



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 65.872/2
du 24 avril 2019

advies 65.872/2
van 24 april 2019

sur

over

un projet d'arrêté royal 'portant
désignation du Code de
gouvernement d'entreprise à
respecter par les sociétés
cotées'

een ontwerp van koninklijk
besluit 'houdende aanduiding
van de na te leven Code inzake
deugdelijk bestuur door
genoteerde vennootschappen'

Le 4 avril 2019, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Justice, chargé de la Régie des bâtiments à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'portant désignation du Code de gouvernement d'entreprise à respecter par les sociétés cotées'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 24 avril 2019. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc DETROUX et Patrick RONVAUX, conseillers d'État, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été rédigé par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section. Henri CULOT, appelé en qualité d'expert sur la base de l'article 82 des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, a également présenté un rapport.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre VANDERNOOT.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 24 avril 2019.

*

Op 4 april 2019 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie, belast met de Regie der gebouwen verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'houdende aanduiding van de na te leven Code inzake deigdelijk [sic] bestuur door genoteerde vennootschappen'.

Het ontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 24 april 2019. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Luc DETROUX en Patrick RONVAUX, staatsraden, Béatrice DRAPIER, griffier.

Het verslag is opgesteld door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd. Henri CULOT, die als expert opgeroepen is op grond van artikel 82 van de wetten 'op de Raad van State', gecoördineerde op 12 januari 1973, heeft eveneens verslag uitgebracht.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre VANDERNOOT.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 24 april 2019.

*

RECEVABILITÉ

Selon l'alinéa 1^{er} de son préambule, le projet se donne pour fondement légal l'article 3:6, § 2, du Code des sociétés et des associations, dont l'alinéa 4 est rédigé comme suit :

« Le Roi peut, par un arrêté délibéré en Conseil des ministres, désigner un code de gouvernement d'entreprise qui s'appliquera obligatoirement, de la manière prévue à l'alinéa 1^{er}, 1^o ».

L'habilitation facultative au Roi que contient cette disposition ne porte pas sur le pouvoir d'« arrêter » le code en question mais seulement sur celui de « désigner » un code élaboré par un organisme tiers.

Conformément à cette disposition, l'arrêté en projet se limite à désigner un code de gouvernance d'entreprise, qui y est annexé.

L'article 3 des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, exclut de son champ d'application les projets d'arrêtés qui ne sont pas de nature réglementaire. Pour déterminer le caractère réglementaire ou non d'un projet au sens de cette disposition, il y a lieu de s'attacher à la portée de l'intervention de l'autorité dont les projets sont soumis à la section de législation dans le processus d'élaboration de la norme, et non aux effets produits par la norme en question.

Dès lors que l'arrêté soumis à la section de législation porte désignation d'un acte qui n'est pas l'œuvre de cette autorité elle-même, qui n'en a rien retranché et ni y a rien ajouté, il est lui-même dépourvu de tout caractère réglementaire au sens de l'article 3 précité ¹.

Le Conseil d'État n'est donc pas compétent pour examiner le projet.

Le fait que l'habilitation conférée au Roi par l'article 7:87, § 1^{er}, alinéa 2, du Code des sociétés et des associations ², non évoqué dans le préambule, à désigner un code de gouvernance d'entreprise est conçue d'une manière qui, cette fois, n'est pas facultative mais obligatoire et qu'elle comprend l'obligation de « veiller[r] à ce que ce code contienne une liste de critères adéquats » d'indépendance d'administrateurs ne conduit pas le Conseil d'État à une autre conclusion quant à sa compétence dès lors que cette disposition prévoit également que le Roi « désigne » ce code et non pas qu'il l'« arrête ».

¹ La jurisprudence est constante en ce sens, s'agissant par exemple des mécanismes analogues d'approbation par le Roi d'actes élaborés par des organismes tiers (voir notamment l'arrêt n° 144.528, 18 mai 2005, Nagiel et Vermuyten).

² L'article 7:87, § 1^{er}, alinéa 2, du Code des sociétés et des associations est rédigé comme suit :
« Afin de vérifier si un candidat administrateur répond à cette condition, il est fait application des critères prévus dans le code belge de gouvernance d'entreprise que le Roi désigne conformément à l'article 3:6, § 2, alinéa 4. Le Roi veille à ce que ce code contienne une liste de critères adéquats. Un candidat administrateur qui remplit ces critères est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être indépendant ».

