

LIGNES DIRECTRICES EXTERNES POUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 62 DE LA LOI BANCAIRE

TYPES DE LIMITATIONS EN MATIERE DE CUMUL - STRUCTURE DE L'ARTICLE 62

Les limitations légales en matière de cumul formulées à l'article 62 de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse (ci-après la « loi bancaire ») peuvent être réparties en deux catégories, à savoir :

- d'une part, les limitations qualitatives : voir l'article 62, § 4, § 5, première phrase, et § 6, première phrase, de la loi bancaire ;
- d'autre part, les limitations quantitatives : voir le principe global à l'article 62, § 1^{er}, et son développement à l'article 62, § 5, deuxième phrase, § 6, deuxième phrase, *juncto* article 62, §§ 7 et 9.

Conformément à l'article 62, § 3, de la loi bancaire, chaque établissement de crédit est tenu d'établir une politique interne en matière de fonctions extérieures. Cette politique peut prévoir des dispositions tant qualitatives que quantitatives.

En ce qui concerne les compagnies financières (mixtes) et les succursales de pays tiers, les articles 212 et 335, 3°, de la loi bancaire comportent des références à l'article 62 précité.

CHAMP D'APPLICATION

Le champ d'application diffère selon qu'il s'agit de limitations de cumul d'ordre qualitatif ou quantitatif. Le champ d'application des limitations quantitatives est plus restreint que celui des limitations qualitatives. Les points qui suivent précisent le champ d'application de chacune des deux catégories à l'aune des quatre critères suivants :

- 1) Quels mandats extérieurs ?
- 2) Dans quelles entités ?
- 3) Exercés par qui ?
- 4) Établissement de crédit ou compagnie financière (mixte) d'importance significative ou non ?

A. LIMITATIONS QUALITATIVES

- 1) les mandats extérieurs d'administrateur ou de gérant ou la participation à l'administration ou à la gestion, que ce soit ou non comme représentant de l'établissement de crédit ou de la compagnie financière (mixte),
- 2) ... au sein d'une société commerciale ou à forme commerciale, d'une entreprise d'une autre forme de droit belge ou étranger ou d'une institution publique belge ou étrangère ayant une activité industrielle, commerciale ou financière
 - ➔ les associations tombent en dehors du champ d'application ;
 - ➔ la notion d'« entreprise » suppose un but lucratif,
- 3) ... exercés par des membres des organes de l'établissement de crédit ou de la compagnie financière (mixte), ainsi que par toutes personnes qui, sous quelque dénomination et en quelque qualité que ce soit, prennent part à l'administration ou à la gestion,
- 4) ... que l'établissement de crédit ou la compagnie financière (mixte) soit ou non d'importance significative.

B. LIMITATIONS QUANTITATIVES

- 1) les mandats extérieurs d'administrateur ou de gérant ou la participation à l'administration ou à la gestion, que ce soit ou non comme représentant de l'établissement de crédit ou de la compagnie financière (mixte),
- 2) ... au sein de sociétés commerciales,
- 3) ... exercés par les membres de l'organe légal d'administration qui ne sont pas membres du comité de direction de l'établissement de crédit (article 62, § 5, de la loi bancaire) et les membres du comité de direction ou, en l'absence de comité de direction, de la direction effective de l'établissement de crédit ou de la compagnie financière (mixte) ou de la succursale d'un pays tiers (article 62, § 6, article 212 et article 335, 3°, de la loi bancaire), à l'exception des mandats de représentation d'un État membre,
- 4) ... dans le chef d'un établissement de crédit ou d'une compagnie financière (mixte) d'importance significative.

Si, au sein d'un même groupe, un administrateur exerce un mandat tant dans un établissement d'importance significative (établissement de crédit ou compagnie financière [mixte]) que dans un établissement d'importance non significative (établissement de crédit ou compagnie financière [mixte]), il se peut que le cumul de mandats extérieurs ne soit pas autorisé du premier point de vue en raison de l'applicabilité des limitations quantitatives prévues par l'article 62 de la loi bancaire, mais soit admissible du second point de vue dans la mesure où les limitations quantitatives ne s'appliquent cette fois pas. Dans ce cas, la personne est soumise au point de vue le plus strict.

CHAMP D'APPLICATION DES LIMITATIONS QUALITATIVES

- Les mandataires sociaux nommés sur présentation de l'établissement de crédit doivent être des membres du comité de direction de l'établissement ou des personnes désignées par le comité de direction (article 62, § 4, de la loi bancaire).
- Les membres de l'organe légal d'administration qui ne sont pas membres du comité de direction de l'établissement ne peuvent être administrateur d'une société dans laquelle l'établissement détient une participation que s'ils ne participent pas à la gestion courante de cette société (article 62, § 5, 1^{re} phrase, de la loi bancaire).
- Les membres du comité de direction ou, en l'absence de comité de direction, les personnes qui participent à la direction effective de l'établissement ne peuvent exercer un mandat comportant une participation à la gestion courante que dans les cas énumérés de manière limitative par la loi (article 62, § 6, de la loi bancaire).

Ce qui précède vaut également pour les compagnies financières (mixtes) et pour les succursales de pays tiers (articles 212 et 335, 3°, de la loi bancaire).

Ces limitations qualitatives, telles qu'elles figuraient dans la loi du 22 mars 1993, ont été précisées par la circulaire en matière de fonctions extérieures du 13 novembre 2006.

CHAMP D'APPLICATION DES LIMITATIONS QUANTITATIVES

A. REGLES DE BASE

- La loi bancaire comporte deux maximums quantitatifs : 1 mandat exécutif et 2 mandats non exécutifs OU 4 mandats non exécutifs.
- Ces maximums ne constituent toutefois pas un droit. La BNB peut, en sa qualité de contrôleur prudentiel, imposer un nombre de mandats moindre sur la base du principe du temps nécessaire à consacrer aux mandats respectifs.
- Tous les mandats au sein d'un même groupe comptent comme un seul mandat. Pour l'interprétation concrète de la notion de « groupe », cf. ci-dessous.

- La BNB peut, par dérogation, autoriser un mandat non exécutif supplémentaire. Il incombe à l'établissement qui souhaiterait faire usage de cette possibilité de soumettre à cette fin à la BNB un dossier documenté. La BNB l'analysera et l'évaluera sous l'angle du temps nécessaire à consacrer aux mandats respectifs.

B. NOTION DE GROUPE ET PRIVILEGE DE DECOMPTE

Aux fins de l'application des limitations quantitatives en matière de cumul, l'exercice de plusieurs mandats, impliquant ou non une participation à la gestion courante, au sein d'entreprises appartenant au groupe dont fait partie l'établissement de crédit ou à un autre groupe, est considéré comme un seul mandat (article 62, § 9, alinéa 1^{er}, de la loi bancaire). L'effet de cette règle est qualifié dans le présent texte de « privilège de décompte ».

a) Définition du « groupe » – point de départ et champ d'application

- L'article 62, § 9, alinéa 2, de la loi bancaire, définit le « groupe » aux fins des différentes dispositions de l'article 62. Le groupe y est défini comme « un ensemble d'entreprises constitué par une entreprise mère, ses filiales, les entreprises dans lesquelles l'entreprise mère ou ses filiales détiennent une participation directe ou indirecte au sens de l'article 3, 26° de la présente loi, ainsi que des entreprises qui constituent un consortium et les entreprises contrôlées par ces dernières ou dans lesquelles elles détiennent une participation au sens de l'article 3, 26° de la présente loi ».
- Cette définition permet de déduire que le terme « groupe » peut porter tant sur une constellation inférieure (de l'entreprise mère vers ses filiales), que sur une constellation latérale (dans le cas d'un consortium). Ces constellations incluent toutes deux les participations.
- Dans le cas d'une constellation inférieure, le point de départ culminant du groupe dont fait partie l'établissement de crédit en tant que tel est l'entité qui constitue le point de départ de la situation consolidée prudentielle au niveau de l'EEE¹. L'on peut se référer à cet égard aux définitions figurant à l'article 164, § 2, 3°, 4°, 6°, 7°, 9° et 10° de la loi bancaire.
- La portée, dans le cas d'une constellation inférieure, est basée sur la consolidation comptable. La définition ci-dessus du « groupe » appelle en effet à son tour une série de notions qui sont précisées à l'article 3, 26°, de la loi bancaire, à savoir les notions d'« entreprise mère », de « filiale » et de « participation ». Cet article définit également la notion de « contrôle », nécessaire pour les notions d'« entreprise mère » et de « filiale ». L'article 3, 26°, de la loi bancaire, définit enfin la notion des « entreprises liées », qui mène à la définition du « consortium ». Il y a par ailleurs une référence aux définitions générales en droit des sociétés figurant dans les arrêtés d'exécution de l'article 106, § 1^{er}, de la loi bancaire (arrêtés royaux du 23 septembre 1992 relatifs aux comptes annuels et comptes consolidés des établissements de crédit).

b) Types de groupes pouvant bénéficier du privilège de décompte

- Contrairement à la situation antérieure², l'article 62, § 9, alinéa 1^{er}, de la loi bancaire vise tous les groupes, c'est-à-dire le groupe dont fait partie l'établissement de crédit en tant que tel ainsi que d'autres groupes.

¹ Voir les commentaires concernant l'amendement à l'article 62 du 21 mars 2014.

² L'article 62, § 9, alinéa 1^{er}, a été modifié par la loi du 18 décembre 2015. Avant cette date, le champ d'application se limitait au groupe dont faisait partie l'établissement de crédit et aux « groupes dont une entreprise avait un lien étroit avec l'établissement de crédit ou son entreprise mère ».

c) Modalités du décompte

- Un seul mandat impliquant une participation à la gestion courante a pour conséquence que l'ensemble des mandats exercés dans des entreprises ou entités faisant partie de ce groupe sont bien considérés comme un seul mandat, celui-ci impliquant alors une participation à la gestion courante³. En d'autres termes, s'il y a une combinaison de mandats exécutifs et de mandats non exécutifs, c'est le mandat exécutif qui pèse le plus lourd. Un mandat exécutif exige en effet du mandataire qu'il y consacre davantage de temps.
- Il se peut que d'un seul et même point de vue (c'est-à-dire dans un seul établissement de crédit), un administrateur invoque plusieurs privilèges de décompte. Dans ce cas, les différents privilèges de décompte doivent être considérés séparément, et ne sont donc pas considérés comme un seul et même mandat.

d) Application au niveau de la compagnie financière

- L'article 212 de la loi bancaire comporte les dispositions en matière de gouvernance qui ont une incidence directe sur la personnalité juridique de la compagnie financière (mixte). En ce qui concerne l'article 62 de la loi bancaire, l'article 212 renvoie à « [l'article] 62, §§ 1^{er} à 4, § 5, première phrase, et §§ 6 à 9, etc. ». Les administrateurs exécutifs de ces compagnies financières, à qui les limitations de cumul s'appliquent (par opposition aux administrateurs non exécutifs, auxquels les limitations cumulatives ne s'appliquent pas), peuvent dès lors également bénéficier du privilège de décompte lorsqu'ils exercent plusieurs mandats au sein d'un groupe.

C. SOCIETES PATRIMONIALES

- Seuls les mandats dans des sociétés patrimoniales pouvant être qualifiées de sociétés commerciales doivent être pris en compte. Ceci est en conformité avec l'article 91, paragraphe 5, de la directive CRD IV, qui prévoit que les fonctions au sein d'organes de direction d'organisations qui ne poursuivent pas d'objectifs principalement commerciaux n'entrent pas en ligne de compte aux fins de l'application des limitations quantitatives en matière de cumul (« décompte nul »). Les principes généraux en droit des sociétés trouvent à s'appliquer : la qualification de société commerciale dépend de la définition de l'objet de la société dans les statuts tel qu'analysé à la lumière des actes de commerce définis à l'article 2 du Code de commerce. L'article 62, § 9, dernier alinéa, de la loi bancaire renvoie d'ailleurs explicitement aux statuts.
- En ce sens, les sociétés patrimoniales dont l'objet se limite à la gestion purement normale du patrimoine familial tombent en dehors du champ d'application des limitations quantitatives en matière de cumul.
- L'établissement doit requérir de ses (candidats) administrateurs toutes les informations nécessaires pour être en mesure de vérifier si la société où le mandat extérieur est exercé constitue une société commerciale.

D. SOCIETES DE GESTION

- Principe de transparence : une société de gestion ne peut pas être utilisée pour contourner le décompte des mandats dans le chef d'une personne physique. Ainsi, un mandat au sein d'une société de gestion commerciale ne peut pas couvrir plusieurs mandats pour lesquels la personne physique agit en qualité de représentant permanent de la société de gestion.
- Pour l'application des limitations quantitatives prévues à l'article 62 de la loi bancaire, la BNB prendra en compte tous les mandats pour lesquels la personne physique agit en qualité de représentant permanent d'une société de gestion.
- En revanche, le mandat au sein de la société de gestion en tant que telle ne doit pas être pris en compte si l'unique objet de la société de gestion est d'exercer des mandats d'administrateur, et ce afin d'éviter un « double décompte » de mandats.

³ Voir les commentaires concernant l'amendement à l'article 62 du 21 mars 2014.

E. L'EXCEPTION D'UN SEUL MANDAT NON EXECUTIF SUPPLEMENTAIRE

- Dans des cas individuels, l'autorité de contrôle peut accorder une dérogation au nombre de mandats maximum prévus aux paragraphes 5 et 6 de l'article 62 de la loi bancaire, en autorisant la possibilité d'exercer un mandat supplémentaire n'impliquant pas une participation à la gestion courante (article 62, § 7, de la loi bancaire).
- L'autorité de contrôle tient l'Autorité bancaire européenne régulièrement informée de l'usage qu'elle fait de ce pouvoir de dérogation.
- La BNB ne permettra de telles dérogations qu'exceptionnellement et uniquement si l'établissement / l'intéressé est en mesure d'étayer la dérogation sur la base du temps nécessaire à consacrer au mandat au sein de l'établissement de crédit / de la compagnie financière (mixte) / de la succursale d'un pays tiers.