

Le régime d'administration duale en droit des sociétés a vingt ans – Idées pour redynamiser le dualisme à la lumière des droits français, allemand et néerlandais

HENRI CULOT

Professeur à l'UCLouvain

Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Avocat au barreau de Bruxelles

et

OLIVIER MARESCHAL

Assistant à l'UCLouvain

Avocat au barreau de Bruxelles

I. INTRODUCTION

1. La gouvernance des sociétés en Belgique est fondamentalement construite sur le modèle moniste. Avec le temps, s'est toutefois développée une forme de dualisme, qui n'a pas connu de grand succès jusqu'à présent. Conscients de ses faiblesses, les concepteurs du Code des sociétés et des associations ont proposé des modifications de nature à parfaire le régime dual. Il est certes trop tôt pour établir un bilan définitif, mais il semble déjà que le nouveau régime suscite lui aussi peu d'engouement.

Une raison de ce désamour pourrait être que le régime dual reste déterminé par son évolution historique, qui s'apparente à une succession d'altérations du régime moniste. De ce point de vue, la réforme de 2019 se situe dans la même lignée : en dépit des annonces d'un régime dual enfin « purifié », il s'agit à nouveau d'amendements du système antérieur plutôt que d'une construction radicalement nouvelle. Cette méthode semble empêcher une réflexion repartant de la base et s'interrogeant sur la nature et les fonctions possibles d'un régime dual dans le droit des sociétés d'aujourd'hui.

Cette contribution entend proposer des pistes de réflexion dans cette direction. Après avoir retracé brièvement l'évolution historique du régime dual (II), nous avancerons quelques idées qui permettraient de poursuivre l'élaboration d'un régime dual, à la lumière du droit comparé (III).

2. Didier Willermain, à la mémoire duquel cet ouvrage est dédié, s'intéressait de près à la gouvernance des sociétés et y a consacré de nombreux écrits durant sa trop courte carrière. Avec Francine Messine et Gilles Collard, il a notamment gratifié les praticiens du droit des sociétés d'une remarquable contribution sur « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », décrivant de manière savante et critique les grands principes du Code des sociétés et des associations sur ce thème. Ces auteurs concluaient leur analyse par un avis assez positif sur le nouveau régime dual⁽¹⁾. Il a encore publié l'année suivante, avec Edouard-Jean Navez, une synthèse magistrale, tant historique que prospective, de l'évolution de la gouvernance des sociétés entre les XIX^e et XXI^e siècles⁽²⁾. C'est avec un souvenir ému des collaborations passées, à l'université et au barreau, et la gratitude pour son apport à la pensée et au développement du droit des sociétés, que nous tentons ici de poursuivre la réflexion sur un de ses thèmes de prédilection.

(1) D. WILLERMAIN, F. MESSINNE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX, *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 183-249.

(2) D. WILLERMAIN et E.-J. NAVEZ, « L'évolution de la gouvernance des sociétés au 21^e siècle », in D. WILLERMAIN et É.-J. NAVEZ, *La gouvernance des sociétés au 21^e siècle*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 7-95.

II. LE DUALISME DU CODE DES SOCIÉTÉS ET DES ASSOCIATIONS EST UN DÉRIVÉ DU MONISME

A. La surveillance dans la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales

3. Le régime d'administration duale peut paraître relativement récent, mais la fonction de surveillance dans la SA a pourtant des origines anciennes. Ainsi, l'article 54 de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales prévoyait-il déjà que « [l]a surveillance de la société doit être confiée à un ou plusieurs commissaires, associés ou non ». Le statut de ces commissaires était assez proche de celui des administrateurs : nomination par l'assemblée générale pour une période déterminée, révocabilité *ad nutum*, rémunération fixée par l'assemblée générale. Ils n'étaient pas (nécessairement) indépendants des actionnaires.

En pratique, la mission de ces commissaires était principalement orientée vers la régularité des comptes de la société, sans toutefois que la loi la définisse expressément en ces termes. Au contraire, ils recevaient des pouvoirs très larges : « Les commissaires ont un droit illimité de surveillance et de contrôle sur toutes les opérations de la société. Ils peuvent prendre connaissance, sans déplacement, des livres, de la correspondance, des procès-verbaux et généralement de toutes les écritures de la société » (article 55). Leur pouvoir de contrôle ne les autorisait toutefois pas à s'immiscer dans la gestion, même par le biais d'un veto aux décisions du conseil d'administration(3).

À l'époque déjà, la question de la surveillance faisait débat. Comme l'écrit Guillery à l'entame de son commentaire de l'article 54 précité, « [j]amais question n'a été plus discutée que celle du conseil de surveillance, jamais les difficultés à résoudre n'ont été plus nettement signalées, mais jamais aussi on ne les a plus complètement laissées sans solution »(4).

Le rôle des commissaires a, entre-temps, été confié aux réviseurs d'entreprises, membres d'une profession réglementée et acteurs indépendants des actionnaires. La portée de leur contrôle et l'étendue de leurs pouvoirs sont aussi définies plus strictement. La fonction de surveillance de l'action

(3) P. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, 6^e éd., Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1927, pp. 260-261.

(4) J.-L. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique : commentaire de la Loi du 18 mai 1873*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 1882, pp. 428-429.

des administrateurs s'est ainsi estompée, au profit d'un contrôle portant essentiellement sur les comptes annuels et consolidés.

L'évolution aurait toutefois pu être différente : les commissaires, formant un conseil de surveillance, auraient pu évoluer vers un régime d'administration duale.

B. En 2002 : l'administration duale selon l'ancien Code des sociétés

4. Bien plus tard, un régime d'administration duale a été consacré en droit des sociétés par la loi du 2 août 2002. Historiquement, tant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales que l'ancien Code des sociétés dans sa version initiale de 1999 prévoyaient un régime d'administration moniste. La société anonyme était gérée par un seul organe d'administration, à savoir le conseil d'administration.

Progressivement, les besoins de la pratique ont fait éclore des clauses statutaires autorisant la constitution de comités dépourvus d'une existence légale. Ces comités statutaires devaient notamment satisfaire un double besoin : d'une part, exercer des pouvoirs plus étendus que les compétences limitées consenties au délégué à la gestion journalière et, d'autre part, permettre la prise de décisions de gestion de manière plus rapide et efficace que par un conseil d'administration composé de nombreux administrateurs ne pouvant se réunir quotidiennement (5).

Pendant, ces comités – parfois de véritables comités de direction informels – étaient seulement constitués en exécution des statuts, sans reposer sur une autorisation légale (6). Ils ne formaient pas un organe reconnu légalement et disposant de pouvoirs de gestion et de représentation externe vis-à-vis des tiers, conformément à l'article 9 de la première directive européenne du 9 mars 1968 (7).

(5) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 50-1211-001, p. 5 ; P. VAN OMMESLAGHE, « 'Corporate governance' – considérations critiques », in *Mélanges John Kirckpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1018.

(6) D. WILLERMAIN, F. MESSINNE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX, *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 233-234.

(7) J. MEUNIER, « Le nouveau comité de direction des sociétés anonymes - Quelles "directions" choisir ? », *R.P.S.*, 2004/1, p. 8 ; voy. art. 9 de la première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, *J.O.*, L 65 du 14 mars 1968, pp. 8-12 (aujourd'hui, art. 9 de la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés (texte codifié), *J.O.*, L 169 du 30 juin 2017, pp. 46-127).

Ils reposaient sur une délégation des pouvoirs de gestion appartenant en principe au conseil d'administration. À peine d'attenter au régime légal d'organisation des pouvoirs, cette délégation ne pouvait être totale : les décisions de gestion les plus importantes devaient rester entre les mains du conseil d'administration, de même que celles que la loi lui confiait expressément.

L'exposé des motifs de la loi du 2 août 2002 résume comme suit l'objectif et la méthode utilisée pour la reconnaissance légale du comité de direction : « [r]épondant au souci du monde des affaires comme à celui des praticiens du droit de mettre fin à l'insécurité juridique qui prévaut actuellement lorsque le conseil d'administration d'une société a délégué une partie importante de ses pouvoirs à une ou plusieurs personnes, administrateurs ou non, le présent projet organise une délégation légale des pouvoirs du conseil d'administration au profit d'un organe nouveau : le comité de direction qui pourra être investi d'une grande partie des pouvoirs relatifs à l'administration de la société moyennant une délégation consentie par le conseil d'administration »(8).

5. Par souci de sécurité juridique, la loi du 2 août 2002 dite « *corporate governance* »(9) insérant un nouvel article 524*bis* dans l'ancien Code des sociétés, a reconnu la possibilité de créer un comité de direction, dans des termes fortement inspirés de l'article 26 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit (voy. ci-dessous)(10). On se situe, toujours, dans la perspective d'un système moniste « aménagé ». Ce nouvel organe légal est doté de pouvoirs de gestion et de pouvoirs de représentation.

