

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 35.096/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de l'Economie, le 18 mars 2003, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un projet d'arrêté royal "en exécution de l'article 133, alinéa 10, du Code des sociétés visant la création du comité d'avis et de contrôle de l'indépendance du commissaire", a donné le 21 mars 2003 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 35.096/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 18 maart 2003 door de Minister van Economie verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot uitvoering van het artikel 133, lid 10, van het Wetboek van vennootschappen en tot oprichting van het advies en controlecomité op de onafhankelijkheid van de commissaris", heeft op 21 maart 2003 het volgende advies gegeven :

Suivant l'article 84, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, inséré par la loi du 4 août 1996, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

"L'urgence est motivée par les considérations suivantes.

La détermination des prestations qui mettent en cause l'indépendance du commissaire doit être faite le plus rapidement possible en vue d'assurer la sécurité juridique sur l'exercice indépendant de la fonction de commissaire.

Cet arrêté doit également être publié immédiatement afin de pouvoir faire entrer en vigueur les articles 4 et 5 de la loi précitée du 2 août 2002, conformément à l'article 55 de la même loi.

La crédibilité du commissaire est d'un intérêt vital pour notre économie, car elle affecte la confiance des investisseurs. Tout retard inutile peut donc être fort nuisible. Par ailleurs, le présent arrêté doit être publié au plus vite, car les commissaires doivent pouvoir en étudier l'impact avant qu'il entre en vigueur.

Une publication rapide de la liste des prestations interdites est le seul moyen pour obtenir la clarté voulue pour le commissaire qui, outre son mandat légal de contrôle des comptes annuels, souhaite exécuter d'autres prestations dans la même entreprise ou dans le même groupe."

*

* *

Le Conseil d'Etat, section de législation, se limite, conformément à l'article 84, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, à examiner le fondement juridique, la compétence de l'auteur de l'acte ainsi que l'accomplissement des formalités prescrites.

*

* *

Compte tenu du très bref délai qui lui est imparti et du nombre d'affaires qui lui sont soumises en urgence, le Conseil d'Etat se borne aux observations qui suivent.

.../...

Fondement juridique

Observation générale

Le projet d'arrêté, qui trouve son seul fondement légal dans l'article 133, alinéa 10, du Code des sociétés, tel qu'inséré par l'article 4 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, doit entrer en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge. Il convient, en conséquence, que l'article 133, alinéa 10, précité, entre, lui aussi, en vigueur à cette date. L'article 10 du projet doit être complété en ce sens et il convient de tenir compte de cette modification dans l'article 4 du projet d'arrêté royal "relatif aux prestations qui mettent en cause l'indépendance du commissaire", sur lequel le Conseil d'Etat a également donné un avis ce jour (35.095/2).

Préambule

1. A l'alinéa 1^{er}, il y a lieu de viser l'article 133, alinéa 10, du Code des sociétés, et non l'article 4 de la loi du 2 août 2002, précitée.

2. Il n'y a pas lieu de viser des arrêtés qui ne sont ni modifiés ni abrogés par le projet. En effet, par définition, un arrêté royal ne peut constituer le fondement légal d'un autre arrêté royal.

Les alinéas 2 et 3 doivent, dès lors, être omis.

3. L'avis du 4 octobre 2002 du Conseil supérieur des Professions économiques n'étant pas obligatoire ne doit pas être mentionné.

.../...

Dispositif

Article 1^{er}

1. L'alinéa 1^{er}, ne faisant que paraphraser une partie de l'article 133, alinéa 10, première phrase, du Code des sociétés, doit être omis.

2. L'article 133, alinéa 10, du Code des sociétés dispose notamment que :

"Le comité est composé de membres indépendants de la profession de réviseur d'entreprises et nommés par le Roi sur proposition du ministre de l'Economie et du ministre de la Justice pour une période renouvelable de cinq ans. L'article 458 du Code pénal s'applique aux membres du comité. Le Roi détermine la composition, l'organisation, le fonctionnement et le mode de financement de ce comité ainsi que l'indemnité de ses membres."

Dès lors, il ne peut être admis que le comité comprenne des personnes - les observateurs - non prévues par l'article 133, alinéa 10, précité, qui ne sont pas soumises au secret professionnel, et qui sont présentées par l'Institut des réviseurs d'entreprises ou le Conseil supérieur des professions économiques.

Tout au plus, ces personnes pourraient-elles être invitées au titre d'experts, avec cette conséquence qu'elles ne participent ni au délibéré ni au vote.

