

Le comité de direction à l'épreuve du temps

Mémoire réalisé par
Tanguy Boland

Promoteur
Yves De Cordt

Année académique 2017-2018
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

INTRODUCTION

À l'heure où le droit des sociétés connaît l'une des plus importantes réformes qu'il ait vécues à ce jour, nous trouvons plus opportun que jamais de revenir sur une question qui n'a eu de cesse d'agiter les esprits durant ces dernières années : la gouvernance des sociétés anonymes. Question des plus capitales s'il en est pour les plus grandes de nos sociétés qui font face à un dilemme : monisme ou dualisme ? Quelle est la meilleure forme de gouvernance ?

Répondre à cette question est éminemment compliqué¹ et nous ne prétendons pas pouvoir y apporter une réponse scientifique qui serait valable pour toute société, en toute situation. Les deux systèmes ont évidemment leurs avantages et leurs inconvénients². D'ailleurs, à Xavier Dieux de dire : « Si une vérité existait en matière de corporate governance, particulièrement lorsqu'il s'agit d'identifier la meilleure structure d'administration possible de la société anonyme, cela se saurait »³. Cependant, nous pensons qu'il est plus que temps d'élever ce débat qui selon nous cache une problématique bien plus fondamentale : le but ultime derrière ce choix. Chaque société doit sans cesse améliorer sa gouvernance. Bien que cela puisse parfois être assez couteux en temps ou en argent, ce n'est que bien gouvernée qu'une société peut pleinement s'épanouir dans la vie économique. Son investissement en sera alors décuplé.

Étant donné que l'image des sociétés est de plus en plus en ligne de mire, les entreprises ne peuvent plus se reposer sur leurs lauriers. Les scandales financiers récents ont levé le voile sur toute une série de pratiques devenues inadmissibles dans le contexte actuel. Elles sont invitées à se réinventer afin de tendre vers un idéal plus juste. Bien que ce projet puisse paraître un tant soit peu utopique, il n'en reste pas moins que la gouvernance se doit d'être plus efficace, plus juste et surtout plus transparente. Cet idéal est absolument indissociable d'une bonne gestion et une entreprise vertueuse aura tout à y gagner.

¹ C. JUNGSMANN, « The Effectiveness of Corporate Governance in One-Tier and Two-Tier Board Systems – Evidence from the UK and Germany », *European Company and Financial Law Review*, n°3(4), 2006, p. 448.

² S. PEIJ et M. BRANDJES, « Onbekend maakt onbemind: De one-tier board bij royal dutch shell – geleerde lessen », *Goed Bestuur*, n°3, 2012, p. 26.

³ X. DIEUX, « Respons : à la recherche de la cohérence », *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht : zoeken naar oplossingen voor de 21^{ste} eeuw*, Kalmthout, Biblo, 1999, p. 509.

Au cours de cette contribution, nous commencerons par développer brièvement les différents modèles qui peuvent se présenter lorsqu'on a trait à la direction des sociétés anonymes. Le monisme, le dualisme, mais aussi la voie médiane (chapitre I).

Dans un second temps, nous analyserons de manière plus détaillée l'origine et les évolutions qu'a connues le comité de direction dans notre pays. La Belgique, depuis ses origines, a toujours été une grande fanatique du monisme, allant même jusqu'à ne rien prévoir d'autre. Nous verrons cependant que cette position n'était plus tenable et que les choses ont été adaptées, dans la pratique d'abord, dans la législation ensuite (chapitre II).

Nous poursuivrons avec une analyse de droit comparé afin de nous rendre compte de ce qui se fait chez nos voisins, notamment l'Allemagne, les Pays-Bas, la France et l'Angleterre. De par un coup d'œil dans la direction de ces différents ordres juridiques, nous aurons un aperçu relativement complet de ce qui peut se présenter (chapitre III).

Enfin, nous terminerons par une ouverture sur ce que nous pensons être le réel problème derrière ces discussions relatives à la gouvernance : la compétence des dirigeants (chapitre IV).

CHAPITRE I : LA DIRECTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME – DIFFÉRENTS MODÈLES

Commençons par une brève introduction de ce que sont les différents modes de gestion qui peuvent se présenter au sein des sociétés anonymes. On relève généralement trois grands types dans lesquels on peut faire rentrer pratiquement tous les modèles de gouvernance : les modèles monistes (section 1), dualistes (section 2) et enfin ceux qui ne sont ni l'un ni l'autre, mais les deux à la fois (section 3).

SECTION 1. LE SYSTÈME MONISTE

Le §1^{er} de l'article 522 du code des sociétés pose que « Le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société, à l'exception de ceux que la loi réserve à l'assemblée générale ». Le conseil d'administration est donc investi de la compétence résiduaire et est habilité à poser tous les actes de gestion. Tel est donc le cas dans les systèmes monistes qui, comme leur nom l'indique, ne comportent qu'un seul organe de gestion.

Cependant, tout administrateur investi de cette fonction se rend rapidement compte que cela représente une tâche assez lourde. En effet, plus qu'une habilitation, le conseil d'administration est en quelque sorte tenu de gérer seul la société. Il se doit de prendre toutes les décisions qui se présentent, que ce soit à court ou à long terme. Il doit, seul, faire en sorte d'administrer la société au jour le jour tout en la menant dans une bonne direction pour son développement futur.

Afin de l'aider dans cette lourde responsabilité, il est permis qu'une délégation puisse être opérée au profit d'un délégué à la gestion journalière⁴. Ce dernier, ou ces derniers étant donné qu'ils peuvent être plusieurs, auront donc pour mission d'aider le conseil d'administration à gérer la société, à prendre les décisions qui s'imposent et à poser toutes sortes d'actes. Si cela peut sembler solutionner le « problème », il convient de rester très attentif à ce

⁴ K. GEENS et M. WYCKAERT, *Verenigingen en vennootschappen, deel 2, De vennootschap, A. Algemeen deel* (Beginselen van Belgisch privaatrecht 4), Mechelen, Kluwer, 2011, p. 480.

qui se cache réellement derrière cette notion de gestion journalière et ce qui peut donc véritablement être délégué à ces personnes. En effet, bien que les choses puissent paraître simples, la pratique est tout autre⁵. Le code des sociétés utilise la notion de « gestion journalière » sans prendre la peine de définir ce qu'elle renferme⁶. N. Somers précisait à ce propos que « savoir quels actes relèvent de la gestion journalière de la société est une question de fait qui doit être appréciée en tenant compte de toutes les circonstances »⁷. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation avaient précisé que seuls les actes urgents et présentant un intérêt mineur pouvaient être pris par le délégué à la gestion journalière⁸. Il fallait donc impérativement remplir ces conditions cumulatives ce qui restreignait très fort la compétence dudit délégué. Notons que le projet de Code des sociétés et des associations vient revoir la position en la matière et pose que pourront dorénavant relever de la gestion journalière tant les actes urgents que ceux qui présentent un intérêt mineur⁹. Les conditions ne seront donc à priori plus cumulatives ce qui est une très bonne nouvelle pour les sociétés, car il faut bien reconnaître que la position de la Cour de cassation était difficilement tenable¹⁰.

SECTION 2. LE SYSTÈME DUALISTE

L'autre extrême en matière de direction des sociétés anonymes est incarné par le système bicéphale. Là où le premier modèle plaçait tout le pouvoir entre les mains d'un conseil

⁵ V. SIMONART, « Le conseil d'administration de la société anonyme et ses comités », *J.T.*, 2011/11, n° 6429, p. 220. Pour une analyse détaillée en ce qui concerne la gestion journalière de la société anonyme, nous renvoyons à la très pertinente et actuelle contribution de Nele Somers. Voir : N. SOMERS, *Dagelijks bestuur in de NV*, Antwerpen, Intersentia, 2017.

⁶ N. SOMERS, *op. cit.*, p. 91.

⁷ *Ibidem*, p. 91, traduit par nous.

⁸ Pour une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour de cassation à cet égard, nous renvoyons à la contribution de N. SOMERS, *op. cit.*, aux pages 97 à 108.

⁹ Article 5:58 du Code des sociétés et des associations : « La gestion journalière comprend aussi bien les actes et les décisions qui n'excèdent pas les besoins de la vie quotidienne de la société que les actes et les décisions qui, soit en raison de leur intérêt mineur, soit en raison de leur caractère urgent, ne justifient pas l'intervention de l'organe d'administration ».

¹⁰ J. MAEIJER, « Corporate governance in België en in Nederland », *T.P.R.*, 2004, n° 1, p. 483.

d'administration unique, le second met en œuvre deux organes aux rôles bien particuliers et clairement définis.

Dans un premier temps, un comité de direction est mis en place et est investi de la fonction de direction de la société à proprement parler. C'est à lui que revient notamment la prise de toutes les décisions opérationnelles et tout ce qui en découle sans toutefois que cela puisse mener le comité à être investi de la définition de la politique générale de la société¹¹.

Vient ensuite à ses côtés un second organe : le conseil de surveillance. Comme son nom l'indique, cet organe est chargé de surveiller et de contrôler ce que fait le comité de direction¹². Cela permet d'avoir un réel regard sur la manière dont la société est gérée, ce qui a le mérite de permettre à celle-ci de tendre vers une gestion plus idéale.

En règle générale, dans un véritable dualisme, les fonctions de l'un et l'autre comité sont sensées être incompatibles afin d'éviter toute interférence du premier sur le second. Plus que la stricte incompatibilité des fonctions, il convient d'avoir une frontière étanche entre les deux organes au risque de mettre en péril le bénéfice de la surveillance. Ainsi, le conseil de surveillance ne peut interférer en rien sur la gestion de la société et doit laisser cette tâche à celui qui en assume la responsabilité¹³.

Rappelons que celle qui fut qualifiée de 5^{ème} directive tenta d'imposer le dualisme en Europe pour toutes les sociétés. Cela aurait sans conteste eu le mérite de mettre fin à l'insécurité juridique en harmonisant les choses. Ce projet n'a cependant pas pu être mené à bien et a dû être avorté¹⁴.

¹¹ En ce qui concerne le droit belge, nous retrouvons cela à l'article 524*bis* du code des sociétés.

¹² P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « Surveillance du comité de direction. », *Rép. not.*, Tome XII, Le droit commercial et économique, Livre 3/1, La société anonyme. Première partie : Constitution et fonctionnement, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 406 à 415, p. 522.

¹³ P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *op.cit.*, p. 524.

¹⁴ Proposition d'une cinquième directive du Conseil fondée sur l'article 54, § 3, g, du Traité CEE concernant la structure des sociétés anonymes et les pouvoirs et obligations de leurs organes, présentée par la Commission au Conseil le 9 octobre 1972, *J.O.C.E.*, 13 décembre 1972, no C 131, p. 49, préambule, sixième considérant, référencé par V. SIMONART, *op. cit.*, p. 220. Voir aussi X. DIEUX, « « Corporate Governance » – De la loi du 2 août 2002 au « Code Lippens » », *J.T.*, 2005/4, n° 6166, p. 61.

SECTION 3. ENTRE MONISME ET DUALISME, LA VOIE MÉDIANE

Enfin, nous voulions insister sur le fait qu'il y a évidemment un intermédiaire entre les deux premiers modèles développés ci-avant. Rien n'est jamais tout noir ou tout blanc. Les choses se situent bien souvent au milieu, empruntant tantôt des caractéristiques à l'un des extrêmes, tantôt à l'autre.

La gouvernance n'échappe évidemment pas à la règle puisqu'elle connaît également une voie médiane ou ce que certains auteurs appellent un dualisme « à la carte »¹⁵, bien que les deux termes ne recouvrent pas exactement la même acception.

En effet, on distingue d'une part les systèmes médians qui sont clairement définis par le Législateur, mais qui empruntent des caractéristiques tant au monisme qu'au dualisme et d'autre part ceux qui ont pris le pas de laisser une grande marge de manœuvre aux sociétés qui seront ainsi libres de confectionner elles-mêmes leur type de gouvernance idéal, *bespoke made*.

À titre de comparaison, notons que dans la voie médiane, se situent généralement les systèmes juridiques ne prévoyant pas de stricte répartition entre les deux organes, qui n'imposent pas d'incompatibilité des fonctions de membre du comité de direction et de membre du conseil de surveillance. Sont aussi à reprendre sous cette catégorie les modèles où le conseil d'administration/surveillance reste compétent pour poser certains actes de gestion, représenter la société à l'égard des tiers ou définir la politique de la société¹⁶.

Enfin, il existe également ce qu'on appelle le dualisme fonctionnel qui est vivement prôné en Europe¹⁷. Il s'agit également d'un système qui n'est ni moniste ni dualiste, mais qui comporte des éléments issus des deux systèmes. Sa particularité est qu'il distingue d'une part les fonctions exécutives de la société et d'autre part, les non-exécutives. Les premières

¹⁵ K. GEENS et M. WYCKAERT, « Het gebruik van het facultatief dual systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen: enkele facts and figures », *T.R.V.*, 2010, p. 538.

¹⁶ V. SIMONART, *op. cit.*, p. 220.

¹⁷ X. DIEUX, *op. cit.*, p. 61.

consistant en « l'administration au sens actif du terme »¹⁸, les secondes pouvant s'apparenter à ce que fait généralement un conseil de surveillance¹⁹.

Ce système a l'avantage de présenter un dualisme condensé puisqu'il ne nécessite pas la mise en place de deux organes différents. Par contre, son efficacité peut être selon nous, remise en doute. La raison de notre réticence découle directement du principal avantage du système. Tant la gestion que la surveillance se déroulent au sein d'un seul et même comité. Suite à cela, nous faisons remarquer que les risques d'interférence des membres exécutifs sur les non-exécutifs peuvent être considérables²⁰. En conclusion, l'idée est plutôt noble, à condition toutefois de s'assurer que le système se déroule effectivement comme on le souhaite, ce qui n'est pas une sinécure.

¹⁸ X. DIEUX, *op. cit.*, pp. 61 et 62.

¹⁹ P. PIU, S. ROELAND, et K. BYTTEBIER, *Corporate Governance: Eigendom, bestuur en controle van vennootschappen* (Vakgroep economisch recht VUB), Antwerpen, Maklu, 2003, p. 127.

²⁰ C. JUNGSMANN, *op. cit.*, pp. 460 et 461.

CHAPITRE II : LE SYSTÈME BELGE DE GOUVERNANCE DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

À travers ce second chapitre, nous allons tenter de retracer les principales étapes qui ont mené au comité de direction que nous pouvons connaître à l'heure actuelle. Commençant par brièvement revenir sur la pratique qui existait avant la loi de 2002 (section 1), nous enchaînerons par la création du comité de direction légal (section 2) et parlerons de la réaction des sociétés face son entrée en vigueur (section 3). Enfin, bien que les choses ne soient pas définitivement scellées, nous analyserons la réforme du comité que compte introduire le nouveau Code des sociétés et des associations (section 4).

SECTION 1. LE COMITÉ DE DIRECTION EN BELGIQUE AVANT LA LOI DE 2002

Durant de nombreuses années, la Belgique a connu un phénomène assez répandu, la délégation de pouvoirs, par le conseil d'administration à des comités aux noms variables. La raison de ce phénomène est indiscutablement la difficulté toujours grandissante que pose la direction d'une société, qui plus est d'une société anonyme²¹. Au fil du temps, les évolutions du monde des affaires ont poussé les sociétés à sans cesse se développer et à se réinventer. Cela entraîne de nouvelles problématiques qui sont autant de choses qui contribuent à allonger la liste déjà bien remplie des tâches à accomplir par le conseil d'administration. Ce dernier peut donc très vite se voir dépassé par les événements et doit se rendre à l'évidence : il ne peut plus tout faire tout seul²².

Comme il a déjà pu être constaté, divers comités ont vu le jour pour aider le conseil d'administration dans sa tâche²³. L'exemple le plus emblématique est sans doute la création

²¹ 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, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch., 2000-2001, n°50-1211/014, p. 6 et S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *Delegatie en taakverdeling in de NV*, Gent, Larcier, 2016, p. 60.

²² J. MEUNIER, « Le nouveau Comité de direction des sociétés anonymes. Quelles « directions » choisir ? – (n° 6903) », *Rev. prat. soc.*, 2004/1, p. 7.

²³ V. SIMONART, *op. cit.*, pp. 218 à 224 et J. MEUNIER, *op. cit.*, pp. 7 à 10.

d'un délégué à la gestion journalière²⁴, bien qu'on ne puisse réellement parler de comité à son égard. Par cela, le conseil d'administration peut se décharger d'une part importante de sa mission et la confier à une ou plusieurs personnes qui seront chargées d'en assurer l'exécution. Nous verrons toutefois dans la suite de l'exposé que le propos est à nuancer²⁵.

Le temps est évidemment un facteur crucial dont manque le conseil d'administration et qui le pousse à déléguer. Il n'est cependant pas le seul. En effet, lorsque nous parlions de l'évolution du monde économique, nous sommes forcés d'ajouter que cela va de pair avec la complexité sans cesse en hausse des tâches à gérer et des décisions à prendre²⁶. Nombreux furent les conseils d'administration à se rendre compte qu'ils n'étaient parfois tout simplement pas en mesure de comprendre avec suffisamment de précision de quoi il retournait et n'étaient donc plus capables de prendre les décisions adéquates afin que leur société évolue favorablement. Rappelons que les administrateurs des sociétés anonymes ne doivent pas répondre à des qualités spécifiques afin d'être nommés. Leur compétence pour la fonction n'est donc pas forcément assurée. À cela s'ajoute un autre élément qui est le manque d'investissement de l'administrateur dans la gestion de la société. Admettons que tous ne mettent pas autant de cœur à l'ouvrage, que ce soit par manque de motivation ou tout simplement de temps. Il fallait donc rapidement se remettre en question.

C'est ainsi que sont nés les comités de direction. Non pas créés par la loi²⁷, ils le furent par la pratique. Comme pour beaucoup de domaines, force est de constater que le Législateur a tendance à subir les évolutions pratiques plus que de les accompagner. Bien que ce soit

²⁴ P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, « De corporate governance-wet verleent aan het directiecomité een wettelijke basis en een flexibel regime », *Behoorlijk vennootschapsbestuur : Het nieuwe recht ingevolgde de wet van 2 augustus 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 25.

