N° 7136

L'ORGANISATION DE LA GESTION DES SOCIÉTÉS : L'EXEMPLE DU COMITÉ DE DIRECTION

1. — En conclusion de son remarquable ouvrage « Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé », notre collègue Pierre Van Ommeslaghe appelait de ses vœux le développement de règles normalisées relatives au fonctionnement de la société fondée sur « 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 ». Et de marquer sa préférence pour le système institué par la loi allemande tout en plaidant la prudence car « il ne faut point enserrer les sociétés dans un corselet de réglementations rigides qui les étoufferaient »(1).

Trente ans après, quand bien même la pratique s'est au niveau des plus grandes sociétés développée dans la voie préconisée par M. P. Van Ommeslaghe, le droit belge est demeuré sur ce plan largement inchangé ; bien plus, aucune réflexion d'ensemble sur l'organisation de la société et sur la place et les relations des différents organes sociétaires n'a été engagée au niveau du législateur. Les seules impulsions nouvelles sont le fait d'une part, de la Communauté européenne qui tente vainement depuis une vingtaine d'années de faire adopter une proposition de directive concernant « la structure des sociétés anonymes et les pouvoirs et obligations de leurs organes »(2) et d'autre part, de la Commission bancaire et financière relativement à la structure de l'administration des banques.

---

(1) Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé, préface par J. Van Ryn, Bruylant, 1960, p. 569.

(2) Une première proposition est publiée au JOCE n° C131 du 13 décembre 1972, p. 49 et une proposition modifiée au JOCE n° C240 du 9 septembre 1983, p. 2. Un nouveau texte provisoire a été établi à la suite des travaux du conseil des CE, voy. doc. 9128/89 du 16 octobree 1989.

2. — L'objet de la présente étude est double : dessiner les contours du comité de direction à la lumière de la pratique développée par les plus grandes sociétés en réservant un sort particulier aux banques. Les développements au plan de la Communauté européenne seront aussi évoqués. Il s'agira ensuite de se demander si une évolution législative apparaît souhaitable, voire nécessaire et quels pourraient en être les axes majeurs dans la perspective d'une organisation bicéphale de l'administration de la société. Il n'est toutefois pas inutile de rappeler au point de départ le statut du comité de direction en droit belge des sociétés.

Chapitre I. — le comite de direction en droit belge

3. — En dehors du cas particulier des banques(3), le comité de direction institué au sein de certaines sociétés n'a pas d'existence légale et encore moins la qualité d'organe. Il n'a dès lors aucune existence juridique vis-à-vis des tiers. À ce principe, il y a cependant une triple exception :

a) le comité de direction constitue l'organe de gestion journalière prévu par l'article 63 LCSC

La gestion journalière peut en effet être déléguée à des personnes, administrateurs ou non, agissant seules ou conjointement. En outre, « la clause par laquelle la gestion journalière est déléguée à une ou plusieurs personnes agissant seules soit conjointement est opposable aux tiers dans les conditions prévues par l'article 10 ».

Dans cette hypothèse, le comité de direction devient un organe légal. Dans la pratique cependant, le comité de direction reçoit souvent une délégation de pouvoirs qui excède la gestion journalière.

b) le comité de direction est créé dans le cadre d'une répartition des tâches au sein du conseil d'administration autorisée par l'article 54, al. 3 LCSC

Par rapport à la première formule, celle-ci présente deux caractéristiques. D'une part, il ne peut s'agir que d'un comité de direction constitué d'administrateurs et d'autre part, les compétences

(3) Voy. *infra* n° 17 et suiv.

d'un tel comité ont des effets purement internes qui ne peuvent être opposés à des tiers.

c) le comité de direction est constitué d'administrateurs qui se sont vu conférer conjointement la représentation générale de la société sur base et aux conditions de l'article 54, al. 4 LCSC

Cette formule est rare dans la pratique parce que le comité de direction a généralement des pouvoirs qui excèdent cette représentation de la société.

Dans les autres cas, le comité de direction s'il a un pouvoir de décision propre peut être analysé comme constituant le mandataire du conseil d'administration pour l'accomplissement d'actes déterminés. Sa création ne suppose pas dans ce cas une habilitation des statuts dans la mesure où la substitution est autorisée dès lors qu'elle n'est pas expressément ou implicitement prohibée par le mandat principal (4).

Dans la pratique, ce type de comité de direction se rencontre rarement car il suppose l'énumération des actes couverts par le mandat sans que celui-ci puisse consister en une délégation générale (5).

Les cours et tribunaux n'ont guère eu l'occasion de se prononcer sur le statut juridique du comité de direction. On relèvera cependant un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 21 juin 1988 qui tout en considérant que le comité de direction dont la création était autorisée par les statuts pouvait être « un instrument de gestion et de réflexion » a critiqué les conditions concrètes de sa constitution (6).

En l'espèce, le comité de direction avait été mis en place pour éviter le contrôle du conseil d'administration à la suite d'une décision non annoncée dans l'ordre du jour et grâce à la voix prépondérante du président du conseil d'administration. Au surplus, le comité de direction n'était pas le reflet de l'actionnariat tel que représenté dans le conseil d'administration et devait entraîner la réduction des pouvoirs des administrateurs délégués.

---

(4) Voy. L. Simont et P. Van Ommeslaghe, La notion de l'organe statuaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d'administration des sociétés anonymes, note sous cass., 17 mai 1962, *R.CJ.B.*, 1964, p. 87-88, n° 15.

(5) L. Simont et p. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, n° 16.

(6) *Revue*, 1989, p. 47 et suiv., voy. aussi l'ordonnance *a quo* (président du tribunal de commerce de Bruxelles, 17 mai 1988, *Revue*, 1988, p. 218).

Enfin, il avait des pouvoirs très étendus et pouvait notamment décider d'options stratégiques dans le cadre de la restructuration de la société.

Saisi d'une demande de suspension de la décision du conseil d'administration de créer un comité de direction et d'interdiction de toute réunion de ce comité, la Cour, suivant en cela le président du tribunal de commerce siégeant en référé, y a fait droit. En effet « *s'il n'appartient pas au juge, en référé ou au fond, d'apprécier quel type d'organisation est économiquement le plus opportun lorsque les organes de la société se sont prononcés, le juge peut intervenir lorsque ces organes prennent des décisions clairement déraisonnables et constitutives de détournement de leurs pouvoirs* ».

Chapitre II. — La pratique du comité de direction (7)

Section 1. *Raisons de la création d'un comité de direction*

4. — La mise en place d'un comité de direction répond à des motivations de différents ordres : l'accélération de la vie économique et financière qui implique des décisions rapides ; la technicité accrue des problèmes auxquels est confrontée la société ; le grand nombre et la dispersion des membres des conseils d'administration, ce qui en alourdit le fonctionnement et l'absence de professionnalisme en ce qui concerne la gestion de la plupart des administrateurs. Ces administrateurs siègent souvent au conseil en raison de leurs relations d'affaires, de leur notoriété, de la détention d'une participation importante..., leur présence se justifiant davantage par le contrôle qu'ils exercent que par leur apport direct à la gestion.

(7) Les développements consacrés à la pratique du comité de direction sont notamment fondés sur une enquête effectuée auprès d'une trentaine de grandes sociétés industrielles et commerciales. Des sociétés ainsi consultées, une seule a déclaré ne pas avoir de comité de direction. Le dépouillement des réponses reçues a été effectué avec la collaboration de M. Charles Van Oldeneel, licencié en droit de l'UCL.

Section 2. *Fondement juridique*

5. — Dans la toute grande majorité des sociétés, le comité de direction est constitué en vertu des statuts. Ceux-ci comportent dans la plupart des cas une clause très générale autorisant le conseil d'administration à créer un comité de direction, dont les membres sont choisis dans ou hors de son sein et dont il détermine la composition, les attributions et les rémunérations. Les statuts donnent parfois plus de précisions quant à la composition du comité — limitée par exemple aux seuls administrateurs — ou à ses pouvoirs — ceux-ci englobant par exemple uniquement les actes de gestion journalière.

Au surplus, le conseil d'administration arrête le plus souvent un règlement d'ordre intérieur, fixant notamment la composition du comité de direction, son fonctionnement (collégialité, quorum de présence, de vote…) et ses pouvoirs. Ce règlement est plus ou moins détaillé selon les sociétés.

Dans certaines sociétés, un comité de direction est créé même dans le silence des statuts, au départ de préoccupations de management interne. Cette dernière solution n'est pas recommandable car elle peut avoir une incidence quant à l'appréciation de la responsabilité des administrateurs(8). Les administrateurs sont dans ce cas entièrement responsables à l'égard de la société des actes du comité de direction.

Section 3. *Dénomination*

6. — La dénomination utilisée par les sociétés n'est pas uniforme. Si dans la plupart des sociétés, on parle de « comité de direction », certaines font usage de termes comme « comité de direction générale », « comité exécutif » ou « comité du conseil ». L'appellation est liée dans la plupart des cas au type de pouvoirs — pouvoir de décision ou seulement consultatif — reconnu à la structure en question.

Section 4. *Composition du comité de direction*

7. — Dans une large majorité de sociétés, le comité de direction est composé à la fois d'administrateurs et de cadres. Outre l'admi-

(8) L. Simont et P. Van Ommeslaghe, *op. cit*, p. 92 et 93, n° 18.

nistrateur délégué et dans certains cas le président, les membres issus du conseil d'administration représentent généralement les principaux actionnaires. Quant aux cadres, il s'agit toujours de cadres supérieurs comme des directeurs généraux et des directeurs responsables des principales branches d'activité de la société.

Dans certaines sociétés, le comité de direction est composé exclusivement d'administrateurs, par exemple des administrateurs chargés de la gestion journalière. Le comité constitue dans ce cas une véritable émanation du conseil d'administration.

Enfin, dans une minorité de cas, le comité de direction comprend uniquement des cadres auxquels s'ajoute toutefois l'administrateur délégué de la société qui préside les réunions.

Quelle que soit la composition du comité de direction, le nombre de ses membres est dans la plupart des cas, pour des raisons évidentes d'efficacité, peu élevé.

Section 5. *Désignation des membres*

8. — Les membres du comité de direction sont presque toujours désignés par le conseil d'administration. Dans une minorité de cas, cette désignation intervient sur proposition du président du comité de direction, lui-même étant directement désigné par le conseil d'administration.

Dans les cas où il n'y a pas d'intervention du conseil d'administration, la désignation se fait par l'administrateur délégué ou le directeur général, avec notification au conseil d'administration.

Section 6. *Présidence*

9. — Le président du comité de direction occupe dans la plupart des sociétés une position centrale.

Pour cette raison, il est presque toujours désigné par le conseil d'administration qui dispose de toute latitude pour ce faire. Dans certains cas — très rares — il statue sur présentation du comité de direction. Dans les cas où le président n'est pas directement désigné par le conseil d'administration, c'est le comité de direction qui procède lui-même à cette nomination ou c'est l'administrateur délégué qui de plein droit assume la présidence du comité de direction.

Dans certaines sociétés, la présidence du conseil d'administration et celle du comité de direction sont assumées par la même personne.

Les compétences du président du comité de direction comprennent celles qui sont inhérentes à toute présidence comme la tenue des réunions, la préparation de l'ordre du jour et la supervision de la rédaction des procès-verbaux. Pour le reste, elles sont extrêmement variées selon les sociétés. À titre d'exemples, on peut citer les fonctions particulières suivantes :

— la signature avec l'administrateur délégué des documents majeurs de l'entreprise ;
— le contrôle de l'exécution de la politique générale arrêtée par le conseil d'administration ;
— le contrôle de l'exécution des décisions prises par le comité de direction ;
— l'information du conseil d'administration de toute question essentielle à la gestion de la société ;
— la sauvegarde de la cohérence de la direction générale et la supervision des grands départements de la société ;
— la surveillance des filiales.

On notera que dans certains cas le président a une voix prépondérante en cas de partage.

Section 7. *Compétences*

10. — Dans la plupart des sociétés, le comité de direction se voit reconnaître des compétences de quatre espèces :

— la préparation des réunions du conseil d'administration (fixation de l'ordre du jour, information des administrateurs, propositions de résolutions…) ;
— l'exécution des décisions du conseil d'administration ;
— la définition de la stratégie générale de la société tant au niveau de la production et de la commercialisation que de la recherche et des investissements. Cette définition porte à la fois sur les objectifs à atteindre, sur les délais de réalisation et sur les moyens à mettre en œuvre ce qui comporte presque toujours la fixation de plans et de budgets.

— la gestion journalière de la société, en ce compris souvent la représentation de la société afférente à cette gestion journalière.

11. — Parmi les compétences plus spécifiques octroyées dans certaines sociétés au comité de direction, on relèvera à titre exemplatif :

— la coordination et le contrôle de la gestion opérationnelle ;

— la surveillance de la progression générale des affaires ;

— la prise de toutes mesures utiles en vue de l'obtention de bénéfices satisfaisants et de la conservation des actifs sociaux ;

— toute décision relative aux opérations financières importantes à court terme, à la gestion des fonds ainsi qu'aux opérations immobilières et d'apport en société non réservées au conseil d'administration ;

— l'autorisation des opérations importantes effectuées par les administrateurs chargés de la gestion journalière ;

— la répartition des compétences et des responsabilités entre les administrateurs chargés de la gestion journalière ;

— la nomination et la révocation aux postes de direction.

12. — Cette énumération indique à suffisance que les pouvoirs du comité de direction peuvent être très larges.

En effet, la définition de la stratégie générale de la société en fonction de l'ampleur concrète qu'on lui donne, peut relever selon l'article 54 des lois coordonnées sur les sociétés, du conseil d'administration dans la mesure où la réalisation de l'objet social lui incombe.

Dans ce cas, pour des raisons évidentes de sécurité juridique, les décisions du comité de direction sont soumises pour approbation formelle, en fait pour ratification, au conseil d'administration. Celui-ci devient dans cette hypothèse une « une chambre d'entérinement » et l'organe décisionnel central devient le comité de direction. À cet égard, la pratique révèle très peu de conflits de compétences entre le conseil d'administration et le comité de direction.

À l'autre extrême, on trouve le comité de direction qui est simplement une enceinte pour l'échange d'informations et d'opinions sans qu'y soient prises des décisions. Parfois, ces opinions

sont relayées vers le conseil d'administration qui apprécie souverainement l'opportunité de les prendre en compte. Dans ce cas, le rôle du comité de direction ne dépasse pas celui d'un simple organe consultatif.

Section 8. *Information du conseil d'administration*

13. — Dans la grande majorité des sociétés, le conseil d'administration n'est jamais informé de l'ordre du jour des réunions du comité de direction. Dans certains cas, le conseil d'administration, voire seulement son président, reçoit cette information occasionnellement. Ce n'est que dans une minorité de sociétés, que cette information est donnée systématiquement.

Quant aux décisions prises par le comité de direction, elles sont portées à la connaissance du conseil d'administration lorsqu'il doit les entériner notamment parce qu'elles se situent dans la sphère d'action réservée par la loi au conseil d'administration.

Dans les autres cas, ce n'est qu'occasionnellement que le conseil d'administration est informé, voire jamais lorsque le comité de direction ne prend pas de décision.

Dans la plupart des sociétés, il n'y a pas de séance commune du conseil d'administration et du comité de direction. On ne peut toutefois pas perdre de vue que dans de nombreuses sociétés, le conseil et le comité ont des membres communs.