Les alinéas 6 à 8 doivent, dès lors, être omis.

Articles 1^{er} et 2

L'alinéa 2 de l'article 1^{er} et l'alinéa 1^{er} de l'article 2 doivent être omis.

En effet, l'article 133, alinéa 10, du Code des sociétés dispose déjà que les membres du comité sont nommés par le Roi, sur proposition du Ministre de l'Economie et du Ministre de la Justice, pour une période renouvelable de cinq ans.

.../...

Un arrêté royal ne peut ni paraphraser ni, a fortiori, modifier une disposition légale. Or, le projet modifie l'article 133, alinéa 10, du Code des sociétés en ce qu'il ne prévoit pas de présentation par le Ministre de l'Economie et le Ministre de la Justice pour les simples membres du comité et que, pour le président et le vice-président, cette présentation se fait de manière "respective", ce qui implique que le président est présenté par le Ministre de l'Economie et le vice-président par le Ministre de la Justice.

Article 2

Le rapport au Roi gagnerait à préciser la sanction qui s'attache au dépassement des délais imposés par la disposition du projet.

Article 5

Dès lors que, selon la représentante du ministre, le personnel scientifique sera engagé sous contrat, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas la raison de la référence faite à un "statut".

Article 6

L'article 133, alinéa 10, du Code des sociétés dispose notamment que :

"L'article 458 du Code pénal s'applique aux membres du comité."

Il est, dès lors, inutile de préciser que les membres du Comité "ne peuvent divulguer les faits dont ils auraient pris connaissance en raison de leurs fonctions".

Article 9

Dans le bref délai qui lui a été imparti, le Conseil d'Etat n'a pas eu la possibilité d'approfondir la question de savoir si l'article 133, alinéa 10, du Code des sociétés constitue, compte tenu notamment des travaux préparatoires de la loi du 2 août 2002, précitée, une base légale suffisante pour prévoir la rétribution envisagée par le projet ⁽¹⁾.

Observation finale

Il convient de prévoir une possibilité d'audition du commissaire concerné devant le Comité avant que celui-ci ne donne son avis ou ne prenne sa décision.

⁽¹⁾ Comme l'a rappelé le Conseil d'Etat dans un avis 28.839/3, donné le 11 février 1999, sur un avant-projet de loi devenu la loi du 13 mai 1999 portant des dispositions diverses "Santé publique" :

"(...) l'établissement d'un impôt requiert, selon l'article 170 de la Constitution, l'intervention directe du législateur compétent, non seulement pour imposer l'assujettissement proprement dit, mais également pour en déterminer les principaux éléments. Le législateur compétent doit établir le principe de l'impôt, en déterminer l'assiette et en régler la perception. Cette compétence du législateur ne peut être transférée au pouvoir exécutif, du moins pas en ce qui concerne ses éléments fondamentaux : l'assiette et le taux de l'impôt. Par contre, l'article 173 de la Constitution requiert uniquement l'intervention indirecte du législateur compétent pour l'établissement de redevances. Lorsque ce législateur détermine dans quels cas une redevance est due, il peut charger le pouvoir exécutif d'en fixer l'assiette. Il est généralement admis qu'il ne peut être question de redevance que lorsque la perception apparaît comme la rémunération pécuniaire d'un service fourni par l'autorité en faveur du redevable, considéré individuellement. Il doit donc y avoir une rémunération de frais et ces frais doivent résulter d'un service fourni à titre individuel au redevable dans son intérêt et non dans l'intérêt de la communauté. En outre, il doit exister un rapport raisonnable entre, d'une part, la valeur du service fourni et, d'autre part, la redevance demandée : à défaut de pareil rapport, la redevance perdrait son caractère rémunératoire et deviendrait de nature fiscale. C'est plus, particulièrement, ce caractère rémunératoire et la condition de l'existence d'un rapport raisonnable entre le service accompli et la redevance demandée qui justifient que la fixation du montant de la redevance soit dévolue au pouvoir exécutif."

Volgens artikel 84, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996, moeten in de adviesaanvraag in het bijzonder de redenen worden aangegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval luidt de motivering in de brief met de adviesaanvraag als volgt :

"L'urgence est motivée par les considérations suivantes.

La détermination des prestations qui mettent en cause l'indépendance du commissaire doit être faite le plus rapidement possible en vue d'assurer la sécurité juridique sur l'exercice indépendant de la fonction de commissaire.

Cet arrêté doit également être publié immédiatement afin de pouvoir faire entrer en vigueur les articles 4 et 5 de la loi précitée du 2 août 2002, conformément à l'article 55 de la même loi.

La crédibilité du commissaire est d'un intérêt vital pour notre économie, car elle affecte la confiance des investisseurs. Tout retard inutile peut donc être fort nuisible. Par ailleurs, le présent arrêté doit être publié au plus vite, car les commissaires doivent pouvoir en étudier l'impact avant qu'il entre en vigueur.

Une publication rapide de la liste des prestations interdites est le seul moyen pour obtenir la clarté voulue pour le commissaire qui, outre son mandat légal de contrôle des comptes annuels, souhaite exécuter d'autres prestations dans la même entreprise ou dans le même groupe."

*

* *

Overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State beperkt de afdeling Wetgeving van de Raad van State zich tot het onderzoek van de rechtsgrond, van de bevoegdheid van de steller van de handeling, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*

* *

Gelet op de zeer korte termijn die de Raad van State is toegemeten en op het grote aantal zaken dat hem met verzoek om spoedbehandeling is voorgelegd, beperkt hij zich tot het maken van de volgende opmerkingen.

Rechtsgrond

Algemene opmerking

Het ontwerpbesluit, dat zijn rechtsgrond uitsluitend ontleent aan artikel 133, tiende lid, van het Wetboek van vennootschappen, ingevoegd bij artikel 4 van de wet van 2 augustus 2002 houdende wijziging van het Wetboek van vennootschappen alsook van de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen, moet in werking treden op de dag waarop het in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt. Bijgevolg moet ook het voornoemde artikel 133, tiende lid, op die datum in werking treden. Artikel 10 van het ontwerp moet in die zin worden aangevuld en met die wijziging moet rekening worden gehouden in artikel 4 van het ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de prestaties die de onafhankelijkheid van de commissaris in het gedrang brengen", waarover de Raad van State heden eveneens een advies heeft uitgebracht (35.095/2).

Aanhef

1. In het eerste lid moet worden verwezen naar artikel 133, tiende lid, van het Wetboek van vennootschappen, doch niet naar artikel 4 van de voornoemde wet van 2 augustus 2002.

2. Er hoeft niet te worden verwezen naar besluiten die niet door het ontwerp worden gewijzigd of opgeheven. Een koninklijk besluit kan immers per definitie niet de rechtsgrond vormen van een ander koninklijk besluit.

Het tweede en het derde lid moeten bijgevolg vervallen.

3. Het advies d.d. 4 oktober 2002 van de Hoge Raad voor de Economische Beroepen is niet verplicht en moet dus vervallen.

Dispositief

Artikel 1

1. Het eerste lid is slechts een parafrase van een gedeelte van artikel 133, tiende lid, eerste zin, van het Wetboek van vennootschappen, zodat het moet vervallen.

2. Artikel 133, tiende lid, van het Wetboek van vennootschappen bepaalt onder meer :

"Het comité is samengesteld uit leden die niet behoren tot het beroep van bedrijfsrevisor en worden benoemd door de Koning op voordracht van de minister van Economie en de minister van Justitie voor een hernieuwbare periode van vijf jaar. Artikel 458 van het Strafwetboek is van toepassing op de leden van het comité. De Koning bepaalt de nadere regels inzake de samenstelling, de organisatie, de werking en de wijze van financiering van dit comité, alsook de vergoeding van zijn leden".

Bijgevolg is het onaanvaardbaar dat het comité bestaat uit personen - de waarnemers - die niet worden genoemd in het voornoemde artikel 133, tiende lid, die niet onderworpen zijn aan het beroepsgeheim en die worden voorgedragen door het Instituut der Bedrijfsrevisoren of door de Hoge Raad voor de Economische Beroepen.

Hooguit kunnen die personen uitgenodigd worden als deskundige, met het gevolg dat ze niet aan de beraadslaging of aan de stemming deelnemen.

Het zesde tot het achtste lid moet bijgevolg vervallen.

Artikelen 1 en 2

Artikel 1, tweede lid, en artikel 2, eerste lid, moeten vervallen.

Artikel 133, tiende lid, van het Wetboek van vennootschappen bepaalt immers al dat de leden van het comité door de Koning worden benoemd, op de voordracht van de Minister van Economie en van de Minister van Justitie, voor een hernieuwbare periode van vijf jaar.

Een koninklijk besluit mag een wetsbepaling niet parafraseren, noch - a fortiori - wijzigen. Het ontwerp wijzigt echter artikel 133, tiende lid, van het Wetboek van vennootschappen, doordat het niet voorziet in de voordracht, door de Minister van Economie en van de Minister van Justitie, van de gewone leden van het comité en doordat de voordracht van de voorzitter en de ondervoorzitter "respectievelijk" geschiedt, wat inhoudt dat de voorzitter voorgedragen wordt door de Minister van Economie, en de ondervoorzitter door de Minister van Justitie.

Artikel 2

Het verdient aanbeveling in het verslag aan de Koning te preciseren welke sanctie gesteld wordt op het overschrijden van de termijnen voorgeschreven bij de bepaling van het ontwerp.

Artikel 5

Volgens de gemachtigde van de minister wordt het wetenschappelijk personeel bij arbeidsovereenkomst aangeworven; de Raad van State ziet derhalve niet in waarom verwezen wordt naar een "statuut".

Artikel 6

Artikel 133, tiende lid, van het Wetboek van vennootschappen bepaalt onder meer :

"Artikel 458 van het Strafwetboek is van toepassing op de leden van het comité."

Het is derhalve onnodig te preciseren dat de leden van het comité "geen feiten mogen bekendmaken waarvan ze kennis zouden hebben uit hoofde van hun functie."

.../...

Artikel 9

De Raad van State heeft binnen de korte termijn die hem is toegemeten niet nader kunnen onderzoeken of, onder meer rekening houdend met de parlementaire voorbereiding van de voornoemde wet van 2 augustus 2002, artikel 133, tiende lid, van het Wetboek van vennootschappen een genoegzame rechtsgrond vormt om te voorzien in de bij het ontwerp voorgestelde vergoeding ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ De Raad van State heeft in een advies 28.839/3, op 11 februari 1999 verstrekt over een voorontwerp van wet dat de wet van 13 mei 1999 houdende diverse bepalingen "Volksgezondheid" is geworden, aan het volgende herinnerd :
"Voor het invoeren van een belasting is immers, volgens artikel 170 van de Grondwet, de rechtstreekse bemoeiing van de bevoegde wetgever vereist, niet alleen voor het opleggen van de belastingplicht zelf, doch ook voor het bepalen van de hoofdbestanddelen ervan. De bevoegde wetgever moet het beginsel van de belasting vaststellen, de grondslag ervan bepalen en de heffing ervan regelen. Die bevoegdheid van de wetgever kan niet aan de uitvoerende macht worden overgedragen, tenminste niet wat de hoofdbestanddelen ervan betreft : de grondslag en het tarief van de belasting. Daarentegen vereist artikel 173 van de Grondwet slechts de onrechtstreekse bemoeiing van de bevoegde wetgever voor het invoeren van retributies. Wanneer die wetgever bepaalt in welke gevallen een retributie verschuldigd is, kan hij aan de uitvoerende macht opdragen er de grondslag van vast te stellen.
Algemeen wordt aangenomen dat van een retributie enkel sprake kan zijn, als de heffing verschijnt als de geldelijke vergoeding van een dienst die de overheid presteert ten voordele van de heffingsplichtige individueel beschouwd. Er moet dus een vergoeding van kosten zijn en die kosten moeten veroorzaakt zijn door een dienst die aan de individuele heffingsplichtige in zijn belang wordt verleend, en niet in het belang van de gemeenschap. Bovendien moet er een redelijke verhouding bestaan tussen, enerzijds, de waarde van de bewezen dienst en, anderzijds, de gevorderde retributie : bij gemis van een zodanige verhouding zou de retributie haar vergoedend karakter verliezen en van fiscale aard worden. Het is meer bepaald dat vergoedend karakter en het vereiste van de redelijke verhouding tussen de gepresteerde dienst en de gevorderde retributie, die verantwoorden dat het vaststellen van het bedrag van de retributie aan de uitvoerende macht wordt opgedragen".

Slotopmerking

Er moet worden voorzien in de mogelijkheid dat de betrokken commissaris gehoord wordt vóór het comité, voordat het een advies verstrekt of een beslissing neemt.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

Y. KREINS,

président de chambre,
kamervoorzitter,

Mesdames
Mevrouwen

J. JAUMOTTE,
M. BAGUET,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

B. VIGNERON,

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée par M. M. JOASSART, référendaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door de H. A. LEFEBVRE, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld door de H. M. JOASSART, adjunct-referendaris.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. J. JAUMOTTE.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. JAUMOTTE.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS