GG

ROYAUME DE BELGIQUE

– – – – – – – – – –

AVIS 45.028/2/V
DU 26 AOÛT 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

– – – – – – – – – – – –

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Finances, le 28 juillet 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "instituant notamment un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières", a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

1. L'avant-projet tend, pour l'essentiel, à prescrire la création d'un comité d'audit au sein de plusieurs catégories d'entreprises et de sociétés. Plusieurs dispositions prévoient notamment qu'au moins un membre de ce comité est un membre indépendant de l'organe légal d'administration.

La détermination des critères de cette indépendance n'est pas réglée de manière uniforme par les dispositions en projet.

Certaines de ses dispositions se limitent à prévoir que le rapport annuel de l'organe d'administration expose "les critères utilisés pour déterminer l'indépendance des administrateurs indépendants", sans énoncer le contenu matériel de ces critères.

Tel est le cas de :

- l'article 20, § 2, en projet, de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit (article 3 de l'avant-projet);

- l'article 14*ter*, en projet, de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances (article 5 de l'avant-projet);

- l'article 62, § 2, alinéa 3, en projet, de la loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement (article 6 de l'avant-projet);

- l'article 153, § 1er, alinéa 4, en projet, de la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement (article 8 de l'avant-projet);

- les articles 96, 9/, et 119, 6/, en projet, du Code des sociétés (article 10 de l'avant-projet).

En revanche, d'autres dispositions énoncent de manière détaillée des critères matériels de cette indépendance, et ce par le renvoi à l'article 526*ter* ou à l'article 913*ter*, en projet, du Code des sociétés (articles 17 et 21 de l'avant-projet).

Tel est le cas :

- des articles 526*bis*, § 2, et 913*bis*, alinéa 1er, en projet, du Code des sociétés (articles 16 et 20 de l'avant-projet);

- de l'article 21, § 1er, deuxième phrase, en projet, de la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque nationale de Belgique (article 23, alinéa 1er, de l'avant-projet);

- de l'article 25, alinéa 3, de l'avant-projet.

Les articles 524, § 4, alinéa 2, et 917, § 4, alinéas 2 et 3, en projet, du Code des sociétés (articles 14 et 22) procèdent de la même manière pour la détermination des critères de l'indépendance des membres des comités prévus, respectivement, par les articles 524, § 2, alinéa 1er, et 917, § 2, alinéa 1er, du même Code.

L'avant-projet doit être revu afin de fixer de manière uniforme, sauf justification pertinente, les critères de l'indépendance au sens des dispositions précitées. Sous réserve de ce qui est exposé dans les observations nos 2 et 4, il peut être recommandé de généraliser le renvoi à l'article 526*ter*, en projet, du Code des sociétés auquel procèdent plusieurs dispositions en projet.

2.1. L'avant-projet a pour objet de transposer partiellement la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil (ci-après : la directive).

L'article 41, paragraphe 3, de la directive dispose comme suit :

"La proposition de l'organe d'administration ou de l'organe de surveillance d'une entité d'intérêt public relative à la nomination du contrôleur légal des comptes ou du cabinet d'audit est fondée sur une recommandation du comité d'audit.".

Le texte en projet à l'article 18, destiné à compléter l'article 533 du Code des sociétés [1], ne renvoie à aucune autre disposition du même Code subordonnant, dans les sociétés cotées, la proposition de nomination visée à la recommandation du comité d'audit.

Le délégué du ministre a convenu que les dispositions en projet à l'article 13 sont à cet égard inappropriées, dès lors qu'elles concernent, comme l'article 156 du Code des sociétés qu'elles tendent à modifier, non le cas particulier des sociétés cotées, mais celui des sociétés où doit être institué un conseil d'entreprise. *A fortiori*, ces dispositions ne concernent pas non plus, en tant que telles, les autres "entités d'intérêt public" soumises à l'application de la directive, ni les entreprises d'investissement et sociétés de gestion visées au chapitre III et IV de l'avant-projet.

Celui-ci sera donc revu pour assurer une transposition correcte de la disposition précitée de la directive 2006/43/CE.