De plus, l'absence de séances communes n'empêche pas les contacts entre les membres des deux organes.

Quant aux sociétés déclarant avoir des réunions communes, ce sont celles dont le comité est composé exclusivement d'administrateurs : dans ce cas, les réunions du conseil peuvent être considérées, par la force des choses, comme des séances communes du conseil et du comité.

Les membres du comité de direction ou certains d'entre eux sont entendus systématiquement par le conseil dans une minorité de cas ; en revanche, il est plus fréquent qu'ils le soient occasionnellement, par exemple lorsqu'il s'agit de présenter un projet ou un plan sur lequel le conseil d'administration doit se prononcer.

La question est bien entendu sans objet pour les sociétés où le comité est composé exclusivement d'administrateurs.

La situation se présente différemment lorsqu'il s'agit du président du comité de direction. Celui-ci est entendu par le conseil d'administration dans la toute grande majorité de cas. Ceci se vérifie surtout lorsque c'est la même personne qui préside les deux organes ou lorsque c'est l'administrateur délégué qui préside le comité.

Section 9. *Fonctionnement du comité de direction*

14. — Dans la majorité des cas, le comité de direction se réunit mensuellement. Dans les autres sociétés, le comité de direction se réunit tous les 8 ou les 15 jours. Dans un très petit nombre de sociétés, la réunion du comité de direction n'a lieu que trimestriellement.

Dans la plupart des cas, des réunions extraordinaires peuvent être organisées en cas de nécessité.

Il est rare qu'un vote intervienne au sein du comité de direction ; ses membres procèdent le plus souvent par consensus, le rôle du président consistant à promouvoir le rapprochement des points de vue. Le comité de direction ne fonctionne donc pas selon les règles de la collégialité. Les désaccords éventuels sont portés devant le conseil d'administration qui tranche en dernier ressort.

Section 10. *Rémunération des membres du comité de direction*

15. — Dans la moitié des sociétés interrogées, le mandat du membre du comité de direction est gratuit en ce sens qu'il ne fait pas l'objet d'une rémunération additionnelle par rapport à la rémunération normale perçue en tant qu'administrateur (tantièmes) ou en tant que cadre supérieur (traitement).

Pour le reste des sociétés, dans une grande majorité de cas, le mandat du comité de direction est rémunéré. Il s'agit tantôt d'une rémunération comprenant une partie fixe et une partie variable qui est fonction du résultat de l'entreprise tantôt d'une rémunération constituée d'une somme fixe.

Parfois, le président du comité de direction perçoit une rémunération plus importante que les autres membres et ce, en raison

des prestations spécifiques qu'il accomplit ainsi que des responsabilités plus importantes qu'il assume.

Dans les autres sociétés, on déclare appliquer un système mixte : gratuité du mandat pour les membres salariés de la société, et rémunération pour les membres administrateurs tantôt par des jetons de présence tantôt par une somme fixe.

Section 11. *Création d'autres comités*

16. — Dans certaines sociétés et surtout dans celles qui sont les sociétés faîtières d'un groupe, il existe d'autres comités que le comité de direction. Ces comités sont créés, sur base des statuts ou en dehors de ceux-ci, pour des raisons opérationnelles. Les uns ont un caractère purement consultatif et sont composés par exemple de personnalités belges et étrangères qui se réunissent périodiquement pour contribuer à la réflexion sur la stratégie du groupe. Les autres ont un pouvoir d'impulsion quant aux orientations essentielles du groupe et à la cohérence de ses objectifs au regard de ceux poursuivis par chacune des filiales. Ce type de comité comprend généralement des représentants des différentes sociétés qui font partie du groupe. Lorsque l'exercice des fonctions de ce comité est de nature à empiéter sur le pouvoir de décision des différents conseils d'administration des filiales, la question leur sera préalablement soumise pour décision et elle sera accompagnée d'un projet de résolution pour assurer la cohérence des votes à intervenir.

Chapitre III. — Le comité de direction dans les banques

Section 1. *Raisons de la création d'un comité de direction*

17. — La création d'un comité de direction au sein des banques répond, selon les auteurs du protocole sur l'autonomie de la fonction bancaire élaboré en 1974 et revu en 1992, à une double préoccupation.

D'une part il convient que « *ceux qui assument au niveau le plus élevé les responsabilités de gestion et qui s'y consacrent dans*

le cadre de fonctions de plein exercice, disposent des pouvoirs, nécessairement fort larges, qu'implique la gestion bancaire » et soient « *revêtus d'un statut créant les conditions nécessaires à une autonomie de jugement dans les décisions de gestion* ». La gestion de la banque doit être menée de manière tout à fait indépendante et objective, « *sous la seule impulsion des normes qui lui sont propres, qu'elles soient inhérentes à une gestion bancaire correcte, ou qu'elles procèdent d'instructions générales des autorités monétaires ou de contrôle* ». On veut éviter notamment que les décisions d'octroi de crédits ou l'activité en matière de valeurs mobilières soient influencées par les intérêts que pourraient avoir dans d'autres entreprises les actionnaires stables de la banque.

D'autre part, il faut que les décisions prises par le conseil d'administration soient « *animées du même souci de l'autonomie de la fonction bancaire* » et assurent « *la promotion de tous les intérêts liés à l'activité et à l'expansion de la banque* ». De ce fait, le conseil d'administration doit être composé de manière diversifiée et équilibrée et comprendre notamment les personnes chargées de la gestion.

L'objectif final cette dissociation de la fonction de gestion et d'administration est la protection de l'épargne qui doit encourir le moins de risques possibles.

Section 2. *Fondement juridique*

18. — Au départ, la Commission bancaire a signé le 1er février 1974 un « protocole » sur l'autonomie de la fonction bancaire avec les trois principales banques du pays. Par la suite, les autres établissements bancaires ont été invités à également adhérer à ce « protocole »(9). Celui-ci n'est pas intangible ; il peut faire l'objet d'aménagements bilatéraux par exemple quant à l'engagement d'un actionnaire qui tout en détenant une participation significative dans la banque n'entend pas lui donner un caractère

(9) Pratiquement toutes les banques constituées sous la forme de société anonyme de droit belge ont conclu un protocole avec la Commission bancaire et financière (voy. notamment Rapport 1985-1986, p. 23). Y échappent d'une part, les succursales des banques étrangères, parce qu'elles n'ont pas de personnalité juridique distincte et qu'il ne peut donc être question d'une réelle autonomie à l'égard du siège principal de la banque et d'autre part, les sociétés en commandite simple dans la mesure où les LCSC interdisent aux commanditaires d'accomplir des actes de gestion.

permanent et dès lors participer notamment à d'éventuelles augmentations de capital ultérieures. En effet, « *le "protocole" a été conçu en fonction de la situation des grands établissements bancaires et, tout en définissant un "modèle" pour les autres, il accepte l'hypothèse qu'il puisse être partiellement inadapté pour certains d'entre eux. Dans ce cas, il appelle donc des adaptations dont le contenu doit cependant respecter la philosophie générale qu'il exprime* »(10).

Le législateur est ensuite intervenu pour donner une base juridique incontestable à la dérogation consentie au profit du comité de direction par rapport au droit des sociétés et à l'intervention éventuelle de la Commission bancaire (L 30 juin 1975, art. 69)(11). On relèvera que les principes d'autonomie qui sont consacrés par le protocole ont aussi été étendus au secteur des caisses d'épargne privées(12). En outre, le système du protocole relatif à l'autonomie de la fonction bancaire a aussi inspiré le régime de l'administration des institutions publiques de crédit mis en place par la loi du 17 juin 1991 (art. 241).

« (Cette) *juxtaposition des protocoles individuels fondés sur un document-type réalise une normalisation des structures de gestion des banques, ainsi que des comportements de leur principaux actionnaires* »(13).

