p. 106, note D. Van Garven.

(64) Comp. sur ce point A. BENOIT-POUR et P. PELTZER, "Représentation de la société anonyme depuis la première directive européenne de coordination du droit des sociétés. Essai de synthèse et solutions pratiques", *Ann. fac. Dr. Liège*, 1977, p. 95.

13. c) **Interdiction des délégations de longue durée.** Sont contraires à l'ordre public, car portant atteinte à la dignité humaine, les obligations perpétuelles. Un contrat de management d'une durée déraisonnable violerait en outre la liberté de commerce et d'industrie. On sait de plus qu'en droit commun, la faculté de rompre un contrat à durée indéterminée, par volonté unilatérale, est d'ordre public. Nonobstant la durée indéterminée stipulée dans un contrat, chacune des parties bénéficie de la faculté de le résilier unilatéralement (65).

Il est possible de conclure des contrats de management pour une durée indéterminée : mais chaque partie peut y mettre un terme moyennant un préavis d'une durée raisonnable notifiée à l'autre partie. Les contrats de management peuvent également être conclus pour une durée déterminée, avec, à l'échéance, une faculté de prorogation ou de reconduction (le cas échéant, par volonté tacite) (66).

## 2. L'INTERET SOCIAL

14. **Contrat de management et intérêt social.** "Beheersvereenkomsten zijn niet geldig" (67) : en droit belge, un contrat par lequel une société s'engage, vis-à-vis d'une autre, à lui être totalement soumise, n'est pas valable (68). En revanche, peuvent être conclues avec une société de management des conventions limitées qui n'opèrent pas un transfert vers cette dernière d'un pouvoir déterminant sur l'orientation stratégique de la société gérée.

Le fondement de ce principe se trouve dans la notion d'intérêt social, en considération duquel toute société doit être gérée. Et l'intérêt social de la société gérée est mis en danger dès lors que celle-ci se trouverait complètement assujettie à la société de management (69). Les groupes de sociétés sont exposés par nature à faire courir ce risque.

15. **Application du principe dans les groupes de sociétés.** Les droits attachés à la qualité d'actionnaires (70) ne sont pas le seul moyen d'assurer la cohésion d'un groupe de sociétés.

(65) Quant à savoir comment cette faculté doit être mise en oeuvre, trois thèses s'opposent, pour l'essentiel. La première soutient que la réalisation doit ménager les intérêts du partenaire et qu'en conséquence, l'accroissement d'un préavis est obligatoire. Une deuxième thèse estime qu'une rupture immédiate est possible, si les parties n'ont pas consacré le caractère durable de leurs relations. Une troisième thèse conclut au droit à une indemnité lorsque la rupture est inattendue, ou si elle a lieu dans des conditions susceptibles de nuire au partenaire. Dans le cadre du contrat de management, le caractère durable que les parties veulent donner à leurs relations semble imposer la première solution.

(66) Sur les concepts de prorogation et de reconduction, voy. B. XOHL, "La prorogation et la reconduction du contrat", in *La fin du contrat*, Litec, Formation permanente, C.U.P. 2001, pp. 261 et s.

(67) S. BEYAERT, "De managementvereenkomsten", in *Liber Amicorum Yvete Merckx*, Bruges, die Keure, 2001, p. 32.

(68) Du reste, pareilles conventions se trouvent également limitées par l'interdiction d'organiser des délégations générales de pouvoirs au bénéfice de la société de management.

(69) Outre que pareil contrat de management pourrait dépeupler le Conseil d'administration de la société gérée de l'ensemble de ses pouvoirs, ce qui est prohibé.

(70) Notamment la faculté de pouvoir influencer la désignation des administrateurs ou des gérants des sociétés filiales.

Il est fréquent de rencontrer, entre les sociétés du groupe, des contrats de management qui, d'une manière ou d'une autre (et avec différents degrés d'intensité) ont pour fonction d'assurer la coordination au sein du groupe (71) : outre sa qualité d'actionnaire majoritaire (ou de référence) de la société gérée, la société mère s'engage dans les liens d'un contrat de management avec sa filiale.

Lorsque, en application de cette convention, elle consent des sacrifices dans l'intérêt du groupe, la société gérée méconnaît-elle l'intérêt social qui doit guider ses décisions ?

La notion d'intérêt de groupe semble désormais admise dans une certaine mesure. Pour autant qu'elle retire, fût-ce à long terme, des avantages à sa participation dans un groupe de sociétés, la société gérée peut consentir au bénéfice du groupe des sacrifices. L'intérêt social doit se mesurer non seulement à l'aune des sacrifices consentis dans l'intérêt du groupe, mais aussi en appréciant les avantages résultant de l'appartenance au groupe. Le critère sera celui de la proportionnalité entre la charge acceptée et l'assistance obtenue par ailleurs.

## 3. LA DISTRIBUTION DES BENEFICES

16. **Rémunération des prestations.** La rémunération de la société de management pour les prestations effectuées au profit de la société gérée constitue l'un des éléments essentiels du contrat conclu entre les deux sociétés. Elle est également de nature à générer certains problèmes sous l'angle du droit fiscal : ces derniers seront examinés ci-après.

Le prix prendra généralement la forme d'un montant forfaitaire, d'un tarif horaire ou d'une participation aux bénéfices de la société gérée.

17. **Limites.** Dans ce dernier cas, l'attribution d'une participation aux bénéficiaires sera limitée aux montants distribuables (72). Cette disposition interdit en effet la distribution de bénéfices lorsque l'actif net est insuffisant. Dans son avis n° 118/1, la Commission des Normes comptables a estimé que :

"Le terme "distribution" concerne tant les dividendes, tantôtèmes que les participations aux bénéfices (...)" (73).

(71) Voy. Y. SIMONART, "Le contrat de management-Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés", in coll. fac. droit U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 244.

(72) "Aucune distribution ne peut être faite lorsqu'à la date de clôture du dernier exercice, l'actif net tel qu'il résulte des comptes annuels est au déviateur, à la suite d'une telle distribution, inférieur au montant du capital libéré ou, si ce montant est supérieur au capital appelé, augmenté de toutes les réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer. Par actif net, il faut entendre le total de l'actif tel qu'il figure au bilan, déduction faite des provisions et des dettes" (articles 617 § 1er-429 § 1er-429 § 1er du Code des sociétés).

(73) Avis C.N.C., n° 118/1, Bull. C.N.C., n° 5, mai 1979, 16.

Les parties devront donc prendre conscience de cette limite lors de la définition des modalités financières du contrat de management (74).

#### 4. LA REVOCAILITE AD NUTUM DU MANDAT D'ADMINISTRATEUR

18. Principe. Les administrateurs d'une société anonyme sont révocables *ad nutum* (75). Cette règle est d'ordre public (76). L'assemblée générale n'est pas tenue de préciser les motifs qui soutiennent sa décision (77) ; l'administrateur déchu ne peut prétendre à aucune indemnité, sauf si la décision de révocation constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code civil (78). Il ne peut d'ailleurs non plus conclure une convention par laquelle la société s'engagerait, en cas de révocation, à lui verser une indemnité ou à lui notifier un délai de préavis.

Est-il dès lors possible de cumuler la fonction d'administrateur de société avec celle de manager, lié à celle-ci par un contrat qui ne prend fin que selon les modalités qu'il détermine (ou, à défaut de stipulations contractuelles à cet égard, à son terme s'il est à durée déterminée, ou après l'expiration d'un préavis raisonnable, s'il est à durée indéterminée) ?

19. De l'importance de la distinction des missions. La règle de la révocabilité *ad nutum* interdit que la fonction d'administrateur soit exercée dans le cadre d'un contrat de travail. Néanmoins, selon la jurisprudence de la Cour de Cassation (79), les dispositions du Code des sociétés régissant le statut des dirigeants de sociétés (anonymes) n'interdisent pas que la gestion journalière des affaires d'une société soit accomplie dans les liens d'un contrat de travail.

L'existence d'un contrat de travail suppose toutefois celle d'un lien de subordination ; celui-ci n'existe "que si l'administrateur assume la gestion journalière sous l'autorité d'un organe, d'un autre administrateur ou d'un préposé de la société" (80).

"Dans une telle situation, en cas de révocation du délégué par ailleurs membre du conseil d'administration, une dissociation devra être effectuée : le mandat d'administrateur peut être retiré à tout moment et sans condition si ce n'est celle de ne pas exercer abusivement

(74) Aucune disposition ne semble en revanche prohiber la liaison de la rémunération de la société de management au chiffre d'affaires de la société gérée (voy. cependant les réserves émises par la Commission Bancaire et Financière, décrites par V. SIMONART, "Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés", in *Questions d'actualité de droit économique*, coll. fasc. droit U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 250-251).

(75) article 518, § 3 du Code des sociétés.

(76) Cass., 22 janvier 1981, Pas., 1981, I, p. 543.

(77) Voy. Comm. Huy, 16 février 1972, R.F.S., 1977, p. 224, note J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, I, 1954, 387.

(78) Voy. D. VAN GERVEN, "Kan het ad nutum-herroepen van de opdracht van bestuurder in een N.V. worden afgewerkt?", *T.R.V.*, 1988, p. 48.

(79) Cass., 22 janvier 1981, Pas., 1981, I, 543 ; Cass., 28 mai 1984, Pas., 1984, I, 1175 ; Cass., 30 mai 1988, Pas., 1988, I, 1169.

(80) Cass., 30 mai 1988, Pas., 1988, I, 1169.

cette prérogative ; en revanche, la fonction de délégué, objet du contrat de travail, ne prendra fin qu'à l'issue du préavis prescrit par le droit du travail" (81).

Le cumul des qualités d'administrateur et de salarié reste donc concevable en cas de dualité des fonctions.

Appliqués au contrat de management, ces principes devraient permettre le cumul du contrat de management avec la fonction d'administrateur à condition qu'une nette séparation soit opérée entre les fonctions qui relèvent du contrat de management et celles qui relèvent du mandat d'administrateur (82). Bien entendu, la qualification de contrat de travail ne se conçoit que pour les personnes physiques. La société de management ne peut avoir la qualité de salarié. Mais le raisonnement tenu peut être transposé à la société de management pourrait cumuler la qualité d'administrateur et de délégué à la gestion journalière, cette délégation ne pouvant prendre fin qu'à des conditions déterminées.

#### B. La responsabilité de la société administrateur : incidence de la loi "corporate governance" du 2 août 2002

20. Limitation de la responsabilité. Situation avant la loi du 2 août 2002. Le transfert d'un pouvoir décisionnel au profit d'une société de management peut également être réalisé en nommant cette société administrateur (ou membre de l'organe de gestion) de la société gérée, et en lui confiant certains pouvoirs de gestion (83).

Dans ce cas, il n'y a plus, à proprement parler, de "contrat (rémunéré) de management" ; la société de management est rémunérée à raison de l'exercice de son mandat d'administrateur.

Ce procédé présente certes l'inconvénient de la révocabilité *ad nutum* (84). Mais il semblait surtout permettre de limiter la responsabilité de la personne physique qui intervient pour la société de management, administrateur de la société gérée.

Choissant de constituer, pour administrer la société gérée, une société bénéficiaire de la

(81) J. CLESSE, "Le statut social du dirigeant d'entreprise", in *Actualités des dirigeants d'entreprises*, Semaine Vanham, 21 octobre 1999, p. 8 ; voy. également J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence", R.C.J.B., 1981, p. 368 ; N. BEAUFILS, "Cumul mandat social - contrat de travail", J.T.T., 1990, p. 245 ; G. DEBOUCHE, "Le statut social et fiscal des administrateurs, associés, gérants administrateurs et dirigeants d'entreprises. In Le droit des sociétés, aspects pratiques et conseils des notaires", Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 147 et ss. ; B. TILLEMANS, *Rechts van vennootschappen*, Kalmthout, Biblo, 1996, pp. 271 et ss.

(82) Voy. V. SIMONART, op. cit., p. 1064.

(83) Voy. N. LAMBERT, "Managementvennootschap" in *Fiscale dossiers Vandewinkelde 1998*, Diegem, Céd. Samson, 1998, p. 10.

(84) Voy. supra à ce sujet.



Les parties devront donc prendre conscience de cette limite lors de la définition des modalités financières du contrat de management (74).

#### 4. LA REVOCABILITE AD NUTUM DU MANDAT D'ADMINISTRATEUR

**18. Principe.** Les administrateurs d'une société anonyme sont révocables *ad nutum* (75). Cette règle est d'ordre public (76). L'assemblée générale n'est pas tenue de préciser les motifs qui soutiennent sa décision (77) : l'administrateur déchu ne peut prétendre à aucune indemnité, sauf si la décision de révocation constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code civil (78). Il ne peut d'ailleurs non plus conclure une convention par laquelle la société s'engagerait, en cas de révocation, à lui verser une indemnité ou à lui notifier un délai de préavis.

Est-il dès lors possible de cumuler la fonction d'administrateur de société avec celle de manager, lié à celle-ci par un contrat qui ne prend fin que selon les modalités qu'il détermine (ou, à défaut de stipulations contractuelles à cet égard, à son terme s'il est à durée déterminée, ou après l'expiration d'un préavis raisonnable, s'il est à durée indéterminée) ?

**19. De l'importance de la distinction des missions.** La règle de la révocabilité *ad nutum* interdit que la fonction d'administrateur soit exercée dans le cadre d'un contrat de travail. Néanmoins, selon la jurisprudence de la Cour de Cassation (79), les dispositions du Code des sociétés régissant le statut des dirigeants de sociétés (anonymes) n'interdisent pas que la gestion journalière des affaires d'une société soit accomplie dans les liens d'un contrat de travail.

L'existence d'un contrat de travail suppose toutefois celle d'un lien de subordination : celui-ci n'existe "que si l'administrateur assume la gestion journalière sous l'autorité d'un organe, d'un autre administrateur ou d'un préposé de la société" (80).

"Dans une telle situation, en cas de révocation du délégué par ailleurs membre du conseil d'administration, une dissociation devra être effectuée : le mandat d'administrateur peut être retiré à tout moment et sans condition si ce n'est celle de ne pas exercer abusivement

(74) Aucune disposition ne semble en revanche prohiber la liaison de la rémunération de la société de management au chiffre d'affaires de la société gérée (voy. cependant les réserves émises par la Commission Bancaire et Financière, décrites par V. SIMONART, "Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés", in *Questions d'actualité de droit économique*, coll. fac. droit, U.L.B. Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 250-251).

(75) Article 518, § 3 du Code des sociétés.

(76) Cass., 22 janvier 1981, Pas., 1981, I, p. 543.

(77) Voy. Comm. Huy, 16 février 1972, R.P.S., 1977, p. 224, note ; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, I, 1984, 307.

(78) Voy. D. VAN GERVEN, "Kan het ad nutum-lid van bestuurder in een N.V. worden aangevinkt ?", *Z.N.V.*, 1988, p. 40.

(79) Cass., 22 janvier 1981, Pas., 1981, I, 543 ; Cass., 28 mai 1984, Pas., 1984, I, 1175 ; Cass., 30 mai 1988, Pas., 1988, I, 1169.