2.2. Dans la mesure où l'article 21*bis*, 2, de la loi du 22 février 1998, précitée, en projet à l'article 24, paraît également se référer aux dispositions en projet à l'article 13, il y aurait également lieu de déterminer s'il ne doit pas être revu en conséquence. En tout état de cause, le commentaire de l'article 24 dans l'exposé des motifs sera complété par les explications utiles quant aux dispositions réglant la nomination du réviseur d'entreprises, dont la loi du 22 février 1998, précitée, ne fait actuellement pas état.

---

(1) L'article 533 du Code des sociétés dispose :
"En outre, pour les sociétés cotées, la proposition du comité d'audit relative à la nomination d'un commissaire ou du réviseur d'entreprises chargé du contrôle des comptes consolidés est mentionnée dans l'ordre du jour. Il en va de même lors du renouvellement de cette nomination."

3. À l'article 135, § 2, alinéa 1er, en projet (article 12 de l'avant-projet), il serait opportun, dans un souci de clarté, de faire suivre la mention du Conseil supérieur des professions économiques de la référence à l'article 54 de la loi du 22 avril 1999 relative aux professions comptables et fiscales, qui le crée.

4. L'article 917 du Code des sociétés figure dans une section exclusivement consacrée au "système dualiste".

L'alinéa 1er, en projet, à l'article 22 n'y a dès lors pas sa place, puisqu'il concerne "une société européenne à structure moniste".

5. Il n'y a pas lieu de faire figurer la formule de promulgation écrite à la fin de l'avant-projet. Elle sera omise.

La chambre était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	P. LEWALLE, P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
	J. KIRKPATRICK,	assesseur de la section de législation,
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. J.-L. PAQUET, premier auditeur.

LE GREFFIER, LE PREMIER PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE R. ANDERSEN

GG

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 45.028/2/V
VAN 26 AUGUSTUS 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede vakantiekamer, op 28 juli 2008 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet inzonderheid "tot oprichting van een auditcomité in de genoteerde vennootschappen en de financiële ondernemingen", heeft het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1. Het voorontwerp heeft hoofdzakelijk tot doel de oprichting van een auditcomité voor te schrijven in verscheidene categorieën ondernemingen en vennootschappen. Meerdere bepalingen schrijven inzonderheid voor dat ten minste één lid van dat comité een onafhankelijk lid van het wettelijk bestuursorgaan moet zijn.

Het bepalen van de maatstaven voor die onafhankelijkheid wordt niet eenvormig geregeld door de ontworpen bepalingen.

Sommige bepalingen ervan gaan niet verder dan te stipuleren dat in het jaarverslag van het bestuursorgaan wordt aangegeven "welke criteria zijn gehanteerd om de onafhankelijkheid van de onafhankelijke bestuurders te bepalen", zonder de materiële inhoud van die criteria aan te geven.

Dat is het geval met :

- het ontworpen artikel 20, § 2, van de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen (artikel 3 van het voorontwerp);

- het ontworpen artikel 14*ter* van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen (artikel 5 van het voorontwerp);

- het ontworpen artikel 62, § 2, derde lid, van de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen (artikel 6 van het voorontwerp);

- het ontworpen artikel 153, § 1, vierde lid, van de wet van 20 juli 2004 betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles (artikel 8 van het voorontwerp);

- de ontworpen artikelen 96, 9/, en 119, 6/, van het Wetboek van Vennootschappen (artikel 10 van het voorontwerp).

Daarentegen worden in andere bepalingen voor die onafhankelijkheid omstandig materiële maatstaven aangelegd, namelijk door verwijzing naar de ontworpen artikelen 526*ter* of 913*ter* van het Wetboek van Vennootschappen (artikelen 17 en 21 van het voorontwerp).

Dat is het geval met :

- de ontworpen artikelen 526*bis*, § 2, en 913*bis*, eerste lid, van het Wetboek van Vennootschappen (artikelen 16 en 20 van het voorontwerp):

- het ontworpen artikel 21, § 1, tweede zin, van de wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België (artikel 23, eerste lid, van het voorontwerp);

- artikel 25, derde lid, van het voorontwerp.

De ontworpen artikelen 524, § 4, tweede lid, en 917, § 4, tweede en derde lid, van het Wetboek van Vennootschappen (artikelen 14 en 22) gaan op dezelfde manier te werk om de maatstaven voor onafhankelijkheid te bepalen van de leden van de comités die onderscheidenlijk worden voorgeschreven door de artikelen 524, § 2, eerste lid, en 917, § 2, eerste lid, van hetzelfde Wetboek.

Het voorontwerp behoeft herziening zodat, afdoende rechtvaardiging niet te na gesproken, de maatstaven voor onafhankelijkheid in de zin van de voornoemde bepalingen, eenvormig worden bepaald. Onder voorbehoud van wat in de opmerkingen 2 en 4 uiteen wordt gezet, verdient het aanbeveling te werken met een veralgemeende verwijzing naar het ontworpen artikel 526*ter* van het Wetboek van Vennootschappen, hetgeen de aanpak is in verschillende ontworpen bepalingen.

2.1. Het voorontwerp heeft als opzet de gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2006 betreffende de wettelijke controles van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen, tot wijziging van de richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad en houdende intrekking van richtlijn 84/253/EEG van de Raad (hierna te noemen : de richtlijn).

Artikel 41, lid 3, van de richtlijn luidt aldus :

> "Het voorstel van het leidinggevende of toezichthoudende orgaan in een organisatie van openbaar belang inzake de benoeming van een wettelijke auditor of auditkantoor moet gebaseerd zijn op een aanbeveling van het auditcomité.".

De in artikel 18 ontworpen tekst, die dient ter aanvulling van artikel 533 van het Wetboek van Vennootschappen [2], naar geen enkele andere bepaling van hetzelfde Wetboek verwijst die in genoteerde vennootschappen voor het genoemde benoemingsvoorstel aanbeveling van het auditcomité voorschrijft.

De gemachtigde van de minister heeft toegegeven dat de in artikel 13 ontworpen bepalingen in dat opzicht ontoereikend zijn daar ze, evenals artikel 156 van het Wetboek van Vennootschappen tot wijziging waarvan ze dienen, niet het bijzondere geval van genoteerde vennootschappen betreffen, doch dat van vennootschappen waar een ondernemingsraad moet worden ingesteld. *A fortiori* betreffen die bepalingen ook niet als zodanig de overige "organisaties van openbaar belang" waarop de richtlijn toepassing vindt, noch de beleggingsondernemingen en de beheervennootschappen genoemd in de hoofdstukken III en IV van het voorontwerp.

Het voorontwerp moet dus worden herzien met het oog op een correcte omzetting van de voormelde bepaling van richtlijn 2006/43/EG.

---

(2) Artikel 533 van het Wetboek van Vennootschappen bepaalt :
"Bij de genoteerde vennootschappen wordt tevens het voorstel van het auditcomité over de benoeming van een commissaris of van de bedrijfsrevisor belast met de controle van de geconsolideerde jaarrekening geagendeerd. Hetzelfde geldt bij de hernieuwing van deze benoeming."

2.2. Doordat het in artikel 24 ontworpen artikel 21*bis*, 2, van de voornoemde wet van 22 februari 1998 eveneens blijkt aan te sluiten bij de bepalingen ontworpen in artikel 13, zou ook uitgemaakt moeten worden of het niet dienovereenkomstig behoeft te worden herzien. Hoe dan ook, de commentaar op artikel 24 in de memorie van toelichting moet worden aangevuld met dienstige uitleg op het stuk van de bepalingen tot regeling van de benoeming van een bedrijfsrevisor, waar momenteel in de voornoemde wet van 22 februari 1998 niet van wordt gewaagd.

3. In het ontworpen artikel 135, § 2, eerste lid, (artikel 12 van het voorontwerp) zou het duidelijkheidshalve geraden zijn om de vermelding van de Hoge Raad voor de Economische Beroepen gevolgd te laten worden door een verwijzing naar artikel 54 van de wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen, dat die raad opricht.

4. Artikel 917 van het Wetboek van Vennootschappen staat in een afdeling die uitsluitend over het "dualistisch stelsel" gaat.

Het in artikel 22 ontworpen eerste lid hoort er dus niet thuis want het gaat over een "Europese vennootschap met een monistische structuur".

5. Er is geen reden voor een afkondigingsformulier aan het einde van het voorontwerp. Dat formulier moet vervallen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	R. ANDERSEN,	eerste voorzitter van de Raad van State,
	P. LEWALLE, P. VANDERNOOT,	staatsraden,
	J. KIRKPATRICK,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A.-C. VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J.-L. PAQUET, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. VANDERNOOT.

DE GRIFFIER, DE EERSTE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE R. ANDERSEN