Le « protocole » a été revu de commun accord entre la Commission bancaire et financière et les banques en janvier 1992. Il opère un glissement au profit à la fois de la Commission bancaire et financière et des actionnaires dans les banques.

Section 3. *Composition du comité de direction*

19. — Le comité de direction est composé de personnes physiques qui forment un collège et qui font également partie du

(10) J. Lebrun, Les normes professionnelles dans l'action de la Commission bancaire dans Le droit des normes professionnelles et techniques, *CDVA*, Univ. Liège, 1985, p. 132.

(11) Les principes qui sont à la base du « protocole » bancaire ont également été réaffirmés par le gouvernement au cours des travaux préparatoires de la loi du 17 juillet 1985 transposant dans notre droit les premières mesures de coordination applicables aux établissements de crédit (Doc. Ch. 1981-1982, n° 277/3, p. 17-18).

(12) Voy. J. Le Brun, Le statut juridique des banques d'épargne dans Les banques d'épargne belges, *Lannoo*, 1986, p. 321, n° 27 et 323, n° 30. Voy. aussi Rapport 1985-1986, p. 23.

(13) J. Le Brun, *op. cit.*, p. 134.

conseil d'administration sans pouvoir y détenir la majorité. Les membres du comité de direction sont donc nécessairement des administrateurs. Ils exercent dans la banque des fonctions de plein exercice ; il s'agit de banquiers professionnels.

Soucieux d'éviter que les membres du comité de direction des banques puissent se trouver dans une situation délicate de conflits d'intérêts mettant en jeu leur indépendance, la Commission bancaire et financière veille aux incompatibilités à observer par ces dirigeants participant à la gestion courante dans le cadre de l'application de l'article 16 de l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935. Il s'agit surtout de prévenir ces conflits lorsque la société auprès de laquelle les dirigeants de banque exercent un mandat bénéficie de crédits auprès de leur banque. Aussi, la Commission bancaire et financière a confirmé sa position restrictive en matière de dérogations et seuls les mandats qui se situent dans le prolongement de la fonction bancaire, d'une part, et les mandants exercés en vue de la défense d'intérêts familiaux ou dans des sociétés dont l'objet est d'ordre purement social ou poursuivent de facto une activité non commerciale d'autre part, peuvent faire l'objet d'une dérogation(14).

Aux termes du « protocole » un engagement individuel de gérer la banque en toute autonomie et objectivité est demandé aux membres du comité de direction.

Si la Commission bancaire et financière considère que le « protocole » n'est pas respecté dans le chef des membres du comité de direction, il le leur fait savoir et établit une concertation avec eux pour remédier à la situation en question. Si cette concertation ne débouche sur aucun accord, la Commission bancaire et financière peut s'adresser à l'assemblée générale des actionnaires pour dénoncer le manquement à la lettre ou à l'esprit du protocole, voire rendre son avis public. Elle aura cependant à tenir compte des répercutions éventuelles que cet avis peut avoir sur la réputation d'une personne physique.

Section 4. *Désignation des membres*

20. — La nomination des membres du comité de direction appartient au conseil d'administration sur « avis conforme » de

(14) Rapport, 1983-1984, p. 29.

la Commission bancaire et financière. Des propositions sont soumises au président du conseil d'administration par le président du comité de direction après consultation de celui-ci.

En cas d'accord du président du conseil d'administration, il soumet ces propositions au conseil d'administration ; à défaut, il formule une proposition propre sur laquelle le comité de direction est consulté. Faute d'accord entre les deux présidents, les propositions de l'un et de l'autre sont soumises au conseil d'administration qui tranche.

La révocation ou le non-renouvellement des fonctions d'un membre du comité de direction suppose également une décision du conseil d'administration, laquelle ne peut être prise que sur avis du comité de direction et avis conforme de la Commission bancaire et financière.

Dans tous les cas où elle donne son avis, la Commission bancaire et financière doit vérifier « *si la décision proposée n'est pas de nature à porter préjudice à la gestion saine et prudente de la banque et à son autonomie* ». En outre, s'agissant d'une nomination, elle vérifie si les candidats proposés possèdent l'honorabilité professionnelle nécessaire et une expérience adéquate pour exercer la direction effective de la banque (Voy. à ce dernier égard, art. 2, § 1er de l'AR n° 185 du 9 juillet 1935 sur le contrôle des banques et le régime des émissions de titres et valeurs tel que modifié par l'art. 5 de la loi du 17 juillet 1985).

Section 5. *Présidence*

21. — Le président du comité de direction est également nommé par le conseil d'administration selon la même procédure que celle applicable aux membres du comité de direction. Alors que suivant le « protocole » de 1974, il ne pouvait être nommé que sur proposition du comité de direction, il peut à présent depuis la modification apportée au « protocole » en janvier 1992, également l'être sur proposition du président du conseil d'administration. En présence d'une double proposition, ce sera en définitive la Commission bancaire et financière qui aura souvent le dernier mot dans la mesure où elle doit donner son « avis conforme ».

Fréquemment, le président du comité de direction est une personne qui n'est pas issue du milieu bancaire.

Outre les fonctions incombant normalement à un président notamment en matière de tenue des réunions, il a, comme indiqué ci-avant, un rôle moteur au niveau de la composition du comité de direction et dans la désignation de son successeur ainsi qu'au niveau de la rémunération globale du comité de direction qui est fixée par le conseil d'administration après avis du président du comité de direction. Il ne dispose cependant pas de voix prépondérante en cas de partage ; il est donc davantage un « *primus inter pares* ».

Section 6. *Compétence*

22. — Fondamentalement, le comité de direction est investi du pouvoir de gestion des activités bancaires, en dehors de toute ingérence externe, dans le cadre de la politique générale tracée par le conseil d'administration. Le « protocole » précise que cette politique générale comprend la définition des grands axes de la stratégie de la banque, l'adoption des plans et budgets, les réformes importantes de structure et le définition des relations entre la banque et ses actionnaires.

Le comité de direction bénéficie ainsi d'une délégation de pouvoirs pour les actes de gestion au sens large à l'exception de la politique générale et des actes réservés par la loi à d'autres organes.

Plus concrètement, le comité de direction dispose :

— des pouvoirs de décision et de représentation de la banque dans ses relations avec le personnel, la clientèle, les autres banques en Belgique ou à l'étranger, l'environnement économique et social et les autorités. À ce titre, le comité de direction peut par exemple ouvrir un bureau de représentation de la banque dans un pays étranger, mais il ne pourrait pas racheter une autre banque ou y prendre une participation. En revanche, s'il s'agit d'une opération de placement dans une société à titre de revenus, elle entre normalement dans la compétence du comité de direction. De même, le comité de direction décide souverainement de l'octroi de crédits aux entreprises dans les limites tracées par le conseil d'administration qui pourrait par exemple vouloir exclure certains types de risques ;

— des pouvoirs de décision quant à la représentation de la banque auprès de ses filiales et auprès des sociétés dans le capital desquelles elle est intéressée. À ce titre, le comité de direction peut par exemple désigner celui de ses membres qui siégera au conseil d'administration de la société dans laquelle elle détient une participation ;

— du pouvoir de formuler à l'intention du conseil d'administration des propositions quant à la politique générale de la banque et de préparer les dossiers permettant au conseil d'administration d'assumer son rôle en la matière.

La Commission bancaire et financière doit être consultée au sujet de la définition concrète des pouvoirs délégués au comité de direction.

Section 7. *Information du conseil d'administration*

23. — Le comité de direction est tenu d'informer régulièrement le conseil d'administration de ses activités en vue de lui permettre d'exercer sa mission de surveillance de la gestion et de l'état des affaires de la banque.

D'une manière générale, le conseil d'administration, pour exercer ce contrôle, peut à tout moment demander au comité de direction ou au reviseur des rapports spéciaux sur toute question quelconque pouvant avoir une influence importante sur la vie sociale, se faire produire tout renseignement et document utile et faire procéder à toute vérification.

Pour renforcer sa surveillance, le conseil d'administration peut se faire assister d'un comité d'audit, composé d'administrateurs non membres du comité de direction et qui est créé soit sur des bases permanentes soit dans le cadre de l'examen d'un problème particulier. Il dispose des mêmes pouvoirs de contrôle et d'investigation que le conseil d'administration lui-même auquel il fait régulièrement rapport.

La Commission bancaire et financière doit être consultée préalablement à la création de ce comité d'audit pour ce qui a trait à la définition de ses fonctions.

Section 8. *Fonctionnement du comité de direction*

24. — La fréquence des réunions du comité de direction des banques est élevée : il se réunit normalement une à deux fois par semaine. Ses décisions les plus importantes sont communiquées au conseil d'administration. Cette information se trouve au demeurant facilitée par le fait que les membres du comité de direction siègent au conseil d'administration.

Si le comité de direction est un organe collégial, il n'en demeure pas moins qu'il y a, certainement dans les grandes banques, une répartition des tâches entre ses membres, chacun étant chargé d'un secteur de l'activité bancaire. Toutefois, la responsabilité collégiale ne s'en trouve pas entamée. On relèvera que c'est surtout le président du comité de direction qui veille à la coordination entre les différentes activités individuelles.

Dans la pratique, les décisions du comité de direction sont presque toujours prises par consensus.

Section 9. *Rémunération des membres du comité de direction*

25. — La rémunération du comité de direction est fixée par le conseil d'administration, après avis du président du comité de direction. Il s'agit d'un montant global dont la répartition entre les membres du comité de direction s'opère en fonction de critères faisant l'objet d'un règlement interne approuvé par le conseil d'administration.

Cette rémunération globale couvre toutes les fonctions exercées par les membres du comité de direction dans la banque et dans les sociétés dont elle détient une participation. Si cette rémunération comporte un élément variable, l'assiette ne peut englober des éléments ayant le caractère de charge d'exploitation.

Section 10. *Création d'autres comités*

26. — Lorsque le nombre de membres du conseil d'administration est élevé, l'exercice collégial de sa mission de surveillance à l'égard du comité de direction se heurte à des difficultés pratiques. Ceci a amené certaines banques à créer des comités spéciaux chargés pour le compte du conseil de l'examen de questions déterminées.

Cette pratique qui vise à faciliter la tâche du conseil d'administration a été encouragée par la Commission bancaire et financière. Toutefois, « *ce comité ne peut se transformer en un siège de pouvoir distinct auquel seraient confiées des attributions spécifiques soustraites au conseil d'administration ou au comité de direction ; la constitution d'un tel comité ne peut conduire, en effet, à rompre l'équilibre des pouvoirs de gestion prévu par le protocole pour résoudre le problème de l'autonomie* »(15). Ceci signifie notamment que le comité de direction reste seul compétent pour la gestion de la banque et que le comité constitué au sein du conseil ne peut dès lors lui imposer des décisions.

Lors de la révision du « protocole » en janvier 1992, cette pratique a été partiellement institutionnalisée dans la mesure où le nouveau texte prévoit la possibilité pour le conseil d'administration de créer en son sein un bureau pour préparer ses délibérations.

Toutefois, le « protocole » prend soin ici aussi de préciser que ce bureau n'est pas un organe distinct et « *ne peut constituer un siège de pouvoir distinct qui se substituerait au conseil d'administration ou au comité de direction* ». La Commission bancaire et financière doit être préalablement consultée sur la composition et le rôle de ce bureau.

Chapitre IV. — Le comité de direction dans la proposition de 5ème directive CEE

27. — La proposition modifiée de 5ème directive « *concernant la structure des sociétés anonymes et les pouvoirs et obligations de leurs organes* »(16) entérine l'impossibilité de dégager au niveau du Conseil des Ministres un accord pour introduire dans toutes les législations nationales une structure bicéphale de l'administration de la société anonyme qui soit fondée sur un organe de direction chargé de la gestion sociale et un organe de surveillance chargé du contrôle de l'organe de direction (Voy. le 8ème considérant : « … *l'introduction généralisée du système dualiste sur une base impérative est actuellement impraticable mais il est souhaitable que toutes les sociétés anonymes puissent y avoir accès sur une base facultative…* »).

(15) Rapport 1983-1984, p. 26 et 27.
(16) *J.O.C.E.*, n° C 240 du 9 septembre 1983.

Par ailleurs, le texte communautaire constate que même à l'intérieur du système moniste fondé sur un seul organe d'administration, « *une distinction de fait s'établit souvent entre membres gérants chargés de la gestion de la société et membres non gérants dont le rôle se limite à la surveillance* » (*ibidem*).

D'où son objectif d'opérer dans les deux systèmes une délimitation claire entre les personnes chargées respectivement d'une fonction de gestion et d'une fonction de contrôle. En effet « *l'introduction généralisée d'une telle distinction est de nature à faciliter les constitutions de sociétés anonymes par des associés ou des groupes d'associés d'États membres différents et par là, l'interpénétration des entreprises dans la Communauté* » (*ibidem*).

Le texte communautaire propose dès lors comme système de droit commun d'administration des sociétés, la structure dualiste. Toutefois, les États membres peuvent autoriser leurs sociétés à opter également pour un système moniste qui a été harmonisé en vue de le rendre plus proche du système dualiste (art. 2, par. 1). On notera toutefois que dans la dernière version du texte arrêté par le Conseil des ministres des CE, les deux systèmes seraient placés sur un pied d'égalité, les États membres pouvant prévoir un seul de ces systèmes ou bien les deux. Dans cette dernière hypothèse, ils pourraient autoriser les sociétés à opter pour l'un des deux systèmes.

28. — Les développements qui suivent sont consacrés au système moniste tel que prévu par la proposition de 5ème directive (art. 21 a) et suiv.) en vue de le situer par rapport à la pratique du comité de direction telle qu'elle s'est développée en Belgique(17).

Le texte communautaire opère une distinction entre les membres de l'organe d'administration selon qu'ils sont gérants ou non gérants c'est-à-dire entre les administrateurs actifs et passifs.

(17) Les commentaires portent sur la seule version de 1983 de la proposition modifiée de 5ème directive. On a déjà indiqué qu'un nouveau texte provisoire a été établi en 1989 ; toutefois dans la mesure où il n'a pas été officiellement approuvé, il n'y est pas fait référence.

Section 1. *Les membres non gérants de l'organe d'administration*

29. — Le nombre de membres non gérants doit être supérieur à celui des membres gérants et être divisible par trois (art. 21 a) par. 1). Ces membres non gérants sont nommés par l'assemblée générale des actionnaires, voire pour partie par les travailleurs lorsqu'il y a lieu à application d'un régime de participation correspondant (art. 21 d) et que cette participation n'a pas été rejetée par une majorité des travailleurs (art. 21 b) par. 2 *in fine*). Les membres non gérants du premier organe d'administration peuvent être désignés par les statuts (art. 21 b) par. 4). Ce doivent être des personnes physiques sauf lorsque la législation nationale applicable permet également de désigner des personnes morales ; dans ce cas, il faut toutefois que la personne morale désigne un représentant permanent qui est soumis aux mêmes conditions et obligations que s'il était personnellement membre de l'organe d'administration et ce, sans préjudice de la responsabilité de la personne morale qu'il représente (art. 21 k, par. 2).

Plusieurs dispositions visent à sauvegarder l'indépendance des membres non gérants : ils ne peuvent être en même temps membres gérants de l'organe d'administration (art. 21 l) ; leur rémunération est arrêtée par l'assemblée générale (art. 21 n) ; avant sa nomination, le membre non gérant doit signaler les activités, salariées ou non, qu'il exerce dans une autre entreprise pour son compte ou pour le compte d'autrui (art. 21 o) ; les conventions à laquelle la société est partie et dans lesquelles un membre non gérant a un intérêt, même indirect, doivent être autorisées, le membre en question ne pouvant prendre part ni à la délibération ni à la décision (art. 21 p).

Les membres non gérants de l'organe d'administration sont nommés pour une période déterminée qui est arrêtée dans les statuts ou dans la loi mais qui ne peut en tout cas pas excéder six ans. Ils sont rééligibles (art. 21 m, par. 1). Ils peuvent être révoqués *ad nutum* par les mêmes organes ou les mêmes personnes qui les ont nommés et selon les mêmes procédures (art. 21 t).

Section 2. *Les membres gérants de l'organe d'administration*

30. — Les membres gérants de l'organe d'administration dont le nombre est fixé par la loi ou par les statuts sont nommés par les membres non gérants statuant à la majorité (art. 21 a, par. 1b). Toutefois, les membres gérants du premier organe d'administration peuvent être désignés par les statuts (*ibidem*). Ceux-ci doivent nécessairement être des personnes physiques. Ici aussi plusieurs dispositions visent à assurer l'indépendance de ces membres gérants : ils ne peuvent être à la fois membres gérants et membres non gérants (art. 21 1) ; ils ne peuvent fixer leur propre rémunération, celle-ci l'étant soit par les membres non gérants soit par l'assemblée générale (art. 21 n) ; ils ne peuvent, en principe, pas exercer dans une autre entreprise une activité, salariée ou non, pour leur propre compte ou pour celui d'autrui (art. 21 o) ; lorsqu'un membre gérant a un intérêt même indirect à une convention à laquelle la société est partie, il faut l'autorisation des membres non gérants de l'organe d'administration (art. 21 p).

Dans les sociétés occupant des personnes dont le nombre excède celui arrêté par le législateur national et qui ne peut être fixé à plus de 1000, les membres gérants sont nommés pour une période déterminée n'excédant pas six ans (art. 21 m, par. 2). Dans les sociétés qui occupent un nombre de personnes se situant en-deçà du seuil légal susmentionné, la loi ou les statuts déterminent librement la durée du mandat des membres gérants. Ils sont rééligibles.

Leur révocation peut intervenir sur décision des membres non gérants statuant à la majorité (art. 21 t). Dans la mesure où le texte communautaire ne prévoit pas, contrairement aux membres non gérants, qu'ils peuvent être révoqués à tout moment il faut en déduire qu'ils ne peuvent l'être que pour des raisons déterminées.

Section 3. *Dispositions communes*

31. — Trois dispositions méritent d'être plus particulièrement relevées :

— la possibilité pour le législateur national de réserver à des personnes déterminées dans les statuts ou l'acte constitutif, la désignation d'un tiers au plus des membres gérants et

non gérants de l'organe d'administration (art. 21 c). Cette disposition s'inspire largement du droit néerlandais (18) ;

— tous les membres de l'organe d'administration, qu'ils soient gérants ou non gérants, ont les mêmes droits et obligations quand bien même il y a une répartition interne des attributions de cet organe entre ses membres (art. 21 q, par. 1) ;

— tous les membres de l'organe d'administration, quel que soit l'organe qui les a nommés, « *exercent leurs fonctions dans l'intérêt de la société, compte tenu des intérêts des actionnaires et des travailleurs* » (art. 21 q, par. 2).

Section 4. *Pouvoirs des membres non gérants*

32. — Les membres non gérants de l'organe d'administration sont chargés du contrôle de la gestion de la société par les membres gérants (art. 21 a), par. 1).

Pour exercer ce contrôle, les membres non gérants ont de larges pouvoirs d'information et d'investigation (art. 21, r).

Ils reçoivent des membres gérants au moins tous les mois un rapport écrit sur « *la marche des affaires de la société* », dans les cinq mois de la clôture de chaque exercice les projets de comptes annuels et de rapport de gestion et à leur demande un rapport spécial sur telle affaire particulière. En outre, chaque membre non gérant de l'organe d'administration peut prendre connaissance de tous les rapports, documents et renseignements donnés par les membres gérants à un membre non gérant, ce type d'information devant être donné si un tiers au moins des membres non gérants en fait la demande.

Par ailleurs, les membres non gérants ont le droit de procéder ou de faire procéder, par exemple à l'intervention d'un reviseur d'entreprise ou d'un expert-comptable, à toutes vérifications qui leur paraîtraient utiles.

33. — Une des caractéristiques essentielles du système dualiste mis au point par la Commission européenne est que l'autorisation du conseil de surveillance doit être sollicitée par l'organe

(18) Art. 243 et 133 BW. Voy. à ce propos, P. VAN SCHIFFGAARDE, Van de BV en de NV, 7e ed., 1988, p. 119.

de direction préalablement à un certain nombre de décisions qui engagent fondamentalement la société (art. 12).

Ce régime d'autorisation trouve également à s'appliquer dans le cadre du système moniste (art. 21 s).

L'accord des membres non gérants doit être sollicité par les membres gérants avant les opérations suivantes :

— la fermeture ou le déplacement de l'entreprise ou de parties « importantes » de l'entreprise ;

— des restrictions ou extensions « importantes » de l'activité de l'entreprise ;

— d'« importantes » modifications de l'organisation de l'entreprise ;

— l'établissement d'une coopération « durable » avec d'autres entreprises ou la cessation d'une telle coopération.

Cette liste est irréductible ; elle peut toutefois être complétée par la loi nationale ou par les statuts qui peuvent énumérer d'autres actes ou opérations soumis à autorisation préalable.

L'octroi de l'autorisation n'est pas fondée sur une appréciation seulement formelle de la part des membres non gérants par exemple quant à la légalité de l'acte ou le respect de la répartition des compétences entre membres gérants et membres non gérants. Il peut être lié à un jugement d'opportunité eu égard à l'intérêt social.

34. — Cette énumération appelle une triple observation.

On relèvera d'abord que les actes repris dans la liste de la proposition de directive le sont davantage en raison de leurs possibles conséquences sociales que d'impératifs liés à la gestion. Cette disposition doit être mise en relation avec la participation des travailleurs que la proposition de directive entend instaurer et qui lorsqu'ils sont représentés au sein de l'organe d'administration leur permet d'orienter les décisions à prendre. Il est à noter que l'Aktiengestz allemand dont le système bicéphale préconisé par le texte européen s'inspire directement ne contient pas une énumération d'actes à soumettre préalablement au conseil de surveillance (voy. § 111 Aktg.).

Par ailleurs, le système proposé par la Commission européenne constitue une dérive par rapport au système allemand dans la mesure où il met à mal la frontière entre les actes de gestion et les

actes de contrôle. Ce dernier dépasse dans la proposition modifiée de directive la simple surveillance ; il interfère pour partie dans la gestion dans la mesure où ceux qui sont chargés du contrôle doivent également donner des « autorisations » (voy. le titre de la section 7). En droit allemand, le conseil de surveillance, s'il peut faire part au comité de direction de ses objections et réserves à l'encontre d'une décision qu'il se propose de prendre, ne peut leur donner la forme ni d'instructions ni d'une guidance de la gestion sous peine de porter atteinte à la répartition irréductible des compétences entre les organes de la société(19). Un conflit entre organes de la société se résout par la révocation des membres du comité de direction par le conseil de surveillance (§ 84 Aktg.).

Le risque d'immixtion dans la gestion de la part des membres non gérants se trouve encore accru par la possibilité laissée au législateur national ou aux statuts d'allonger la liste des actes soumis à autorisation.