(80) Cass., 30 mai 1988, Pas., 1988, I, 1169.

cette prérogative ; en revanche, la fonction de délégué, objet du contrat de travail, ne prendra fin qu'à l'issue du préavis prescrit par le droit du travail" (81).

Le cumul des qualités d'administrateur et de salarié reste donc concevable en cas de dualité des fonctions.

Appliqués au contrat de management, ces principes devraient permettre le cumul du contrat de management avec la fonction d'administrateur à condition qu'une nette séparation soit opérée entre les fonctions qui relèvent du contrat de management et celles qui relèvent du mandat d'administrateur (82). Bien entendu, la qualification de contrat de travail ne se conçoit que pour les personnes physiques. La société de management ne peut avoir la qualité de salarié. Mais le raisonnement tenu peut être transposé : la société de management pourrait cumuler la qualité d'administrateur et de délégué à la gestion journalière, cette délégation ne pouvant prendre fin qu'à des conditions déterminées.

## B. La responsabilité de la société administrateur : incidence de la loi "corporate governance" du 2 août 2002

**20. Limitation de la responsabilité. Situation avant la loi du 2 août 2002.** Le transfert d'un pouvoir décisionnel au profit d'une société de management peut également être réalisé en nommant cette société administrateur (ou membre de l'organe de gestion) de la société gérée, et en lui confiant certains pouvoirs de gestion (83).

Dans ce cas, il n'y a plus, à proprement parler, de "contrat (rémunéré) de management" ; la société de management est rémunérée à raison de l'exercice de son mandat d'administrateur.

Ce procédé présente certes l'inconvénient de la révocabilité *ad nutum* (84). Mais il semblait surtout permettre de limiter la responsabilité de la personne physique qui intervient pour la société de management, administrateur de la société gérée.

Choissant de constituer, pour administrer la société gérée, une société bénéficiant de la

(81) J. CLESSE, "Le statut social du dirigeant d'entreprise", in *Actualités des dirigeants d'entreprises*, Séminaire Vanham, 21 octobre 1999, p. 8, voy. également J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, "Beamen de jurisprudence", *J.C.J.B.*, 1981, p. 368 ; N. BEAUFILS, "Cumul mandat social - contrat de travail", *J.T.T.*, 1990, p. 245 ; G. DEBOUCHE, "Le statut social et fiscal des actionnaires, associés, gérants administrateurs et dirigeants d'entreprise", in *Le droit des sociétés, aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 147 et ss. ; B. TILLEMANS, *Besluit van vennootschappen, Kalmitouh, Biblio*, 1996, pp. 271 et ss.

(82) Voy. N. LAMBERT de ROUVROIT, "Managementvervoorschap" in *Fiscale dossiers Vandewindtele 1998*, Diegem, Ced. Samson, 1998, p. 10.

(84) Voy. *supra* à ce sujet.

responsabilité limitée, le manager pouvait en effet voir sa responsabilité personnelle plafonnée alors que tel n'aurait pas été le cas s'il était demeuré administrateur personne physique de la société gérée.

Cette technique simple pouvait permettre à l'administrateur de mettre son patrimoine privé à l'abri (le choix de la forme de société étant, par hypothèse, porté sur une de celles bénéficiant de la responsabilité limitée).

**21. (Suite) Représentation de la société administrateur.** Lorsque le manager constitue la société de management destinée à être nommée administrateur, l'intervention de celle-ci dans l'organe d'administration de la société gérée peut intervenir, soit par le truchement de ses propres organes, soit par le biais d'un représentant qui n'est pas l'un de ses organes, et qui, le cas échéant, peut être un employé de la société administrateur.

**22. a. Représentation par un organe.** Lorsque la société administrateur est représentée au conseil d'administration de la société gérée par ses propres organes, les actes de ceux-ci engagent directement la responsabilité de la société administrateur en vertu de la théorie de l'organe. La responsabilité personnelle de la personne physique ayant représenté la personne morale dans l'exercice de son mandat d'administrateur (c'est-à-dire le manager) ne pouvait être recherchée que si la faute qui lui est reprochée était de nature délictueuse (85).

**23. b. Représentation par un mandataire.** Les controverses étaient vives lorsqu'il s'agissait d'analyser la relation unissant la société administrateur et la personne mandatée par celle-ci pour la représenter au conseil d'administration de la société gérée.

Si certains estimaient que le caractère *intuitu personae* du mandat d'administration empêchait son titulaire de se faire représenter par un mandataire de manière permanente, d'autres, plus nombreux, ne voyaient aucune objection à la représentation de la société administrateur par une personne ne constituant pas l'un de ses organes.

Parmi ceux qui soutenaient cette seconde opinion, aucune unanimité ne se dégageait lorsqu'il s'agissait de qualifier l'intervention de cette personne physique, en particulier lorsqu'elle était liée par un contrat d'emploi à la société administrateur : intervenait-elle comme "sous mandataire" (ou "mandataire substitué") de la société gérée (86), ou comme mandataire simple de la société de management (87) ? La première solution amenait à la conséquence surprenante, d'une part que la société gérée pourrait agir contre la personne phy-

sique (sur base de l'article 1994 du Code civil) et, d'autre part, que la société administrateur ne répondrait des fautes de cette personne physique que dans l'hypothèse où les conditions de la substitution de mandat n'étaient pas réunies (88).

En outre, dans tous les cas où la personne physique représentant la société administrateur était un employé de celle-ci, et dans la mesure où l'exercice de la fonction d'administrateur pouvait être considéré comme entrant dans ses fonctions, elle pouvait se prévaloir de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (89) : le manager employé de la société administrateur qui représentait celle-ci au conseil d'administration de la société gérée ne répondait pas de sa faute légère, - sauf si elle présentait un caractère habituel plutôt qu'accidentel.

Bien d'autres incertitudes existaient en ce qui concerne la responsabilité de la personne physique intervenant comme représentant (organe ou mandataire particulier) de la société administrateur. Nous n'aurons pas l'occasion de nous y attarder.

En effet, la loi "corporate governance" du 2 août 2002 a profondément modifié la matière étudiée, de sorte que les controverses mentionnées ci-dessus ont désormais perdu, en grande partie, leurs aspects pratiques. Cette loi a en effet modifié l'article 61 du Code des sociétés, en ce qui concerne la représentation des personnes morales administrateurs de sociétés.

**24. Le nouvel article 61, § 2 du Code des sociétés.** L'article 2 de la loi du 2 août 2002 complète d'un § 2 l'article 61 du Code des sociétés (dont le texte antérieur forme désormais le § 1er). Ce nouveau paragraphe est rédigé comme suit :

*"Lorsqu'une personne morale est nommée administrateur, gérant ou membre du comité de direction, celle-ci est tenue de désigner parmi ses associés, gérants, administrateurs ou travailleurs, un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour le compte de la personne morale. Ce représentant est soumis aux mêmes conditions et encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente. Celle-ci ne peut révoquer son représentant qu'en désignant simultanément son successeur.*

(88) Par exemple, lorsque la société administrateur n'était pas autorisée par la société gérée à se faire représenter dans l'exercice de son mandat suramment que par ses organes, lorsque cette autorisation a été donnée sans identification de la personne représentant la société administrateur ou encore lorsque la société administrateur aurait fait le choix d'une personne notablement incapable ou irresponsable pour la représenter (voy. O. RALET, "L'exercice d'un mandat d'administrateur par une personne morale. Questions de responsabilités", D.A.O.R., 1993, n° 5, p. 11).

(89) Voy. O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruyelles, Larcier, 1996, p. 67.

(85) Voy. O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruyelles, Larcier, 1996, p. 65.

(86) Voy. O. RALET, "L'exercice d'un mandat d'administrateur par une personne morale. Questions de responsabilités", D.A.O.R., 1992, n° 5, p. 11 ; STOLLE, "De vennootschap-bestuurder en vennootschap-organ", A.F.T., 1992, p. 242.

(87) Voy. L. CORBISSIER, "Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'à connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale", R.F.S., 1994, pp. 84 et 81.

La désignation et la cessation des fonctions du représentant permanent sont soumises aux mêmes règles de publicité que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre. Le représentant permanent de la personne morale qui est administrateur ou gérant et associé dans une société en nom collectif, une société en commandite simple, une société coopérative à responsabilité illimitée ou dans une société en commandite par actions, ne contracte toutefois aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société dans laquelle la personne morale est administrateur ou gérant et associé<sup>(9)</sup>.

**25. Objectif poursuivi.** Par l'introduction de cette nouvelle disposition, le législateur vise à écarter, dans la mesure du possible, la possibilité d'utiliser la personnalité morale dans l'objectif de compliquer et de limiter le jeu des responsabilités des intervenants.

La personne morale, administrateur de la société gérée, est désormais tenue de nommer un représentant chargé de l'exécution de la mission au nom et pour le compte de la personne morale.

Ce représentant peut être tenu solidairement responsable avec la société administrateur.

*"Ce faisant, le sens des responsabilités de la personne physique qui exercera la mission est développé et les tiers qui ont été lésés par l'intervention de l'administrateur (personne morale) ou du membre du comité de direction (personne morale) se voient protégés au maximum. La solidarité implique, en effet, que la réparation des dommages dans leur ensemble puisse être demandée tant à la personne morale qu'au représentant. Cette disposition ne porte cependant pas atteinte aux règles de responsabilité appliquées dans le droit du travail. Compte tenu du fait qu'en raison de son statut le travailleur ne peut voir sa responsabilité engagée qu'en cas de faute volontaire, de faute grave ou de faute légère habituelle (art. 18 de la loi relative aux contrats de travail), ce travailleur ne pourra être tenu pour responsable que si les dommages causés à des tiers trouvent leur origine dans l'une de ces fautes. Toutefois, la personne morale reste dans tous les cas responsable pour l'ensemble des dommages" (90).*

En principe, la responsabilité des administrateurs de droit ou de fait, personnes physiques, ne peut plus être atténuée par la constitution d'une société de management.

Toutefois, le représentant permanent de la société de management, administrateur de la société gérée, peut être nommé parmi les travailleurs de la société de management. Selon les travaux préparatoires, la limitation de responsabilité du travailleur de l'article 18 de la

(90) "Exposé des motifs du projet de loi modifiant le code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition", Doc. Parl. Chambre, 2000-2001, n° 1211/001, p. 11.

loi de 1978 sur le contrat de travail peut être opposée aux tiers. Cette interprétation n'est pas expressément confirmée par le texte de l'article 61 § 2, alinéa 1er nouveau du Code des sociétés (91).

En interprétant le texte à la lumière des travaux préparatoires, l'on peut donc raisonnablement considérer que le représentant permanent de la société de management, nommé administrateur de la société gérée, n'encourt qu'une responsabilité limitée aux seules fautes graves ou habituelles, lorsqu'il est effectivement engagé dans les liens d'un contrat de travail par la société de management.

Cette dernière situation relève-t-elle plus du cas d'école que de la pratique ? Le dirigeant est souvent l'associé unique ou quasi unique de la société de management qu'il aura créée, de sorte qu'aucun lien de subordination ne peut être décelé avec l'organe de la société de management (même si l'associé unique nomme un tiers gérant de sa société) (92).

Bref, la possibilité pour le manager de limiter en partie sa responsabilité se trouve désormais étroitement liée aux aspects de droit social : le lien de subordination avec l'organe de la société de management n'est-il pas contesté ? Alors le manager bénéficie des limites de responsabilité fixées par l'article 18 de la loi sur le contrat de travail. Dans l'hypothèse inverse, le manager, personne désignée par sa société pour la représenter en application du nouvel article 61 § 2 du Code des sociétés, souffrira, en qualité de représentant permanent de sa société de management, d'une responsabilité complète pour les fautes, même légères, commises à l'occasion de sa fonction.

Cette solution n'est-elle pas de nature à entraîner une réflexion sur la structure des sociétés de management ?

### III. OBSERVATIONS AU REGARD DU DROIT FISCAL

#### A. Remarque préliminaire

**26. Limitation au droit fiscal.** Le recours à une société de management offre des avantages que ne permet pas d'obtenir l'exercice d'une activité professionnelle sous le statut de travailleur salarié ou dirigeant.

(91) Voy. F. HELLEMANS et H. WAUTERS, "Het wetboek van vennootschappen gewijzigd door de wetten van 2 augustus en 4 september 2002 : een overzicht", R.F.V. 2002, p.477.  
(92) J. CLESSE, "La statut social du dirigeant d'entreprise", in *Actualités des dirigeants d'entreprises*, Séminaire Vanham, 21 octobre 1999, p. 21.

Ces opportunités relèvent principalement du domaine fiscal, mais elles existent également en droit social. L'on relèvera ainsi par exemple la non-application des mesures de modulation salariale (93), ou encore, l'économie réalisée sur les cotisations de sécurité sociale. Encore faut-il, pour que les avantages soient réellement obtenus, que la simulation ne puisse être invoquée. L'arrêt "LEEKENS" rendu par la Cour du Travail de Gand le 26 mars 1998 (94), est à ce point de vue exemplaire.

Au nombre des avantages fiscaux, nous nous attacherons plus particulièrement à :

- la soumission des revenus imposables à l'impôt des sociétés plutôt qu'à l'impôt des personnes physiques;
- la flexibilité des modes de distribution des ressources aux gérants, administrateurs, ou actionnaires;
- la facilité de constituer des plans de pension.

#### I. SOUMISSION DES REVENUS IMPOSABLES A L'IMPOT DES SOCIETES

**27. Taux de base.** L'intérêt principal du recours à une société de management découle de la différence existant entre les taux marginaux de taxation propres à l'impôt des sociétés et ceux applicables à l'impôt des personnes physiques.

L'article 215 du Code des Impôts sur les Revenus de 1992 (CIR 1992) fixe le taux d'imposition à 39% (à majorer de la contribution complémentaire de crise), sous réserve de l'application de taux réduits (voir infra).

Le taux d'imposition applicable aux revenus soumis à l'impôt des personnes physiques varie quant à lui entre 25% et 50% (plus centimes additionnels et cotisation complémentaire de crise) (95), selon le prescrit de l'article 130 du CIR 1992 (96).

(93) Voir à ce sujet J.-L. DAVAUX, "Techniques d'optimisation fiscale de la société de management état de la question", p. 25, in La société de management, la société "administrateur" VANHAM & VANHAM, 1<sup>er</sup> avril 1999.

(94) Cour du Travail de Gand, 26 mars 1998, *Actualités Fiscales* 1998, n° 4, 1. Par cet arrêt, la Cour du Travail de Gand confirme le jugement rendu le 28 décembre 1994 par le Tribunal du Travail de Gand. Les deux juridictions ont successivement eu à connaître de la situation de Monsieur Georges LEEKENS, célèbre entraîneur de football. Ce dernier avait fondé, avec son père et son épouse, une société anonyme dont l'objet social était la fourniture de services à des tiers dans le domaine des activités sportives, y compris la mise à disposition de personnel. Cette société de management était liée à l'AS.B.L. Club de Bruges par un contrat d'entreprise dont l'objet était l'entraînement des joueurs du Club. L'ONSS estimait que Monsieur LEEKENS était en réalité directement lié par un contrat de travail avec l'AS.B.L. et demandait en conséquence le paiement des cotisations de sécurité sociale. Le Tribunal du Travail de Gand, qui avait rejeté la demande de Monsieur LEEKENS, a fait application de la théorie de la simulation et a considéré que dans le cas d'espèce qui lui était soumis les faits démontraient l'existence d'un lien de subordination direct liant Georges LEEKENS à l'AS.B.L. La Cour du Travail de Gand a confirmé ce point de vue.

(95) Sous réserve des exonérations pour charges de famille et des revenus minimum exonérés (articles 86 à 89 et 126 à 145 du CIR 1992).

(96) Ces chiffres sont ceux applicables à l'exercice d'imposition 2002. La disparition progressive de la contribution complémentaire de crise, la réduction progressive des taux de taxation les plus élevés à l'impôt des personnes physiques, de même que la modification de l'étalement des tranches de revenus imposables ne ramènera cependant le taux d'imposition à l'impôt des personnes physiques que dans une fourchette de 25% à 50%, lors de l'exercice 2004, soit à un taux toujours de loin supérieur à celui en vigueur pour l'impôt des sociétés.

Les revenus versés par la société bénéficiaire des services prestés par la société de management seront soumis à l'impôt des sociétés dans le chef de cette dernière. Moyennant le respect de certaines conditions, la société de management pourra même bénéficier d'un taux de taxation réduit.

**28. Taux réduits: conditions.** Ainsi, pour autant que la base imposable ne dépasse pas 323.750,00 € (97), le taux d'imposition s'échelonne de 28% à 41% (98). L'application d'un taux réduit suppose encore (99) que :

- la société de management ne détienne pas de participations dont la valeur d'investissement excède 50%, soit de la valeur réévaluée du capital libéré, soit du capital libéré augmenté des réserves taxées et des plus-values comptabilisées. Si la limite de 50% est dépassée, il n'est pas tenu compte des participations actives qui représentent au moins 75% du capital libéré de la société qui a émis les actions ou parts;
- la société de management ne soit pas détenue à concurrence d'au moins la moitié par une ou plusieurs autres sociétés;
- la société de management ne distribue pas de dividende pour un montant qui excède 13% du capital libéré au début de la période imposable;
- la société de management ne fasse pas partie d'un groupe auquel appartient un centre de coordination;
- la société de management alloue, à au moins un de ses dirigeants d'entreprise, une rémunération d'au moins 24.500,00 € à charge du résultat de la période imposable (100).

#### 2. FLEXIBILITE DES MODES DE DISTRIBUTION DES RESSOURCES AUX GERANTS, ADMINISTRATEURS OU ACTIONNAIRES

**29. Modes de rémunération.** Ainsi que nous avons eu l'occasion de le rappeler ci-avant, une personne physique, le manager, sera le plus souvent l'organe de gestion de la société de management. Pour rémunérer les services rendus par ce dernier, et ainsi redistribuer ses propres ressources, la société de management a à sa disposition un large éventail de modes de rémunération que nous allons envisager succinctement ci-après. La flexibilité dont bénéficie la société de management est présente tant au regard du mode de paiement qu'au

(97) Cedi à partir de l'exercice d'imposition 2002.

(98) - 28% sur la tranche de 0 à 25.000 Euros.

- 36% sur la tranche de 25.000 à 89.500 Euros.

- 41% sur la tranche de 89.500 à 323.750 Euros.

(99) Voir l'article 215 du CIR 1992.

(100) En franc belge, la rémunération minimale s'élevait à 1.000.000 FB, d'où le titre de "ragle du million" attribué à cette règle.

niveau de la date de paiement ou d'attribution.

La société de management comblera idéalement plusieurs modes de rétribution, afin d'optimiser sa distribution de ressources.

Les différents types de distribution envisagés par Monsieur LAMBERT DE ROUVROIT peuvent être résumés comme suit (101).

**30. Rémunération.** Dans le cadre d'un contrat de travail classique, la société de management peut verser une rémunération à un manager sous statut de dirigeant d'entreprise. Cette rémunération et les charges sociales connexes éventuelles sont constitutives de charges professionnelles déductibles dans le chef de la société de management (102). Bien entendu, le précompte professionnel sur la rémunération payée doit être retenu (103).

Dans le chef du bénéficiaire - personne physique - des revenus, la rémunération perçue constitue des revenus professionnels, et est en conséquence taxée au taux progressif de l'impôt des personnes physiques. On peut immédiatement conclure que le montant de la rémunération versée par la société de management ne doit pas être égal à la somme totale dont la société de management peut disposer. A défaut, il n'en résulte pas d'avantage fiscal réel.

La situation se modifie si ce mode de distribution de revenus est combiné avec l'attribution de dividendes. Il importe toutefois, dans ce cas de figure, de veiller au respect des règles dites "règle du million" (104) et "règle des 13%" (105) envisagées supra.

**31. Dividendes.** Le dividende que paie la société de management (106) est soumis non seulement à l'impôt des sociétés, mais aussi au précompte mobilier libératoire (107). Le taux de celui-ci s'élève en principe à 25%, mais il est réduit à 15% si les actions sont émises après le 1<sup>er</sup> janvier 1994 et si elles font l'objet depuis leur émission d'une inscription nominative auprès de la société de management ou d'un dépôt à découvert en Belgique (108).

Bien entendu, le dividende n'entraîne pas le paiement de cotisations de sécurité sociale. La pression fiscale et sociale est généralement inférieure à celle exercée sur la rémunération

(101) "La société de management". Les dossiers pratiques de fiscalité, 1998, n°28.

(102) Article 49 du CIR 1992.

(103) Voir les articles 270 1<sup>er</sup> et 275 du CIR 1992, mais aussi l'annexe III de l'arrêté royal d'exécution du CIR 1992 en ce qui concerne les règles de calcul.

(104) Nous visons ici la règle qui veut que, pour pouvoir bénéficier d'un taux de taxation réduit, une société doit allouer à au moins un de ses dirigeants d'entreprise, une rémunération d'au moins 24.500,00 E (soit autrefois 1.000.000 FB) du résultat de la période imposable.

(105) Cette règle veut que la société de management ne distribue pas de dividende pour un montant qui excède 13% du capital libéré au début de la période imposable.

(106) Nous n'envisageons ici que l'hypothèse d'une distribution de dividendes se rapportant à des actions ordinaires détenues dans la société de management. Un dividende pourrait cependant aussi être alloué aux détenteurs de parts bénéficiaires.

(107) Article 269 du CIR 1992.

(108) Voir à ce sujet l'arrêté royal du 1<sup>er</sup> septembre 1995.

d'un travailleur salarié. Il en va d'autant plus ainsi si la société de management peut bénéficier d'un taux d'imposition réduit à l'impôt des sociétés.

En revanche, la distribution de dividendes n'assure aucune couverture sociale au bénéficiaire.

Encore faut-il, pour que la technique du dividende puisse être envisagée, que le dirigeant soit actionnaire ou associé de la société de management dans une proportion telle que la distribution de bénéfices par la société représente un montant suffisant. Encore faut-il aussi que la société de management puisse, sans contrevenir aux règles imposées par le Code des sociétés (109), distribuer des bénéfices d'un montant suffisant.

**32. Tantîèmes.** Pour la société de management, le paiement de tantîèmes est pratiquement indolore sur le plan fiscal. Ceux-ci sont, à l'instar des charges sociales qui y sont éventuellement liées, entièrement déductibles au titre de frais professionnels (110).

En revanche, dans le chef du manager, les tantîèmes sont considérés comme des revenus professionnels (111). Dès lors, le manager doit payer des cotisations sociales (qu'il pourra déduire) et subir la charge fiscale afférente à ce type de revenus.

Ce mode de distribution des revenus de la société à son manager n'est pas particulièrement avantageux. Il est néanmoins souvent indispensable, compte tenu des limites propres aux autres techniques de redistribution des revenus. Les tantîèmes présentent en tout cas l'avantage d'être déductibles dans le chef de la société pendant l'exercice qui précède celui au cours duquel l'assemblée générale de la société décide de les attribuer. Dans le chef du bénéficiaire, la taxation a lieu au cours de cet exercice (112).

**33. Prêt consenti à la société de management.** Le manager peut consentir un prêt à sa société, les intérêts constituant sa rémunération.

Cette opération, en principe, a le mérite de présenter un coût réduit pour la société de management car les intérêts des capitaux empruntés à des tiers et engagés dans l'exploitation constituent des frais professionnels qui sont donc déductibles (113).

(109) Voir supra.

(110) Article 48, 52, 3<sup>er</sup> et 195 du C.I.R. 92.

(111) Article 30 et 32 al. 2.1<sup>er</sup> du C.I.R. 92.

(112) Conformément à l'article 92 du Code des sociétés, les comptes annuels (dans lesquels sont repris les tantîèmes en ce qu'ils constituent une distribution de bénéfices) doivent être soumis à l'approbation de l'assemblée générale endossée les six mois de la clôture de l'exercice. Les tantîèmes n'obtenant leur caractère définitif qu'après approbation des comptes annuels par l'assemblée générale, leur intégration dans la base imposable du bénéficiaire ne se fait qu'au cours de l'exercice d'imposition suivant leur perception.

(113) Article 52, 2<sup>o</sup> du C.I.R. 92.

Toutefois, cette déductibilité de principe est limitée. Les intérêts constituent des frais professionnels à la condition que le taux du prêt ne dépasse pas celui du marché, compte tenu du risque lié à l'opération, notamment de la situation financière du débiteur et de la durée du prêt (114).

Dans le chef du manager, le paiement des intérêts est considéré comme revenu mobilier, qui fait l'objet d'un précompte libératoire de 15% (115).

Notamment, le code prévoit que les intérêts des avances octroyées par un dirigeant de l'entreprise (116) ou par une personne physique à une société dont elle possède des actions ou parts sont qualifiés de dividendes dans la mesure où ils excèdent (117) le taux du marché, déterminé conformément aux critères indiqués ci-dessus. Il en va de même lorsque le montant total des sommes productives d'intérêts excède la somme des réserves taxées au début de la période imposable et du capital libéré à la fin de cette période. Cette requalification des intérêts en dividendes entraîne deux conséquences.

D'une part, le taux d'imposition augmente dans le chef du manager. Les dividendes sont également frappés du précompte mobilier libératoire mais à un taux de 25% (118).

D'autre part, la requalification des intérêts en dividendes peut avoir des répercussions sur le taux de l'impôt des sociétés. En effet, l'une des conditions du taux réduit de l'impôt des sociétés est que la société ne distribue pas de dividendes pour un montant supérieur à 1% du capital libéré au début de la période imposable (119). La requalification des intérêts peut avoir pour conséquence de faire dépasser ce seuil.

Quelle que soit la qualification finalement retenue, intérêt ou dividende, aucune cotisation sociale n'est due.

**34. Paiement d'un loyer par la société de management.** La société de management peut également prendre en location un bien appartenant au manager.

Les loyers, charges locatives et le précompte immobilier sont entièrement déductibles pour la société (120). Pour le bailleur, ces revenus sont immobiliers et déterminés conformément à l'article 7 §1.2° c du C.I.R. 92. Ils sont globalisés avec les autres revenus du dirigeant et taxés au taux progressif de l'impôt des personnes physiques.

(114) Article 55 du C.I.R. 92.

(115) Article 269 al.1° du C.I.R. 92.

(116) Tel que défini par l'article 32 du C.I.R. 92.

(117) Article 18 du C.I.R. 92.

(118) Article 269 al.1.2° du C.I.R. 92.

(119) Article 215 du C.I.R. 92.

(120) Article 49 et 52 du C.I.R. 92.

Toutefois, le bailleur étant dirigeant ou actionnaire de la société qui loue le bien, une partie des montants reçus au titre de loyers et avantages locatifs peut être requalifiée en rémunération.

Est requalifiée en rémunération et donc en revenus professionnels, la partie qui excède les cinq tiers du revenu cadastral, revalorisé en fonction d'un coefficient fixé par arrêté royal (121).

Théoriquement, cette requalification ne concerne que le contrat de bail. Est-il concevable de conserver l'avantage en organisant autrement les relations des parties, et en accordant par exemple une sous-location, ou encore un droit d'emphytéose, de superficie ou d'usufruit ?

Ici non plus, aucune cotisation sociale n'est due pour la partie du loyer qualifiée de revenu immobilier.

**35. Avantages de toute nature.** Par avantage de toute nature, on se réfère aux avantages qu'obtient un travailleur en raison ou à l'occasion de son activité professionnelle.

Relèvent notamment de cette catégorie la voiture de société utilisée dans la sphère privée, le paiement des cotisations sociales de l'indépendant, le paiement des primes d'une assurance-hospitalisation, etc.

Ces avantages sont qualifiés de rémunérations pour le manager (122). Dès lors, il est contraint de payer des cotisations sociales et ces avantages sont soumis au taux progressif de l'impôt des personnes physiques. En ce qui le concerne, la technique n'est pas fiscalement intéressante.

Quant à la société de management, ces avantages étant considérés comme des rémunérations, ils sont entièrement déductibles (123). La charge fiscale est réduite.

Cette technique de distribution des revenus est souvent indispensable. En effet, pour pouvoir bénéficier du taux réduit à l'impôt des sociétés, la société de management est contrainte de verser à au moins l'un de ses dirigeants des rémunérations d'au moins 24.500 euros à charge de la période imposable (124). Cette règle était appelée "règle du million" à l'époque du franc belge.

(121) Article 32 al.3° du C.I.R. 92.

(122) Article 30 et 32 al.2° du C.I.R. 92.

(123) Article 49, 52.3° et 195 du C.I.R. 92.

(124) Article 215 du C.I.R. 92.

## B. Les risques fiscaux

## I. LA SIMULATION

36. Confrontée aux efforts des contribuables en vue d'échapper ou d'amoindrir leur charge fiscale, l'Administration a fait appel à la théorie de la simulation.

Il s'agissait pour elle d'écarter les actes posés dans des buts exclusivement fiscaux en prétextant qu'ils sont simulés, ce qui serait constitutif de fraude fiscale (125).

37. Cette théorie n'a pas de contenu propre en droit fiscal (126). Elle est empruntée au droit civil, dont la théorie classique la définit comme suit :

*"Il y a simulation lorsque les parties font un acte apparent dont elles conviennent de modifier ou détruire les effets par une autre convention, demeurée secrète. La simulation suppose donc deux conventions, contemporaines l'une de l'autre, mais dont l'une n'est destinée qu'à donner le change. Il n'existe au fond qu'une convention réelle, la convention secrète. La convention apparente s'appelle acte ostensible; la convention secrète s'appelle contre-lettre" (127).*

A contrario, il n'y a pas simulation :

*"lorsque les parties pour atteindre un résultat déterminé, font une convention dont l'effet principal n'est pas celui qu'elles ont visé, du moment qu'elles acceptent les diverses conséquences que cette convention entraîne" (128).*

38. La Cour suprême a exprimé sa doctrine, constante depuis lors (129), dans un attendu devenu fameux de l'arrêt Brepols (130):

*"Il n'y a ni simulation prohibée à l'égard du fisc, ni, partant, fraude fiscale, lorsque, en vue de bénéficier d'un régime fiscal plus favorable, les parties usant de la liberté des conventions, sans toutefois violer aucune obligation légale, établissent des actions dont elles acceptent toutes les conséquences, même si la forme qu'elles leur donnent n'est pas la plus normale".*

(125) Cass., 6 juin 1961, Pas., I, p. 1082.

(126) KIRKPATRICK, J., "L'opposabilité au fisc des conventions illicites non simulées", J.T., 2000, p. 194; MALHERBE, J., AFSCHRIFT, I, DE ROECK, A., ROMBOUTS, A., LAWTON, A., "Requalification of transactions for tax purposes under the section 344(f) of the Belgian Income tax code-Potential application to coordination centers", Interact., 1994, p. 381.

(127) DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruylant, Bruxelles, 1940, T.II, n° 618.

(128) *Ibidem*, n° 619.

(129) Cass., 19 octobre 1965, Pas., 1966, I, p. 231; Cass., 22 mars 1990, Pas., I, n° 440.

(130) Cass., 6 juin 1961, Pas., I, p. 1082; Cass., 5 septembre 1961, Pas., 1962, I, p. 29; Cass., 14 avril 1964, Pas., I, p. 875; Cass., 9 mars 1965, *Revue fiscale*, 1965, p. 316; Cass., 19 octobre 1965, Pas., 1966, I, p. 231.

Par cet arrêt important, la Cour consacrait le droit légitime qu'ont les contribuables de chercher à éviter l'impôt. Elle estime que ce faisant, ils ne font qu'user de la liberté des conventions et ne violent aucune obligation légale (131).

Ce droit peut être poursuivi par tous moyens, pourvu que :

- aucune forme légale ne soit violée;
- les contribuables assument l'entiereté des conséquences des actes qu'ils posent en vue d'alléger leur charge fiscale.

39. Naturellement, la charge de la preuve incombe à l'administration qui doit démontrer que les parties n'acceptent pas toutes les conséquences des conventions conclues (132).

40. La charge de cette preuve pouvant parfois être très lourde, le fisc a tenté de contourner la difficulté en déclarant simulés les actes qui ne correspondent pas à la réalité économique.

Elle pensait trouver dans l'arrêt INES la consécration de son argumentation (133).

Cette théorie, également critiquée par la doctrine en ce qu'elle rajoutait un élément à la simulation que ne connaissait pas le droit civil (134), a été formellement rejetée par la Cour de cassation (135), estimant que :

*"qu'aucune disposition légale ne permet au juge de faire prévaloir une réalité économique qui serait différente de la réalité des conventions conclues sans simulation par les parties et dont elles ont accepté tous les effets".*

41. Dans le cadre des sociétés de management, le risque réside dans la possibilité qu'à l'Administration de prouver que le contrat de management simule un contrat de travail.

En ce cas, les dispositions en matières de précompte professionnel, de fiches et relevés n'auraient évidemment pas été respectées par la société gérée. Ce qui entraînerait pour elle une sanction, fixée par l'article 219 du C.I.R.92, à une cotisation distincte de 309% des rémunérations qui auraient dû faire l'objet de ces fiches et relevés.

(131) KIRKPATRICK, J., op. cit. p. 194.

(132) *Cand.* 28 février 1991, J.T., 1991, p. 181; *Anvers*, 21 juin 1993, *Act. Fisc.*, 1993, n° 37, p. 3.

(133) Cass., 19 octobre 1965, Pas., I, p. 231.

(134) KIRKPATRICK, J., "Examen de jurisprudence. Les impôts sur les revenus et les sociétés", 1968-1982, *R.C.J.*, 1984, p. 702.

(135) VANSTENDAELE, F., "De werkelijkheid in het belastingrecht", in *Libor Aniorum f. Dumon*, p. 1069.

(135) Cass., 27 février 1987, Pas., I, p. 777; Cass., 29 janvier 1988, Pas., I, p. 633; Cass., 22 mars 1990, Pas., I, p. 849.

Le manager quant à lui serait en droit de réclamer le remboursement des cotisations sociales qu'il aurait versées à titre d'indépendant (136).

## 2. LA REQUALIFICATION SUR PIED DE L'ARTICLE 344§1 DU C.I.R.92

42. "N'est pas opposable à l'Administration des contributions directes, la qualification juridique donnée par les parties à un acte ainsi qu'à des actes distincts réalisant une même opération lorsque l'Administration constate, par présomptions ou par d'autres moyens de preuve visés à l'article 340, que cette qualification a pour but d'éviter l'impôt, à moins que le contribuable ne prouve que cette qualification réponde à des besoins légitimes de caractère financier ou économique".

43. Cette disposition, que l'on qualifie souvent de mesure "anti-abus" est une conséquence de la condamnation, par la Cour de cassation, de la théorie de la réalité économique.

L'Administration était placée dans l'impossibilité d'écarter les actes exclusivement motivés par des buts fiscaux s'ils n'étaient pas simulés, c'est-à-dire si les parties en assumaient toutes les conséquences.

Le législateur est venu à son secours par une loi du 22 juillet 1993 (137), malgré les objections qu'avait pourtant fait valoir le Conseil d'Etat (138).

44. Pour pouvoir rejeter une qualification juridique, choisie par les parties, il faut qu'au moins une autre qualification soit envisageable. Mais en outre, il faut que cette nouvelle qualification produise exactement les mêmes effets juridiques (139).

Les cas susceptibles de répondre à ces conditions sont rares (140).

De plus, il incombe à l'administration de démontrer que le choix pratiqué par les parties était guidé par leur intention d'éluider tout ou partie de l'impôt (141). Pour ce faire, elle peut recourir à tous moyens de droit, exception faite du serment (142).

Si elle y parvient, un renversement de la charge de la preuve s'opère. Désormais, il incombe au contribuable de prouver que cette qualification juridique répond également à des besoins légitimes d'ordre économique ou financier.

(136) LAMBERT DE ROUVROIT, N., "La société de management", Les dossiers pratiques de fiscalité, 1998, n°98-28, p.20.

(137) P.B., 26 juillet 1993, p.17350.

(138) Le conseil d'Etat estimait notamment que cette mesure portait atteinte à la liberté de choisir la voie la moins imposée. Or celle-ci "se justifie encore par la nécessité de la sécurité juridique qui requiert que tout contribuable se trouve en mesure de prévoir les conséquences fiscales de ses actes", Doc.Parl., Sénat, session 1992-1993, n°762-1, p.81.

(139) VANDESTRATEEN, A., "Acquisition d'actions propres-L'administration requiert elle ou invoque la simulation", Act. Fisc., 1999, n°42, p.2; ELOY, Ph., "Que penser de la disposition anti-abus de droit", Act.Fisc., 1994, 314.

(140) Rapport de la Commission des Finances du Sénat, Doc.Parl., Sénat, session 1992-1993, n°762-2, p.27.

(141) AFSCHEFFET, T., "L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique", Larcier, Bruxelles, 1994, p.171.

(142) Doc.Parl., Sénat, n°762-2, Session 1992-1993, p.44.

Soul la recherche d'un but exclusivement fiscal est donc visée par la loi (143).

En tout état de cause, il faut insister sur le fait que seule la qualification juridique peut être déclarée inopposable. L'acte en lui-même ne peut, en aucun cas, être rejeté (144).

Le risque qu'encourt le contribuable en cas de requalification consiste en un accroissement d'impôt, conformément aux échelles en vigueur (145).

Une requalification n'entraîne pas la possibilité pour le fisc d'entrainer dans le délai spécial de 5 ans prévu par l'article 354 du C.I.R.92. En effet, celui-ci suppose une violation d'une disposition légale, ce qui, par hypothèse, ne rentre pas dans le cadre de la disposition anti-abus. Le délai normal d'entrainement de trois ans reste donc d'application.

Le risque d'une requalification juridique paraît faible en ce qui concerne les sociétés de management. En effet, si le fisc souhaitait requalifier le contrat de management en contrat de travail, il ferait abstraction de l'acte de fondation de la société et du contrat liant celle-ci à la société gérée. En outre, on ne voit pas quelle qualification juridique l'Administration pourrait substituer (146). Cet aspect a d'ailleurs fait l'objet d'une question au Ministre de Finances, qui abonde dans le même sens (147).

## 3. LA DEDUCTIBILITE DES REMUNERATIONS DE LA SOCIETE DE MANAGEMENT

La question la plus importante pour la société gérée est évidemment de savoir si le prix des prestations de la société de management constitue une charge qu'elle peut déduire de sa base imposable.

Les rémunérations de la société de management sont examinées par l'Administration au regard de l'article 49 du C.I.R.92, traitant des frais professionnels.

"A titre de frais professionnels sont déductibles les frais que le contribuable a faits ou supportés pendant la période imposable en vue d'acquiescer ou de conserver les revenus imposables et dont il justifie la réalité et le montant au moyen de documents probants ou, quand cela n'est pas possible, par tous autres moyens de preuve admis par le droit commun, sauf le serment".

(143) Circulaire administrative C.I.D. 19453.895, Bul.Bel., 735/2.94, p.291.

(144) Rapport de la Commission des Finances du Sénat, op.cit. p.45.

(145) Art. 225 et 226 de l'Arrêté royal d'exécution du C.I.R.92.

(146) VAN CROMBRUGGE, S., "Les sociétés et la disposition anti-abus", Le Fiscaliste, 1998, n°654, p.5.

(147) Q.d.B., Sénat, 1997-1998, n°1-66, p.3406.



La rémunération des services de la société de management est donc déductible, moyennant le respect de certaines conditions:

- il faut que les frais aient été supportés en vue d'acquiescer ou conserver les revenus imposables.

Le respect de cette condition ne pose pas de problème dans le cadre du sujet de notre étude.

Les sociétés étant présumées n'avoir que des activités professionnelles, l'ensemble de leurs actes sont donc posés en vue d'acquiescer ou conserver des revenus professionnels. C'est une situation confortable par rapport aux personnes physiques au sujet desquelles il est toujours permis de se demander si les frais sont effectivement relatifs à l'activité professionnelle ou si, au contraire, ils ont été occasionnés à des fins privées (148).

De surcroît, l'objet du contrat de management porte sur la gestion d'une société, ce qui, incontestablement, est en lien direct avec l'exercice de son activité.

- il faut que le contribuable, la société gérée, soit en mesure de justifier, par des documents probants, lorsque c'est possible, tant la réalité que le montant des frais dont il réclame la déduction. La charge de la preuve réside sur ses épaules.

Il faut donc que la société gérée veille dans le courant de l'exécution du contrat à se ménager des preuves.

Elle doit veiller à être en mesure de produire des documents attestant des prestations de la société de management. Elle doit également conserver les factures de la société de management (si nécessaire en exigeant), des preuves de paiement, etc.

Dans le rapport au Roi du 31 décembre 1996, on avertissait déjà que les sociétés de management feraient l'objet d'un contrôle particulièrement strict à cet égard. La vigilance est donc de mise.

L'un des écueils principaux en matière de frais réside dans l'article 53.10° du C.I.R.92. Celui-ci précise que ne constituent pas des frais professionnels, "tous frais dans la mesure où ils dépassent de manière déraisonnable les besoins professionnels". Il appartient à l'Administration de démontrer, dépense par dépense, ce caractère déraisonnable (149).

Le risque en la matière émane de l'imprécision du terme "déraisonnable". Les commentaires de l'Administration relatifs à cette disposition expliquent que (150):

- il y a une relation de proportion entre les frais déductibles et les activités professionnelles du contribuable.
- le caractère déraisonnable sera fixé, notamment, en ayant égard à la nature de la profession, ses caractéristiques propres, les conditions dans lesquelles elle est exercée et des revenus qu'elle procure au contribuable.
- il n'appartient pas aux fonctionnaires taxateurs de juger de l'opportunité de chaque dépense, ce qui impliquerait qu'ils s'immiscient directement dans la gestion des sociétés.
- certains frais sont exposés sans que l'on obtienne les résultats attendus. Cela ne constitue pas une raison suffisante pour les écarter (151).

Le raisonnement que tient l'Administration relève du *transfer pricing*. Les frais exposés par le contribuable sont confrontés à des points de comparaison tant externes qu'internes.

En interne, on va essentiellement chercher une proportion entre les frais, les revenus du contribuable et ses besoins.

En externe, il s'agit de comparer le prix facturé par la société de management avec la rémunération exigée par d'autres sociétés ayant le même type d'activités, fournissant le même type de prestations. La qualité, l'expérience, la réputation du manager entrent également en ligne de compte à cet égard.

Bien entendu, ces premiers critères restent fort imprécis et menacent la sécurité juridique.

La jurisprudence recèle bien de nombreux cas intéressants (152), mais ceux-ci ne suffisent néanmoins pas.

Afin d'éviter les risques, il est toujours loisible au contribuable de demander, anticipativement à l'imposition, l'avis du fonctionnaire compétent. Un accord à ce sujet peut d'ailleurs être conclu. Mais en pratique, est-il opportun de l'envisager ?

(150) Nous renvoyons également à cette référence pour la jurisprudence qui y est mentionnée. *Com. I.R.*, 5378-79.

(151) *Bruxelles*, 12 février 1993, *F.J.F.*, 1993, p.305.

(152) *Lige*, 26 octobre 1988, *F.J.F.*, 1988, p.396; *Mons*, 2 mars 1989, *F.J.F.*, 1989, p.190; *Anvers*, 26 novembre 1990, *R.C.F.*, 1991, p.204; *Anvers*, 27 mai 1992, *F.J.F.*, 1994, p.83; *Bruxelles*, 3 septembre 1993, *F.J.F.*, 1994, p.15; *Bruxelles*, 8 septembre 1994, *F.J.F.*, 1995, p.16.

(148) *ELOY M.*, "Conséquences fiscales du passage d'un cabinet d'un professionnel de la comptabilité en S.P.R.L.U.", *C&F*, 1994, novembre, p.42.

(149) *Anvers*, 2 janvier 1995, *F.J.F.*, 1995, p.122.

#### IV. CONCLUSIONS

La société de management est-elle victime de son succès ? Quelques échecs retentissants, - celui notamment de Monsieur LEEKENS, - la volonté de sévérité affichée par le Ministère des Finances ne doivent pas masquer les avantages importants qu'elle réserve à ceux qui l'utilisent avec prudence et précaution.

Est-il possible de formuler deux recommandations ?

D'abord, la personnalité juridique distincte de la société de management et de ses dirigeants doit toujours être respectée. S'il se conduit comme s'il était personnellement en charge de missions confiées à la société de management, le principal actionnaire ou le plus haut dirigeant de celle-ci courra quelques risques. Un comportement inadéquat permettra à l'administration fiscale ou à l'ONSS d'invoquer très vite la simulation, et d'en tirer les conséquences.

Ensuite, le recours à une société de management ne doit jamais avoir pour conséquence de porter atteinte à l'organisation légale ou statutaire de la gestion ou de la représentation de la société gérée. Une contravention à ces règles peut avoir des conséquences fâcheuses, non seulement pour la société de management et son dirigeant, mais aussi pour l'ensemble des administrateurs de la société gérée.