Il s'agit d'un organe facultatif, qui exerce, moyennant autorisation statutaire, certains des pouvoirs du conseil d'administration, selon l'ampleur de la délégation accordée par ce dernier(11). À cette époque, le législateur n'a pas créé un comité de surveillance (ou un conseil de surveillance) en tant qu'organe spécifique de surveillance et de contrôle du comité de direction. Puisqu'il ne pouvait pas totalement abandonner ses pouvoirs

(8) *Doc. parl.*, Ch. rep., sess. ord. 2000-2001, n° 50-1211/001, pp. 5-7.

(9) Voy. art. 33 de la loi du 2 août 2002 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.

(10) J. MEUNIER, « Le nouveau comité de direction des sociétés anonymes – Quelles “directions” choisir ? », *R.P.S.*, 2004/1, p. 12.

(11) D. VAN GERVEN, « Standpunt, De bevoegdheden van het directiecomité in de naamloze vennootschap in verhouding tot de raad van bestuur », *T.R.V.*, 2004/1, p. 22 ; V. SIMONART, « Le conseil d'administration de la SA et ses comités », *J.T.*, 2011, p. 220.

légaux, le conseil d'administration devait au minimum rester investi de la politique générale de la société et des missions qui lui étaient spécialement réservées par la loi. Il pouvait par ailleurs conserver l'exercice de tous les pouvoirs qu'il ne souhaitait pas déléguer au comité de direction. Il était également chargé de la surveillance du comité de direction.

Le mode de fonctionnement du comité de direction ainsi que la rémunération, la durée du mandat et les conditions de désignation et de révocation de ses membres étaient fixées par les statuts ou, en l'absence de disposition statutaire, par le conseil d'administration (12).

Les statuts pouvaient confier le pouvoir de représenter la société, soit seul soit conjointement, à un ou plusieurs membres du comité de direction. Cette clause statutaire était opposable aux tiers après sa publication aux annexes du *Moniteur belge* (13). Les restrictions au pouvoir de gestion confié au comité de direction ainsi que la répartition des tâches entre ses membres n'étaient pas opposables aux tiers, même si elles avaient fait l'objet d'une publication (14).

La consécration de l'existence légale du comité de direction par la loi du 2 août 2002 constitue aussi, dans une certaine mesure, une réponse à un besoin pratique en raison de la composition de l'actionnariat de nombreuses sociétés belges : « La loi dite "*corporate governance*" du 2 août 2002 a notamment donné une existence légale au comité de direction dans les SA. Elle était le fruit d'une réflexion sur la structure et le fonctionnement du conseil d'administration et sur ses relations avec la direction afin d'assurer aux sociétés belges, où l'actionnariat est fort concentré, une autonomie de la direction à l'égard de l'actionnaire de contrôle et ainsi une protection des actionnaires minoritaires » (15).

Mais si certains avaient peut-être réfléchi en profondeur sur le mode d'administration des sociétés et sur la distinction des fonctions d'administration et de contrôle, il s'agissait surtout de légaliser une pratique, de manière à conférer une base juridique plus solide aux comités de direction informels qui existaient déjà, sans modifier fondamentalement leur rôle, leurs pouvoirs ni leur composition tels qu'ils avaient été construits sur la base des règles (monistes) antérieures.

(12) Art. 524*bis*, al. 2, de l'ancien Code des sociétés.

(13) Art. 524*bis*, al. 4, de l'ancien Code des sociétés.

(14) Art. 524*bis*, al. 5, de l'ancien Code des sociétés.

(15) D. WILLERMAIN, F. MESSINNE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX, *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 233.

6. Le régime mis en place par l'article 524*bis* de l'ancien Code des sociétés n'était ainsi qu'une « structure dualiste imparfaite » (16).

Au titre des imperfections par rapport à un système dualiste classique, on relevait notamment : le caractère seulement facultatif du comité de direction ; la possibilité pour les personnes désignées d'être simultanément membres du comité de direction et membres du conseil d'administration ; et le fait de confier le pouvoir de représentation de la société tant aux administrateurs qu'aux membres du comité de direction. La conservation par le conseil d'administration du pouvoir de définir la politique générale de la société ainsi que l'ensemble des actes qui lui sont réservés en vertu de la loi, voire tout autre pouvoir qu'il ne souhaitait pas déléguer, était également critiquée. Enfin, l'ancien Code des sociétés ne fixait pas de critère précis de répartition des responsabilités entre le conseil d'administration et le comité de direction (17).

En pratique, plusieurs incertitudes pouvaient subsister en l'absence de précision dans les statuts. À titre non exhaustif, la loi ne désignait pas l'organe compétent pour nommer les membres du comité de direction ni ne fixait les conditions à respecter pour révoquer ceux-ci. Le législateur de 2002 ne se prononçait pas sur le caractère collégial (ou non) du comité de direction ni sur la nature exclusive ou concurrente des pouvoirs du comité de direction et du conseil d'administration. En l'absence de répartition claire des fonctions entre ces deux organes, les fonctions du comité de direction pouvaient également être exercées concurremment par le conseil d'administration. Le pouvoir de représentation de la société pouvait être exercé tant par les administrateurs que par les membres du comité de direction. Par ailleurs, la consécration légale du comité de direction n'empêchait pas de poursuivre la pratique antérieure d'un comité « informel », reposant sur une délégation de pouvoirs décidée par le conseil d'administration en faveur d'un groupe de personnes, sans toutefois faire de ce groupe un comité de direction au sens de l'article 524*bis* de l'ancien Code des sociétés.

(16) O. CAPRASSE, « Personne morale administrateur et comité de direction », *D.A.O.R.*, 2002, liv. 64, p. 341 ; V. SIMONART, « Le conseil d'administration de la SA et ses comités », *J.T.*, 2011, p. 220 ; M. WYCKAERT et K. GEENS, « Het gebruik van het facultatief duaal systeem in belgische beursgenoteerde vennootschappen : enkele facts and figures », *T.R.V.*, 2010/7, p. 537.

(17) V. SIMONART, « Le conseil d'administration de la SA et ses comités », *J.T.*, 2011, p. 220 ; M. WYCKAERT, « Het directiecomité : de dubbelzinnigheid voorbij », in F. BUYSSENS et al. (eds), *Vennootschapsrechtelijke Clausules voor het Notariaat*, Bruxelles, Intersentia, 2011, p. 514.

7. L'absence d'incompatibilité entre la qualité de membre du comité de direction et celle d'administrateur était particulièrement problématique. Dans sa composition, le comité de direction pouvait dès lors comprendre des personnes qui étaient également membres du conseil d'administration (18). Pour ce motif, une partie de la doctrine qualifiait ce régime de « quasi dual » (19).

Dans le même sens, la voix éminente de P. Van Ommeslaghe s'est élevée pour critiquer, par une approche de droit comparé, la possibilité de cumuler les fonctions de membre du conseil d'administration et de membre du comité de direction : « loin d'établir une incompatibilité entre l'exercice de fonctions au sein du conseil d'administration et au sein du comité de direction, selon le modèle allemand ou néerlandais, le système permet au contraire que des membres du comité de direction soient en même temps administrateurs ; on suit donc la pratique belge appliquée dans les banques, mais aussi dans les sociétés qui en fait avaient recours au comité de direction ». Malgré l'imperfection du régime, P. Van Ommeslaghe reconnaissait néanmoins que « la solution adoptée par la nouvelle loi constitue un progrès important » (20).

Tout en reprenant à leur compte cette critique, certains auteurs considéraient que cette faiblesse du régime quasi dual pouvait être corrigée dans les statuts : « Rien n'empêche cependant d'imposer un tel système par voie statutaire, en insérant dans l'acte constitutif une incompatibilité entre la qualité d'administrateur et celle de membre du comité de direction, solution qui permet de distinguer clairement les "surveillants" des "surveillés" » (21).

Quelle qu'en soit la cause réelle, l'attrait des sociétés anonymes pour ce régime quasi dual de nature imparfaite est resté faible, y compris dans les sociétés cotées (22). Face au même constat, la doctrine française donne quelques pistes qui, par analogie, peuvent aussi expliquer que ce système

(18) Art. 524*bis*, al. 2, de l'ancien Code des sociétés.

(19) D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX, *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 233.

(20) P. VAN OMMEFLAGHE, « 'Corporate governance' – considérations critiques », in *Mélanges John Kirckpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1019-1020.

(21) 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. 326.

(22) M. WYCKAERT et K. GEENS, « Het gebruik van het facultatief dual systeem in belgische beursgenoteerde vennootschappen : enkele facts and figures », *T.R.V.*, 2010/7, pp. 530-537 ; D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX, *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 234 ;

d'administration dual soit peu utilisé en Belgique : « Il n'en demeure pas moins qu'à l'heure actuelle la société anonyme avec directoire et conseil de surveillance ne tient en France qu'une place marginale. Les raisons de cet échec sont multiples : la force des habitudes, aussi bien chez les chefs d'entreprise que chez les praticiens du droit des sociétés, joue en faveur de la société traditionnelle. La séparation entre les fonctions de "décideur" et de "contrôleur" n'a pas toujours été bien comprise et le choix à opérer entre les deux organes de la société nouvelle s'est révélé très difficile pour les dirigeants habitués à être administrateurs. Le principe de la collégialité du directoire n'est pas conforme aux mentalités françaises, pour lesquelles l'entreprise doit avoir un unique "patron", quoi qu'en pensent les partisans de la présidence dissociée dans la SA de type classique [...] » (23).

C. En 2019 : l'administration duale selon le Code des sociétés et des associations

8. Eu égard au faible attrait du régime d'administration duale sous l'ancien Code des sociétés, le législateur a souhaité prévoir un système d'administration duale « plus pur » et instaurer un régime légal plus détaillé (dit « intégral » (24)) : « La société peut, par ailleurs, opter pour un modèle d'administration dual, qui est inspiré d'exemples à l'étranger. Ce système dual plus pur, qui est facultatif, consiste à répartir l'administration de la société entre deux organes dont les pouvoirs sont définis par la loi [...] » (25). Le CSA ne reprend toutefois pas vraiment le problème à la base, mais poursuit en réalité l'objectif d'améliorer le système prévu par la loi du 2 août 2002 en complétant et en précisant légalement le mode de fonctionnement du régime d'administration duale (26).

H. CULOT, « Quelques règles nouvelles concernant la SRL, la SC et la SA », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT *et al.* (dir.), *Le Code des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 70.

(23) Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 569.

(24) H. CULOT, « Questions choisies sur la gouvernance de la SA et de la SRL », in E.-J. NAVEZ et D. WILLERMAIN (dir.), *La gouvernance des sociétés au 21^e siècle*, Limal, Anthemis, 2020, p. 123.

(25) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 14.

(26) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 236 ; D. WILLERMAIN, F. MESSINNE, G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX, *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 235 ; E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 217.

9. Les principales caractéristiques de l'actuel régime d'administration duale peuvent être résumées comme suit :

- le législateur n'a pas imposé un régime d'administration duale au sein de tout ou partie des sociétés anonymes : « Le régime dual reste optionnel(27) : il n'y a pas de consensus sociétal suffisant pour le rendre obligatoire dans certaines sociétés (par exemple, dans les sociétés cotées ou dans les sociétés d'une certaine taille). Le régime dual devra donc faire la preuve de son attrait »(28) ;
- sur le plan terminologique, le CSA remplace la notion de « comité de direction » par celle de « conseil de direction » ;
- contrairement à l'article 524*bis* de l'ancien Code des sociétés, le CSA prévoit une incompatibilité entre la qualité de membre du conseil de surveillance et celle de membre du conseil de direction(29) ;
- le conseil de surveillance et le conseil de direction constituent deux organes distincts en raison non seulement de leur composition mais aussi des pouvoirs exclusifs qu'ils exercent respectivement. En d'autres termes, les pouvoirs du conseil de surveillance ne peuvent être exercés concurremment par le conseil de direction et inversement(30).

Le législateur établit une séparation claire entre les compétences et pouvoirs de ces deux organes(31) : d'une part, le conseil de direction est compétent pour l'ensemble des matières opérationnelles et, d'autre part, le conseil de surveillance est chargé (i) de superviser et contrôler le conseil de direction et (ii) de se prononcer sur les grandes orientations stratégiques de la société, (iii) tout en restant compétent pour les matières qui, dans le régime moniste, sont réservées par la loi au conseil d'administration.

(27) D. WILLERMAIN, F. MESSINNE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX, *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 234 ; Y. DE CORDT, *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 256 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 612.

(28) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 236.

(29) Voy. art. 7:105, § 1^{er}, et 7:107, al. 1^{er}, du CSA. E. LEROUX, I. DE POORTER et S. DE GEYTER, *Bestuur in de NV*, Bruxelles, Intersentia, 2022, p. 7.

(30) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 238.

(31) Art. 7:104 du CSA ; J. DELVOIE, « Ceci n'est pas un dualisme ? Over het nieuwe duale bestuursmodel in de NV », *T.P.R.*, 2019, p. 768.

Il est cependant possible de prévoir, par une disposition statutaire, une autre répartition des compétences que celle prévue par le CSA, conformément à l'article 7:110, alinéa 1^{er}, du CSA. On peut ainsi étendre statutairement les compétences du conseil de surveillance tout en limitant celles du conseil de direction(32). Ces restrictions, valides dans l'ordre interne, ne sont pas opposables aux tiers. Le législateur a donc opté pour un régime « à la carte » dans le cadre duquel les statuts peuvent moduler le régime légal en déterminant, pour chaque société, un régime d'administration correspondant à ses propres spécificités(33).

10. En définitive, le nouveau régime conserve des caractéristiques importantes de celui de 2002, notamment la définition des compétences respectives des deux organes, même si le conseil de direction reçoit désormais ses pouvoirs de la loi(34) (avec la possibilité pour les statuts de les restreindre) alors qu'ils reposaient précédemment sur une décision du conseil d'administration. La fonction de contrôle n'est pas davantage substantifiée(35) et la composition des deux conseils n'est pas modifiée, sauf sur la question de l'incompatibilité de siéger dans les deux simultanément.

III. CE QUE L'ON POURRAIT FAIRE, À LA LUMIÈRE NOTAMMENT DU DROIT COMPARÉ

A. Limiter la compétence du conseil de surveillance à la surveillance

11. En droit allemand, le conseil de surveillance exerce le contrôle sur la gestion de la société anonyme. À ce titre, il peut notamment « consulter et examiner les livres et documents de la société ainsi que les actifs [...] ». Il peut également mandater des membres individuels ou des experts spéciaux pour certaines tâches »(36). Il dispose également du pouvoir de

(32) H. CULOT, « Les nouveautés du Code des sociétés et des associations concernant la gouvernance des SA et des SRL », in I. CORBISIER et A. PRÜM (dir.), *La réforme du droit belge des sociétés, un exemple à suivre pour le Luxembourg*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 202.

(33) J. DELVOIE, « Ceci n'est pas un dualisme ? Over het nieuwe duale bestuursmodel in de NV », *T.P.R.*, 2019, p. 771.

(34) E. LEROUX, I. DE POORTER et S. DE GEYTER, *Bestuur in de NV*, Bruxelles, Intersentia, 2022, pp. 6-7.

(35) La doctrine prend dès lors le relais pour donner corps au concept de « surveillance », en se référant notamment au Code de gouvernance d'entreprise 2020. Voy. par ex. E. LEROUX, I. DE POORTER et S. DE GEYTER, *Bestuur in de NV*, Bruxelles, Intersentia, 2022, pp. 9-11 ; pp. 171-177.

(36) Art. 111 Aktiengesetz (droit allemand – traduction libre).

convoquer une assemblée générale si le bon fonctionnement de la société l'exige, même si le pouvoir de convocation appartient en principe au directoire(37).

En raison du contrôle qu'il exerce sur la gestion, la loi interdit au conseil de surveillance de s'immiscer dans la gestion de la société. Cependant, les statuts peuvent prévoir que certaines décisions de gestion ne seront prises que moyennant son accord préalable(38). La pratique est cependant moins stricte, et il n'est pas rare que le conseil de surveillance exerce davantage une fonction de conseil (ou de surveillance préventive ou prospective) à l'égard du directoire, qu'une fonction de surveillance proprement dite(39). Son accord est requis dans les sociétés cotées en cas de conflit d'intérêts(40). Le conseil de surveillance représente la société, mais seulement à l'égard du directoire(41).

Le directoire exerce les pouvoirs de gestion de la société et la représente en justice et à l'égard des tiers. Ce pouvoir de représentation ne peut pas être limité(42). Les membres du directoire sont tenus de respecter une obligation de non-concurrence : ceux-ci ne peuvent pas exercer une activité commerciale ni entreprendre dans le secteur économique de la société pour leur compte propre ou pour le compte d'autrui(43).

Le directoire est tenu d'informer le conseil de surveillance de la politique commerciale de la société ainsi que des orientations stratégiques dans le domaine financier, des investissements et du personnel. Il doit lui faire rapport sur la marche des affaires de la société et sur sa rentabilité(44).

12. En droit français des sociétés anonymes, le conseil de surveillance « exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire »(45). Ce contrôle porte certes sur l'exactitude des comptes, mais aussi sur la régularité et l'opportunité des actes de gestion posés par le directoire. Les membres du conseil de surveillance ne peuvent toutefois pas s'immiscer dans la gestion de la société et n'en sont donc pas

(37) Art. 121(2) Aktiengesetz (droit allemand).

(38) Art. 111(4) Aktiengesetz (droit allemand).

(39) K. Hopt, « Der Aufsichtsrat. Bedeutungswandel, Konvergenz, unternehmerische Mitverantwortung, Pflichten- und Haftungszuwachs », *Z.G.R.*, 2019/4, pp. 512, 523.

(40) Art. 111b Aktiengesetz (droit allemand).

(41) Art. 112 Aktiengesetz (droit allemand).

(42) Art. 76, 78 et 82 Aktiengesetz (droit allemand).

(43) Art. 88 Aktiengesetz (droit allemand).

(44) Art. 90 Aktiengesetz (droit allemand).

(45) Art. L225-68 du Code de commerce (droit français).

des dirigeants de droit(46). Toutefois, les statuts peuvent prévoir que la conclusion de certaines opérations ne pourra avoir lieu que moyennant l'autorisation préalable du conseil de surveillance(47). Ce dernier désigne les membres du directoire et détermine leur rémunération(48).

Par ailleurs, le conseil de surveillance exerce les pouvoirs qui lui sont confiés par la loi ou, le cas échéant, par les statuts. À titre d'exemple de ses attributions particulières, le conseil de surveillance peut décider de déplacer le siège social sur le territoire français, sous réserve de ratification par la prochaine assemblée générale ordinaire(49). Il intervient également pour autoriser les conventions conclues en situation de conflit d'intérêts(50).

Le directoire gère la société, sous le contrôle du conseil de surveillance(51). Au rang de ses attributions particulières, on peut notamment relever : le pouvoir de convoquer les assemblées générales et de fixer leur ordre du jour ; l'arrêt des comptes annuels et la rédaction du rapport de gestion(52).

Pour le surplus, le directoire dispose d'une attribution générale : il « est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Il les exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués par la loi au conseil de surveillance et aux assemblées d'actionnaires. Il détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en considérant les enjeux sociaux, environnementaux, culturels et sportifs de son activité. Il prend également en considération, s'il y a lieu, la raison d'être de la société définie en application de l'article 1835 du Code civil »(53).

Le directoire a une obligation d'information envers le conseil de surveillance : une fois par trimestre au moins, le directoire présente un rapport au conseil de surveillance(54).

(46) Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 2014, pp. 564-565.

(47) L. GODON, « Regard sur l'évolution du droit français des sociétés (2010-2017) », *R.P.S.-T.R.V.*, 2018, p. 40.

(48) Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 566.

(49) Art. L225-65 du Code de commerce (droit français).

(50) Art. L225-86 du Code de commerce (droit français).

(51) Art. L225-58 du Code de commerce (droit français).

(52) Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 557.

(53) Art. L225-64 du Code de commerce (droit français).

(54) Art. L225-68, al. 4, du Code de commerce (droit français).

Les pouvoirs de représentation de la société ne sont pas exercés par le directoire dans son ensemble, mais seulement par « le président du directoire ou, le cas échéant, le directeur général unique » (55).

13. Dans les sociétés anonymes néerlandaises, le conseil de surveillance a pour tâche de « surveiller la politique du directoire et la marche générale des affaires de la société et de ses filiales. Dans l'exercice de leurs fonctions, les membres du conseil de surveillance sont guidés par les intérêts de la société et de ses entreprises liées ». À cet égard, les statuts peuvent contenir des dispositions supplémentaires concernant les devoirs et les pouvoirs du conseil de surveillance et de ses membres (56).

Le directoire exerce la gestion de la société. De ce point de vue, les statuts peuvent prévoir que le directoire doit se conformer aux instructions d'un organe de la société concernant les orientations générales de la politique à mener dans les domaines précisés dans les statuts (57). Le directoire a une obligation d'information vis-à-vis du conseil de surveillance : « au moins une fois par an, le directoire informe par écrit le conseil de surveillance des principales caractéristiques de la politique stratégique, des risques généraux et financiers et du système de gestion et de contrôle de la société » (58).

14. En droit belge, la répartition des pouvoirs dans le cadre du régime d'administration duale est clairement établie.

D'une part, le conseil de surveillance « est chargé de la politique générale et la stratégie de la société et de tous les actes qui sont réservés spécifiquement au conseil d'administration [dans le régime moniste] » (59). Il exerce la surveillance sur le conseil de direction. Il représente la société envers les tiers en ce qui concerne les compétences qui lui sont dévolues. Le conseil de surveillance peut créer en son sein et sous sa responsabilité un ou plusieurs comités consultatifs (60).

(55) Art. L225-66 du Code de commerce (droit français).

(56) Art. 140, (2) et (3), Burgerlijk wetboek (boek 2) (droit néerlandais – traduction libre).

(57) Art. 129, (4), Burgerlijk wetboek (boek 2) (droit néerlandais – traduction libre).

(58) Art. 141, (2), Burgerlijk wetboek (boek 2) (droit néerlandais – traduction libre).

(59) Art. 7:109, § 1^{er}, du CSA.

(60) Art. 7:118 du CSA.

D'autre part, le conseil de direction exerce tous les pouvoirs d'administration qui ne sont pas réservés au conseil de surveillance. Le conseil de direction dispose du pouvoir résiduaire en matière de gestion. Il exerce le pouvoir général de représenter la société à l'égard des tiers, y compris en justice(61).

Le conseil de direction a une obligation d'information vis-à-vis du conseil de surveillance : il fournit régulièrement au conseil de surveillance les données nécessaires à l'accomplissement de sa tâche. Le conseil de surveillance peut demander au conseil de direction toute information qu'il estime utile à l'exercice de sa surveillance(62).

15. Au regard du droit des pays limitrophes, la manière dont le droit belge fixe les pouvoirs du conseil de surveillance est particulière à plusieurs égards. Elle se situe clairement dans la ligne de l'évolution historique, avec une mission de surveillance qui reste au second plan par rapport aux deux autres sphères de compétences, à savoir la politique générale et les compétences réservées. Ni les pouvoirs spécifiques à l'exercice de la surveillance, ni les moyens à mettre en œuvre à cette fin ne sont explicités. En termes de répartition des compétences, le régime dual du Code des sociétés et des associations reproduit en définitive la formule prévue dans les protocoles de la Commission bancaire, datant de près d'un demi-siècle.

On aurait pu saisir l'occasion pour construire une réelle fonction de surveillance, débarrassée des autres tâches d'un conseil d'administration, à savoir l'élaboration de la politique générale et les compétences réservées(63). Les esprits n'étaient peut-être pas mûrs en 2019(64), mais ils pourraient le devenir. Au regard des exemples étrangers, une telle option ne constituerait pas une originalité. Elle existe même en droit belge, si l'on considère que le conseil de direction d'une société européenne (SE) belge exerce toutes les compétences confiées au conseil de surveillance dans la SA, sauf la compétence de surveillance du conseil de direction. Le

(61) Art. 7:110 du CSA.

(62) Art. 7:111 du CSA.

(63) Pour une liste des principales compétences autres que la surveillance du conseil de direction, D. WILLERMAIN, F. MESSINNE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX, *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 244-245.

(64) P.A. FORIERS et M. WYCKAERT, « Le projet de Code des sociétés et des associations : nouveautés en matière de gouvernance dans les sociétés et les associations – Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen : wat verandert in de 'governance' van vennootschappen en verenigingen ? », in K. GEENS et G. HORSMANS (dir.), *Le projet de Code des sociétés et associations – Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 129.

conseil de surveillance d'une SE ne peut en aucune manière s'ingérer dans l'administration de la société (65). En clair, le conseil de surveillance d'une SE n'est chargé que de la surveillance. Il y aurait un sens à aligner sur ce point les règles de la SA sur celles de la SE.

16. Il en va d'autant plus ainsi que la tiédeur de l'enthousiasme à l'égard du dualisme « pur » résulte notamment de l'impossibilité pour le CEO (un des administrateurs exécutifs, souvent l'administrateur délégué, à ce titre membre du conseil de direction) de faire partie de l'organe (le conseil de surveillance) qui définit la politique générale de la société, alors que, dans la pratique des affaires, son rôle principal est d'impulser les grandes orientations stratégiques dont il devra ensuite diriger la mise en œuvre. C'est pour cette raison que, sous l'ancien Code des sociétés, l'administrateur délégué (CEO) des grandes sociétés et des sociétés cotées, siégeait généralement tant dans le conseil d'administration que dans le comité de direction.