Enfin, la définition des actes à soumettre aux membres non gérants se fait par référence au critère soit de leur importance soit de leur caractère durable. Si cette approche peut se comprendre compte tenu de ce qu'un même acte ne revêt pas une même signification selon la taille ou l'activité de la société, il n'en demeure pas moins qu'elle est source d'insécurité juridique. L'approche retenue à cet égard par la proposition modifiée de règlement relatif à la société européenne (SE) du 16 mai 1991 apparaît plus satisfaisante(20). L'importance des actes est en effet définie par rapport à un critère financier lui-même déterminé en fonction d'un certain pourcentage — 5 % au minimum et 25 % au maximum — du capital ou chiffre d'affaires (art. 72). Ce pourcentage doit être arrêté dans les statuts.

Les opérations qui impliquent un tel agrément préalable sont :

— les projets d'investissements dont le volume est supérieur au pourcentage du capital souscrit de la SE arrêté dans les statuts ;

— la création, l'acquisition, l'aliénation ou la liquidation d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établisse-

(19) F. Kübler, Gesellschaftsrecht, 2è ed., 1986, § 15 point 4b, p. 196.

(20) *J.O.C.E.*, n° cC176 du 8 juillet 1991, p. 1 et suiv ; voy. à ce propos G. Keutgen, La société européenne, n° 27, à paraître dans les Actes du séminaire de la CDVA de septembre 1991 sur les « Évolutions récentes du droit des affaires ».

ments, lorsque le prix d'achat ou le produit de la vente est supérieur au pourcentage du capital souscrit de la SE fixé dans les statuts ;

— le recours au crédit ou l'octroi de crédits, l'émission d'obligations et la reprise ou le cautionnement d'engagements de tiers, lorsque l'opération globale est supérieure au pourcentage du capital souscrit de la SE fixé dans les statuts ;

— la passation de contrats de livraison et de prestation de services lorsque le chiffre d'affaires global qui y est prévu est supérieur au pourcentage fixé dans les statuts du chiffre d'affaires du dernier exercice.

Une double remarque peut être faite.

D'une part, il est incontestable que la nouvelle approche de la Commission sert la sécurité juridique car le renvoi à un critère financier précis élimine les contestations qui peuvent naître de la référence au seul caractère « important » de certaines opérations comme c'est le cas dans la proposition de 5ème directive.

D'autre part, la liste des actes soumis à autorisation est substantiellement amplifiée par rapport à la proposition de 5ème directive. En effet, alors que dans cette dernière seules des décisions de caractère structurel sont visées — fermetures, déplacements, coopération ... — s'y ajoutent à présent un certain nombre d'opérations financières et de contrats de fournitures ou de services.

35. — La société est liée par la décision des membres gérants de l'organe d'administration quand bien même il y a absence d'autorisation ou irrégularité de celle-ci dans la mesure par exemple où elle n'a pas été sollicitée préalablement à l'opération. Elle peut néanmoins se prévaloir vis-à-vis d'un tiers de la décision en question si elle prouve qu'il connaissait l'absence ou l'irrégularité de l'autorisation ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances (art. 21 s, par. 3).

Section 5. *Pouvoirs des membres gérants*

36. — Les membres gérants de l'organe d'administration sont chargés de la gestion de la société (art. 21 a), par. 1). Ils assument également la représentation de la société en ce qui concerne cette gestion sauf dans les actions en réparation du préjudice

causé à la société par les membres gérants eux-mêmes ou par les membres non gérants (voy. *infra* n° 39). Dans ce cas, la société est représentée par l'assemblée générale agissant le plus souvent à l'intervention d'un mandataire ou par un ou plusieurs actionnaires détenant une participation d'une certaine ampleur.

Ce pouvoir de gestion ne subit qu'une double restriction : d'une part, certains actes sont « codécidés » avec les membres non gérants (voy. *supra* n° 33 et 34) et d'autre part, certains actes relèvent de la seule compétence de l'assemblée générale comme l'affectation du résultat financier de l'exercice (art. 30).

Sous cette réserve, les membres gérants prennent toutes décisions quelconques en matière d'investissement, de recherche, de création de filiales ou succursales, de prises de participation, de politique commerciale ou sociale … À ce dernier égard, il convient de relever que lorsque l'organe d'administration comprend plusieurs membres gérants, les membres non gérants désignent le membre gérant qui est plus spécialement chargé des questions de personnel et des relations du travail (art. 21 a), par. 2).

Section 6. *Responsabilité (art. 21 u)*

37. — Les membres gérants et les membres non gérants de l'organe d'administration sont responsables du préjudice subi par la société en raison de violations de la loi ou des statuts ainsi que de toutes autres fautes commises dans l'accomplissement de leur fonction (art. 14, par. 1).

Il s'agit d'une responsabilité civile particulièrement large car elle englobe également les fautes de gestion ; elle ne constitue qu'une règle minimale en ce sens qu'elle peut être complétée par le législateur national qui pourrait y adjoindre par exemple une responsabilité pénale correspondante.

Cette responsabilité prévue par la directive pèse solidairement et indéfiniment soit sur les membres gérants soit sur les membres non gérants de l'organe d'administration. Toutefois, ceux-ci peuvent s'en décharger s'ils démontrent qu'aucune faute ne leur est personnellement imputable (art. 14, par. 2).

38. — Cette responsabilité trouve à s'appliquer même s'il y a entre les membres gérants ou les membres non gérants une répartition des attributions et même si les membres gérants ont reçu

pour un acte déterminé l'autorisation des membres non gérants de l'organe d'administration (art. 14, par. 3 et 4).

Elle ne se trouve pas davantage éludée lorsque l'assemblée générale a donné le quitus, un ordre ou une autorisation (art. 14, par. 5).

39. — La responsabilité civile des membres gérants et non gérants est mise en œuvre soit sur une décision de l'assemblée générale qui ne peut être tenue de statuer à une majorité supérieure à la majorité absolue des voix exprimées par les actionnaires présents ou représentés, soit par un ou de plusieurs actionnaires détenant plus de 5 % du capital souscrit ou des actions pour un montant que les États membres ne peuvent fixer à plus de 100.000 unités de compte (art. 15 et 16).

Dans les deux cas, il s'agit d'obtenir la réparation du dommage causé à la société qui, en cas de succès de l'action, recueillera dans son patrimoine le montant de la condamnation. Cette action en réparation doit être introduite dans un délai à fixer par le législateur national qui ne peut être inférieur à trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation (art. 21).

La proposition de directive règle aussi les conditions dans lesquelles la société peut renoncer à son droit d'exercer l'action sociale en responsabilité (voy. art. 18).

Chapitre V. — perspectives

40. — La mise en exergue par la loi du 6 mars 1973 du rôle vedette du conseil d'administration n'a pas empêché qu'en pratique un comité de direction soit mis en place, surtout dans les sociétés de grande dimension. Cette pratique répond prioritairement à des raisons d'efficience au niveau de la gestion. Elle se développe fréquemment en marge de la loi dans la mesure où les pouvoirs reconnus au comité de direction excèdent la délégation de la gestion journalière et la représentation générale de la société. Il en résulte que les décisions du comité de direction doivent dans cette mesure être ratifiées par le conseil d'administration. Cette situation peut être source d'insécurité juridique.

Le projet de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales du 29 novembre 1979 (Doc. Ch. 387 (1979-1980)

n° 1) reconnaît que « *le fonctionnement efficace de la société anonyme ne pourrait être assuré si l'on s'en tenait aux prescriptions légales* » ; c'est pourquoi « *le projet s'efforce de mettre le droit nouveau de la société anonyme en concordance avec la pratique* (du comité de direction), *telle qu'elle s'est instituée sous la pression d'une véritable nécessité* » (p. 29).

41. — L'instauration d'un comité de direction répond non seulement à des motivations liées à la gestion mais aussi à la préoccupation d'une organisation plus efficace du contrôle de cette gestion et par là même, à une répartition plus rationnelle des responsabilités respectives.

Il est inutile de rappeler que l'assemblée des actionnaires n'est pas à même d'exercer une surveillance permanente de la gestion et que celle-ci ne peut l'être que par un organe restreint se réunissant périodiquement et composé de personnes qualifiées.

D'où, la dissociation entre les membres actifs et passifs du conseil d'administration, les premiers formant le comité de direction et les seconds un comité de surveillance. Cette dissociation n'est pas absolue dans la pratique actuelle, pas plus qu'elle ne l'est dans la situation créée par le « protocole » sur l'autonomie de la fonction bancaire. La législation du comité de direction devrait dans un souci évident de clarté au niveau de la définition des responsabilités respectives comporter l'interdiction pour ses membres de faire également partie du conseil de surveillance. Cette dissociation ne devrait néanmoins pas constituer un obstacle aux nécessaires dialogues entre « les gestionnaires » et « les contrôleurs » par exemple dans le cadre de réunions communes.

42. — L'administration de la société anonyme selon une structure bicéphale ne répond pas nécessairement aux besoins de toutes les sociétés notamment de celles de dimension plus réduite où la gestion est assumée directement par les principaux actionnaires et où les autres actionnaires ont des possibilités permanentes de contrôle. Dans ce cas, une telle structure peut être un facteur de lourdeur et de complexité.

Les préoccupations de ce type de sociétés peuvent être rencontrées de deux manières. La première inspirée du droit français (art. 118 de la loi du 24 juillet 1966) est de permettre aux sociétés de choisir une structure de gestion appropriée à leurs configuration et caractéristiques propres ; cette structure peut

être le conseil d'administration classique ou le comité de direction et le conseil de surveillance. Cette approche répond le plus adéquatement à une exigence de souplesse, le choix du mode de gestion étant abandonné aux opérateurs économiques, le législateur se bornant à énoncer les garanties dont doivent bénéficier les tiers. La seconde voie est empruntée au droit allemand (§ 76 et suiv. Aktg.) et consiste à imposer une structure bicéphale dans toutes les sociétés anonymes et à réserver cette forme juridique aux grandes sociétés, les plus petites sociétés anonymes étant conduites à adopter une autre forme juridique. Elle se retrouve également dans le projet belge de réforme du droit des sociétés (Voy. à ce propos, les commentaires p. 27 et 28 de l'exposé des motifs du projet n° 387).

43. — La répartition des compétences entre le comité de direction et l'organe de surveillance par l'attribution à ce dernier du pouvoir d'autorisation d'un certain nombre d'actes ne peut pas conduire à brouiller la démarcation entre la gestion et le contrôle comme c'est le cas dans la proposition de 5ème directive des CE. Le pouvoir d'autorisation préalable du conseil de surveillance ne devrait dès lors porter que sur des actes ou des décisions qui engagent la politique générale de la société. Compte tenu de la configuration spécifique que le concept peut prendre selon les sociétés, il apparaît préférable de laisser le soin de sa concrétisation aux statuts.

Toutefois, il appartient au législateur d'énoncer à l'instar du projet belge de réforme (art. 101) une limite absolue à savoir que le conseil de surveillance ne peut intervenir dans la gestion des affaires sociales. Le seul cas où il se substitue au comité de direction est l'hypothèse d'un litige entre ce dernier ou un de ses membres et de la société.

Les conflits entre le conseil de surveillance et le comité de direction doivent en règle générale se résoudre par la révocation en tout ou en partie de ce dernier.

44. — Chacun des organes doit voir la possibilité d'épuiser, sous sa responsabilité propre, ses compétences.

Au plan du conseil de surveillance, cela suppose qu'il soit régulièrement informé des décisions de gestion qui ont été prises et de celles qui sont envisagées. Dans un même ordre d'idées, le conseil de surveillance doit pouvoir demander au comité de direc-

tion des éclaircissements, voire un rapport sur l'une ou l'autre opération particulière. Simultanément, il doit pouvoir procéder à tous les contrôles et investigations qu'il jugerait nécessaires dans l'exercice de ses compétences en se faisant le cas échéant assister par un expert. S'agissant d'un organe collégial, ces investigations doivent normalement être conduites par le conseil de surveillance dans sa totalité ou à tout le moins, il faut que celui-ci en reçoive le résultat.

L'exigence de souplesse dont il a déjà été question plaide pour des prescriptions légales se bornant à énoncer le principe de l'information du conseil de surveillance par le comité de direction et de ses droits d'investigation, délaissant aux statuts le soin de les préciser plus avant.

45. — Si le comité de direction est, dans une structure bicéphale, nommé par le conseil de surveillance, ce dernier doit normalement l'être par l'assemblée générale des actionnaires sauf à s'engager dans un système de cooptation analogue à celui du droit néerlandais (art. 143, Boek II Rechtspersonen, BW) lequel est cependant éloigné de nos traditions juridiques.

La révocation doit être le fait de l'organe de nomination à cette réserve près que la stabilité de la gestion suppose pour que les membres du comité de direction ne puissent pas être révoqués *ad nutum*. On rappellera à cet égard que le projet belge de réforme du droit des sociétés n'autorise la révocation que pour des motifs graves si les membres du comité de direction sont nommés pour une durée déterminée et que moyennant un préavis, sauf motifs graves, s'ils sont nommés pour une durée indéterminée.

46. — Le niveau de protection des tiers doit être identique quel que soit le mode de gestion retenu par la société. Elle résulte, selon la technique de 1ère directive d'harmonisation du droit des sociétés, de ce que la société est liée par les actes de ses organes même si ceux-ci ne relèvent pas de l'objet social de cette société et ce, quelles que soient les limitations apportées aux organes de la société par les statuts, sauf pour la société à prouver que le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social ou ne pouvait l'ignorer.

Ensuite, la protection des tiers résulte de techniques juridiques particulières comme le contrôle de la situation financière et des comptes par des experts indépendants et la possibilité d'obtenir des renseignements sur la gestion.

La protection des tiers est enfin liée au régime de responsabilité mis en place et dont la proposition de 5ème directive trace les lignes directrices.

47. — Ainsi organisé, le mode de gestion des entreprises constitue un facteur de compétitivité. Depuis plusieurs décennies(21), de nombreux milieux réclament une distinction entre la gestion et son contrôle et par là même, un comblement du fossé entre le droit et le fait. Toutes les tentatives entreprises à cet égard ont jusqu'à présent échoué. La Communauté européenne n'engrange pas plus de succès essentiellement parce que la problématique de la structure de la société anonyme est liée par certains pays à celle de l'instauration d'un système de participation des travailleurs. À la veille du grand marché unique qui entraînera un accroissement de la compétition entre les sociétés, le législateur se doit de leur donner les instruments juridiques d'une gestion adaptée à un contexte économique et financier en constante mutation et à une technicité croissante des options à prendre pour développer une stratégie entrepreneuriale cohérente. Ces espoirs seront-ils une nouvelle fois mal placés et la pratique devra-t-elle pallier la carence du législateur avec tous les risques d'insécurité et de déviation ? Tel n'est assurément pas le vœu du juriste.

Guy Keutgen (*)

(21) Voy. par exemple la proposition de la loi déposée à la Chambre par un groupe de parlementaires libéraux, MM. W. Janssens, M. Devère, A. Van Gableke, R. Lefèbvre, Ch. E. Janssen (2e s. ext. 1936, *Doc. Parl.*, Ch., n° 114)

(*) *Professeur à l'Université catholique de Louvain.* Actuellement : *Professeur extraordinaire émérite de l'Université catholique de Louvain, Président Honoraire du CEPANI.*