²⁵ A. FRANCOIS, « Tweestrijd omtrent het directiecomité », in X, *Liber Amicorum Jaques Malherbe*, Brussel, Bruylant, 2006, p. 433.

²⁶ S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *op. cit.*, p. 60 et H. BRAECKMANS, « De wet van 2 augustus 2002 inzake behoorlijk vennootschapsbestuur (corporate governance) », *R.W.*, 2003/42, p. 1645.

²⁷ L. BIHAIN et L. PELTZER, « Le comité de direction : genèse, statut, fonction, mise en place et implication en droit social », *J.T.T.*, 2003/19, p. 313.

regrettable, telle est la réalité. G. Gilmore a dit avec beaucoup de pertinence : « The law reflects what was, sometimes what is, never what will be »²⁸.

Cependant, en l'absence de toute consécration législative ou d'un quelconque encadrement, de nombreuses problématiques sont rapidement apparues²⁹. La plus importante d'entre elles fut sans conteste le manque total de sécurité juridique créé par ces comités des plus divers³⁰. En plus d'avoir des noms reflétant tout et n'importe quoi, personne n'était plus en mesure d'identifier clairement qui était en charge de la gouvernance des sociétés, avec qui on traitait. Tantôt, on assistait à des délégations quasi-totales des pouvoirs du conseil d'administration qui ne devenait alors pratiquement plus qu'une chambre d'entérinement³¹ ; tantôt la gestion n'était que très peu déléguée. De plus, quid du pouvoir éventuel de représentation de ces « organes », si tant est qu'on puisse réellement les qualifier de la sorte³² ? Étaient-ils aptes à engager la société et assumaient-ils la responsabilité des actes qu'ils posaient ? Tant de questions qui restèrent longtemps sans réponse.

En réaction, il fallut rapidement prendre des mesures afin de structurer tout cela³³. L'absence totale de clarté n'est, en droit comme dans la vie des affaires, jamais apte à favoriser les choses.

En 2005 déjà, X. Dieux³⁴ insistait sur l'importance de cette clarté. Dans sa contribution consacrée à la *corporate governance* et au code créé en 2004, il développait les multiples raisons qui avaient mené à la création de celui-ci. Parmi ces dernières, nous retrouvons le fait que les investissements en bourses se démocratisaient et qu'il était plus que nécessaire

²⁸ Cité par K. GEENS, "Over corporate governance en dualistische bestuurssystemen" in *Liber Amicorum Prof. Dr. Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, p. 732.

²⁹ H. LAGA, « Bestuur : monistische of dual » , *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht : zoeken naar oplossingen voor de 21^{ste} eeuw*, Kalmthout, Biblo, 1999, p. 480.

³⁰ A. FRANCOIS, *op. cit.*, p. 434.

³¹ E. POTTIER et T. L'HOMME, « La loi « corporate governance » du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés », *R.D.C.-T.B.H.*, 2005/4, p. 322 et P. PIU, S. ROELAND, et K. BYTTEBIER, *op. cit.*, p. 136.

³² J. MEUNIER, *op. cit.*, pp. 9 à 12.

³³ *Doc. Parl.*, Ch., 2000-2001, n°50-1211/001, p. 32 (Exposé des motifs de la loi de 2002) et J. MEUNIER, *op. cit.*, pp. 11 et 12.

³⁴ X. DIEUX, *op. cit.*, pp. 57 à 63.

d'apporter une protection raisonnable aux candidats investisseurs³⁵. De plus, il relevait qu'imposer des directives strictes en ne laissant pas aux sociétés la possibilité de respirer n'était que contre-productif. À l'instar de ce qui se fait en matière de corporate governance, le choix était la meilleure méthode pour arriver à harmoniser la direction des sociétés belges voir au-delà³⁶.

C'est alors, suite à l'aveu du fait que le respect de la loi ne permettait plus d'assurer « le fonctionnement efficace de certaines sociétés anonymes »³⁷ que le Législateur a décidé de prendre sa plus belle plume afin de légaliser cette pratique : ce fut la naissance du comité de direction dit « légal »³⁸ en Belgique³⁹.

SECTION 2. L'INSTAURATION D'UN COMITÉ DE DIRECTION « LÉGAL » PAR LA LOI DE 2002

C'est par l'ajout des nouveaux articles *524bis* et *524ter* que le comité de direction a fait sa grande entrée dans notre code des sociétés. Dans un premier temps, nous analyserons le cadre législatif mis en place par le Législateur (sous-section 1). Dans un second temps, nous tenterons de porter un regard critique sur ce dernier en développant certaines problématiques qui ont très vite vu le jour en suite de la légalisation du comité de direction (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : ANALYSE DES ARTICLES INSTAURANT LE COMITÉ DE DIRECTION LÉGAL

1. Articles *524bis* du code des sociétés :

« Les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer ses pouvoirs de gestion à un comité de direction, sans que cette délégation puisse porter sur la politique générale de la

³⁵ *Doc. Parl.*, Ch., 2000-2001, n°50-1211/014, p. 5.

³⁶ 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, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch., 2000-2001, n°50-1211/001, p. 32 et *Doc. Parl.*, Ch., 2000-2001, n°50-1211/014, p. 14.

³⁷ *Doc. Parl.*, Ch., 2000-2001, n°50-1211/014, p. 7.

³⁸ Terme couramment utilisé en pratique afin de qualifier le comité de direction répondant au prescrit de l'article *524bis* du code des sociétés. Voir par exemple : S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *op. cit.*, p. 62.

³⁹ J. MEUNIER, *op. cit.*, p. 5.

société ou sur l'ensemble des actes réservés au conseil d'administration en vertu d'autres dispositions de la loi. Si un comité de direction est institué, le conseil d'administration est chargé de surveiller celui-ci » : tel est le libellé du premier alinéa de l'article 524bis.

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le préciser, la création d'un comité de direction est une faculté qui doit être offerte au conseil d'administration⁴⁰ via une autorisation expresse dans les statuts, sans quoi cela ne pourra avoir lieu⁴¹. À cet égard, la doctrine s'est souvent posé une question relativement simple : est-ce que l'assemblée générale pourrait aller jusqu'à imposer qu'un comité de direction soit mis en place ? Voir plus, pourrait-il être mis sur pied par l'assemblée générale elle-même ? À cela, il convient de répondre par la négative⁴². En effet, il est certain qu'il s'agit d'une possibilité laissée au conseil d'administration et en aucun cas d'une obligation⁴³, « comme une lecture littérale du texte » de l'article permet de nous le prouver⁴⁴. Bien que tous ne soient pas du même avis⁴⁵, tout ce que peut faire l'assemblée générale est d'éventuellement retirer son autorisation en modifiant les statuts ou de supprimer le comité créé⁴⁶. Du moins juridiquement, étant donné que les actionnaires pourraient faire pression pour que leur souhait de comité de direction se réalise⁴⁷. Développer cette problématique nous ferait cependant entrer dans des considérations dépassant le cadre de cette étude. Nous nous contenterons donc d'en rester là.

Le premier aliéna de cet article nous permet également, en théorie, de savoir quelle sera la répartition des tâches entre le comité de direction créé et le conseil d'administration. Cependant, c'est là que le bât blesse. En effet, dans la pratique, les choses sont beaucoup plus compliquées qu'il n'y paraît. Il est laissé au conseil d'administration le choix de décider ce qu'il

⁴⁰ S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *op. cit.*, pp. 94 et 95 et G. KEUTGEN, « Le comité de direction : un nouvel organe sociétaire », in X, *L'organisation des pouvoirs dans la S.A. - Hommage à Mme Benoît Moury*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 61.

⁴¹ Article 524bis code des sociétés.

⁴² S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *op. cit.*, p. 63 et J. MEUNIER, *op. cit.*, p. 22.

⁴³ *Doc. Parl.*, Ch., 2000-2001, n°50-1211/001, p. 32.

⁴⁴ S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *op. cit.*, p. 63, traduit par nous. Notons que le prescrit légal parle « d'autoriser », non « d'imposer ».

⁴⁵ E. POTTIER et T. L'HOMME, *op. cit.*, p. 324, posent que les statuts pourraient obliger le CA à mettre en place un comité de direction.

⁴⁶ S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *op. cit.*, p. 63 et J. MEUNIER, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁷ P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, *op. cit.*, p. 40.

entend déléguer ou non à son nouvel allié⁴⁸, sous réserve toutefois que cela « puisse porter sur la politique générale » ou sur les matières, à lui, par la loi, réservées⁴⁹. Cela veut dire concrètement qu'à partir de ce point-là, il existera potentiellement autant de délégations différentes qu'il y a de sociétés anonymes gouvernées par un comité de direction. Nous développerons cette problématique et en quoi elle est de nature à poser problème dans la sous-section 2.

Un élément important que l'on peut constater est que le Législateur consacre l'obligation pour le conseil d'administration qui déciderait de mettre en place un comité de direction, de le surveiller⁵⁰. Ceci est très intéressant, car on a un réel fondement législatif qui permet donc au conseil d'administration de contrôler que l'organe de direction reste dans le droit chemin. Cependant, beaucoup de questions surviennent instantanément : quel est le type de contrôle que le conseil se doit d'opérer ? Jusqu'où la surveillance peut-elle aller ? Le conseil est-il habilité à prendre des sanctions vis-à-vis du comité de direction ? Peut-il décider de substituer sa décision à celle qui a été prise par son poulain ? Tant de questions qui sont restées sans réponses. Là où évidemment on peut se douter que le conseil devra veiller à ce que le comité reste dans les clous de la légalité⁵¹, en ce qui concerne les éléments plus matériels la chose se complique. La doctrine nous apprend toutefois à ce sujet qu'il s'agit en fait d'assurer le respect, par le comité de la « ondernemingsdoelstellingen »⁵² ce qui correspond, selon l'auteur cité à ce que le conseil d'administration a établi comme politique générale⁵³. Insistons juste sur le fait que le conseil d'administration se devra de faire preuve d'une grande prudence sans quoi, les dérives du comité pourraient se retourner contre lui⁵⁴.

⁴⁸ P. ERNST et L. VAN DEN EYNDEN, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁹ Article 524*bis* code des sociétés. Pour une analyse détaillée de ce que recouvre ce vocable de « matières réservées », nous renvoyons à T. NUYTS, « De bevoegdheidsverdeling binnen de n.v. vanuit het perspectief van de « voorbehouden bevoegdheden » van de raad van bestuur », *DAOR*, 2006, pp. 227 à 269.

⁵⁰ E. POTTIER et T. L'HOMME, *op. cit.*, p. 333.

⁵¹ S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *op. cit.*, p. 79.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*, traduit par nous.

⁵⁴ V. SIMONART, *op.cit.*, p. 221 et J. VANDEN EYNDE, *Responsabilité civile des administrateurs et membres du comité de direction des sociétés anonymes : état des lieux*, Gent, Strory Publishers, 2008, p. 51.

En ce qui concerne l'organe de direction à proprement parler, on apprend du code qu'il devra impérativement être composé de plusieurs personnes⁵⁵. Nous sommes donc en présence d'un organe qui aura vocation à être collégial⁵⁶, du moins en ce qui concerne la gestion⁵⁷. Vient ensuite une décharge du Législateur qui n'entend pas aller vraiment plus loin, car il annonce que tout le reste devra être statutairement fixé⁵⁸, ou à défaut, il reviendra au conseil d'administration de prendre la relève et de combler les lacunes⁵⁹. En effet, que ce soient les questions de la rémunération, de la durée du mandat, ou encore plus généralement du fonctionnement du comité de direction, tout cela est laissé à la liberté statutaire⁶⁰.

Enfin, notons que le conseil de direction est, en tant qu'organe sociétaire, habilité à représenter la société vis-à-vis des tiers⁶¹ et que toutes les restrictions internes à la société en matière de pouvoir de gestion sont inopposables aux tiers⁶².

2. Article 524^{ter} code des sociétés :

La procédure en conflit d'intérêts s'est également vue adaptée à la possible présence d'un comité de direction⁶³. En règle, le membre du comité de direction qui aurait, directement ou indirectement⁶⁴, un intérêt de nature patrimoniale contraire à celui de la société en ce qui concerne une opération à poser ou une décision à prendre, se doit d'en faire mention à ses homologues⁶⁵. La *ratio legis* de la procédure n'est donc pas d'interdire la décision, mais

⁵⁵ H. BRAECKMANS, « De wet van 2 augustus 2002 inzake behoorlijk vennootschapsbestuur (corporate governance) », *op. cit.*, p. 1646.

⁵⁶ E. POTTIER et T. L'HOMME, *op. cit.*, p. 326.

⁵⁷ J. VANDEN EYNDE, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁸ G. KEUTGEN, *op. cit.*, pp. 72 à 75 et A. FRANCOIS, *op. cit.*, p. 436.

⁵⁹ A. FRANCOIS, *op. cit.*, p. 436.

⁶⁰ E. POTTIER et T. L'HOMME, *op. cit.*, p. 325 et H. BRAECKMANS, *op. cit.*, p. 1646.

⁶¹ Article 524^{bis} du code des sociétés et E. POTTIER et T. L'HOMME, *op. cit.*, pp. 331 à 333.

⁶² Article 524^{bis}, al. 5 du code des sociétés.

⁶³ E. POTTIER et T. L'HOMME, *op. cit.*, pp. 333 et 334 et J. MEUNIER, *op. cit.*, pp. 34 à 38.

⁶⁴ S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *op. cit.*, p. 90.

⁶⁵ BEELE, B., HUYSENTRUYT, J., VERHAEGHE, G. et LALLEMAND, F., (sous la direction de), *Het bestuur van een NV : vennootschapsrechtelijke, sociale en fiscale aspecten een leidraad voor de praktijk*, Bruxelles, UGA, 2005, pp. 365 à 369.

uniquement de s'assurer que les parties en présence disposent de tous les éléments nécessaires à la vérification du bien-fondé de l'opération⁶⁶.

Ensuite vient une petite particularité puisque la situation diffère selon que le membre fasse partie d'une société qui a ou non fait appel public à l'épargne. Dans le premier cas, le membre du comité en question devra se retirer et ne pourra évidemment pas participer au vote, mais devra en sus, s'abstenir d'assister aux délibérations. Dans le second par contre, le membre en conflit pourra remplir sa fonction tout à fait normalement et ne sera donc pas exclu⁶⁷.

Une autre particularité est que le §2 fait état de la possibilité pour les statuts de décider qu'au lieu que la décision reste entre les mains du comité de direction, elle échoue dans l'escarcelle du conseil d'administration qui agirait alors en lieu et place du comité de direction. Certains plaident qu'il n'était pas nécessaire de choisir l'une ou l'autre possibilité⁶⁸. Nous pensons qu'il aurait pourtant été judicieux d'aller plus loin et de poser certains critères déterminants dans quel cas la décision aurait dû remonter jusqu'au conseil d'administration. Bien que cela pose éventuellement un peu de difficulté, cela aurait eu le mérite d'apporter un surplus de prévisibilité.

SOUS-SECTION 2 : REGARD CRITIQUE SUR LE RÉGIME

À présent, tentons de porter un regard un peu plus critique sur les nombreux problèmes qui ont été engendrés par l'instauration du comité de direction.

Un premier exemple est la portée de la délégation qui peut être faite par le conseil d'administration au comité de direction. Comme nous avons eu l'occasion de le dire, l'étendue de cette délégation peut être très variée et on n'a aucun moyen de savoir in abstracto en quoi elle va consister⁶⁹. Il faut donc analyser les statuts de chaque société et ce qu'il s'y passe en

⁶⁶ S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *op. cit.*, p. 91.

⁶⁷ P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *op.cit.*, p. 523.

⁶⁸ J. VANDEN EYNDE, *op. cit.*, p. 51.

⁶⁹ S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *op. cit.*, p. 78.

réalité⁷⁰. Cela pose incontestablement un grave problème de prévisibilité et de sécurité juridique pour tout tiers qui souhaiterait entrer en relation avec la société⁷¹. Tout ce que l'on peut dire de manière plus générale est que cette délégation peut évidemment dépasser ce qu'on confierait au délégué à la gestion journalière⁷². Bien que cela ne soit pas textuellement précisé dans la loi, cela se comprend aisément. En effet, il n'y aurait que très peu d'intérêt de créer un comité de direction s'il n'apportait rien de plus que le délégué susnommé.

Un second élément problématique et qui est un de ceux qui a le plus défrayé la chronique est la question de savoir si les compétences déléguées au comité par le conseil d'administration peuvent être qualifiées de concurrentes ou si au contraire, elles sont exclusives⁷³. Dit autrement, est-il encore permis au conseil d'administration d'agir dans les matières qu'il a précisément confiées au comité de direction⁷⁴ ? Lors des travaux préparatoires, le professeur Anne Benoît-Moury (ULG) avait déjà relevé que l'introduction du comité de direction tel qu'il était prévu allait poser ce genre de questions⁷⁵. Le professeur Olivier avait fait de même⁷⁶. Il semble toutefois que le Ministre en charge n'ait pas jugé nécessaire de répondre à ces observations pourtant plus que pertinentes, jetant ainsi les praticiens dans la discorde.

Certains auteurs plaident tout d'abord en faveur des compétences concurrentes⁷⁷. Plusieurs arguments sont ainsi invoqués et seuls les suivants seront cités à titre exemplatif : un raisonnement par analogie avec la gestion journalière qui reste concurrente, le fait que le Législateur n'a pas voulu instaurer un dualisme, mais simplement légaliser une pratique ou

⁷⁰ S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *op. cit.*, p. 78.

⁷¹ K. GEENS, « Helpt « good corporate governance » ? : Over regels voor behoorlijk bestuur in vennootschappen », *Over grenzen en generaties heen: Lessen voor de eenentwintigste eeuw*, Leuven, Leuven University Press, p. 87 et T. NUYTS, *op. cit.*, p. 227.

⁷² S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *op. cit.*, p. 77 et G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 76.

⁷³ A. FRANCOIS, *op. cit.*, p. 435.

⁷⁴ B. DELMOTTE, « Behoudt of verliest de raad van bestuur de bevoegdheden die hij heeft verleend aan het directiecomité ? », *T.R.V.*, 2004, p. 219.

⁷⁵ *Doc. Parl.*, Ch., 2000-2001, n°50-1211/014, p. 171.

⁷⁶ *Doc. Parl.*, Ch., 2000-2001, n°50-1211/014, p. 186.

⁷⁷ P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *op.cit.*, p. 520 et B. DELMOTTE, *op. cit.*, pp. 219 à 224.

enfin le fait que le conseil d'administration peut à tout moment limiter ou retirer la délégation qu'il a faite au comité de direction⁷⁸.

Nous pensons, et nous ne sommes évidemment pas les seuls⁷⁹, que cette thèse ne peut être raisonnablement suivie. En d'autres mots, la thèse des compétences exclusives doit l'emporter selon nous.

Premièrement, il nous semble que les arguments cités ci-dessus ne peuvent être retenus. En ce qui concerne l'analogie qui devrait être faite avec la gestion journalière, cela revient à comparer deux choses qui ne le sont pas⁸⁰. Nous avons déjà eu l'occasion d'insister sur le fait que le comité de direction était investi d'une mission beaucoup plus large que ne peut l'être le délégué ce qui rend toute comparaison au mieux risquée, mais plus vraisemblablement erronée. Nous ne voyons pas plus en quoi le fait que le conseil d'administration puisse reprendre les compétences déléguées ou les limiter puisse être vu comme un argument en faveur du caractère concurrent des pouvoirs. Au contraire, l'utilité de ces facultés prend sens à titre de sanction, de dernier recours offert au conseil d'administration pour remédier aux dérives d'un comité qui outrepasserait sa mission⁸¹.

Deuxièmement, il ne faut pas perdre de vue le prescrit légal. La loi instaure spécifiquement une fonction de surveillance du conseil d'administration sur le comité de direction⁸². Pour ce faire, rappelons qu'il faut obligatoirement une distinction entre les deux fonctions. Il est dès lors inimaginable que le comité de direction, qui doit assumer l'entière responsabilité pour la gestion de la société⁸³, ne soit pas le seul à être investi de cette fonction⁸⁴. Cela aurait pour conséquence de permettre au conseil de surveillance d'agir en toute immunité, se déchargeant

⁷⁸ Ces exemples sont tirés de la contribution suivante : P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *op.cit.*, p. 520.

⁷⁹ E. POTTIER et T. L'HOMME, *op. cit.*, p. 330 et J. MEUNIER, *op. cit.*, pp. 43 à 46.

⁸⁰ G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 61.

⁸¹ *Ibidem*, p. 45.

⁸² B. DOCQUIR et E. HUPIN, « Responsabilité des dirigeants d'entreprise : nouvelles lois, nouveaux risques ? », *Rev. prat. Soc.*, n° 6896, 2003/4, p. 347.

⁸³ Articles 527 et 528 du code des sociétés et B. DOCQUIR et E. HUPIN, *op. cit.*, p. 357.

⁸⁴ J. MEUNIER, *op. cit.*, p. 44.

de sa responsabilité sur le comité ou avalisant lui-même ses pratiques « douteuses ». D'autant plus qu'il lui appartient de mettre en œuvre l'action en responsabilité⁸⁵.

Enfin, nous ne pouvons passer sous silence la controverse qui fait rage à propos des termes employés d'une part, dans la version française du texte et, dans sa traduction néerlandaise, d'autre part⁸⁶. Il y a de quoi en perdre son latin⁸⁷. Là où dans le premier cas, le terme usité est « déléguer », les néerlandophones parlent de « overdragen ». En français, le terme porte donc à confusion puisqu'il est le même que celui que le Législateur utilise en matière de gestion journalière par exemple. Le terme néerlandophone est quant à lui empreint de beaucoup plus de clarté et fait preuve d'une plus grande précision, car il vise spécifiquement un pouvoir confié à un tiers de manière exclusive. Comme le relève très justement J. Meunier, « les tenants de la thèse des pouvoirs concurrents invoqueront l'utilisation du terme « déléguer » en français, comme c'est le cas pour la délégation de la gestion journalière (dont la doctrine admet qu'elle est concurrente), alors que les partisans de la thèse des pouvoirs exclusifs invoqueront la différence de terme en néerlandais »⁸⁸.

Nous verrons que le Législateur a, dans son projet de réforme du code des sociétés, enfin apporté une réponse à cette problématique en prévoyant que le conseil de direction sera compétent, sauf disposition statutaire contraire, pour tous les actes de gestion. La question ne se posera donc plus, du moins vis-à-vis des tiers qui sont protégés contre toute restriction à cette compétence, car elle ne leur serait pas opposable.

Nous pouvons ensuite remarquer que le législateur, par son intervention, a pris le soin de régler la problématique des conflits d'intérêts qui se posait avant 2002. L'insertion de l'article 524^{ter} est appréciable car avant cela, les membres des comités de direction « de fait » échappaient totalement à la réglementation en la matière, l'article 534 ne leur étant pas

⁸⁵ E. POTTIER et T. L'HOMME, *op. cit.*, p. 335 et B. DOCQUIR et E. HUPIN, *op. cit.*, p. 358.

⁸⁶ B. DELMOTTE, *op. cit.*, p. 219 et A. FRANCOIS, *op. cit.*, pp. 450 à 452.

⁸⁷ À ce propos, nous renvoyons à R. HOUBEN, « Overdracht versus delegatie van bevoegdheid aan het directiecomité : *lost in translation* ? », *T.R.V.*, 2016, pp. 636 et 637.

⁸⁸ J. MEUNIER, *op. cit.*, pp. 45 et 46.

applicable. Il en va ainsi de l'apport d'une transparence fort appréciée du monde des affaires et encouragée par la *corporate governance*.

Enfin, les administrateurs ont également vu d'un bon œil la légalisation du comité de direction d'un point de vue des questions de responsabilité. En effet, avant la légalisation de la délégation à un comité de direction, seuls les membres du conseil d'administration devaient répondre des fautes commises dans la gestion de la société, qu'il s'agisse de fautes de gestion à proprement parler ou de violation de la loi ou des statuts. Les membres du comité de direction n'étant pas réellement reconnus, comment dès lors imaginer d'engager leur responsabilité ? Le Législateur a donc pris le pas de modifier les articles 527 et 528⁸⁹, le premier concernant la faute de gestion tandis que le second traite de la violation de la loi ou des statuts. Il y a donc un parallélisme qui a été établi avec les administrateurs⁹⁰. Ces derniers, s'ils se bornent à la surveillance du comité, ne répondront donc plus que des lacunes dans cette tâche⁹¹ et seront immunisés pour le surplus.

En conclusion, nous pouvons dire que, par la loi de 2002, le Législateur s'est attelé à légaliser une pratique qui existait depuis longtemps. Il a su identifier une série de problématiques qui se posaient jusqu'alors⁹². Malheureusement, toutes n'ont pas été résolues et ont continué à créer des discussions dont on se serait bien passé. D'autant plus que nous allons à présent apporter un peu de concret dans ce propos théorique en nous demandant combien de sociétés ont réellement opté pour ce régime du comité « légal ». Bien que la faculté existe désormais, encore faut-il que les sociétés décident d'en faire bénéficier leur conseil d'administration et que ce dernier en fasse *de facto* usage.

⁸⁹ J. VANDEN EYNDE, *op. cit.*, p. 50.

⁹⁰ P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *op.cit.*, p. 524.

⁹¹ *Ibidem*, p. 522.

⁹² A. BENOIT-MOURY, O. CARPASSE, T. DELVAUX et A. FAYAR, *Sociétés et ASBL : Questions d'actualités*, Liège, Edition Formation Permanente CUP, 2003, p. 291.

SECTION 3. ANALYSE DE LA RÉACTION DES SOCIÉTÉS PAR RAPPORT À CETTE « NOUVELLE » LOI

Le moins que l'on puisse dire est que ce comité de direction fraîchement créé n'a pas fait l'objet de l'accueil qu'on aurait pu lui souhaiter. Bien plus, la réaction fut même plutôt glaciale⁹³. Plusieurs études ont mis cela en évidence et particulièrement celle réalisée par K. Geens et M. Wyckaert en 2010⁹⁴. Ils ont en effet décidé de procéder de manière assez détaillée en analysant la situation de bon nombre de sociétés cotées.

Leur conclusion est sans appel, et selon eux, les belges semblent s'accommoder d'un régime peu clair et hybride⁹⁵. Leur analyse montre que seulement 11 sociétés cotées sur une quarantaine qui ont été analysées mettent réellement en œuvre un véritable dualisme⁹⁶, bien que de nombreuses furent celles à modifier leurs statuts afin d'offrir cette possibilité⁹⁷. Pour ce qui concerne les sociétés du BEL-20, seulement 5 d'entre elles comportaient un comité de direction bien que toutes ne respectaient pas les prescriptions légales et que la délégation des pouvoirs se bornait fréquemment à la simple délégation de la gestion journalière⁹⁸. Cependant les auteurs ne se contentent pas de démontrer la réalité, ils vont plus loin et plaident pour qu'une fois pour toutes, des choix soient opérés par le Législateur afin qu'on mette de l'ordre dans la pratique⁹⁹. D'ailleurs, le Ministre Geens a toujours plaidé en faveur de l'introduction d'un véritable système dualiste pour nos sociétés anonymes. Il avait en effet déjà fait entendre sa voix lors des travaux préparatoires qui avaient mené à la loi de 2002. Il semble toutefois qu'il n'avait pas été entendu puisque peu de ses idées avaient été retenues. La récente réforme constitue pour lui en quelque sorte l'accomplissement de son rêve en la matière puisqu'enfin, l'idée qu'il se faisait de la structure d'administration bicéphale est en passe d'être concrétisée¹⁰⁰.

⁹³ J. MEUNIER, *op. cit.*, p. 6. Voir également K. GEENS et M. WYCKAERT, *op. cit.*, pp. 527 à 538 ou S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *op. cit.*, pp. 94 à 98.

⁹⁴ K. GEENS et M. WYCKAERT, *op. cit.*, pp. 527 à 538.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 537, traduit par nous.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ A. FAYAT et P. PELTZER, « L'organisation du pouvoir dans la société anonyme », in X., *L'organisation des pouvoirs dans la S.A.- Hommage à Mme Benoît Moury*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 12.

⁹⁸ K. GEENS et M. WYCKAERT, *op. cit.*, pp. 530 et 531.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 538.

¹⁰⁰ Voir l'Avant-projet de loi introduisant le Code des sociétés et associations et portant des dispositions diverses.

Plusieurs raisons peuvent expliquer cette réticence des sociétés et semblent outrepasser les avantages du système¹⁰¹. Premièrement, nous sommes tentés de mettre en évidence le fait que la création d'un comité de direction entraîne une certaine diminution des pouvoirs du conseil d'administration¹⁰². Bien que pouvant déterminer de quels pouvoirs il entend doter le comité en question et restant maître de la politique générale¹⁰³, le conseil d'administration, surtout si l'on suit la position de compétences déléguées exclusives dans le chef de l'organe de direction, n'est plus en mesure de prendre les décisions sur les questions qui se posent. Or, l'homme est ainsi fait que voir son emprise sur une situation diminuer n'est jamais bien accueilli.

Le CEO n'est pas non plus étranger à la problématique¹⁰⁴. Véritable pont entre le conseil d'administration et l'exécutif sociétaire, il peut avoir l'impression de se voir écarté du débat¹⁰⁵. *De facto*, cela ne se vérifie que très rarement puisque la présidence du comité de direction lui est généralement confiée¹⁰⁶.

Si nous approfondissons le raisonnement, nous pouvons remonter un peu plus en amont et nous poser la question de savoir qui se cache derrière les administrateurs. En particulier dans une société qui connaît un actionnariat groupé, ils sont nommés par les actionnaires et sont plus que jamais sensés les représenter et agir dans leur intérêt. De ce point de vue là également, une délégation à un comité de direction dont on ne nomme pas directement les membres¹⁰⁷ peut sembler une atteinte directe à ses capacités d'influencer la gestion des affaires et la conduite de la société¹⁰⁸.

¹⁰¹ Pour de plus amples développements sur la question, nous renvoyons au propos de S. De Geyter, I. De Poorter et E. Leroux, *op. cit.*, pp. 97 et 98 mais aussi à A. FAYAT et P. PELTZER, *op. cit.*, pp. 12 et 13.

¹⁰² K. GEENS et M. WYCKAERT, *op. cit.*, p. 537 ; A. FRANCOIS, *op. cit.*, p. 444 et S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *op. cit.*, pp. 95 et 96.

¹⁰³ S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *op. cit.*, p. 95.

¹⁰⁴ K. GEENS, « Helpt « good corporate governance » ? : Over regels voor behoorlijk bestuur in vennootschappen », *op. cit.*, p. 88.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ A. FRANCOIS, *op. cit.*, p. 444 et K. GEENS et M. WYCKAERT, *op. cit.*, p. 537.

De plus, on ne peut pas nier que les membres d'un comité de direction « de fait » qui deviendrait « légal » risqueront plus facilement de devoir répondre de leurs actes¹⁰⁹. En effet, là où le conseil de direction assumait une part du risque en cas de délégation non légalement reconnue, dans le cas d'un comité de direction, ses membres seront directement responsables devant un organe spécialement dédié, le conseil de surveillance. Les membres de ce dernier se voient alors déchargés de la responsabilité des fautes commises par l'organe de direction, à compter qu'ils n'aient pas failli à leur mission de contrôle¹¹⁰.

En guise de conclusion, il convient de reconnaître que l'instauration d'un comité légal n'a pas eu les effets escomptés¹¹¹. Au-delà du fait qu'il n'ait pas rencontré un franc succès, il n'a pas été en mesure de mettre un terme à l'épineuse question de sécurité juridique jusqu'alors mise à mal¹¹². Les sociétés ont, face à l'évolution législative, continué à mettre en place des comités « obscurs »¹¹³ afin de pouvoir les aménager comme il leur paraissait être le plus adéquat, sans devoir se soumettre aux exigences prévues. Un coup dans l'eau donc puisque les anciens comités hybrides subsistent¹¹⁴.

SECTION 4. LE CONSEIL DE DIRECTION À L'ÈRE DU CODE DES SOCIÉTÉS ET DES ASSOCIATIONS

Nul n'ignore plus désormais que le droit des sociétés est en passe de connaître l'une de ses plus importantes réformes depuis longtemps. De fait, ce qui était appelé jusqu'à maintenant le code des sociétés est voué à disparaître et à être remplacé par un code flambant neuf, du moins en apparence : le Code des sociétés et des associations¹¹⁵. Sans entrer dans les détails, ce qui nous ferait sortir de l'objet de la présente contribution, nous souhaitons esquisser les lignes

¹⁰⁹ K. GEENS et M. WYCKAERT, *op. cit.*, p. 537 ainsi que A. FRANCOIS, *op. cit.*, p. 444 et S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *op. cit.*, pp. 222 et 223.

¹¹⁰ V. SIMONART, *op. cit.*, p. 221. Notons par ailleurs que le Législateur a introduit une responsabilité spécifique pour les membres du conseil de surveillance. À ce propos, voir B. DOCQUIR et E. HUPIN, *op. cit.*, p. 359.

¹¹¹ K. GEENS et M. WYCKAERT, « 200 ervaring met het Belgische monistische model: wat te nemen, wat te laten? », *Bestuur en toezicht*, Deventer, Kluwer, 2009, p. 75.

¹¹² A. FRANCOIS, *op. cit.*, p. 467.

¹¹³ E. POTTIER et T. L'HOMME, *op. cit.*, p. 325.

¹¹⁴ S. DE GEYTER, I. DE POORTER et E. LEROUX, *op. cit.*, p. 61.

¹¹⁵ Code des sociétés et des associations, ci-après abrégé en « CSA ».

directrices qui furent à l'origine de ce dernier. La première ligne de force est d'opérer « une simplification de grande envergure »¹¹⁶, la seconde est « une flexibilisation »¹¹⁷ et la dernière, se veut être « une adaptation de notre code aux évolutions européennes »¹¹⁸. La principale volonté se cachant derrière ce nouveau corpus législatif est sans conteste d'adapter notre droit des sociétés à la réalité des affaires et à le rendre plus attractif¹¹⁹ pour tout qui souhaiterait s'y soumettre. Cela passe donc par une palpable modernisation et une simplification des cadres juridiques qu'il contient. C'est toujours dans cette optique d'attractivité qu'il a été fait le choix de ne pas imposer de régime de gouvernance prédéterminé, mais de laisser à chaque société le droit de choisir par elle-même ce qui lui convient le mieux¹²⁰. La ratio legis invoquée pour justifier cela est qu'il faut veiller à ne pas effrayer les sociétés¹²¹. Il est cependant décidé d'apporter un maximum de clarté en fixant clairement le régime dual des sociétés¹²² afin que celles qui optent pour ce dernier soient égales en la matière et que les tiers bénéficient d'un regain de sécurité juridique.

À cet égard, le comité de direction fait donc l'objet d'une attention toute particulière et nous ne pouvons que nous en réjouir vu la nécessité plus qu'indispensable et urgente d'intervenir en la matière. Bien qu'on eût évidemment pu aller encore plus loin, notamment en imposant des qualités positives dont devraient être dotés les membres des comités¹²³, la réforme a le mérite de solutionner bon nombre des problèmes qui se posaient jusqu'alors et qui étaient devenus intenable pour les praticiens.

Nous verrons que le projet du nouveau code laisse aux sociétés un choix entre 3 possibilités : une administration moniste (sous-section 1), composée d'un administrateur unique (sous-section 2) ou enfin dualiste (sous-section 3).

¹¹⁶ Pour des plus amples développements, voir les pages 3 à 7 de l'exposé des motifs du Code des sociétés et des associations.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 7 à 11.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 11 et 12.

¹¹⁹ À cet égard, voir l'exposé des motifs du Code des sociétés et des associations, p. 1.

¹²⁰ Article 7:91 du Code des sociétés et des associations. Sur les raisons de laisser un choix aux sociétés, voir X. DIEUX, *op. cit.*, p. 58.

¹²¹ Exposé des motifs du Code des sociétés et des associations, p. 2.

¹²² Exposé des motifs du Code des sociétés et des associations, p. 10.

¹²³ Pour de plus amples développements à ce propos, voir le chapitre IV.

Rappelons toutefois que le nouveau Code des sociétés et des associations n'est pas encore arrivé au terme du processus législatif et est donc encore susceptible d'être modifié. Ce qui va suivre peut donc encore être sujet à modifications.

SOUS-SECTION I : L'ADMINISTRATION MONISTE

Le premier choix que pourront opérer les sociétés anonymes belges est celui d'adopter une structure d'administration moniste. Celle-ci est visée par les articles 7:73 et suivants du nouveau code qui en définissent le régime et les caractéristiques.

La première chose qu'il est important de relever est que le conseil d'administration reste en règle un organe collégial car il devra impérativement être composé d'au minimum 3 administrateurs. Ces derniers peuvent par contre être autant des personnes morales que physiques.

En ce qui concerne la nomination des administrateurs, c'est à l'assemblée générale de la société que revient cette tâche. Pareil pour la révocation, cependant, celle-ci fait l'objet d'une petite révolution. Sans qu'on n'ait jamais réellement pu expliquer pourquoi, la révocabilité *ad nutum* des administrateurs a toujours été considérée comme étant un principe d'ordre public. Rien ne pouvait donc venir entraver une éventuelle révocation. Il semblerait par contre que cela ne soit plus le cas dans le cadre du CSA qui permettrait quant à lui de prévoir non seulement une indemnité qui serait due en cas de révocation, mais également de prévoir un délai de préavis pour l'administrateur démis de ses fonctions¹²⁴. La révocation *ad nutum* restant évidemment encore possible puisqu'elle reste la règle, à défaut de stipulation contraire des statuts.

L'article 7:81 du CSA vient prendre la relève de l'ancien article 522 du code des sociétés puisqu'il pose en son paragraphe premier, aliéna 1 que « Le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à l'accomplissement de l'objet de la

¹²⁴ Y. DE CORDT et H. CULOT, « Voici venir le Code des sociétés et des associations ! », *T.R.V.*, 2017/7, p. 772.

société, à l'exception de ceux que la loi réserve uniquement à l'assemblée générale »¹²⁵. Ce dernier sera donc, mis à part la question de la révocation, dans une structure moniste, en grande partie similaire à celui que l'on connaît actuellement.

SOUS-SECTION 2 : L'ADMINISTRATEUR UNIQUE

Vient ensuite une seconde particularité apportée par le nouveau code : la possibilité pour une société anonyme d'opter pour un administrateur unique. Jusqu'à présent, les administrateurs devaient impérativement être au nombre de 3 dans la société anonyme¹²⁶. Ce nombre pouvait éventuellement être réduit à deux dans certaines conditions bien définies¹²⁷, mais pas en deçà.

Le nouveau code par contre vient également apporter une modification à ce principe capital étant donné qu'il introduit la faculté d'opter pour un administrateur unique au sein de la société anonyme. Ce dernier prendra donc à sa charge l'ensemble de la direction de la société et sera seul maître à bord.

Cependant, afin d'éviter tout abus et dérives que pourraient engendrer la concentration de tout ce pouvoir entre les mains d'une seule personne, le Législateur a imposé que cet unique administrateur soit lui-même une personne morale administrée par un organe collégalement composé¹²⁸.

Quant à savoir si les sociétés vont faire l'usage de cette nouveauté ou non, seul le temps permettra de nous apporter la réponse. Par contre, sachant que la société anonyme aura plus que jamais vocation à être la forme adoptée par les plus grandes de nos sociétés, nous avons du mal à saisir l'intérêt qu'un unique administrateur pourrait présenter si ce n'est l'économie financière que cela pourrait éventuellement permettre.

¹²⁵ Article 7:81 CSA.

¹²⁶ Article 518, §1^{er}, al. 1 du Code des sociétés.

¹²⁷ Article 518, §1^{er}, al. 2 du Code des sociétés.

¹²⁸ Article 7:89 Code des sociétés et des associations.

SOUS-SECTION 3 : L'ADMINISTRATION DUALE

Vient enfin la dernière possibilité, celle de la société dirigée de manière bicéphale. C'est réellement là que les nouveautés apportées par le code sont considérables. En effet, les choses changent radicalement et tant mieux. C'est aux articles 7:91 et suivants du CSA que nous retrouvons les détails de ce fameux dualisme fraîchement revu et dont la majeure partie des défauts ont été revus. Notons que l'appellation de l'organe de direction a fait l'objet d'une petite refonte puisqu'il faudra désormais parler de conseil de direction et non plus de comité de direction. Un point de détail mais qui permettra certainement d'attirer un peu plus l'attention sur cet organe qui devra impérativement répondre à des règles beaucoup plus strictes et qui s'inscrit dans la volonté du Législateur d'apporter toute la clarté possible. Ceci étant dit, venons-en aux faits et détaillons un peu plus longuement ce que seront les deux acteurs de la direction des sociétés anonymes duales.

D'une part, nous trouverons bien évidemment un conseil de surveillance. Ce dernier est régi par l'article 7:92 du CSA qui commence par préciser que cet organe sera impérativement collégial sans possibilité d'y déroger. Trois membres devront donc s'unir afin de former ledit conseil et devront, ensemble, assurer toutes les missions dont il est investi.

Une grande avancée est que le Code prévoit une stricte incompatibilité entre les fonctions de membre du conseil de surveillance et de conseil de direction¹²⁹. Il s'agit là selon nous de la plus grande avancée en la matière. Il est en effet capital, pour que le dualisme puisse pleinement s'épanouir et remplir sa fonction qu'une frontière étanche soit de mise entre l'organe de direction et celui qui est chargé d'en assurer le contrôle¹³⁰. L'inverse menait à ce que des interférences surgissent entre les concernés et cela menait à de nombreuses dérives où les qualités de contrôleur et de personne contrôlée étaient réunies dans le chef des mêmes sujets.

¹²⁹ Article 7:92, §1^{er} CSA.

¹³⁰ J. MAEIJER, *op. cit.*, p. 483 et H. LAGA, *op. cit.*, p. 482.

Le §3 de l'article 7:92 aborde la nomination et la révocation des membres du conseil de surveillance qui s'opérera par l'intermédiaire de l'assemblée générale. L'article évoque également la durée du mandat desdits membres qui ne pourront être élus que pour une durée maximale de 6 ans. Ils pourront néanmoins exercer leur fonction plus longtemps étant donné qu'ils peuvent être reconduits autant de fois que souhaité¹³¹.

Le 4^{ème} paragraphe rappelle ce que l'on a déjà évoqué plus haut en matière de révocabilité puisqu'il permet de révoquer les membres *ad nutum* mais aussi de prévoir qu'il leur sera laissé un délai de préavis pour se retourner ou leur attribuer une indemnité compensatoire¹³².

Enfin, une dernière nouveauté est que les membres du conseil de surveillance disposent de la faculté de présenter leur démission afin d'être libérés de leur fonction. Pour ce faire, il suffira au membre souhaitant quitter son poste de simplement le notifier au conseil. Il devra toutefois rester en fonction jusqu'à ce que la société ait été en mesure de pourvoir à son remplacement, afin d'éviter tout désagrément pour cette dernière¹³³.

D'autre part, la société comportera donc un conseil de direction. À l'instar du conseil de surveillance, l'organe de direction sera collégial. Le nombre de membres ne varie pas étant donné qu'il est également porté à trois, ce qui reste bien évidemment un minimum¹³⁴.

Il est également rappelé que les membres d'un organe ne peuvent en aucun cas et sous aucune condition faire partie de l'autre. Quant à la nomination des recrues du conseil de direction ou à leur révocation, c'est par contre au conseil de surveillance qu'est confiée la tâche¹³⁵.

Dans un second temps, l'on retrouve quelque chose de très attendu dans le code, à savoir la répartition claire et précise des tâches qui relèvent de la compétence de l'un et l'autre organe. Ainsi, il est désormais possible de savoir avec beaucoup plus de certitude qui doit faire quoi et les débordements d'un organe sur l'autre ont désormais beaucoup moins de chance de se

¹³¹ Article 7:92, §3 CSA.

¹³² Article 7:92, §4 CSA.

¹³³ Article 7:92, §5 CSA.

¹³⁴ Article 7:94 CSA.

¹³⁵ Article 7:94, al. 3 CSA.

présenter, qu'auparavant. Il est désormais prévu que chacun soit cantonné à un rôle bien défini ce qui renvoie le débat du caractère exclusif ou concurrent des pouvoirs aux oubliettes.

Relèvent de la compétence du conseil de surveillance les matières suivantes. Tout d'abord, il est investi « de la politique générale et la stratégie de la société »¹³⁶. Mais ce n'est pas tout, car il doit également s'occuper de toutes les matières réservées par le Code au conseil d'administration d'une société moniste¹³⁷. Le conseil est habilité à représenter la société pour ce qui concerne ses tâches propres¹³⁸.

Enfin, il va sans dire que le conseil de surveillance est, comme son nom l'indique, investi d'une mission de surveillance et de contrôle de l'organe de direction. Ainsi, il lui revient de se prononcer sur la décharge des membres de ce dernier après l'arrêt des comptes annuels ou d'en engager la responsabilité le cas échéant¹³⁹. L'on retrouve ici un parallèle avec ce que l'assemblée générale connaît pour les administrateurs d'une société ayant opté pour le régime monocéphale.

Pour ce qui concerne le conseil de direction, il est chargé « d'exercer tous les pouvoirs de gestion visés à l'article 7:81, §1^{er}, qui ne sont pas réservés au conseil de surveillance conformément à l'article 7:96 »¹⁴⁰. Cela veut dire concrètement qu'il est investi de la compétence résiduaire. Notons également qu'il pourrait être statutairement fixé que des restrictions soient imposées à la compétence des organes et que les tâches soient réparties différemment entre eux. À ce propos, les choses ne changent pas par rapport à l'ancien régime puisque de telles modifications restent inopposables aux tiers¹⁴¹. Cela participe encore un peu plus à la prévisibilité pour ceux qui interagissent avec la société puisqu'ils savent clairement à quoi s'attendre et ne subiront plus de mauvaise surprise comme cela pouvait être le cas auparavant, lorsque la délégation de pouvoir variait de société en société.

¹³⁶ Article 7:96, §1^{er} CSA.

¹³⁷ Article 7:96, §1^{er} CSA.

¹³⁸ Article 7:96, §2 CSA.

¹³⁹ Article 7:96, § 3 CSA.

¹⁴⁰ Article 7:97 CSA.

¹⁴¹ Article 7:97 CSA.

À suivre l'ordre des articles du projet de code, vient ensuite la consécration d'un mécanisme de communication entre les deux organes. Bien que l'on ait maintes fois insisté sur les bénéfices d'une frontière étanche entre les fonctions des deux organes, cela ne veut pas dire que ces derniers doivent rester éloignés et ne peuvent avoir de contacts l'un avec l'autre. Que du contraire. Si une incompatibilité des fonctions est capitale, un *reporting* l'est tout autant et est indispensable afin que l'organe de surveillance soit en mesure d'exercer son contrôle sur son collègue « opérationnel ». Il est totalement inimaginable qu'une inspection de qualité puisse s'opérer sans que celui qui doit le faire ne soit en possession de toutes les informations pertinentes à cet égard.

Là où l'ancien régime laissait aux parties le soin de gérer cet échange d'information, ce qu'il faut bien reconnaître qui ne se passait pas toujours bien, le nouveau le met clairement en place. Ainsi, les informations remontent jusqu'au conseil de surveillance via différents canaux. Le premier est le plus simple puisqu'il s'agit du simple fait, pour le conseil de direction, d'informer son chaperon de ce qu'il fait et de la manière dont il le fait. À cela, s'ajoute également la faculté pour le conseil de surveillance de requérir toute information qu'il estime utile¹⁴². Enfin, il est imposé au conseil de direction de rendre compte, au moins une fois l'an et par écrit, des « lignes directrices de la politique stratégique générale, des risques généraux et financiers ainsi que des systèmes de gestion et de contrôle de la société »¹⁴³. La mise en place d'un système de communication et d'échange d'informations entre les organes laisse donc supposer une grande avancée en la matière permettant au Conseil de procéder à une bien meilleure surveillance qu'il n'eut pu le faire auparavant.

Si l'on se remémore la problématique des conflits d'intérêts abordée plus avant, le moins que l'on puisse dire est qu'elle était perfectible.

Là aussi, le code des sociétés et des associations vole au secours des praticiens. Il a mis en place un régime beaucoup plus clair concernant les procédures à suivre lorsqu'un des organes se retrouve en position délicate. Il convient d'opérer un résonnement en deux temps, le premier

¹⁴² Article 7:98 CSA.

¹⁴³ Article 7:98, second alinéa du CSA.

concerne le conseil de surveillance, le second celui de direction. En effet, la marche à suivre diffère d'un cas à l'autre. Notons qu'en cas de non-respect de la procédure déterminée, la sanction sera sans appel et la décision prise en contravention du code sera purement et simplement entachée de nullité¹⁴⁴, du moins pour celles prises par le conseil de surveillance. En effet, nous ne trouvons pas spécifiquement précisé dans le code que la décision qui serait prise par le conseil de direction sans avoir été transmise au conseil de surveillance est nulle. Un oubli du Législateur peut-être ?

Pour ce qui est du conseil de surveillance, lorsqu'une décision doit être prise et que l'un de ses membres se rend compte que cette décision représente pour lui « un intérêt direct ou indirect de nature patrimoniale qui est contraire à l'intérêt de la société »¹⁴⁵, il se doit d'en avertir immédiatement le conseil. Une fois le conflit dénoncé, le membre est tenu de se retirer le temps de la délibération et ne pourra bien évidemment pas participer au vote portant sur l'opération à réaliser ou sur la décision à prendre¹⁴⁶. Notons que le projet de code prévoit la suppression de la distinction entre les sociétés faisant appel public à l'épargne et les sociétés privées. Il en a donc profité pour mettre fin à la disparité qui existait entre ces catégories quant à la question de savoir si le membre en conflit d'intérêts pouvait ou non prendre part aux discussions sur l'opération en cause. Le Législateur a décidé d'opérer un nivellement par le haut en prévoyant qu'en tout cas, le membre en conflit devait se retirer. Si d'aventure, tous les membres du conseil de surveillance venaient à se trouver dans une situation conflictuelle, la décision devrait être déferée à l'assemblée générale qui elle, devrait trancher.

En ce qui concerne le conseil de direction, la décision devra être renvoyée au conseil de surveillance afin qu'il s'en charge¹⁴⁷. Ce mécanisme est relativement logique étant donné le rôle de « chaperon » confié à l'organe de surveillance. Tout porte à croire qu'il sera en mesure de prendre la meilleure décision pour la société et qu'il soit le plus à même de remplacer le conseil de direction à cette fin. Le choix autrefois laissé aux sociétés de déférer la décision en

¹⁴⁴ Article 7:102, §2 du CSA.

¹⁴⁵ Article 7:102 du CSA.

¹⁴⁶ Article 7:102 du CSA.

¹⁴⁷ Article 7:104 du CSA.

conflit au conseil d'administration ou non, sans qu'on ne sache réellement qui devait en décider ni sur base de quels critères est désormais un mauvais souvenir.

Nous voulions également attirer l'attention sur le fait que la mise en place d'un système dualiste dans la société anonyme ne prive pas cette dernière de faire appel à une ou plusieurs personnes à titre de délégués à la gestion journalière¹⁴⁸. Rappelons que seuls les actes urgents ou ceux qui ne nécessitent pas l'intervention du conseil de direction, dans ce cas-ci, pourront être délégués¹⁴⁹. Pour de plus amples informations à ce sujet, nous renvoyons à l'article 7:108 du code.

En guise de conclusion, nous pouvons constater que la réforme apporte de nombreuses réponses aux questions posées par l'ancien régime du comité de direction. Sans être parfait, son successeur bénéficie d'un cadre législatif beaucoup plus clair, précis et exhaustif. Les sociétés sont désormais en mesure d'identifier clairement quelles seront les conséquences de leur choix en matière de gestion et seront grandement aidées dans la mise en place d'un éventuel dualisme. P. Van Ommeslaghe avait d'ailleurs révélé son souhait que soit supprimé ce comité de direction de la loi de 2002 qu'il qualifiait de forme « incomplète et imparfaite »¹⁵⁰ de dualisme.

À cela, nous devons ajouter les bénéfices pour les tiers à la société, qu'il s'agisse des investisseurs ou de toute autre partie prenante. Ils peuvent en effet compter sur les innovations pour bénéficier d'un regain non négligeable de sécurité juridique et ne devront plus tenter d'identifier ce à quoi ils font face. Ainsi, le niveau de délégation sera pratiquement le même pour toutes les sociétés sans que les éventuelles restrictions internes ne puissent leur être opposées. Les responsabilités de chacun seront également mieux appréhendées et chacun sera amené à agir avec prudence et discernement au risque de devoir en répondre. Enfin, les conflits d'intérêts qui avaient déjà fait l'objet d'une attention toute particulière de la part du Législateur

¹⁴⁸ Article 7:108, al. 1^{er} du CSA.

¹⁴⁹ Article 7:108, al. 2 du CSA.

¹⁵⁰ P. VAN OMMESLAGHE, « La structure de la société européenne : dualisme ou monisme », *La société européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 106.

bénéficient d'un amendement bienvenu. Il semble que ce dernier a enfin eu le courage de ses ambitions et a mis son cœur à l'ouvrage.

CHAPITRE III : ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ

Après avoir développé ce que nous pouvions rencontrer dans notre pays, nous allons à présent essayer de situer le régime belge de gouvernance par rapport à ce que connaissent les pays qui nous entourent. Il est en effet toujours intéressant d'observer ce qui se fait à l'étranger et d'en tirer les conclusions qui s'imposent afin d'identifier le meilleur de chaque système.

À ce propos, les récents changements en matière de mobilité des sociétés viennent ajouter une actualité toute particulière à cette question. Depuis l'arrêt Polbud¹⁵¹, on est enfin en droit de penser qu'on a une décision de jurisprudence qui consacre le droit pour une société de se transformer sur le plan international, sans perdre sa personnalité juridique et même sans devoir transférer son siège réel. De plus, le projet de code prévoit d'opérer un changement radical dans le critère déterminant le droit applicable à la société. Bien que la Belgique ait toujours retenu le critère du siège réel, elle prévoit désormais d'opter pour le siège statutaire. Chaque société pourra donc en principe changer de droit applicable par une simple modification statutaire. Le *forum shopping* sera donc plus que jamais exacerbé, dans ses bonnes comme dans ses mauvaises acceptations. La Belgique semble en avoir pris conscience en conférant à son droit un regain d'attractivité.

Dans un premier temps, nous allons développer le modèle allemand qui est certainement l'un des plus stricts dualismes (section 1), pour continuer avec ce que nous propose la Hollande (section 2). Vont ensuite suivre les exemples français (section 3) et anglais (section 4), pour terminer avec la société européenne qui est souvent perçue comme une porte de sortie d'un formalisme trop strict (section 5).

¹⁵¹ Arrêt Polbud, rendu par la CJUE le 25 octobre 2017, C-106/16.

SECTION 1. LE DUALISME OBLIGATOIRE ALLEMAND

Il nous est paru pertinent de commencer par l'étude du modèle allemand car celui-ci est certainement l'exemple le plus poussé de dualisme. En plus d'imposer la séparation des fonctions, il va encore plus loin, allant jusqu'à intégrer une forme de représentation des travailleurs au sein du conseil de surveillance. Nous sommes donc face à un dualisme poussé à son paroxysme.

Il est d'ailleurs permis de réellement parler de cogestion, le droit allemand donnant une place toute particulière aux représentants des travailleurs¹⁵². Plus qu'une simple consultation, ils sont dotés d'un rôle actif dans la gouvernance de la société anonyme puisqu'ils sont habilités à nommer les membres du directoire, au même titre que leurs homologues élus par les actionnaires¹⁵³. Leur rôle n'est donc absolument pas négligeable. D'ailleurs, au plus la société comporte de travailleurs, au plus leur présence au sein du conseil de surveillance sera importante pouvant même atteindre une proportion d'un membre sur deux dans l'hypothèse où plus de 2000 travailleurs seraient occupés par ladite société¹⁵⁴.

Notons par contre que la cogestion commence à faire débat en Allemagne¹⁵⁵ et que l'influence européenne se fait ressentir chaque jour un peu plus¹⁵⁶. De fait, que ce soit par la possibilité d'avoir recours à des sociétés étrangères ou par la liberté qu'offre la société européenne, les auteurs allemands élèvent leur voix afin de faire comprendre à leur législateur qu'une évolution devra voir le jour ou à tout le moins, une adaptation au regard du droit européen qui devrait mener un jour ou l'autre à un assouplissement du régime. La compétition sociétariaire a toujours

¹⁵² V. DE BEAUFORT, *Gouvernance d'entreprise en Europe*, Paris, Economica, 2006, p. 43.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ Y. CHAPUT et A. LÉVI (sous la direction de), *La direction des sociétés anonymes en Europe : vers des pratiques harmonisées de gouvernance ?*, Paris, Litec, 2008, p. 13.

¹⁵⁵ K. HOPT et P. LEYENS, « Board Models in Europe – Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy », *European Company and Financial Law Review*, 1(2), ed. Walter de Gruyter, 2004, p. 146 et J. DU PLESSIS, « The German Two-Tier Board and the German Corporate Governance Code », *European Business Law Review*, 15(5), 2004, p. 1164.

¹⁵⁶ Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, pp. 14 et 15.

été très importante et donc, il devient de plus en plus dur pour un pays d'imposer un régime trop strict, ne laissant pas un minimum de marge de manœuvre aux sociétés.

Par ailleurs, à travers l'Europe, nous assistons à une tendance assez constante de se mettre en conformité avec les pratiques dites de bonne gouvernance. C'est ainsi que la séparation des fonctions de direction et de contrôle sont assez répandues. Cela n'empêche que l'Allemagne n'a pas entendu s'arrêter à la *compliance* des acteurs du monde économiques. Elle a pris le pas d'imposer un régime unique à toutes les sociétés anonymes sans leur laisser la possibilité d'y déroger¹⁵⁷. Toute *GmbH*¹⁵⁸ doit donc inévitablement créer ce que le droit allemand appelle le *Vorstand*, à savoir un directoire ainsi qu'un *Aufsichtsrat*, ce qui correspond au conseil de surveillance¹⁵⁹.

Venons-en dès à présent à la répartition des rôles entre ces deux organes. Il convient de reconnaître que les allemands ont mis en place un système qui, bien qu'étant peut-être un peu strict au niveau de son impérativité¹⁶⁰, est logique et conséquent avec lui-même.

Quitte à imposer un régime bicéphale, le droit allemand a eu le courage d'aller au bout de sa pensée et a interdit toute interférence d'un organe sur l'autre. L'un dirige, l'autre surveille et chacun se cantonne au rôle qui lui a été imparti¹⁶¹. Là où le régime belge antérieur au Code des sociétés et des associations ne tranchait pas la question de la répartition des compétences, le législateur allemand n'a pas fait la même erreur. À partir du moment où l'on crée une responsabilité des membres du directoire pour ce qu'ils font, on ne peut tolérer aucune intervention qui viendrait les influencer dans leur prise de décisions. Cela reviendrait à mettre en place une insoutenable responsabilité pour la faute d'autrui. Le conseil de surveillance doit donc veiller à ne pas dépasser ses attributions de supervision¹⁶².

¹⁵⁷ K. HOPT et P. LEYENS, *op. cit.*, p. 141.

¹⁵⁸ Terme désignant la société anonyme allemande.

¹⁵⁹ Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, p. 16.

¹⁶⁰ K. HOPT et P. LEYENS, *op. cit.*, p. 141.

¹⁶¹ V. DE BEAUFORT, *op. cit.*, p. 43.

¹⁶² K. HOPT et P. LEYENS, *op. cit.*, p. 141.

Notons toutefois qu'une voix s'élève afin de doter ledit conseil d'un réel pouvoir de dialogue¹⁶³. Il deviendrait alors le confident du directoire et ils auraient, ensemble, la mission d'arriver aux meilleures décisions possibles. Nous marquons à cet égard une certaine réticence, car cela reviendrait à ouvrir la porte à de nombreuses dérives. Comment encore être en mesure de contrôler le rôle de chaque organe dans la prise de décision. Il semble beaucoup plus rationnel de laisser en place le système actuel prévoyant clairement une frontière étanche entre les deux organes renforcée par une stricte incompatibilité des fonctions¹⁶⁴.

Restons conscients qu'il existe bien évidemment déjà un dialogue entre les deux organes¹⁶⁵ comme ce qui va se faire après l'entrée en vigueur du CSA belge. Plus que d'être souhaité ou souhaitable, il est absolument indispensable¹⁶⁶. D'ailleurs, une grande part des dispositions du Code allemand de Corporate Governance est dédiée à assurer cette coopération¹⁶⁷. Il va sans dire qu'en l'absence de toute information, le conseil de surveillance serait dans l'impossibilité d'opérer le moindre contrôle sur le directoire¹⁶⁸. Il est donc primordial que les informations circulent et qu'en plus d'être suffisantes, elles soient correctes et données à temps. C'est à cet effet qu'une forme de reporting est mise en place et que les informations remontent via 3 canaux différents. Une première hypothèse est celle où le directoire les consigne lui-même dans le rapport qu'il rédige à l'intention du conseil de surveillance. Ensuite, il est permis au conseil de surveillance de requérir toute information qu'il juge pertinente pour sa mission. Enfin, certaines opérations arrivent d'office sur le bureau de l'*Aufsichtsrat* si les statuts exigent son aval avant que ne soit prise toute position¹⁶⁹. Ajoutons que « le Code allemand de gouvernement d'entreprise renforce le système légal en instituant une coopération entre le directoire et le conseil de surveillance »¹⁷⁰. Nous sommes donc en

¹⁶³ Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, p. 17 et C. JUNGSMANN, *op. cit.*, p. 452.

¹⁶⁴ C. JUNGSMANN, *op. cit.*, p. 432 et E. POTTIER et T. L'HOMME, *op. cit.*, p. 321.

¹⁶⁵ C. JUNGSMANN, *op. cit.*, p. 433.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 453 et 454.

¹⁶⁷ J. DU PLESSIS, *op. cit.*, p. 1145.

¹⁶⁸ G. KEUTGEN, *op. cit.*, pp. 63 et 64.

¹⁶⁹ Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, p. 19.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 19 et 20.

présence d'un mécanisme de reporting assez développé qui va plus loin que ce qu'a connu la Belgique jusqu'à présent.

Nous allons désormais nous pencher sur les règles qui entourent la nomination des membres des deux organes. Nous commencerons par le conseil de surveillance pour ensuite terminer avec le directoire.

En guise de prémices, il convient de préciser que tous les membres ne sont pas nommés de la même manière. En ce qui concerne les représentants des actionnaires, « une majorité de plus de 50% de l'assemblée générale »¹⁷¹ suffira à emporter leur nomination. En ce qui concerne les représentants des travailleurs, il convient de mettre plus de cœur à l'ouvrage.

En effet, les règles ne seront pas les mêmes quelle que soit la taille de la société, taille qui est déterminée en fonction du nombre de travailleurs occupés. Ainsi, si moins de 500 personnes y sont employées, aucun représentant ne sera présent. Par contre, dès que le nombre de 500 salariés est atteint tout en restant inférieur à 2000, un tiers des membres représenteront les travailleurs. Au-delà de 2000, il a déjà été précisé que la représentation augmentera jusqu'à 1 membre sur deux. Enfin, dans certains cas il sera procédé à l'élection de délégués qui eux, seront chargés d'élire lesdits représentants. Telle sera le cas dans les sociétés de plus de 8000 têtes¹⁷². En ce qui concerne la taille du conseil de surveillance, nous n'entrerons pas dans les détails. Notons simplement qu'il oscille entre 12 et 20 membres¹⁷³.

Tout cela nécessite évidemment un coût qui est assez élevé qui est d'ailleurs l'une des principales critiques qui s'élèvent contre ce système de cogestion. Encore une fois, certaines sociétés décident d'opter pour la forme de la société européenne et ainsi pouvoir appliquer des règles plus souples et mettre en œuvre des procédures moins coûteuses, nous y reviendrons plus tard¹⁷⁴.

¹⁷¹ §110 (1) AktG, cité par Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, p. 20.

¹⁷² Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, pp. 20 et 21.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 21.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

Nous ne pouvons passer sous silence le cas de la révocation qui se fera *ad nutum* avec comme seule exigence le fait d'emporter « $\frac{3}{4}$ des votes exprimés à l'assemblée générale »¹⁷⁵.

Vient ensuite la mise en place du directoire. D'emblée, précisons que les choses sont sensiblement plus aisées que ce qu'elles étaient pour le conseil de surveillance. Ses membres sont nommés par l'organe de surveillance et ce, pour un mandat d'une durée ne pouvant excéder 5 années¹⁷⁶.

En ce qui concerne la révocation, c'est également au conseil de surveillance qu'appartient cette tâche¹⁷⁷, mais elle ne peut avoir lieu *ad nutum* ou sans juste motif. Il faut donc impérativement que la personne ait « gravement violé ses devoirs de gestion »¹⁷⁸. Il résulte qu'il est difficilement avouable pour une société, du moins de manière publique, que l'un de ses directeurs a gravement méconnu ses devoirs¹⁷⁹. Cela s'apparente à une information défavorable pour la société sur le marché¹⁸⁰. La conséquence de cela est donc que, *de facto*, il y a peu de révocations « légales », mais qu'elles se font plus de manière amiable, plus discrète et moyennant une contrepartie financière¹⁸¹. Cela nous amène à nous poser la question suivante : n'est-il pas trop difficile, voire carrément impossible/non-souhaitable, de mettre en œuvre la responsabilité des membres du directoire ? Il semble qu'on puisse répondre à cette question par l'affirmative étant entendu l'effet négatif que cela entraînerait pour la société qui subirait en quelque sorte une seconde atteinte venant retourner le couteau dans la plaie.

Enfin, revenons sur des éléments plus concrets. Durant l'exposé, nous avons insisté sur le fait que la société européenne pourrait être un moyen pour les sociétés allemandes de bénéficier d'un peu plus de souplesse dans leur gouvernance¹⁸². En se transformant, elles peuvent échapper à la rigueur du dualisme obligatoire et ainsi prévoir des règles plus adaptées et qui leur conviennent mieux. Il convient de tempérer le propos étant donné que *de facto*, bien

¹⁷⁵ Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, p. 23.

¹⁷⁶ V. DE BEAUFORT, *op. cit.*, p. 43.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, p. 23 et V. DE BEAUFORT, *op. cit.*, p. 43.

¹⁷⁹ K. HOPT et P. LEYENS, *op. cit.*, p. 142.

¹⁸⁰ Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, p. 25.

que certaines sociétés anonymes allemandes aient fait le choix de la forme européenne, aucune d'elles n'a abandonné le dualisme¹⁸³. Deux raisons pourraient expliquer ce choix, vouloir aller vers plus de bonne gouvernance mais surtout, éviter la surreprésentation des travailleurs au sein d'un conseil d'administration, ce qui ne ferait qu'exacerber leur pouvoir¹⁸⁴.

Pour conclure, le régime allemand se veut donc très strict et s'impose aux sociétés anonymes sans possibilité pour elles d'y déroger et ce, quelle que soit leur taille. L'Allemagne prend donc une autre direction que la Belgique où les sociétés restent maîtresses de leur direction. Au-delà de l'opportunité d'une telle impérativité, reconnaissons le mérite du système allemand d'aller au bout de ses idées en allant jusqu'à intégrer des travailleurs au sein-même du conseil de surveillance. Nous voulions attirer l'attention sur le fait que cela ne pourrait pas forcément être transposable en Belgique. La place des syndicats dans notre pays est tout autre qu'en Allemagne et il convient d'en tenir compte.

Changeons de régime en même temps que de pays, et voyons dès à présent ce qui se passe chez nos amis hollandais.

SECTION 2. LE SYSTÈME HOLLANDAIS, ENTRE CHOIX ET OBLIGATION

Il nous a paru logique de développer le système hollandais directement après ce que connaît l'Allemagne. La raison de cela est que, bien qu'il laisse plus de place au choix des sociétés, le système hollandais présente tout de même une part de rigueur. Comme nous allons essayer de le démontrer, tout le monde ne fait pas ce qu'il veut en matière de direction des *naamloze vennootschap*.

La particularité des Pays-Bas est qu'ils ont instauré un seuil qui sera à prendre en compte et qui va conditionner le niveau de liberté qu'auront les sociétés dans la mise en place de leur système de gestion. En deçà de ce dernier, les sociétés bénéficieront d'un choix entre le système

¹⁸³ Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, p. 26.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 26.

moniste ou dualiste, au-delà, les sociétés anonymes seront impérativement tenues d'opter pour une forme dualiste.

Tout d'abord, penchons-nous sur le système facultatif qui oscille entre le monisme et le dualisme, l'un privilégié par les très petites structures, le second par les sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé¹⁸⁵.

Le monisme ne présente pas de grandes particularités puisqu'il met en scène un unique organe de direction appelé *bestuur*. C'est à l'assemblée générale de la société que le Législateur hollandais a décidé de confier les tâches de nomination, suspension et révocation (pouvant intervenir *ad nutum*) des *bestuurders*¹⁸⁶.

Quant au dualisme, nous nous limiterons à préciser que le conseil de surveillance dispose de la faculté de suspendre un directeur *ad nutum* bien que l'assemblée générale puisse revenir sur cette décision¹⁸⁷.

Deuxièmement, on a l'hypothèse où la société anonyme répond aux critères fixés ce qui a pour effet de la soumettre au régime des grandes sociétés et à toutes les obligations qu'il comporte¹⁸⁸. Dans le cadre de la présente étude, nous tâcherons de rester dans ce qui est indispensable à la compréhension de notre propos. Mentionnons également que le *Corporate Governance Code* des Pays-Bas a récemment fait l'objet d'une révision qui a eu un impact sur le fonctionnement et la composition du comité de direction néerlandais¹⁸⁹.

Le seuil est en fait constitué de 3 critères qui doivent être remplis cumulativement par la société, à savoir que « la somme totale du capital souscrit et des réserves est supérieure à 13 millions d'euros, que la société ou une de ses filiales a constitué un comité d'entreprise [...] » et que « la société, seule ou avec ses filiales, a un effectif salarié permanent supérieur à 100 personnes aux

¹⁸⁵ Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, p. 344.

¹⁸⁶ Art. 2: 132, al. 1 *BW*, cité par Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, p. 344.

¹⁸⁷ Art. 2: 147 al. 1 et 2 *BW*.

¹⁸⁸ V. DE BEAUFORT, *op. cit.*, p. 316.

¹⁸⁹ Pour de plus amples développements, nous renvoyons à T. SALEMINK, « De one-tier board volgens de herziene Corporate Governance Code », *Maandblad Voor Ondernemingsrecht*, 2017, pp. 13 à 19.

Pays-Bas »¹⁹⁰. La réunion de ces critères peut donc avoir un effet assez important pour une société qui devra alors mettre son système de gouvernance en conformité avec le prescrit légal.