Le processus d'élaboration du dispositif normatif relatif aux critères d'indépendance des administrateurs dont il est question ci-dessus, tel qu'il résulte de l'article 7:87, § 1^{er}, alinéa 2, du Code des sociétés et des associations, a pour effet d'exclure la compétence de la section de législation pour vérifier le respect par le Roi de Son obligation de « veille[r] à ce que ce Code [de gouvernance d'entreprise] contienne une liste de critères adéquats » permettant de présumer l'indépendance d'administrateurs.

En conclusion, la demande d'avis est irrecevable.

*

ONTVANKELIJKHEID

Volgens het eerste lid van de aanhef heeft het ontwerp als rechtsgrond artikel 3:6, § 2, van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, waarvan het vierde lid gesteld is als volgt:

“De Koning kan, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, een code voor deugdelijk bestuur aanduiden die verplicht van toepassing is op de in het eerste lid, 1°, bedoelde wijze.”

De facultatieve machtiging aan de Koning die vervat ligt in deze bepaling heeft geen betrekking op de bevoegdheid om de code waarvan sprake “vast te stellen” maar enkel op de bevoegdheid om een code “aan te duiden” die uitgewerkt is door een derde instelling.

Overeenkomstig die bepaling beperkt het ontworpen besluit zich tot het aanduiden van een corporate governance code, die als bijlage erbij is gevoegd.

Volgens artikel 3 van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, vallen ontwerpbesluiten die niet van regelgevende aard zijn buiten zijn werkingssfeer. Om te beoordelen of een ontwerp al dan niet van reglementaire aard is in de zin van die bepaling, moet worden nagegaan in welke mate de overheid wier ontwerpen aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd, heeft bijgedragen tot het uitwerken van de norm, en niet wat de rechtsgevolgen zijn van de desbetreffende norm.

Aangezien het besluit dat aan de afdeling Wetgeving is voorgelegd betrekking heeft op de aanduiding van een handeling die niet uitgaat van die overheid zelf, en deze uit die handeling niets heeft weggelaten noch er iets aan heeft toegevoegd, bezit dat besluit zelf geen enkel reglementair karakter in de zin van het voornoemde artikel 3.¹

De Raad van State is dus niet bevoegd om het ontwerp te onderzoeken.

Het feit dat de machtiging die aan de Koning wordt verleend bij artikel 7:87, § 1, tweede lid, van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen² - een bepaling die niet vermeld wordt in de aanhef - om een ‘code voor deugdelijk bestuur’ aan te duiden, ditmaal niet facultatief maar verplicht van aard is en dat die bepaling voorschrijft dat “(erover) [ge]waakt [wordt] dat deze code een lijst van gepaste criteria bevat” voor de onafhankelijkheid van de bestuurders, doet de Raad van State niet anders besluiten wat zijn bevoegdheid betreft, aangezien in dat artikel eveneens bepaald wordt dat de Koning die code “aanduidt”, en niet dat hij die “vaststelt”.

¹ Het gaat in dat verband om vaste rechtspraak, zoals bijvoorbeeld met betrekking tot soortgelijke regelingen houdende goedkeuring door de Koning van handelingen die uitgewerkt zijn door derde instellingen (zie inzonderheid arrest nr. 144.528 van 18 mei 2005 inzake Nagiel en Vermuyten).

² Artikel 7:87, § 1, tweede lid, van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen is gesteld als volgt: “Om na te gaan of een kandidaat bestuurder aan deze voorwaarde voldoet, worden de criteria toegepast uit de code voor deugdelijk bestuur die de Koning overeenkomstig artikel 3:6, § 2, vierde lid, aanduidt. De Koning waakt erover dat deze code een lijst van gepaste criteria bevat. Een kandidaat bestuurder die aan deze criteria beantwoordt, wordt, tot bewijs van het tegendeel, vermoed onafhankelijk te zijn”.

Het proces voor de totstandkoming van de normatieve tekst inzake de hiervoor vernoemde criteria voor de onafhankelijkheid van de bestuurders, zoals dat voortvloeit uit artikel 7:87, § 1, tweede lid, van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, heeft tot gevolg dat de afdeling Wetgeving niet bevoegd is om na te gaan of de Koning zijn verplichting is nagekomen “(erover) [te waken] dat deze code [voor deugdelijk bestuur] een lijst van gepaste criteria bevat” op grond waarvan verondersteld kan worden dat de bestuurders onafhankelijk zijn.

Het besluit is dan ook dat de adviesaanvraag niet-ontvankelijk is.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT