

Dormir sur ses deux oreilles ou se les faire tirer : surveillance, vigilance & *compliance*

Yves De Cordt⁽¹⁾

1. En 2022, ont été adoptées la “*Corporate Sustainability Reporting Directive*” et la proposition de “*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*”. À l’évidence, de plus en plus de sociétés sont concernées, dans le cadre de leur développement et de leur performance durables, par des devoirs de surveillance et de vigilance quant au respect des réglementations en vigueur, avec une attention particulière à l’égard du droit de l’environnement, du droit social, des droits de l’homme, des normes de gouvernance et de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

De longue date, en droit des sociétés, la conformité, la confiance et la sérénité reposent sur un subtil équilibre entre implication et indépendance d’acteurs internes et externes. Plus récemment, la régulation économique connaît l’avènement de la *compliance*, qui est fondée sur l’instauration de dispositifs destinés à prévenir des violations et sur l’intervention d’instances chargées de détecter les risques et de dénoncer les infractions. En définitive, qu’une société soit ou non cotée, la gestion optimale de biens mis en commun requiert une gouvernance efficiente, une structure hiérarchique robuste, un contrôle interne clairvoyant et un audit externe régulier.

2. Dans le cadre de la *loi du 18 mai 1873* sur les sociétés commerciales, dont nous fêterons cette année les 150 ans, chaque administrateur devait affecter un certain nombre d’actions de la société à la garantie de sa gestion (art. 47, 48 et 49) et la surveillance de la société était confiée à des commissaires, associés ou non, qui exerçaient un contrôle sur les opérations (art. 54 à 58). Les choses ont évidemment évolué de manière significative...

3. La loi du 21 février 1985 a confié au *réviseur d’entreprises*, soumis à une supervision publique, une mission de contrôle et de certification des comptes, qui relève de l’intérêt général. Grâce à l’indépendance avec laquelle ils se prononcent sur l’exactitude des chiffres et des informations, en ce compris les rapports de durabilité, comme reflets fidèles des situations, les réviseurs sont les partenaires de confiance des entreprises, auxquelles ils offrent la stabilité et la tranquillité d’esprit dans un contexte d’incertitude et d’inquiétude.

L’indépendance du *commissaire* permet de garantir la qualité des informations diffusées, la pertinence de la transparence et la protection des tiers en cas de difficultés. Les règles d’indépendance sont stipulées, d’une part, sous l’angle de la déontologie (lois du 22 juillet 1953 et du 7 décembre 2016), et, d’autre part, par les articles 3:58 et suivants CSA (nomination, démission, révocation et rotation; fonctions incompatibles, services “*non-audit*”, règle “*one-to-one*”, délais de viduité et honoraires...).

Au-delà de son contrôle et de son opinion sur les documents et comptes sociaux, le commissaire se voit attribuer une mission de vigilance : s’il constate, dans l’exercice de sa mission, des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l’activité, il doit en informer l’organe d’administration et si, dans un délai d’un mois, il n’a pas été informé des mesures susceptibles d’assurer la continuité, il peut communiquer ses constatations au président du tribunal de l’entreprise (art. 3:69 CSA).

4. Une figure importante, apparue plus récemment dans les sociétés cotées, est l’*administrateur indépendant*, auquel est consacrée la thèse d’Alice

* Prise de position de l’auteur.

1. Professeur à l’UCLouvain, avocat.

Hannouille (UCLouvain). En vertu de l'art. 7:87 CSA, dont la formulation est pour le moins tautologique, est indépendant l'administrateur qui n'entretient, avec la société ou un actionnaire important, aucune relation susceptible d'altérer cette qualité. Au-delà de la vérification, selon le principe "*comply or explain*", des critères fonctionnels, financiers, commerciaux et personnels du Code belge de gouvernance d'entreprise, l'administrateur indépendant se distingue par sa force de caractère et de conviction, sa sérénité et son impartialité au regard de l'intérêt de la société.

Au sein même du conseil d'administration, l'administrateur indépendant contribue à la vigilance et à la confiance, notamment en étant membre du comité d'avis sur les transactions avec les parties liées⁽²⁾ (art. 7:97), du comité d'audit (art. 7:99) et du comité de rémunération (art. 7:100). Dans les sociétés ayant opté pour une structure duale (art. 7:104 et s.), le conseil de surveillance, dont font partie les administrateurs indépendants, définit la politique générale et la stratégie et il surveille sa mise en œuvre par le conseil de direction, qui lui fait périodiquement rapport et lui fournit les informations nécessaires (entre autres, rapport annuel sur la stratégie, les risques et les systèmes de gestion et de contrôle).

5. Notre droit économique connaît, depuis plusieurs années, de profondes mutations liées à la "*révolution culturelle*" que constitue la "*compliance*". On assiste simultanément à un mouvement d'internalisation de mécanismes régulateurs et à une adaptation du rôle des organes de contrôle, qui aident les entreprises à se conformer avant de sanctionner leurs violations.

Pour surveiller le respect des règles, singulièrement dans le secteur financier, se mettent en place, au cœur de l'entreprise, de véritables "*lignes de défense*", qui contribuent à identifier, évaluer et prévenir le risque de *compliance*, à savoir la menace de sanctions occasionnant, outre un préjudice financier, une perte de réputation et de crédibilité⁽³⁾.

Contrairement au révisorat, la "*compliance*", organisée de manière adéquate et permanente, constitue une fonction indépendante, au regard des activités opéra-

tionnelles, tout en étant située *au sein même de l'entreprise*. Pour s'acquitter de ses missions de manière efficace et indépendante, la fonction doit disposer de l'autorité suffisante, des moyens nécessaires et du libre accès aux collaborateurs et aux informations. En outre, un directeur - *compliance officer* certifié, désigné pour en assumer la responsabilité - et ses collaborateurs sont préservés de tout conflit d'intérêts entre la responsabilité de *compliance* et d'autres charges (notamment, grâce à une rémunération indépendante des résultats des activités surveillées).

Au sein des établissements de crédit et des entreprises d'assurances, le *compliance officer*, qui veille au respect des règles d'intégrité et de conduite⁽⁴⁾, a réussi un examen ardu attestant ses connaissances et est agréé par l'autorité de contrôle⁽⁵⁾. Il est placé assez haut dans la hiérarchie pour pouvoir rapporter directement aux membres de la direction et remettre en cause les décisions d'autres services ("*procédure d'escalade*"). S'il est déchargé de sa mission, la direction doit notifier rapidement sa décision motivée au conseil d'administration ainsi que, selon le cas, à la BNB ou à la FSMA.

6. Un dernier protagoniste de la vigilance, sur lequel porte la thèse d'Elliot Cobbaut (UCLouvain), peut être évoqué : le *lanceur d'alerte*, qui, sur la base des informations dont il dispose, dénonce des infractions ou des fraudes commises par une entité juridique⁽⁶⁾. Transposant enfin la directive européenne du 23 octobre 2019, la loi du 28 novembre 2022 instaure, en faveur de ces vigiles potentiels, tous secteurs confondus, une protection contre d'éventuelles représailles (licenciements et autres), avec des sanctions pénales à la clé⁽⁷⁾.

Les alertes peuvent être lancées de manière *interne* (via une adresse électronique ou une application, avec un gestionnaire censé répondre dans les trois mois), *externe* (signalement auprès des autorités compétentes, médiateurs fédéraux ou autres) ou *publique* (via la presse, si aucune suite n'a été donnée à un signalement externe, si on peut raisonnablement craindre un danger imminent ou manifeste pour l'intérêt public ou si, vu les circonstances, la probabilité de remédier à la violation est faible).

2. Le comité de trois administrateurs indépendants évalue la transaction, au regard de la stratégie, et il indique si elle porte préjudice à la société, le cas échéant avec compensation à terme par certains avantages, ou si elle est manifestement abusive.

3. La *compliance* comporte d'autres tâches que le contrôle : conseiller la direction; établir un plan d'action et des rapports réguliers de ses activités; assurer le suivi et l'interprétation des normes.

4. Exemples : règles relatives aux abus de marché; règles de conduite MiFID; législation sur le respect de la vie privée; lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

5. Voy., entre autres, la Circulaire FSMA_2012_21 du 4 décembre 2012.

6. Les signalements peuvent, notamment, concerner la protection de l'environnement, des consommateurs et des données ainsi que la fraude sociale et fiscale.

7. Sont protégés, les travailleurs, ex-employés, bénévoles, stagiaires, actionnaires et les membres des organes d'administration ainsi que toute personne travaillant sous la direction de contractants, de sous-traitants ou de fournisseurs.