Pour le reste, le système est assez semblable à ce qui a déjà été décrit durant cette contribution. Nous voulions cependant insister sur le fait que les Pays-Bas se situent un peu entre deux conceptions : d'une part, ils ont pris l'option de la sécurité juridique en imposant le dualisme de manière obligatoire aux grandes sociétés, mais d'autre part, ils ont pris la voie totalement opposée. Certains pourraient trouver qu'il est dommage que sur ce point, les Pays-Bas aient fait usage du non-choix dont la politique belge est souvent qualifiée. Nous pensons au contraire que ce pays a procédé de manière très raisonnée. Bien qu'on puisse éventuellement discuter des critères retenus par nos voisins hollandais, leur idée est courageuse. Les grandes sociétés anonymes ne souffriront plus de discrimination au niveau de leur forme de gouvernance, elles seront toutes organisées de la même manière et cela sera un énorme avantage pour les parties prenantes qui jouiront de la sorte d'une sécurité juridique accrue. Nous doutons en effet qu'il soit judicieux d'imposer un dualisme aux plus petites sociétés anonymes. Les coûts engendrés par un tel système ne sont pas à prendre à la légère et il serait dommage et contreproductif d'asphyxier les plus petites *naamloze vennootschappen*.

SECTION 3. LE SYSTÈME FRANÇAIS, OU L'ART DE CHOISIR

La France quant à elle laisse purement et simplement le choix à ses sociétés¹⁹¹. Tantôt la société mettra en place un système dualiste classique comportant un directoire et un conseil de surveillance, tantôt, elles seront dirigées avec la *french touch*, par un conseil d'administration et un président-directeur général¹⁹². La pratique semble montrer que la majorité des sociétés cotées françaises ont fait le choix du monisme¹⁹³.

¹⁹⁰ Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, p. 345.

¹⁹¹ V. DE BEAUFORT, *op. cit.*, p. 194.

¹⁹² K. HOPT et P. LEYENS, *op. cit.*, p. 141.

¹⁹³ V. DE BEAUFORT, *op. cit.*, p. 194.

Une des particularités des sociétés françaises sur ce point est qu'elles ne se contentent pas d'un choix historique. Elles oscillent au sens propre du terme entre les deux voies de gouvernance afin de bénéficier en tout temps du système répondant le mieux à leurs besoins¹⁹⁴.

Bien que cela puisse paraître génial d'un point de vue sociétaire étant donné qu'elles peuvent sans cesse saisir le meilleur des deux régimes et en changer dès que les contraintes surpassent les avantages, nous sommes tentés d'émettre une certaine réserve à ce principe. En théorie, nous sommes d'accord que cela paraît idéal. Seulement, on ne change pas de système de gouvernance comme on change de chemise. Pour être optimale, une bonne direction nécessite un certain temps, des échecs, des modifications, bref, une perpétuelle amélioration. Soyons-y attentifs et gardons à l'esprit que parfois, il faut laisser le temps aux choses et qu'il ne faut pas faire table rase de ce qu'on a acquis en raison d'une période creuse. Le changement est nécessaire, mais comme en tout, le trop nuit.

SECTION 4. THE ONE-TIER BOARD, OU LE MONISME ANGLAIS

Là où les allemands illustrent à merveille le dualisme, le système anglais est l'incarnation type du monisme¹⁹⁵. À côté de l'assemblée générale, on retrouve le *board of directors* qui s'apparente à notre conseil d'administration et qui détient tous les pouvoirs de la société¹⁹⁶. Ce dernier doit impérativement être composé d'un minimum de deux *directors* étant donné le caractère collégial de l'organe. Rappelons que le droit anglais retient de manière assez palpable la thèse de *shareholders value*. Tout le droit est donc tourné vers l'intérêt des actionnaires qui sont vus comme « les seuls propriétaires de la compagnie »¹⁹⁷.

En ce qui concerne la nomination des dirigeants, le système est un peu particulier. Il existe en effet deux possibilités pour une personne de se voir élue à la fonction de directeur : la première est une nomination directe par l'assemblée générale de la société¹⁹⁸. La seconde par contre est la faculté qui est offerte aux dirigeants en place de directement élire d'autres

¹⁹⁴ Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, p. 195.

¹⁹⁵ V. DE BEAUFORT, *op. cit.*, p. 385.

¹⁹⁶ K. HOPT et P. LEYENS, *op. cit.*, p. 150.

¹⁹⁷ V. DE BEAUFORT, *op. cit.*, p. 385.

¹⁹⁸ Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, p. 63.

directeurs. Cette seconde option nécessitera tout de même une confirmation de l'assemblée générale.

Une autre particularité est qu'à chaque réunion des actionnaires, un vote doit avoir lieu en vue de renouveler le tiers des *directors*¹⁹⁹. Précisons que les *executive directors* ne sont pas visés par cette mesure²⁰⁰. Cela n'a pas forcément pour effet de modifier la composition du *board* étant donné que lesdits membres sont rééligibles²⁰¹.

Sans détailler toutes les catégories de *directors*²⁰², relevons qu'il existe au sein du *board* anglais des directeurs exécutifs et non exécutifs²⁰³. À l'instar de ce que l'on connaît en Belgique, seront qualifiés d'*executive directors* les membres qui sont par ailleurs engagés dans la société sous contrat de travail, là où les *non executive directors* se limitent à leur seule fonction d'administrateur²⁰⁴.

Enfin, la révocation des directeurs mérite que l'on s'y attarde brièvement. Bien qu'une majorité ordinaire de plus de 50% des voix suffise à emporter la fin des fonctions d'un membre du *board*, ce dernier bénéficie toutefois d'une série de subterfuges.

Un premier moyen de défense qui est offert aux administrateurs anglais est la faculté qui leur est offerte de s'unir à la société au moyen d'un contrat de travail en vue de prêter d'autres fonctions²⁰⁵. L'administrateur qui déciderait d'en faire usage sera donc, pour ces dernières, protégé. Cette éventualité ne nous est pas inconnue étant donné qu'elle existe tout autant en droit belge.

¹⁹⁹ Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, p. 63.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² Pour une analyse détaillée, nous renvoyons à Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, pp. 63 et suivantes.

²⁰³ C. JUNGSMANN, *op. cit.*, pp. 436 et 437.

²⁰⁴ Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, pp. 63 et 64.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 66.

Une seconde possibilité est la conclusion, par l'administrateur, d'un *shareholders' agreement* venant obliger les membres du pacte à ne pas voter en faveur de la résolution visant à le démettre de ses fonctions²⁰⁶.

Pour conclure, et c'est sûrement l'option la plus particulière, il existe en Angleterre la possibilité d'accorder au *director* un droit de vote multiple sur la prise de décision de sa révocation. Il pourrait donc arriver, dans certains cas, à obtenir la majorité des voix à lui seul²⁰⁷.

Les anglais disposent également d'un code de bonnes pratiques. Ce dernier est appelé le *Combined Code*²⁰⁸. Sans être révolutionnaire, ce code permet de rappeler aux sociétés anglaises certains grands principes d'indépendance et de bonne conduite d'une société²⁰⁹. Un atout non négligeable.

SECTION 5. LA SOCIÉTÉ EUROPÉENNE : VERS UNE HARMONISATION DU RÉGIME DUALISTE ?

Si nous avons fait le choix de développer la société européenne dans cette contribution, c'est parce qu'elle a également son rôle à jouer lorsqu'on se pose la question de la gouvernance de sa société.

Il va sans dire que la principale raison d'opter pour une société européenne est le fait de vouloir conférer une touche internationale à son *business*²¹⁰. Le nom déjà laisse rêveur et apporte un doux parfum d'harmonisation. À l'entendre, on a l'impression de se trouver face à un être juridique non plus national, mais véritablement européen, se situant en quelque sorte au-dessus des frontières étatiques.

Ce à quoi nous devons immédiatement ajouter que les apparences sont trompeuses. La *societas europaea* est « davantage une société de type européen qu'une société européenne »²¹¹.

²⁰⁶ Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, p. 66.

²⁰⁷ *Ibidem*, pp. 65 et 66.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 68.

²⁰⁹ Pour une analyse détaillée, nous renvoyons à Y. CHAPUT et A. LÉVI, *op. cit.*, pp. 68 à 71.

²¹⁰ N. LENOIR, « L'avenir de la « Societas Europaea » », *J.D.E.*, 2008/2, n° 146, p. 33.

²¹¹ P. NICAISE, « La société européenne : une société de type européen ! », *J.T.*, 2002/24, n° 6060, p. 483.

La volonté de l'Europe de créer une société propre ne date pas d'hier²¹². L'Union européenne a toujours essayé de créer le marché commun afin de supprimer toutes les frontières internes. Le but était que tant les capitaux que les personnes et les travailleurs puissent circuler librement²¹³. Quoi de mieux pour cela que de créer une société qui serait la même partout, dans chacun des États membres.

Toutefois, cela était sans compter la traditionnelle réticence des États membres à se séparer de leurs prérogatives législatives. Il est fréquent que des projets européens, aussi ambitieux et merveilleux soient-ils, doivent être avortés en raison d'un refus des pays membres de l'Union d'autoriser ce qu'ils ont tendance à voir comme une atteinte à leurs droits. Le projet européen est magnifique, mais force est de déplorer que trop souvent, l'Union ne se dote pas des moyens nécessaires à la réalisation de ses ambitions. À cet égard, la société européenne en est un exemple marquant puisque bien que disposant d'un cadre législatif européen de base, elle nécessitera de se voir appliquer bon nombre de dispositions nationales sans quoi elle ne pourra fonctionner²¹⁴.

Avant de développer brièvement le régime de transposition belge du règlement traitant de la société européenne, nous souhaitons revenir sur l'intérêt qu'elle peut présenter pour des sociétés nationales classiques. Au cours de cette contribution, nous avons eu l'occasion de démontrer la rigueur de certains ordres juridiques étatiques face à la question de la gouvernance des sociétés anonymes. Rappelons-nous notamment de l'exemple allemand. La société européenne peut donc être un moyen permettant d'apporter un peu de douceur et de souplesse dans cette impérativité. Ainsi, une société nationale pourrait décider de se transformer en société européenne afin de bénéficier du régime y applicable qui est relativement souple et surtout, impose aux états membres d'instaurer la faculté de choisir tant pour le monisme que pour le dualisme²¹⁵. Un vent de souplesse non négligeable donc.

²¹² N. LENOIR, *op. cit.*, p. 33.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ P. NICAISE, *op. cit.*, p. 483.

²¹⁵ D. VAN GERVEN, « De Europese vennootschap en het Europees economisch samenwerkingsverband », *T.R.V.*, 2006, p. 141.

À présent, penchons-nous sur la société européenne à la sauce belge. Son statut a été inséré dans notre code des sociétés au livre XV par un arrêté royal du 1^{er} septembre 2004²¹⁶. Suite à sa création, la Belgique a été forcée de revoir son droit afin de le mettre en conformité avec ce qui venait d'être créé²¹⁷. En effet, à l'époque la Belgique ne connaissait pas la possibilité de créer une société à direction véritablement dualiste²¹⁸. Or, le droit européen nous a forcés à le permettre étant donné que le règlement créant la SE laissait le choix entre les deux formes de direction²¹⁹. De plus, la Belgique a dû veiller à ne pas créer de discriminations entre le statut applicable à la société européenne et les sociétés anonymes belges²²⁰. L'arrêté précité a donc inséré le livre XV ainsi que modifié toute une série de dispositions qui le nécessitaient²²¹.

Afin de ne pas nous répéter, nous n'entrerons pas dans une analyse détaillée des articles étant donné que le système prévu se rapproche grandement de ce que l'on connaît pour une société anonyme belge²²². Par contre, nous allons mettre en évidence quelques particularités qui nous paraissent intéressantes de relever.

Tout d'abord, le code prévoit que les sociétés ne peuvent plus prévoir la faculté de déléguer des pouvoirs à un comité de direction. Cela veut dire que soit la société opte pour un réel monisme ou pour un dualisme avec un conseil de direction. Mais le code prévoit l'interdiction de créer des comités de direction alternatifs²²³. Encore une fois, soyons attentifs à la petite différence de dénomination entre le comité de 524bis et le conseil du régime européen.

²¹⁶ Arrêté royal du 1^{er} septembre 2004, *M.B.*, 9 septembre 2004.

²¹⁷ P. SAERENS, *La société européenne*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 103 et J. RICKFORD, *The European company : Developing a Community law of corporations*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 59.

²¹⁸ A. BENOIT-MOURY, O. CARPASSE, T. DELVAUX et A. FAYAR, *op. cit.*, p. 288. Voir également H. LAGA, *op. cit.*, pp. 480 à 482.

²¹⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 99 ; P. SAERENS, *op. cit.*, p. 108 ainsi que J. RICKFORD, *op. cit.*, p. 48.

²²⁰ D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 138.

²²¹ P. SAERENS, *op. cit.*, p. 103.

²²² Pour une analyse détaillée de la création et du fonctionnement des sociétés européennes, nous renvoyons notamment à N. LENOIR, *op. cit.*, pp. 33 à 45 et P. NICAISE, *op. cit.*, pp. 481 à 490.

²²³ Article 898 du Code des sociétés pour ce qui concerne les sociétés monistes et 900 du même code pour ce qui est des sociétés dualistes.

Une seconde particularité est celle qui prévoit que les statuts doivent énumérer « les catégories d'opérations qui donnent lieu à autorisation du conseil de direction par le conseil de surveillance »²²⁴. Le Législateur va donc plus loin en ce qui concerne la SE que pour la SA car bien qu'il soit précisé que le conseil de direction dispose de la compétence résiduaire, il instaure une certaine interaction entre les deux organes²²⁵. Comme on peut s'en douter, les actes soumis à autorisation préalable ne posent pas préjudice aux tiers étant entendu que le non-respect de la procédure d'approbation n'empêche pas la société d'être liée.

À ce propos, une question vient à l'esprit : quid en cas de désaccord entre les deux organes de direction sur une opération nécessitant l'autorisation de l'organe de surveillance²²⁶ ? Comme le suggère à juste titre Y. De Cordt, il serait judicieux de la part des statuts de la société de prévoir une procédure à cet effet²²⁷. Cela aurait le mérite d'éviter toute discussion inutile dans l'éventualité d'un conflit. Dans les cas extrêmes, de graves blocages pourraient se produire au sein de la société ce qui pourrait mener à une discorde irrémédiable dans les pires des situations. Il est donc plus que regrettable que ni le Législateur européen ni le nôtre n'aient pensé à se positionner en la matière.

Enfin, on remarque que si une personne est nommée au sein d'un organe de direction et qu'elle occupait déjà un poste au sein de l'autre organe, son mandat au sein du premier prend fin de plein droit²²⁸. Cela veut dire qu'il existe une réelle incompatibilité entre les fonctions des deux organes, ce qui n'est pas non plus le cas en matière de société anonyme belge²²⁹.

En guise de conclusion sur cette partie dédiée à la société européenne, nous pouvons dire qu'elle constitue un exemple de dualisme plus complet et plus parfait que ce que ne prévoit le code en matière de sociétés anonymes belges. Ce dernier instaure pour la forme européenne une incompatibilité des fonctions de manière légale, un mécanisme de communication plus

²²⁴ Article 903 du Code des sociétés.

²²⁵ Y. DE CORDT, « Le fonctionnement de la société européenne », *La société européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 130 à 137.

²²⁶ *Ibidem*, p. 132.

²²⁷ *Ibidem*, p. 133.

²²⁸ Article 904 du Code des sociétés.

²²⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 112 et 113.

poussé et enfin, il aborde les interactions entre les deux organes de direction. Cependant, nous avons vu que tout n'est pas prévu par le code. La société européenne est donc un beau projet qui permet d'apporter de la souplesse dans les ordres juridiques qui ne laisse place à aucune marge de manœuvre, mais il faut toutefois rester conscient qu'elle n'a de véritablement européen que le nom et qu'elle reste donc tributaire des transpositions nationales qui règlent la majeure partie de son fonctionnement.

SECTION 6. UNE HARMONISATION QUI EST LOIN D'ÊTRE ACQUISE

Afin de conclure cette brève analyse de droit comparé, nous voulions insister sur les disparités qui persistent encore à l'heure actuelle. Ce n'est pourtant pas faute d'avoir essayé, mais l'Europe ne parvient pas à réellement arriver à ses fins en matière de création d'un marché commun. D. Lebègue disait en 2009 « qu'il faut sans doute accepter le fait, même s'il limite le sens commun et l'esprit européen, que l'Union est condamnée à vivre longtemps avec des systèmes de droit différents, puisque dissemblables »²³⁰.

Par contre, en ce qui concerne la *corporate governance*, les États semblent avoir pris le train en marche. L'importante crise financière y est évidemment pour beaucoup et la difficulté que le monde économique a encore aujourd'hui à se remettre d'aplomb semble avoir convaincu la majorité des acteurs à opter pour une meilleure gouvernance. À travers l'Europe, fleurissent de nombreux codes renfermant des « bonnes pratiques »²³¹. La Belgique n'échappe pas au lot étant donné que nous avons même deux codes de la sorte, le premier s'adresse aux sociétés cotées, à savoir celles dont les actions sont admises sur un marché réglementé²³², tandis que le second s'adresse aux autres sociétés²³³. Ces derniers sont destinés à guider les administrateurs et plus généralement les sociétés vers une meilleure gouvernance²³⁴. À cet égard d'ailleurs, il

²³⁰ D. LEBÈGUE, « La gouvernance d'entreprise en Europe. Hétérogénéité des règles de droit, convergence des pratiques », *Euredia*, 2009/1, p. 9.

²³¹ *Ibidem*, p. 10 et X. Dieux, *op. cit.*, p. 61.

²³² Code belge de gouvernance d'entreprise 2009.

²³³ Code Buysse.

²³⁴ K. GEENS, « Helpt « good corporate governance »? : Over regels voor behoorlijk bestuur in vennootschappen », *op. cit.*, p. 97.

convient de préciser que deux thèses s'opposent au niveau des intérêts à prendre en compte. Si les actionnaires sont les plus privilégiés aux Etats-Unis, ce sont l'ensemble des parties prenantes dont on soigne les intérêts en Europe²³⁵. Certes ces principes de *corporate governance* peuvent être qualifiés de *soft law*, il n'empêche que les sociétés y sont tenues. En effet, répondant au principe *comply or explain*, ces codes s'appliquent à défaut de dérogations dûment motivées par les sociétés qui n'entendent pas s'y soumettre. Le marché veillant à sanctionner tout écart démesuré²³⁶.

Avant la crise de 2008, la tendance était déjà de mettre en place des directeurs indépendants dans les sociétés. Ce détachement était sensé leur conférer une impartialité et un discernement sans pareil. Leurs décisions allaient révolutionner le monde des affaires et tous croyaient en cette « solution magique »²³⁷ pour mettre en œuvre la bonne gouvernance. Nous allons voir dans le chapitre suivant que la crise a cependant asséné un coup de massue sur le monde économique.

²³⁵ E. CAUSIN, « Corporate governance : Le gouvernement d'entreprise », *DAOR*, 2002, p. 74.

²³⁶ *Ibidem*, p. 96.

²³⁷ Terme issu de l'ouvrage de M. GUTIÉRREZ et M. SAEZ, « Deconstructing independent directors », *Journal of Corporate Law Studies*, 2013, 13/1, p. 63.

CHAPITRE IV : PLAIDOYER POUR UN RÉGIME DE COMPÉTENCE

Ne nous méprenons pas, nous ne sommes pas du tout en train de dire que les directeurs indépendants sont à l'origine de la crise. Cependant, cette dernière a mis en exergue le fait qu'ils ne se suffisent pas à eux-mêmes²³⁸. Bien qu'étant tout à fait essentiels, ils n'ont pas été en mesure d'éliminer tous les risques²³⁹. Étant donné que nous estimons indispensable de faire un détour par les administrateurs indépendants, nous allons à présent tenter de montrer quelles pourraient en être les lacunes et ce qu'on pourrait faire pour y remédier (Section 1). Dans un deuxième temps, nous plaiderons pour un régime prévoyant des listes positives de compétences pour les dirigeants des sociétés anonymes (Section 2).

SECTION 1. LES ADMINISTRATEURS INDÉPENDANTS : UN MYTHE PERFECTIBLE

Les administrateurs indépendants ont toujours été vus comme des dirigeants qui devaient être le plus éloignés possible de la société. Apparus pour la première fois aux États-Unis en opposition aux administrateurs exécutifs qui, en raison de l'actionnariat dispersé, disposaient d'un grand contrôle sur la société²⁴⁰, les non-exécutifs²⁴¹ devaient présenter une indépendance la plus complète possible afin d'opérer un contrôle de la gestion opérée par le management²⁴². Au moins de liens avec la société ils avaient, au moins ils risquaient de prendre des décisions allant dans leur intérêt propre²⁴³.

²³⁸ W.-G. RINGE, « Independent Directors : After the Crisis », *European Business Organization Law Review*, 2013, 14(3), pp. 403 et 404.

²³⁹ H. BIRKMOSE *et al.*, *Boards of directors in European companies: Reshaping and harmonising their organisation and duties*, European company law series 10, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013, p. 221.

²⁴⁰ F. BASDEVANT, « Le rôle des administrateurs indépendants : outil de bonne gouvernance ? », in *L'administrateur indépendant, colloque du 11 décembre 2009*, Paris, Ed. Société de législation comparée, 2010, p. 51.

²⁴¹ Pour de plus amples développements sur le rôle et la place des administrateurs non-exécutifs dans la structure moniste, nous renvoyons à S. DUMOULIN, « De positie van niet-uitvoerend bestuurders in het monistische bestuurmodel », *ondernemingsrecht*, 2005-8, pp. 266 à 283 mais aussi à P. PIU, S. ROELAND, et K. BYTTEBIER, *op. cit.*, pp. 123 à 130.

²⁴² V. SIMONART, *op. cit.*, p. 222.

²⁴³ W.-G. RINGE, *op. cit.*, p. 408.

Au fil du temps, ces administrateurs d'un genre particulier se sont mus jusqu'à devenir une catégorie à part entière devant répondre à d'autres critères d'indépendance que le simple fait de ne pas occuper de tâche exécutive dans la société. À partir de ce moment-là, ils ont tout doucement été érigés au statut de demi-dieux. Étant non seulement chargés d'éviter les conflits d'intérêts, il ont par ailleurs pour mission d'« améliorer les performances du *board* »²⁴⁴ de manière générale. Cela constitue donc le gage d'une prise de décisions éclairées²⁴⁵ et propices à la bonne marche de la société.

Cependant, on s'est vite rendu compte que cette indépendance poussée à son paroxysme était de nature à engendrer un effet pervers. Lors de la crise, on a estimé que non seulement les directeurs indépendants n'ont pas été en mesure d'éviter les problèmes, mais que, bien plus, ils ont contribué à en exacerber les effets²⁴⁶. Ce fut sans conteste l'effondrement de tout un mythe qui avait été cultivé depuis des décennies et qu'on pensait de nature à pouvoir nous mettre à l'abri de toute mauvaise gestion de nos sociétés. En réaction à cela, les états ont décidé de repenser le concept en vue d'améliorer au maximum la gouvernance de leurs sociétés.

Avant de plonger dans le vif du sujet, précisons qu'il est très difficile si ce n'est impossible de donner une unique définition de ce qu'est un administrateur indépendant²⁴⁷. À cet égard W. -G. Ringe écrivait, « *it is important to make the point that there is no universal definition of 'independence'. This follows from the distinct function that independence has to perform in a given jurisdiction, depending on shareholder structure, industry structure and regulatory goals* »²⁴⁸.

La structure de l'actionnariat joue énormément sur la notion d'indépendance. Être indépendant dans une société présentant un capital dispersé ne revient pas à l'être dans la même société qui serait caractérisée par un actionnariat concentré²⁴⁹. Là où dans la première hypothèse il serait

²⁴⁴ W.-G. RINGE, *op. cit.*, p. 408.

²⁴⁵ V. SIMONART, *op. cit.*, p. 221.

²⁴⁶ H. BIRKMOSE *et al.*, *op. cit.*, p. 222.

²⁴⁷ W.-G. RINGE, *op. cit.*, p. 414.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ K. GEENS, « Le conseil d'administration dans le système moniste belge. », in X, *L'organisation des pouvoirs dans la S.A. - Hommage à Mme Benoît Moury*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 42 et 43.

contreproductif d'être indépendant des actionnaires, dans la seconde, toutefois, il est tout à fait indispensable que ce soit le cas²⁵⁰. De fait, dans les structures connaissant un actionnariat dispersé, il faut que les indépendants surveillent le management car les actionnaires trop nombreux n'ont pas particulièrement intérêt à en assurer le contrôle²⁵¹. Leurs coûts de surveillance de la gestion dépasseraient les avantages qu'ils pourraient tirer. Par contre, les actionnaires de contrôlent auront quant à eux tendance à s'assurer que le management se comporte bien. Dans cette seconde hypothèse, les directeurs indépendants doivent donc veiller à ce que les minorités ne voient pas leurs intérêts bafoués²⁵². Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question dans la suite de l'exposé, lorsque nous aborderons la question de la dépendance minimale qu'il faut prévoir et à l'égard de qui elle doit s'établir.

Ceci étant dit, revenons à nos moutons. Ce qui a certainement mené la figure d'administrateur indépendant à décevoir, est la tâche, ou plutôt les nombreuses tâches, qui leur sont confiées. Ce qu'on attend d'eux n'est pas donné à tout le monde et peut même parfois relever du surhumain²⁵³. Bien que ne pouvant présenter aucun lien avec la société, ils doivent faire preuve d'une grande connaissance technique leur permettant de contrôler la gestion et de prendre les décisions adéquates. L'on se demande dès lors comment arriver à concilier ces deux qualités qui paraissent être pour le moins contradictoires.

C'est pourquoi nous allons à présent défendre un système de compétence pour les administrateurs en général, qu'il s'agisse des indépendants ou non.

²⁵⁰ W.-G. RINGE, *op. cit.*, p. 413 et H. BIRKMOSE *et al.*, *op. cit.*, p. 231.

²⁵¹ K. GEENS, « Helpt « good corporate governance » ? : Over regels voor behoorlijk bestuur in vennootschappen », *op. cit.*, p. 89.

²⁵² M. GUTIÉRREZ et M. SAEZ, *op. cit.*, p. 71.

²⁵³ Expression empruntée à W.-G. RINGE, *op. cit.*, p. 417.

SECTION 2. LES DIRIGEANTS DES SOCIÉTÉS ANONYMES : PASSAGE DE L'APPROCHE NÉGATIVE À LA POSITIVE

En tout le trop nuit. C'est pourquoi nous prôtons, en même temps que l'indépendance, un certain degré de dépendance. Encore une fois se posera la question de savoir vis-à-vis de qui cette dernière devra se matérialiser. Lorsque le capital est concentré dans les mains d'un actionnaire de contrôle, il est intéressant qu'une part des administrateurs représentent et soient responsables à l'égard des minoritaires²⁵⁴. Cela permet d'apporter un certain équilibre au sein de la société et veiller à ce que chacun ait son mot à dire. Par contre, à nouveau, ne tombons pas dans l'excès²⁵⁵. Une surreprésentation des minorités serait sans conteste de nature à porter préjudice à la société²⁵⁶. Tout est donc question d'équilibre afin d'éviter un blocage total de la société par une guerre de points de vue inconciliables²⁵⁷.

C'est pour cela que nous souhaitons de tout cœur que le Législateur décide d'opérer un revirement dans sa vision de la chose. Depuis le début, la notion d'indépendance a toujours été appréhendée de manière négative²⁵⁸. Au fil des crises ou tout simplement de prises de recul sur la pratique, les listes s'allongent afin de prévoir de nouvelles interdictions pour ceux qui souhaitent occuper la fonction visée. Tous les efforts sont donc uniquement focalisés sur l'indépendance²⁵⁹. Or, cela ne fait qu'exacerber le manque de compétence de ces personnes et surtout, cela a souvent pour effet de les empêcher de jouir de l'expertise nécessaire à la compréhension des besoins de la société²⁶⁰. Comment voulez-vous qu'une personne soit au courant de ce qui s'y passe si tout vise à l'en éloigner.

Une autre lacune que l'on peut observer dans le système actuel, est le fait que les indépendants n'osent souvent pas prendre la parole²⁶¹. Leur réticence est compréhensible et

²⁵⁴ W.-G. RINGE, *op. cit.*, p. 423.

²⁵⁵ H. BIRKMOSE *et al.*, *op. cit.*, p. 241.

²⁵⁶ W.-G. RINGE, *op. cit.*, p. 423.

²⁵⁷ H. BIRKMOSE *et al.*, *op. cit.*, p. 241.

²⁵⁸ M. GUTIÉRREZ et M. SAEZ, *op. cit.*, pp. 83 et 84.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 83.

²⁶⁰ H. BIRKMOSE *et al.*, *op. cit.*, p. 224.

²⁶¹ W.-G. RINGE, *op. cit.*, p. 417.

légitime puisqu'ils sont confrontés à des experts dont l'assise dans la société est très forte. À côté, ils ne sont que de parfaits étrangers.

Une solution souvent proposée est de rendre ces derniers responsables vis-à-vis de la minorité des actionnaires ou d'un certain groupe de la société. Cela serait de nature à les forcer, non seulement à oser contredire le pouvoir dominant en challengeant les décisions envisagées, mais surtout à prendre les initiatives qui s'imposent²⁶². Ils ne se contenteraient plus d'un contrôle passif mais seraient amenés à tout faire pour satisfaire ceux qu'ils représentent en défendant au mieux les intérêts de ces derniers. De plus, ils seraient plus disposés à engager des poursuites contre tout qui le mériterait²⁶³.

Or, « l'indépendance n'est pas une finalité en soi »²⁶⁴. Au contraire, nous pensons que ce n'est qu'un des moyens permettant de mener à une bonne gouvernance. À l'origine, il a paru être satisfaisant pour éviter les décisions arbitraires ou empreintes de conflits d'intérêts. Certes, l'idée était bonne et l'est toujours, mais comme nous avons eu l'occasion de le préciser, elle est incapable de remplir le cahier des charges qui lui a été assigné.

Il est plus que jamais nécessaire de s'atteler à prévoir des listes positives de compétences que devraient posséder les administrateurs en général, qu'ils soient indépendants, exécutifs ou non²⁶⁵. Cela permettrait de rehausser de manière significative la qualité de direction des sociétés anonymes car, au lieu de se trouver face à des novices on aurait, autour de la table, des gens véritablement capables de mener le *board* vers un idéal de gouvernance.

Cependant, nous sommes conscients que cela est plus facile à dire qu'à faire, surtout en ce qui concerne les qualités d'indépendance. D'ailleurs, le Législateur qui souhaiterait procéder de la sorte devrait le faire en connaissance de cause. Par-là, nous entendons qu'il devrait tenir compte de toutes les variables de son équation et notamment, l'ordre juridique dans lequel il interviendrait, la structure type de l'actionnariat dans son pays mais aussi des caractéristiques

²⁶² W.-G. RINGE, *op. cit.*, pp. 422 et 423.

²⁶³ M. GUTIÉRREZ et M. SAEZ, *op. cit.*, p. 93.

²⁶⁴ W.-G. RINGE, *op. cit.*, p. 420, traduit par nous.

²⁶⁵ H. BIRKMOSE *et al.*, *op. cit.*, p. 226.

de l'économie²⁶⁶. Tous ces éléments peuvent varier d'un extrême à l'autre en fonction du lieu analysé. Il est donc totalement impensable et surtout non souhaitable de créer un modèle unique de directeurs indépendants.

Par contre, un régime de compétence fait preuve de beaucoup plus de stabilité en ce qu'il est plus facilement transposable dans les différents ordres juridiques.

À l'instar de ce qui se fait pour certains comités spécialisés, on pourrait imposer aux aspirants membres des organes d'administrations qu'ils présentent des qualités bien déterminées, à tout le moins pour les plus grandes de nos sociétés anonymes. À cet égard les comités d'audit et de rémunération permettent d'illustrer le propos. Pour ce qui concerne le premier comité, l'article 526*bis*, §2, al. 3 pose que « les membres du comité d'audit disposent d'une compétence collective dans le domaine d'activités de la société contrôlée. Au moins un membre du comité d'audit est compétent en matière de comptabilité et d'audit »²⁶⁷. Certes, le régime va dans le sens de ce que l'on souhaite, toutefois, nous ne pouvons passer sous silence une particularité. Comment le Législateur peut-il se contenter d'imposer qu'uniquement un des membres soit compétent en matière de comptabilité et d'audit. Quid des autres ? Peuvent-ils être de parfaits ignares seulement aptes à meubler les sièges d'un comité dont la fonction principale, rappelons-le est de surveiller la comptabilité et l'audit... Nous saluons le Code belge de Gouvernance d'entreprise qui va plus loin que la simple transposition à minima de la directive du 17 mai 2006²⁶⁸²⁶⁹. Utilisant le vocable de « comité » en ayant égard à cette obligation de compétence, il élargit cette dernière à l'ensemble des membres²⁷⁰. C'est à l'article 526*quater*, §2 que l'on trouve ce qui concerne le prérequis pour devenir membre du second comité²⁷¹, à savoir que l'aspirant doit posséder « l'expertise nécessaire en matière de politique de rémunération »²⁷².

²⁶⁶ W.-G. RINGE, *op. cit.*, p. 424.

²⁶⁷ Article 526*bis*, §2, al. 3 du Code des sociétés.

²⁶⁸ C. DARVILLE-FINET, « Nouveauté dans les organes – Comité de rémunération, comité d'indépendance et gestion journalière », in *Le point sur le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 50.

²⁶⁹ Directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006.

²⁷⁰ Article 5.2/5 de l'annexe C du code belge de gouvernance d'entreprise 2009.

²⁷¹ C. DARVILLE-FINET, *op. cit.*, pp. 50 et 51.

²⁷² Article 526*quater*, §2 du Code des sociétés.

Revenons à présent plus concrètement sur le sujet qui nous concerne. Si nous avons décidé de développer la notion de compétence des administrateurs, c'est parce que nous sommes convaincus qu'elle a un rôle à jouer dans la structure de la société. Nous sommes d'avis que celle-ci nous autorise à quelque peu relativiser le choix cornélien qui peut se présenter entre une structure moniste ou dualiste de la société. À compter que des procédures veillent à éviter que la compétence des directeurs ne soit mise au profit de leurs propres intérêts, le besoin de surveillance par un comité dédié pourrait être sensiblement estompé.

En guise de conclusion, l'indépendance est souvent vue comme l'arbre qui cache la forêt²⁷³, ne nous laissons pas avoir. Prônons la quête de « la compétence et l'indépendance d'esprit »²⁷⁴. Ne nous arrêtons pas à la simple indépendance, mais allons plus loin en recherchant l'expertise qui est absolument incontournable²⁷⁵ si l'on souhaite tendre vers une gouvernance réellement propice aux intérêts de tous.

²⁷³ M. GUTIÉRREZ et M. SAEZ, *op. cit.*, p. 94.

²⁷⁴ F. BASDEVANT, *op. cit.*, p. 51.

²⁷⁵ H. BIRKMOSE *et al.*, *op. cit.*, p. 234.

CONCLUSION

Il est à présent temps de penser à conclure cette contribution durant laquelle nous avons tenté de retracer la vie du comité de direction, de sa genèse à sa récente réforme.

Dans un premier temps, nous avons constaté que la pratique avait mené à la création de comités divers visant à aider le conseil d'administration dans sa tâche. De graves problèmes de sécurité juridique avaient alors vu le jour. En réaction à cela, le Législateur avait décidé d'intervenir afin de créer un comité de direction dit légal, par l'introduction d'une loi de 2002.

Dans un second temps nous avons pourtant été forcés de constater que ce nouveau comité n'avait pas fait l'unanimité. La pratique l'avait même tout bonnement et simplement boudé, se contentant du régime hybride jusqu'alors appliqué.

C'est alors que, nous avons présenté le nouveau conseil de direction que va introduire la toute prochaine réforme matérialisée par le Code des sociétés et des associations. Cette dernière a le mérite d'apporter un énorme regain de sécurité juridique pour les praticiens. Tout en leur laissant le choix, elle pose un cadre beaucoup plus clair et uniforme pour les sociétés et ce, que ces dernières optent pour le monisme, mais surtout si elles se tournent vers le dualisme. Dans cette seconde hypothèse, le Code introduit enfin une stricte séparation des fonctions de membre du conseil de direction et de surveillance, séparation qu'il était plus que temps de prévoir. De plus, les tiers voient leur situation grandement améliorée puisque la question de la répartition des tâches entre les deux organes de direction est finalement prévue dans le Code. À cela s'ajoute par ailleurs une procédure en conflits d'intérêts fraîchement revue. En définitive, tout est fait pour remédier aux lacunes qui entachaient le régime du comité de 524*bis*.

Nous avons ensuite procédé à un petit tour d'horizon de ce qui pouvait se rencontrer sur la scène européenne afin de voir comment nos voisins traitaient l'épineuse question de la direction des sociétés anonymes. L'Allemagne s'était alors illustrée par son impérativité conséquente, mais avait le mérite d'intégrer des représentants des travailleurs au sein de son conseil de surveillance. Était ensuite venu le développement du système hollandais qui présentait la particularité de distinguer les petites sociétés anonymes des grandes. Là où les premières avaient le choix d'organiser leur gouvernance comme elles l'entendaient, les

secondes étaient tenues au dualisme. Enfin, après avoir brièvement exposé le système français, nous avons terminé par l'exemple type du monisme, le modèle anglais. Par ailleurs, nous avons consacré quelques lignes à la société européenne, vue comme un vent de liberté parfois bienvenu.

Finalement, nous avons plaidé pour qu'en matière de compétence des administrateurs, les choses changent. Comme nous avons eu l'occasion de le dire, il n'est selon nous plus possible de nous contenter des simples caractéristiques d'indépendances que doivent présenter certains membres des conseils d'administration des sociétés anonymes. Il est plus que jamais temps d'exiger que tout personne qui entendrait se voir confier une fonction de direction d'une société soit au moins dotée de compétences lui permettant de mener à bien sa fonction. Par ailleurs, il pourrait également être bénéfique d'introduire une certaine diversité dans les profils des administrateurs afin que chacun amène sa vision sur telle ou telle discussion. Cela viendrait encore un peu plus contribuer à une prise de décision adéquate et éclairée.

Nous espérons que le Législateur puisse prendre connaissance de ces quelques pages afin de, pourquoi pas, en intégrer l'essence dans l'une de ses plus prochaines réformes. La tâche n'est, en effet, en rien insurmontable et elle aurait le mérite de donner un énorme coup de pouce aux sociétés afin de les guider vers une gouvernance sans cesse améliorée.

BIBLIOGRAPHIE

SECTION 1. LÉGISLATION

Législation belge :

- Code des sociétés : articles 518, 522, 524*bis*, 524*ter*, 527, 528 et 534.
- L. du 02 août 2002 modifiant le Code des Sociétés, *M.B.*, 2002.

- Avant-projet de loi introduisant le Code des sociétés et associations et portant des dispositions diverses : articles 7:73 et s., 7:81, 7:91 et s., 7:92, 7:94, 7:96, 7:97, 7:98, 7:102, 7:104 et 7:108.
- 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, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch., 2000-2001, n°50-1211/001.
- 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, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch., 2000-2001, n°50-1211/014.

Législation européenne :

- Directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006.

- Proposition d'une cinquième directive du Conseil fondée sur l'article 54, § 3, g, du Traité CEE concernant la structure des sociétés anonymes et les pouvoirs et obligations de leurs organes, présentée par la Commission au Conseil le 9 octobre 1972, *J.O.C.E.*, 13 décembre 1972, no C 131.

Législation néerlandaise :

- Burgerlijk Wetboek, Boek 2 (NL): article 147

Législation allemande :

- Aktiengesellschaftsgesetz: article 110 (1)

SECTION 2. JURISPRUDENCE

- Arrêt Polbud, rendu par la CJUE le 25 octobre 2017, C-106/16.

SECTION 3. DOCTRINE

- BASDEVANT (F.), « Le rôle des administrateurs indépendants : outil de bonne gouvernance ? », in *L'administrateur indépendant, colloque du 11 décembre 2009*, Paris, Ed. Société de législation comparée, 2010.
- BEELE (B.), « Directiecomité », *Het bestuur van een NV : vennootschapsrechtelijke, sociale en fiscale aspecten een leidraad voor de praktijk*, Bruxelles, UGA, 2005, pp. 359 à 378.
- BEELE (B.), HUYSENTRUYT (J.), VERHAEGHE (G.) et LALLEMAND (F.), (sous la direction de), *Het bestuur van een NV : vennootschapsrechtelijke, sociale en fiscale aspecten een leidraad voor de praktijk*, Bruxelles, UGA, 2005.
- BENOIT-MOURY (A.), CARPASSE (O.), DELVAUX (T.) et FAYAR (A.), *Sociétés et ASBL : Questions d'actualités*, Liège, Edition Formation Permanente CUP, 2003, pp. 269 à 369.
- BIHAIN (L.) et PELTZER (L.), « Le comité de direction : genèse, statut, fonction, mise en place et implication en droit social », *J.T.T.*, 2003/19, pp. 313 à 320.
- BIRKMOSE (H.), NEVILLE (M.) et SØRENSEN (K. E.), *Boards of directors in European companies: Reshaping and harmonising their organisation and duties*, European company law series 10, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013.
- BRAECKMANS (H.), « De wet van 2 augustus 2002 inzake behoorlijk vennootschapsbestuur (corporate governance) », *R.W.*, 2003/42, pp. 1641 à 1651.
- CAUSIN (E.), « Corporate governance : Le gouvernement d'entreprise », *DAOR*, 2002, pp. 74 à 80.

- CHAPUT (Y.) et LÉVI (A.) (sous la direction de), *La direction des sociétés anonymes en Europe : vers des pratiques harmonisées de gouvernance ?*, Paris, Litec, 2008.
- DARVILLE-FINET (C.), « Nouveauté dans les organes – Comité de rémunération, comité d'indépendance et gestion journalière », in *Le point sur le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- DE BEAUFORT (V.), *Gouvernance d'entreprise en Europe*, Paris, Economica, 2006.
- DE CORDT (Y.), « Le fonctionnement de la société européenne », *La société européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 123 à 166.
- DE CORDT (Y.) et CULOT (H.), « Voici venir le Code des sociétés et des associations ! », *T.R.V.*, 2017/7, pp. 771 et 772.
- DE CORDT (Y.) (sous la direction de), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 335 à 351.
- DE CORDT (Y.) *et al.* (sous la direction de), *Précis de droit des sociétés*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 602 à 606.
- DE CORDT (Y.) *et al.* (sous la direction de), *Précis de droit des sociétés*, 4^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2011.
- DE GEYTER (S.), DE POORTER (I.) et LEROUX (E.), *Delegatie en taakverdeling in de NV*, Gent, Larcier, 2016, pp. 60 à 98, 222 et 223.
- DELMOTTE (B.), « Behoudt of verliest de raad van bestuur de bevoegdheden die hij heeft verleend aan het directiecomité ? », *T.R.V.*, 2004, pp. 219 à 224.
- DOCQUIR (B.) et HUPIN (E.), « Responsabilité des dirigeants d'entreprise : nouvelles lois, nouveaux risques - (n° 6896) », *Rev. prat. soc.*, 2003/4, pp. 337 à 378.
- DIEUX (X.), « « Corporate Governance » – De la loi du 2 août 2002 au « Code Lippens » », *J.T.*, 2005/4, n° 6166, pp. 57 à 63.
- DIEUX (X.), « Respons : à la recherche de la cohérence », *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht : zoeken naar oplossingen voor de 21^{ste} eeuw*, Kalmthout, Biblio, 1999, pp. 509 à 515.
- DUMOULIN (S.), « De positie van niet-uitvoerend bestuurders in het monistische bestuurmodel », *ondernemingsrecht*, 2005-8, pp. 266 à 283.

- DU PLESSIS (J.), « The German Two-Tier Board and the German Corporate Governance Code », *European Business Law Review*, 15(5), 2004, pp. 1139 à 1164.
- ERNST (P.) et VAN DEN EYNDEN (L.), « De corporate governance-wet verleent aan het directiecomité een wettelijke basis en een flexibel regime », *Behoorlijk vennootschapsbestuur : Het nieuwe recht ingevolgde de wet van 2 augustus 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, pp. 23 à 74.
- FAYAT (A.) et PELTZER (P.), « L'organisation du pouvoir dans la société anonyme », in X., *L'organisation des pouvoirs dans la S.A.- Hommage à Mme Benoît Moury*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1 à 22.
- FRANCOIS (A.), « Tweestrijd omtrent het directiecomité » in X., *Liber Amicorum Jaques Malherbe*, Brussel, Bruylant, 2006, pp. 433 à 467.
- GEENS (K.), « Helpt « good corporate governance » ? : Over regels voor behoorlijk bestuur in vennootschappen », *Over grenzen en generaties heen: Lessen voor de eenentwintigste eeuw*, Leuven, Leuven University Press, 2012, pp. 73 à 98.
- GEENS (K.), « Le conseil d'administration dans le système moniste belge. », in X., *L'organisation des pouvoirs dans la S.A.- Hommage à Mme Benoît Moury*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 25 à 52.
- GEENS (K.), « Quelques réflexions sur la composition et le fonctionnement du conseil d'administration dans le système moniste. », *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 408 à 425.
- GEENS (K.), « Over coporate governance en dualistische bestuurssystemen », in *Liber Amicorum Prof. Dr. Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998.
- GEENS (K.) et WYCKAERT (M.), *Verenigingen en vennootschappen, deel 2, De vennootschap, A. Algemeen deel (Beginselen van Belgisch privaatrecht 4)*, Mechelen, Kluwer, 2011.
- GEENS (K.) et WYCKAERT (M.), « Het gebruik van het facultatief dual systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen : enkele facts and figures », *T.R.V.*, 2010, pp. 527 à 538.
- GEENS (K.) et WYCKAERT (M.), « 200 ervaring met het Belgische monistische model: wat te nemen, wat te laten? », *Bestuur en toezicht*, Deventer, Kluwer, 2009, pp. 65 à 91.

- GEENS (K.) et WYCKAERT (M.), « Le comité de direction dans l'ère dualiste : l'ambiguïté continue ? », *Séminaires Vanham et Vanham du 28 octobre 2004*, Bruxelles.
- GHISLAIN (N.), « Societas europea : le mythe devient réalité. », *Journ. jur.*, 2004, liv. 34, p. 14.
- GUTIÉRREZ (M.) et SAEZ (M.), « Deconstructing independant directors », *Journal of Corporate Law Studies*, 2013, 13/1, pp. 63 à 94.
- HAINAUT-HAMENDE (P.) et RAUCQ (G.), « Surveillance du comité de direction. », *Rép. not.*, Tome XII, Le droit commercial et économique, Livre 3/1, La société anonyme. Première partie : Constitution et fonctionnement, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 406 à 415, pp. 516 à 526.
- HOPT (K.) et LEYENS (P.), « Board Models in Europe – Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy », *European Company and Financial Law Review*, 1(2), ed. Walter de Gruyter, 2004, pp. 135 à 168.
- HOUBEN (R.), « Het juiste woord: Overdracht versus delegatie van bevoegdheid aan het directiecomité: lost in translation ? », *RPS-TRV*, 2016, liv. 5, pp. 636 et 637.
- JUNGSMANN (C.), « The Effectiveness of Corporate Governance in One-Tier and Two-Tier Board Systems – Evidence from the UK and Germany », *European Company and Financial Law Review*, 3(4), 2006, pp. 426 à 474.
- KEUTGEN (G.), « L'organisation de la gestion des sociétés : l'exemple du comité de direction – (n° 7136) », *Rev. prat. soc.*, 2015/3-4, pp. 519 à 550.
- KEUTGEN (G.), « Le comité de direction : un nouvel organe sociétaire », in X, *L'organisation des pouvoirs dans la S.A. - Hommage à Mme Benoît Moury*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 57 à 86.
- LAGA (H.), « Bestuur : monistische of dual », *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht : zoeken naar oplossingen voor de 21^{ste} eeuw*, Kalmthout, Biblo, 1999, pp. 469 à 508.
- LEBÈGUE (D.), « La gouvernance d'entreprise en Europe. Hétérogénéité des règles de droit, convergence des pratiques », *Euredia*, 2009/1, pp. 9 à 11.

- LENOIR (N.), « L'avenir de la « Societas Europaea » », *J.D.E.*, 2008/2, n° 146, pp. 33 à 45.
- MAEIJER (J.), « Corporate governance in België en in Nederland », *T.P.R.*, 2004, nr. 1, pp. 475 à 488.
- MALHERBE (J.) et NAVEZ (E.-J.) (sous la direction de), *Droit des affaires et sociétés : actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013.
- MENJUCQ (M.), *Droit international et européen des sociétés*, 4^e ed., Issy-les-Moulineaux, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2016, pp. 224 à 231.
- MEUNIER (J.), « Le nouveau Comité de direction des sociétés anonymes. Quelles « directions » choisir ? – (n° 6903) », *Rev. prat. soc.*, 2004/1, pp. 5 à 57.
- NICAISE (P.), « La société européenne : une société de type européen ! », *J.T.*, 2002/24, n° 6060, pp. 481 à 490.
- NUYTS (T.), « De bevoegdheidsverdeling binnen de n.v. vanuit het perspectief van de « voorbehouden bevoegdheden » van de raad van bestuur », *DAOR*, 2006, pp. 227 à 269.
- PEIJ (S.) et BRANDJES (M.), « Onbekend maakt onbemind: De one-tier board bij royal dutch shell – geleerde lessen », *Goed Bestuur*, n°3, 2012, pp. 24 à 29.
- PIU (P.), ROELAND (S.) et BYTTEBIER (K.), *Corporate Governance: Eigendom, bestuur en controle van vennootschappen* (Vakgroep economisch recht VUB). Antwerpen, Maklu, 2003, pp. 123 à 205.
- POTTIER (E.) et L'HOMME (T.), « La loi « corporate governance » du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés », *R.D.C.-T.B.H.*, 2005/4, pp. 311 à 355.
- RICKFORD (J.), *The European company : Developing a Community law of corporations*, Antwerpen, Intersentia, 2003.
- RINGE (W.-G.), « Independent Directors : After the Crisis », *European Business Organization Law Review*, 2013, 14(3), pp. 401 à 424.
- SAERENS (P.), *La société européenne*, Bruxelles, Kluwer, 2004.
- SALEMINK (T.), « De one-tier board volgens de herziene Corporate Governance Code », *Maandblad Voor Ondernemingsrecht*, 2017, pp. 13 à 19.

- SIMONART (V.), « Le conseil d'administration de la société anonyme et ses comités », *J.T.*, 2011/11, n° 6429, pp. 218 à 224.
- SOMERS (N.), *Dagelijks bestuur in de NV*, Antwerpen, Intersentia, 2017.
- VAN DEN BERGHE (L.) et BEN SALAH (H.), *Manuel de l'Administrateur*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 9, 10 et 68.
- VANDEN EYNDE (J.), *Responsabilité civile des administrateurs et membres du comité de direction des sociétés anonymes : état des lieux*, Gent, Strory Publishers, 2008, pp. 48 à 51.
- VAN GERVEN (D.), « De Europese vennootschap en het Europees economisch samenwerkingsverband », *T.R.V.*, 2006, p. 129 à 149.
- VAN OMMESLAGHE (P.), « La structure de la société européenne : dualisme ou monisme », *La société européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 97 à 122.

REMERCIEMENTS :

La rédaction de ce mémoire n'aurait pas été possible sans l'intervention de certaines personnes. Qu'elles trouvent ici l'expression de mes plus sincères remerciements pour leurs précieux conseils.

Je tiens, tout d'abord à exprimer ma reconnaissance envers Monsieur De Cordt, mon promoteur de mémoire, pour m'avoir conseillé et guidé dans la réalisation de mon travail. Il m'a permis d'arriver à dépasser mes doutes et mes questionnements et ainsi mener à bien ce projet.

Par ailleurs, je veux également remercier mes parents pour le temps qu'ils ont consacré à me soutenir, que ce soit par leurs avis critiques, leurs relectures et corrections, mais aussi pour le soutien constant.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
Chapitre I : La direction de la société anonyme – différents modèles	3
Section 1. Le système moniste	3
Section 2. Le système dualiste	4
Section 3. Entre monisme et dualisme, la voie médiane	6
Chapitre II : Le système belge de gouvernance de la société anonyme	8
Section 1. Le comité de direction en Belgique avant la loi de 2002	8
Section 2. L’instauration d’un comité de direction « légal » par la loi de 2002	11
Sous-section 1 : Analyse des articles instaurant le comité de direction légal	11
Sous-section 2 : Regard critique sur le régime.....	15
Section 3. Analyse de la réaction des sociétés par rapport à cette « nouvelle » loi	20
Section 4. Le Conseil de direction à l’ère du Code des sociétés et des associations	22
Sous-section 1 : L’administration moniste.....	24
Sous-section 2 : L’administrateur unique.....	25
Sous-section 3 : L’administration duale.....	26
Chapitre III : Éléments de droit comparé	33
Section 1. Le dualisme obligatoire allemand	34
Section 2. Le système hollandais, entre choix et obligation	39
Section 3. Le système français, ou l’art de choisir.....	41

Section 4. <i>The one-tier board</i> , ou le monisme anglais.....	42
Section 5. La société européenne : vers une harmonisation du régime dualiste ?	44
Section 6. Une harmonisation qui est loin d'être acquise	48
Chapitre IV : Plaidoyer pour un régime de compétence	50
Section 1. Les administrateurs indépendants : un mythe perfectible	50
Section 2. Les dirigeants des sociétés anonymes : passage de l'approche négative à la positive	53
Conclusion.....	57
Bibliographie.....	59
Section 1. Législation.....	59
Section 2. Jurisprudence.....	60
Section 3. Doctrine.....	60
Remerciements :	66