Un tel cumul n'est plus autorisé sous les règles actuelles. Certains cherchent alors à atténuer la rigueur de la règle d'incompatibilité en proposant de prévoir dans les statuts ou dans un règlement d'ordre intérieur du conseil de surveillance, un statut « d'observateur » ou « d'invité permanent », permettant à l'administrateur délégué d'assister aux réunions du conseil de surveillance avec voix consultative. Certains auteurs plaident en faveur de cette solution en soulignant que « ce statut permettra au CEO de jouer le rôle d'interface entre le conseil de surveillance et le conseil de direction et assurera ainsi une bonne cohésion entre les deux organes » (66). Cette proposition se comprend *de lege lata*, mais le problème serait plus fondamentalement résolu si la politique générale et la stratégie de la société étaient décidées par le conseil de direction.

La fonction de surveillance n'en serait pas moins bien assurée, bien au contraire. Et si l'on comprend que les mêmes personnes ne puissent pas être à la fois les contrôleurs et les surveillés, il est moins évident d'admettre que les dirigeants exécutifs, qui seront jugés sur les résultats de la société, doivent mettre en œuvre une stratégie décidée par d'autres.

(65) Art. 15:19 du CSA et art. 40, § 1^{er}, du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE).

(66) T. L'HOMME, E. POTTIER, L. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/9, p. 1055.

17. Une meilleure séparation de la gestion et du contrôle permettrait aussi de résoudre une autre difficulté, à savoir la dualisation fonctionnelle qui s'opère au sein du conseil d'administration lorsque la société choisit le régime moniste. Cette dualisation, qui confie la gestion aux administrateurs exécutifs et la surveillance aux administrateurs non exécutifs, est installée dans la pratique (67) alors qu'elle n'est pas (explicitement) prévue par la loi. On en veut pour preuve le Manuel de gouvernance pour le secteur bancaire qui déclare sans hésitation que « la fonction de surveillance [est confiée] aux administrateurs non exécutifs » (68) et, de manière un peu moins directe, le Code de gouvernance d'entreprise 2020 qui indique que « [l]e management exécutif doit : – être en charge de la direction opérationnelle de la société ; – sans nuire au rôle de surveillance du conseil d'administration, mettre en place des contrôles internes... ».

Or, comme le soutiennent à juste titre les partisans du dualisme, une saine gouvernance requiert que le contrôleur et le contrôlé soient clairement séparés, ce qui n'est à l'évidence pas le cas s'ils constituent ensemble un seul organe collégial. Il y a certes de (plus petites) sociétés où la distinction entre gestion et surveillance ne se justifie pas mais, si les deux fonctions doivent exister dans une société donnée, il est préférable de les confier à des organes distincts, sans pour autant priver les administrateurs exécutifs du pouvoir de décider des orientations stratégiques. À nouveau, il n'y a là rien de révolutionnaire. Il y a plus de 60 ans, P. Van Ommeslaghe écrivait : « Nous avons exposé quelles peuvent être les grandes lignes d'une organisation de l'administration des sociétés par actions tout au long de l'ouvrage qui précède. La base doit s'en trouver dans une distinction nette et précise entre les administrateurs actifs – auxquels il faut assurer toute l'indépendance et tous les pouvoirs nécessaires à la gestion dont ils ont et doivent avoir l'initiative – et les administrateurs passifs, auxquels il convient de reconnaître une fonction de contrôle et de surveillance de la gestion » (69).

(67) Voy. E. LEROUX, I. DE POORTER et S. DE GEYTER, *Bestuur in de NV*, Bruxelles, Intersentia, 2022, p. 167. Ce n'est au demeurant pas nouveau (G. HORSMANS, « La spécificité ou l'exemplarité de la gestion des établissements de crédit », in *Mélanges Jean Pardon*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 342) ni limité à la Belgique (K. HOPT, « Der Aufsichtsrat. Bedeutungswandel, Konvergenz, unternehmerische Mitverantwortung, Pflichten- und Haftungszuwachs », *Z.G.R.*, 2019/4, p. 517).

(68) BNB, *Manuel de gouvernance pour le secteur bancaire*, 11 octobre 2022, § 4:4, p. 14, <https://www.nbb.be/doc/cp/fr/2022/governancemanual.pdf>.

(69) P. VAN OMMEFLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1960, p. 569.

Dans les grandes sociétés, on a aujourd'hui soit (rarement) un conseil de surveillance dont les pouvoirs sont légalement limités à la politique générale de la société, aux matières réservées et au contrôle du management exécutif, soit (très souvent) un conseil d'administration qui dispose en théorie de prérogatives beaucoup plus larges mais qui, dans les faits, n'exerce guère que les compétences qui reviendraient à un conseil de surveillance et délègue pour le surplus les décisions de gestion aux administrateurs ou directeurs exécutifs. Ainsi, on ne voit plus très bien la différence entre les pouvoirs légaux du conseil de surveillance et les pouvoirs effectivement exercés par le conseil d'administration. Si tel est le constat, pourquoi ne pas formaliser cette pratique et imposer un régime dual dans les sociétés concernées, comme on le fait pour les entreprises financières ?

18. Dans la foulée, on pourrait également donner à la fonction de contrôle une définition plus explicite, qui soit davantage en phase avec les méthodes de gouvernance actuelles. Le contrôle ne se limite pas à vérifier la régularité de la comptabilité et la légalité des actes du conseil de direction. Il implique aujourd'hui une activité complexe de gestion des risques, qui est bien développée dans les textes légaux et réglementaires applicables aux entreprises financières mais qui l'est beaucoup moins en droit commun des sociétés, quoiqu'il n'en soit pas non plus tout à fait absent (70).

B. Délester le conseil de surveillance de ses compétences externes

19. Un organe de surveillance exerce par nature une compétence interne ; les relations avec les tiers doivent relever de l'organe de direction, qui gère les affaires de la société.

Sur le plan de la représentation de la société, le système de l'administration duale confie à un organe déterminé – en l'espèce, le conseil de direction – la plénitude des pouvoirs de représentation. Le conseil de direction peut représenter la société à l'égard des tiers et en justice non seulement dans les domaines qui relèvent de ses compétences, mais également dans le cadre des compétences du conseil de surveillance, conformément à l'article 7:110, alinéa 2, du CSA.

(70) E. LEROUX, I. DE POORTER et S. DE GEYTER, *Bestuur in de NV*, Bruxelles, Intersentia, 2022, pp. 179-199.

De son côté, le conseil de surveillance est compétent de manière concurrente pour représenter la société, mais ce pouvoir de représentation est limité à sa sphère de compétence (71).

Les statuts peuvent apporter des restrictions à ce pouvoir de représentation. Toutefois, une telle limitation interne n'est pas opposable aux tiers, même si elle est publiée (72). En ce sens, le Code des sociétés et des associations s'est conformé au régime de la *prokura* tel qu'il résulte du droit européen (73) : par souci de sécurité juridique, les tiers doivent pouvoir se fonder sur la répartition des compétences légales, sans qu'une éventuelle répartition interne entre les organes leur soit opposable (74).

Cette asymétrie dans le pouvoir de représentation s'explique rationnellement, mais elle n'est guère facile à comprendre pour les non-spécialistes, et l'on peut craindre des difficultés dans son application en pratique (75). Le risque, en particulier dans les situations conflictuelles, serait de voir le conseil de surveillance et le conseil de direction poser des actes externes incompatibles entre eux, qui pourtant engagent la société de façon équivalente. Selon leur intérêt, différents tiers invoqueront légitimement un acte ou un autre, et la situation ne se résoudra qu'au terme d'une procédure judiciaire complexe.

Cette situation résulte de la volonté de conférer un pouvoir de représentation externe au conseil de surveillance, ce qui ne serait pas nécessaire si cet organe recevait des compétences internes uniquement. En limitant les pouvoirs du conseil de surveillance à la surveillance proprement dite

(71) Art. 7:109, § 2, du CSA ; H. CULOT, « Les nouveautés du Code des sociétés et des associations concernant la gouvernance des SA et des SRL », in I. CORBISIER et A. PRÜM (dir.), *La réforme du droit belge des sociétés, un exemple à suivre pour le Luxembourg*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 202.

(72) Art. 7:109, § 2, al. 2, et art. 7:110, al. 2, du CSA.

(73) Art. 9, § 2, de la première directive 68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers : « Les limitations aux pouvoirs des organes de la société, qui résultent des statuts ou d'une décision des organes compétents, sont toujours inopposables aux tiers, même si elles sont publiées » (aujourd'hui, art. 9, § 2, de la directive (UE) 2017/1132).

(74) J. DELVOIE, « Ceci n'est pas un dualisme ? Over het nieuwe duale bestuursmodel in de NV », *T.P.R.*, 2019, p. 771 ; F. DE CUYPER, « Les pouvoirs du conseil d'administration dans la société anonyme : tentative de redéfinition », *R.P.S.*, 2015/3-4, p. 830 ; M. WYCKAERT et K. GEENS, « Het gebruik van het facultatief duaal systeem in belgische beursgenoteerde vennootschappen : enkele facts and figures », *T.R.V.*, 2010/7, p. 538 ; M. WYCKAERT, « Het directiecomité : de dubbelzinnigheid voorbij » in F. BUYSENS et al. (eds), *Vennootschapsrechtelijke Clausules voor het Notariaat*, Bruxelles, Intersentia, 2011, p. 515 ; K. GEENS et M. WYCKAERT, *Verenigingen en Vennootschappen, in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, IV, Malines, Kluwer, 2011, p. 471 ; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent/Leuven, Story, 1975, pp. 149-151 ; L. SIMONT, « La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales », *R.P.S.*, 1974/1, p. 39.

(75) E. LEROUX, I. DE POORTER et S. DE GEYTER, *Bestuur in de NV*, Bruxelles, Intersentia, 2022, p. 12.

(voy. section III., A., ci-dessus), on pourrait confier la totalité du pouvoir de représentation externe au conseil de direction, ce qui simplifierait significativement les pouvoirs de représentation et réduirait les risques de conflit.

C. Établir un système dual compatible avec les règles de gouvernance des entreprises financières

20. Chronologiquement, l'évolution des règles de gouvernance des entreprises financières peut être résumée comme suit. Le régime d'administration applicable aux établissements de crédit a d'abord été organisé dans les protocoles sur l'autonomie de la fonction bancaire signés, à partir de 1974, entre les principaux établissements de crédit et la Commission bancaire (devenue ensuite Commission bancaire et financière ; puis Commission bancaire, financière et des assurances ; et aujourd'hui la FSMA).

Ce protocole prévoyait que : « la gestion des affaires bancaires [...] relève de la seule compétence du comité de direction », tandis que « la surveillance de la gestion et de l'état des affaires de la banque, la définition de la politique générale [...] sont de la compétence du conseil d'administration, outre les prérogatives qui lui sont conférées par les lois sur les sociétés commerciales »(76). L'objectif principal était d'éviter que l'actionnaire de contrôle de la société s'immisce dans les décisions relatives à l'activité bancaire proprement dite (notamment l'octroi des crédits), laquelle était considérée comme nécessaire au bon fonctionnement de l'économie en général et ressortissant à ce titre à l'intérêt public(77).

Assez rapidement, le régime contenu dans le protocole sur l'autonomie de la fonction bancaire a été reconnu légalement par l'article 69 de la loi du 30 juin 1975 relative au statut des banques, des caisses d'épargne privées et de certains autres intermédiaires financiers(78). Il a ensuite été

(76) M. ANDRÉ, « Commentaire de l'art. 524bis C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2017 ; voy. aussi G. KEUTGEN, « L'organisation de la gestion des sociétés : l'exemple du comité de direction », *R.P.S.*, 2015/3-4, p. 529 ; M. VAN DER HAEGEN, « Les organes de décision dans les entreprises bancaires et la gouvernance d'entreprise », *J.T.*, 2009, p. 473.

(77) Voy. Ph. DE MUELENAERE, « L'autonomie de la fonction bancaire », *Rev. banque*, 1992, p. 545.

(78) Art. 69 de la loi du 30 juin 1975 relative au statut des banques, des caisses d'épargne privées et de certains autres intermédiaires financiers : « Les statuts des établissements de crédit constitués sous la forme de société anonyme peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer tout ou partie des pouvoirs visés à l'article 54, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales à un comité de direction constitué en son sein, dont il nomme et révoque les membres et dont il détermine la rémunération. Cette délégation

précisé par l'article 26 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit (79). Cette loi prévoit une obligation qui ne se retrouve pas dans l'article 524*bis* de l'ancien Code des sociétés : les membres du comité de direction d'un établissement de crédit doivent obligatoirement avoir la qualité d'administrateurs. En vertu de cette disposition, les statuts peuvent en effet autoriser le conseil d'administration à déléguer tout ou partie des pouvoirs à un comité de direction « constitué en son sein » (80).

21. La loi bancaire du 25 avril 2014 (ci-après, la « loi bancaire ») consacre un régime d'administration duale spécifique qui ne se confond pas avec les dispositions prévues d'abord par l'ancien Code des sociétés ni avec les dispositions du CSA. Des règles similaires s'imposent aux entreprises d'assurance et de réassurance (81).

Le régime d'administration duale est obligatoire dans les établissements de crédit quelle que soit leur forme juridique, c'est-à-dire qu'ils empruntent la forme d'une société anonyme, d'une société coopérative, d'une société européenne ou d'une société coopérative européenne (82).

Tout établissement de crédit a l'obligation de constituer un « comité de direction » (83). Par exception, l'autorité de contrôle peut autoriser l'établissement de crédit à déroger à cette obligation en fonction de sa taille et de son profil de risques (84).

ne peut toutefois porter ni sur la détermination de la politique générale, ni sur les actes réservés au conseil d'administration par les autres dispositions des mêmes lois coordonnées ».

(79) Art. 26 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit : « Les statuts des établissements de crédit constitués sous la forme de société anonyme peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer tout ou partie des pouvoirs visés à l'article 522, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés à un comité de direction constitué en son sein, dont il nomme et révoque les membres et dont il détermine la rémunération. Cette délégation ne peut toutefois porter ni sur la détermination de la politique générale, ni sur les actes réservés au conseil d'administration par les autres dispositions du Code des sociétés ».

(80) J. MEUNIER, « Le nouveau comité de direction des sociétés anonymes – Quelles “directions” choisir ? », *R.P.S.*, 2004/1, p. 13.

(81) Loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance, *Mon. b.*, 23 mars 2016, p. 19856.

(82) Art. 16 de la loi bancaire du 25 avril 2014 ; projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/011, p. 173.

(83) Art. 24, § 1^{er}, et 25, § 1^{er}, de la loi bancaire ; D. VAN GERVEN et P. DE PAUW, « La gouvernance des établissements de crédit dans la nouvelle loi bancaire », in J.-P. BUYLE *et al.* (dir.), *La loi bancaire - questions particulières. De bankwet - bijzondere vraagstukken*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 105-109 ; A. COIBION et L.-Y. TU, « II. L'organisation des établissements de crédit », in M. FYON (dir.), *Les récentes réformes de droit bancaire et financier : quel impact pour les établissements de crédit, leurs clients et leurs responsables ?*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 84.

(84) Art. 26, al. 2, 1^o, de la loi bancaire.

Sur le plan terminologique, la loi bancaire maintient l'appellation « comité de direction » sans qu'une harmonisation ait été prévue avec la notion de « conseil de direction » utilisée désormais dans le CSA.

L'intention du législateur visant à étendre ce régime obligatoire à toutes les formes juridiques a été clairement exprimée dans les travaux préparatoires de la loi du 23 mars 2019 introduisant le CSA et modifiant la loi bancaire du 25 avril 2014 : « Chaque établissement de crédit doit aujourd'hui, quelle que soit sa forme légale, constituer au sein de l'organe légal d'administration un comité de direction »(85). Ceci constitue une différence avec le régime d'administration duale prévu par le CSA, qui est quant à lui facultatif.

22. En ce qui concerne sa composition, le comité de direction est « exclusivement composé de membres du [conseil d'administration ou de l'organe légal d'administration] »(86), sauf dérogation consentie par l'autorité de contrôle(87).

En outre, « [le conseil d'administration ou l'organe légal d'administration] compte une majorité d'administrateurs qui ne sont pas membres du comité de direction »(88). Cette règle vise à s'assurer que le conseil d'administration ou l'organe légal d'administration soit composé d'un nombre d'administrateurs suffisamment important pour que cet organe ne se confonde pas avec le comité de direction et qu'il puisse exercer effectivement sa fonction de surveillance(89).

À la différence du régime d'administration duale prévu par le CSA, les fonctions de membre du comité de direction et de membre du conseil d'administration ne sont donc pas incompatibles, à l'exception de la fonction de président du conseil d'administration (ou de l'organe légal d'administration) qui ne peut être membre du comité de direction(90). C'est l'inverse qui est ici imposé.

(85) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 344.

(86) Art. 24, § 1^{er}, et 25, § 1^{er}, de la loi bancaire.

(87) Art. 26, al. 2, 2°, de la loi bancaire.

(88) Art. 24, §§ 1-2, de la loi bancaire ; art. 25, §§ 1-2, de la loi bancaire.

(89) Le Manuel de gouvernance établi par la BNB va même plus loin, puisqu'il confie la fonction de surveillance aux seuls membres non exécutifs du conseil d'administration (BNB, *Manuel de gouvernance pour le secteur bancaire*, 11 octobre 2022, § 4:4, p. 14, <https://www.nbb.be/doc/cp/fr/2022/governancemanual.pdf>).

(90) Art. 24, § 3, et 25, § 3, de la loi bancaire.

Le régime d'administration duale prévu par la loi bancaire ne présente pas les caractéristiques d'un véritable régime dual disposant de deux organes séparés et distincts. On se rapproche davantage d'un régime collégial « moniste » dans le cadre duquel les membres du comité de direction siègent à la fois dans ce comité et dans le conseil d'administration. Les travaux préparatoires du CSA ont qualifié ceci de « système d'administration intermédiaire, en ce sens que les membres du comité de direction font partie du conseil d'administration »(91). La BNB le décrit comme un régime hybride *sui generis*(92).

23. En ce qui concerne ses compétences, le comité de direction d'un établissement de crédit constitué sous la forme d'une société anonyme reçoit « l'ensemble des pouvoirs du conseil de direction visés à l'article 7:110 du Code des sociétés et des associations sans préjudice des dispositions de la présente loi [bancaire] »(93).

De son côté, le comité de direction d'un établissement de crédit constitué sous une autre forme que celle de société anonyme reçoit « l'ensemble des pouvoirs de gestion et d'administration de l'organe légal d'administration à l'exclusion de la détermination de la politique générale, des actes réservés à l'organe légal d'administration par le Code des sociétés et des associations ou par la présente loi [bancaire] »(94).

Dans les deux cas, le comité de direction exerce des compétences exclusives qui ne peuvent pas être exercées concurremment par le conseil d'administration ou par l'organe légal d'administration(95).

24. Lors des travaux préparatoires du CSA, la question s'est posée d'une éventuelle harmonisation entre le régime d'administration duale du CSA et le régime d'administration prévu par la loi bancaire.

Le législateur n'a pas souhaité cette harmonisation : « Concernant l'article 18, le ministre répond que l'objectif est de mettre la loi bancaire en conformité avec les nouvelles dispositions du droit des sociétés. Le droit bancaire prévoit un dualisme obligatoire et la loi bancaire fait état d'un conseil d'administration et d'un comité de direction. On n'a pas souhaité

(91) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/011, p. 173.

(92) BNB, *Manuel de gouvernance pour le secteur bancaire*, 11 octobre 2022, p. 14, note de bas de page 14, <https://www.nbb.be/doc/cp/fr/2022/governancemanual.pdf>.

(93) Art. 24, § 1^{er}, de la loi bancaire.

(94) Art. 25, § 1^{er}, de la loi bancaire.

(95) Art. 24, § 1^{er}, et 25, § 1^{er}, de la loi bancaire.

modifier ces éléments. On dit seulement, à présent, que le comité de direction a les compétences d'un conseil de direction, comme le prévoit le nouveau Code des sociétés et des associations. Pour le surplus, les membres du comité de direction d'une banque sont membres du conseil d'administration, ce qui diffère d'un système dual dans une société qui n'est pas un établissement de crédit » (96).

25. Comme on l'a dit, le régime dual reste très minoritaire en Belgique, sauf dans les entreprises financières (banques et assurances) où il est obligatoire et pratiqué depuis des décennies. Tout en souhaitant un renouveau du régime dual, la réforme de 2019 a maintenu le système de gouvernance des entreprises financières comme un régime d'exception, ce qui conduit en pratique à des incertitudes sur une série de questions annexes pour lesquelles le droit commun resterait applicable (97). On s'est donc privé de la possibilité de prévoir, dans le droit commun, un régime qui aurait été adapté aux entreprises financières constituées sous forme de SA, ce qui aurait largement simplifié les règles de gouvernance dans ce secteur. On se retrouve donc paradoxalement face, d'une part, à un secteur où le dualisme est pratiqué, mais sous la forme d'un régime moniste aménagé de manière plus ou moins heureuse dans des lois particulières, et, d'autre part, à un régime dual mieux structuré (bien que susceptible de nouvelles évolutions), qui n'est pas accessible au secteur qui en a besoin tout en n'étant prisé par personne d'autre.

En outre, l'expérience accumulée dans le secteur financier, dont la gouvernance fait l'objet d'une attention particulière depuis longtemps, et les raisons pour lesquelles le comité de direction doit être composé de tous les membres exécutifs du conseil d'administration, ne semblent pas avoir été jugées transposables à des sociétés anonymes d'autres secteurs, alors qu'il n'est pas certain que ces raisons soient spécifiques au secteur financier.

(96) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/011, p. 173.

(97) Le Manuel de gouvernance de la BNB indique de manière sibylline à cet égard : « Nonobstant les particularismes prévus par la loi bancaire en raison du modèle de gouvernance hybride *sui generis*, les dispositions de droit commun prévues [sic] dans le CSA restent d'application » (BNB, *Manuel de gouvernance pour le secteur bancaire*, 11 octobre 2022, p. 14, note de bas de page 14, <https://www.nbb.be/doc/cp/fr/2022/governancemanual.pdf>).

D. Inclure les administrateurs indépendants et des représentants de stakeholders en les dotant d'un statut

26. En droit allemand, dans certaines sociétés soumises aux règles de la « codétermination »(98), le conseil de surveillance est composé de membres représentant les actionnaires et de membres représentant les salariés, avec parfois un ou plusieurs autres membres. Lorsque la codétermination ne s'applique pas, le conseil de surveillance ne comprend que des représentants des actionnaires. Selon le modèle du « capitalisme rhénan », le conseil de surveillance était, jadis, un lieu où les banques (donc les créanciers de la société) étaient fortement représentées(99).

En France, dans les grandes sociétés avec une participation significative des travailleurs au capital, un ou plusieurs membres du conseil de surveillance doivent être élus sur présentation des actionnaires salariés(100).

27. La composition (quasi) paritaire du conseil de surveillance est spécifique à l'Allemagne ; elle est aussi marquée par un contexte historique et par une époque où la participation des travailleurs aux décisions dans l'entreprise a été mise en avant(101). Même s'il subsiste en Allemagne, il est peu probable qu'on puisse reproduire ce système à l'identique aujourd'hui dans d'autres pays, fussent-ils proches.

Toutefois, le régime allemand peut être considéré comme une manière de prendre en compte les intérêts des *stakeholders* (autres que les actionnaires, mais – historiquement du moins – non limités aux travailleurs) dans les décisions de l'entreprise. Exprimée ainsi et moyennant une mise en œuvre adaptée aux besoins de notre époque, cette idée-là est plutôt à la mode(102), même si elle ne fait évidemment pas l'unanimité. La responsabilité sociétale de l'entreprise a le vent en poupe(103), y compris dans les textes européens adoptés ou en projet. On trouve également de

(98) Art. 96 Aktiengesetz (droit allemand) ; C. JUNGSMANN, « The Effectiveness of Corporate Governance in One-Tier and Two-Tier Board Systems – Evidence from the UK and Germany », *E.C.F.R.*, 2006/4, p. 432 ; F. WOOLDRIDGE, « Dual board system under German company law », *Amicus Curiae*, 2005/60, p. 17 ; K. HOPT et P. LEYENS, « Board Models in Europe – Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy », *E.C.F.R.*, 2004/2, p. 144.

(99) K. HOPT, « Der Aufsichtsrat. Bedeutungswandel, Konvergenz, unternehmerische Mitverantwortung, Pflichten- und Haftungszuwachs », *Z.G.R.*, 2019/4, p. 513.

(100) Art. L225-71 du Code de commerce (droit français).

(101) K. HOPT, « Der Aufsichtsrat. Bedeutungswandel, Konvergenz, unternehmerische Mitverantwortung, Pflichten- und Haftungszuwachs », *Z.G.R.*, 2019/4, p. 521.

(102) Voy. à ce sujet I. FERRERAS, *Gouverner le capitalisme*, Paris, PUF, 2012.

(103) Voy. par ex. R. HOUBEN, « Intérêt de la société et intérêt général. Une tentative de clarification des rôles entre les sociétés et l'État », *J.T.*, 2022, pp. 33-43 (avec les nuances que l'auteur apporte).

la doctrine favorable, voire enthousiaste, comme le commentaire nuancé mais engagé du dédicataire de ces lignes sous l'arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 2013 (104).

Jusqu'à présent, la manière de concrétiser cette prise en compte des *stakeholders* passe plutôt par des concepts généraux (l'intérêt social) ou des obligations de *reporting*, d'information (bilan social (105), information non financière (106), *etc.*) ou de *due diligence* (107).

Une autre technique, qui pourrait s'avérer complémentaire, consisterait à faire entrer les *stakeholders* dans les structures décisionnelles de la société, comme le droit allemand le fait pour les travailleurs. À cet égard, un régime dual peut s'avérer approprié, pour distinguer un organe représentant les intérêts des actionnaires et un autre organe représentant ceux des *stakeholders*. Ce serait le lieu naturel pour accueillir les administrateurs indépendants, comme le conseil de surveillance l'est dans le droit actuel, mais on pourrait concevoir d'ajouter au conseil de surveillance d'autres catégories de membres, représentant des intérêts précis, en particulier des personnes plus particulièrement en charge des problématiques environnementales, sociétales et de gouvernance (ESG).

Ceci devrait s'accompagner d'une définition appropriée des compétences de l'un et l'autre organes, car rien n'impose que l'un prévale sur l'autre ni d'ailleurs que la décision requière l'accord des deux, ni qu'ils soient compétents pour les mêmes questions. Dans la foulée, on pourrait aussi songer à conférer aux membres du conseil de surveillance un statut différent de celui des membres du conseil de direction : par exemple, s'ils exercent une fonction de surveillance et de contrôle, se justifie-t-il qu'ils soient révocables *ad nutum*, ou des modalités de révocation inspirées de celles du commissaire (articles 3:66 et 3:67 du CSA) seraient-elles plus adaptées ?

D'une manière générale, l'idée qu'un comité de direction, désigné par les actionnaires, gère l'entreprise, tout en étant sous une forme de « surveillance » exercée par d'autres parties prenantes, a quelque chose de séduisant et d'éminemment contemporain.

(104) D. WILLERMAIN, « L'intérêt social selon la Cour de cassation : 'The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits' », *R.D.C.*, 2014, pp. 855-865.

(105) Voy. art. 3:12, § 1^{er}, 8^o, du CSA.

(106) Voy. art. 3:6, § 4, du CSA.

(107) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, COM/2022/71 final, 23 février 2022.

E. Autoriser l'administration duale dans la SRL

28. En droit belge, le régime d'administration duale ne peut être choisi que par les SA. Le CSA n'a pas prévu ce régime dans les SRL. On peut s'interroger non seulement sur les motifs expliquant ce choix mais aussi se demander, dans une perspective *de lege ferenda*, pourquoi le législateur ne consacrerait pas la possibilité d'opter pour ce régime d'administration duale dans la SRL (108).

29. Les raisons suivantes, entre autres, expliquent sans doute cette réticence du législateur belge à consacrer un régime d'administration duale au profit de la SRL.

Avant l'adoption du CSA, la SRL a longtemps été perçue comme réservée aux sociétés de taille plus réduite dans lesquelles le régime d'administration duale n'aurait pas d'intérêt ou ne se justifierait pas (109).

L'administration d'une SRL s'organise autour « d'un ou plusieurs administrateurs constituant un collège ou non, qui sont des personnes physiques ou morales » (110). Autrement dit, l'organe d'administration de la SRL n'a pas toujours un caractère collégial : en cas de pluralité d'administrateurs, chaque administrateur a en principe le pouvoir d'accomplir individuellement tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet de la société. Historiquement, dans une SA, les administrateurs ne disposaient pas de pouvoirs individuels ; ils agissaient collégalement. Pour ce motif, la transposition en faveur de la SRL du régime de l'administration duale de la SA, qui s'articule autour de deux organes collégiaux (le conseil de direction et le conseil de surveillance), n'allait pas de soi lors des travaux préparatoires du CSA. Raisonner de la sorte revient toutefois à se baser sur des conceptions historiques sans prendre la mesure des changements apportés par le CSA, qui à la fois autorise une administration non collégiale dans la SA (article 7:101) et organise l'administration collégiale de la SRL.

(108) Dans le même sens, voy. X. DIEUX, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) – Une “anonymisation” silencieuse », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/9, p. 929, note 9 et p. 938 ; H. CULOT, « Questions choisies sur la gouvernance de la SA et de la SRL », in É.-J. NAVEZ et D. WILLERMAIN (dir.), *La gouvernance des sociétés au 21^e siècle*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 124-125. En ce qui concerne l'inapplication du régime d'administration duale en matière de société coopérative (SC), voy. D. VAN GERVEN, « Standpunt. De bevoegdheden van het directiecomité in de naamloze vennootschap in verhouding tot de raad van bestuur », *T.R.V.*, 2004/1, p. 22.

(109) *Doc. parl.*, Ch. rep., sess. ord. 2000-2001, n° 50-1211/001, p. 32.

(110) Art. 5:70, § 1^{er}, du CSA.

30. À titre de comparaison, la société à responsabilité limitée de droit allemand, à savoir la GmbH (« *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* »), connaît une forme d'administration duale avec l'attribution à un conseil de surveillance (« *Aufsichtsrat* ») de pouvoirs de contrôle et de surveillance sur la gestion de la société (111).

Il en va de même en ce qui concerne la B.V. (« *Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid* »), c'est-à-dire la société à responsabilité limitée de droit néerlandais. Cette forme de société prévoit aussi un régime d'administration duale avec un conseil qui a notamment pour tâche de surveiller la politique du directoire et la marche générale des affaires de la société (112).

En revanche, le droit français ne reconnaît pas l'administration duale dans le régime de la société à responsabilité limitée (SARL) ni dans celui de la société par actions simplifiée (SAS).

Le régime d'administration duale n'est pas prévu en matière de SARL : celle-ci est gérée par une ou plusieurs personnes physiques. En cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs de gestion (113).

En matière de SAS, les dispositions qui concernent les sociétés anonymes sont applicables par analogie, à l'exception des dispositions relatives à la direction et à l'administration (conseil d'administration ; directoire et conseil de surveillance ; dispositions communes aux mandataires sociaux ainsi qu'aux assemblées d'actionnaires) (114). La loi confère aux statuts le pouvoir de fixer les conditions dans lesquelles la société est dirigée (115).

31. Même en tenant compte des raisons historiques exposées ci-dessus, il demeure étonnant que le législateur belge ait fait le choix de consacrer le régime d'administration duale dans la société anonyme uniquement, sans prévoir cette possibilité dans la SRL.

On pourrait en effet relever quelques avantages d'une éventuelle reconnaissance légale du régime d'administration duale dans la SRL.

(111) Art. 52 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (droit allemand).

(112) Art. 250 Burgerlijk wetboek (boek 2) (droit néerlandais).

(113) Art. L223-18 du Code de commerce (droit français).

(114) Art. L227-1 du Code de commerce (droit français).

(115) Art. L227-5 du Code de commerce (droit français).

En l'état actuel de la législation, le CSA limite fortement les chances de succès du régime d'administration duale en le réservant aux SA, alors que la SRL est la forme choisie par la grande majorité des sociétés belges et constitue désormais la forme sociétaire « de base » en droit belge.

Dans la SRL, on peut certes créer, statutairement ou contractuellement, des comités internes venant en soutien des tâches de l'organe d'administration et leur attribuer des pouvoirs qui se rapprochent de ceux du conseil de direction et du conseil de surveillance dans une société anonyme. Cependant, ces comités internes posent les mêmes problèmes que ceux soulevés par les comités de direction statutaires ou informels qui se sont, à l'époque, développés dans les SA. Il s'agit non seulement de la preuve et de l'opposabilité aux tiers de l'attribution des compétences, mais également de la responsabilité des membres de ces organes qui n'ont pas d'existence légale. La reconnaissance, par la loi, d'un conseil de direction et d'un conseil de surveillance dans les SRL résoudrait ces difficultés(116).

Cette consécration du régime de l'administration duale dans la SRL ne peut pas être réalisée par le biais d'une simple loi de réparation. Elle supposerait une réforme législative d'une certaine ampleur et l'ajout de nombreuses dispositions dans le régime de la SRL. Si elle se concrétise, cette reconnaissance légale constituerait un nouveau rapprochement entre le régime de la SRL et celui de la SA déjà constaté lors de l'adoption du CSA(117).

IV. CONCLUSION

32. Le vingtième anniversaire de la reconnaissance légale de l'ancien comité de direction en droit belge offre l'occasion de mettre en lumière la construction, étape par étape, du régime d'administration duale. Rien n'indique que cette entreprise serait terminée. Sans prétendre fournir des solutions toutes faites ou définitives, cette contribution se donnait pour objectif d'avancer quelques idées pour maintenir vivants les débats et quelques pistes pour améliorer, dans l'une ou l'autre direction, les systèmes de gouvernance des sociétés en Belgique. C'est une des missions de la doctrine, à laquelle notre estimé collègue et confrère a énormément contribué.

(116) H. CULOT, « Questions choisies sur la gouvernance de la SA et de la SRL », in É.-J. NAVEZ et D. WILLERMAIN (dir.), *La gouvernance des sociétés au 21^e siècle*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 124-125.

(117) X. DIEUX, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) – Une “anonymisation” silencieuse », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/9, p. 937.