

N° 6993

**LA LOI AUDIT :
VERS UNE MEILLEURE GOUVERNANCE
D'ENTREPRISE ?**

SOMMAIRE

CHAPITRE I. — INTRODUCTION

CHAPITRE II. — COMITÉS D'AUDIT OBLIGATOIRES

SECTION 1. — *Champ d'application de la Loi Audit*

§1. — Champ d'application *ratione materiae*

- A) Principe
- B) Exemptions

§2. — Spécificités des sociétés européennes cotées

§3. — Champ d'application *ratione temporis*

SECTION 2. — *Composition du comité d'audit*

§1. — Composition du comité d'audit

- A) Administrateurs non exécutifs
- B) Administrateurs non exécutifs et indépendants
- C) Compétence (individuelle et/ou collective) en matière de comptabilité et d'audit

§2. — Composition du conseil d'administration en l'absence de comité d'audit

SECTION 3. — *Compétences du comité d'audit*

§1. — Tâches principales

- A) Suivi du processus d'élaboration de l'information financière
- B) Suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques de la société et, s'il existe un audit interne, suivi de celui-ci et de son efficacité
- C) Suivi du contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés
- D) Examen et suivi de l'indépendance du commissaire, en particulier en ce qui concerne la fourniture de services complémentaires

§2. — Tâches supplémentaires

- A) Relations avec le conseil d'administration
- B) Certification des rapports financiers à charge des personnes responsables au sein de la société

§3. — Relations avec le ou les commissaire(s)

SECTION 4. — *Fréquences des réunions du comité d'audit*

SECTION 5. — *Quelques règles de bon fonctionnement du comité d'audit*

CHAPITRE III. — ADMINISTRATEUR INDÉPENDANT

SECTION 1. — *Nouveaux critères d'indépendance*

§1. — Premier critère — Incompatibilité avec des fonctions exécutives

- §2. — Second critère — Limitation du nombre de mandats successifs en tant qu'administrateurs non exécutifs
- §3. — Troisième critère — Limitation liée à l'emploi en tant que personnel de direction
- §4. — Quatrième critère — Rémunération ou autre avantage significatif de nature patrimoniale
- §5. — Cinquième critère — Participations directes ou indirectes
- §6. — Sixième critère — Relations d'affaires importantes directes ou indirectes
- §7. — Septième critère — Lien avec le commissaire
- §8. — Huitième critère — Incompatibilité du fait de fonctions exercées dans d'autres sociétés
- §9. — Neuvième critère — Liens familiaux

SECTION 2. — *Motivation de la décision de nomination*

SECTION 3. — *Quelques réflexions quant à la nouvelle notion d'administrateur indépendant*

CHAPITRE IV. — COMMISSAIRE

SECTION 1. — *Nomination du commissaire*

SECTION 2. — *Démission et révocation du commissaire*

- §1. — Démission du commissaire
- §2. — Révocation du commissaire
- §3. — Procédure supplémentaire d'information en cas de fin du mandat du commissaire avant son terme

SECTION 3. — *Tâches supplémentaires attribuées aux commissaires*

- §1. — Obligation générale de rapport au comité d'audit
- §2. — Communication des services additionnels rendus à la société par le commissaire
- §3. — Confirmation de l'indépendance du commissaire
 - A) Indépendance du commissaire
 - B) Dérogation à la règle du one-to-one
 - C) Confirmation annuelle et étendue de l'indépendance du commissaire
- §4. — Analyse des risques quant à l'indépendance du commissaire et mesures de sauvegarde
- §5. — Tâches supplémentaires, responsabilité accrue et plafond à la responsabilité des commissaires

CHAPITRE V. — VERS UNE RESPONSABILITÉ ACCRUE DES ADMINISTRATEURS ?

CHAPITRE VI. — CONCLUSION : VERS UNE MEILLEURE GOUVERNANCE D'ENTREPRISE ?

CHAPITRE I. — Introduction (1)

1. — Les initiatives en matière de gouvernance d'entreprise et de modernisation du droit des sociétés se sont multipliées depuis l'adoption par la commission européenne en mai 2003 du plan d'action sur «*La modernisation du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne — un plan pour avancer*» (2).

2. — A la lumière de la crise financière et économique que nous traversons, il semble plus qu'opportun d'améliorer la protection des actionnaires et de l'ensemble des *stakeholders* (3) et de s'interroger sur la manière dont les sociétés sont gouvernées. Assurer une bonne gouvernance des sociétés passe nécessairement par une interrogation quant au fonctionnement des organes d'administration des sociétés.

3. — La loi du 17 décembre 2008 instituant un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières (ci-après la «*Loi Audit*») (4) est une des concrétisations les plus récentes en droit belge de la tendance actuelle visant à renforcer la gouvernance des entreprises. C'est autour des dispositions de cette Loi Audit que notre contribution s'articule.

(1) La rédaction de cette contribution a été clôturée le 27 mars 2009 et elle ne tient dès lors pas compte des développements législatifs et réglementaires depuis cette date. Pour une publication relative à la loi audit postérieure à cette date, voir C. VAN DER ELST et I. DE POORTER, «Upgrading corporate governance, Auditcomités in het Wetboek van Vennootschappen», *T.R.V.*, 09/05, pp. 397 et s.

(2) De plus amples informations quant aux principes et initiatives européens de modernisation du droit des sociétés sont décrits sur le site suivant : http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/. Pour un commentaire de ce plan d'action, voir G. CARTON DE TOURNAI, «La modernisation du droit européen des sociétés et son impact sur le droit belge des sociétés», *Forum financier, droit bancaire et financier*, 2003/VI, pp. 327 et s.

(3) Pour une meilleure compréhension de la notion de *stakeholders* et de la prise en compte des intérêts des *stakeholders* dans les codes de gouvernance d'entreprises, voir Y. DE CORDT, «Les *stakeholders* dans les codes de *corporate governance*», *Revue*, 2005, n° 6932, pp. 54 et s.

(4) Loi du 17 décembre 2008 instituant notamment un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières, publiée au *Moniteur belge* du 29 décembre 2008, telle que modifiée par la loi du 9 février 2009 modifiant l'article 133, §6, alinéa 1^{er}, et l'article 526^{ter} du code des sociétés, publiée au *Moniteur belge* du 25 février 2009, p. 16.211 (la «*Loi du 9 février 2009*»).

4. — En tentant d'améliorer la gouvernance des sociétés, la Loi Audit vise également indirectement à renforcer la protection des actionnaires. En effet, en instaurant un pôle de connaissance technique au sein du conseil d'administration des sociétés cotées et des entreprises financières, il est attendu que la qualité de l'information fournie aux actionnaires soit meilleure. Le renforcement de la protection des actionnaires fait actuellement l'objet de nombreux débats et les initiatives législatives récentes consacrent ce renforcement (5). Les droits des actionnaires seront encore renforcés par les mesures de mise en œuvre de la directive 2007/36/CE concernant l'exercice de certains droits des actionnaires des sociétés cotées (la «**Directive Actionnaires**») (6), dont les mesures de mise en œuvre seront adoptées avant fin 2010.

5. — La Loi Audit et la Directive Actionnaires ne sont pas les seules initiatives visant à renforcer la bonne gouvernance des entreprises. La loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers (7) (la «**Loi de surveillance du 2 août 2002**») et l'arrêté royal du 14 novembre 2007 relatif aux obligations des émetteurs d'instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé (8)

(5) Pour une analyse du renforcement des droits des actionnaires, voir Y. DE CORDT, «Le renforcement des droits des actionnaires : vers une démocratie des actionnaires?» in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 319 à 364.

(6) Pour une analyse de la Directive Actionnaires, voir F. DE BAUW, «Les assemblées générales dans les sociétés cotées et la directive 2007/36/CE», in *Le droit des sociétés aujourd'hui : principes, évolutions et perspectives*, Editions du jeune barreau de Bruxelles, Bruxelles, 2008, pp. 149 à 209.

(7) La loi du 2 août 2002 a été publiée au *Moniteur Belge* du 4 septembre 2002 et a été modifiée à plusieurs reprises depuis.

(8) Arrêté royal du 14 novembre 2007 relatif aux obligations des émetteurs d'instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé. Cet arrêté royal a été publié au *Moniteur Belge* du 3 décembre 2007, et modifié, entre autres, par l'arrêté royal du 14 février 2008 publié au *Moniteur belge* du 4 mars 2008. Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008 et vise principalement à transposer en droit belge la directive 2004/109/CE du parlement européen et du conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE, publiée au *J.O.C.E.*, L 390 du 31 décembre 2004 (telle que modifiée par la directive 2008/22/CE du 11 mars 2008, *J.O.C.E.*, L 76 du 19 mars 2008, p. 50) («**Directive Transparence**»). Pour une analyse plus détaillée de cet arrêté royal, nous renvoyons le lecteur à la Circulaire CBFA.

(l'«**Arrêté Royal Information**»), qui exécute la Loi de surveillance du 2 août 2002, ont également imposé différentes obligations à charge des administrateurs ou des personnes responsables au sein des sociétés, dans le but d'améliorer la gouvernance des entreprises financières et des sociétés cotées.

De plus, la Commission bancaire, financière et des assurances («**CBFA**») rappelle fréquemment aux sociétés cotées et aux entreprises financières leurs obligations en matière de bonne gouvernance, et ce, entre autres par la circulaire FMI/2007-02 (9) relative aux obligations importantes incombant aux émetteurs cotés sur un marché réglementé (la «**Circulaire CBFA**») ou par la circulaire PPB-2007-6-CPB-CPA relative aux attentes prudentielles de la CBFA en matière de bonne gouvernance des établissements financiers (30 mars 2007) (la «**Circulaire CBFA Gouvernance des établissements financiers**»). Nous mettrons brièvement ces dispositions en lumière au cours de la présente contribution.

6. — Une analyse de la gouvernance des sociétés cotées (10) ne peut se faire sans référence au code belge de gouvernance d'entreprise (11), dont la première version fut adoptée le 9 décembre 2004 et dont l'édition 2009 a été publiée le 12 mars 2009 (le «**Code GE**»). La version 2009 du Code GE s'applique à partir des exercices sociaux commençant le ou après le 1^{er} janvier 2009. Les sociétés cotées doivent donc adapter leur gouvernance au cours de l'exercice 2009 pour répondre aux exigences nouvelles du Code GE au plus tard lors de la publication du rapport financier annuel relatif à cet exercice social, soit au plus tard à la fin avril 2010. Les sociétés cotées devront, le cas échéant, mettre à jour leur charte de gouvernance d'entreprise (dispositions 9.1 et 9.2 du Code GE) (la «**charte GE**») et la déclaration

(9) Circulaire FMI/2007-02 de la CBFA relative aux obligations importantes incombant aux émetteurs cotés sur un marché réglementé (mise à jour septembre 2008).

(10) Il existe également un code de gouvernance d'entreprise destiné aux sociétés non cotées ou Code Buysse.

(11) Le code de gouvernance d'entreprise (version 2009, à moins qu'il ne soit fait explicitement référence à la version 2004) («**Code GE**») est destiné aux sociétés cotées (sur un marché réglementé). Il peut bien sûr servir de cadre de référence pour toutes les autres sociétés.

de bonne gouvernance (12) de leur rapport financier annuel (13) (disposition 9.3 du Code GE) (la «déclaration GE») pour refléter leurs pratiques nouvelles.

7. — Le Code GE n'a pas de force légale obligatoire et les sociétés cotées peuvent donc décider de ne pas suivre les principes, dispositions et lignes de conduite énoncées par le Code GE, sur la base du principe «*comply or explain*» (disposition 9.4).

Pour rappel, le Code GE contient (i) neuf principes auxquels les sociétés cotées ne peuvent en principe pas déroger, (ii) diverses dispositions ou recommandations auxquelles il peut être dérogé à condition d'expliquer pourquoi la société décide de ne pas les appliquer (approche «*comply or explain*») et (iii) des lignes de conduite qui ne sont pas soumises à l'obligation de se conformer ou d'expliquer (14).

Le caractère non contraignant du Code GE offre une flexibilité importante aux sociétés qui peuvent dès lors, en fonction de leurs caractéristiques propres, décider de ne pas appliquer telle ou telle recommandation, à condition d'en expliquer les raisons. Force est cependant de constater à l'heure actuelle que le principe du «*comply or explain*» («*soft law*») n'est peut-être pas aussi efficace que souhaité (15) et la tendance actuelle est plutôt

(12) Le Code GE a été modifié sur ce point pour répondre aux exigences européennes.

(13) Pour rappel, la charte de gouvernance d'entreprise (ou charte GE) reprise sur le site Internet de la société cotée contient les grands principes et la structure de gouvernance de la société (voir Code GE, Annexe F, disposition 9.1/1. pour le contenu minimum de la charte GE), et la déclaration de gouvernance d'entreprise (ou déclaration GE) reprise dans le rapport financier annuel consiste plus en une information et une mise à jour annuelle de la manière dont la société a appliqué le Code GE (les exigences quant au contenu minimal de la déclaration GE sont énumérées en Annexe F, dispositions 9.3/1-2 du Code GE).

(14) Le Code GE 2009 insiste sur la distinction entre les dispositions, dont la non-application nécessite explication, et les lignes de conduite dont le respect ou non n'est pas soumis à cette obligation de justification. Les dispositions et lignes de conduites ont été revues avec attention dans la version 2009 du Code GE : certaines ont été supprimées ou modifiées et certaines lignes de conduites, considérées comme des bonnes pratiques de gouvernance, sont devenues des dispositions.

(15) Le Code GE 2009 énonce, en avant-propos, cinq raisons pour lesquelles la commission de gouvernance d'entreprise estime qu'un code n'ayant pas force contraignante reste efficace pour améliorer la gouvernance des entreprises. Ces cinq raisons sont les suivantes : (i) le Code GE est l'expression formelle des meilleures pratiques existantes en matière de gouvernance que les entreprises s'engagent à respecter; (ii) le Code GE va probablement créer plus de transpa-

d'insérer en droit positif («*hard law*») les principes du Code GE que les sociétés doivent respecter (16).

8. — Nous ne manquerons pas de faire référence au Code GE dans cette contribution, le cas échéant en précisant les dispositions nouvelles introduites dans la version 2009 du Code.

9. — La présente contribution s'articule autour des changements apportés dans notre droit par la Loi Audit.

La Loi Audit a, entre autres, pour objet de rendre obligatoire la constitution de comités d'audit au sein des sociétés cotées et des entreprises financières, sous réserve des exemptions que nous décrirons ci-dessous, et elle en définit les composition et compétences (chapitre II).

La Loi Audit introduit une nouvelle définition de l'administrateur indépendant que nous analyserons dans la présente contribution (chapitre III).

La Loi Audit modifie également certaines dispositions du code des sociétés concernant les commissaires et notre analyse de la Loi Audit aborde dès lors également ces nouvelles dispositions (chapitre IV).

Enfin, nous nous interrogerons brièvement sur les implications de la Loi Audit en termes de responsabilité des administrateurs (chapitre 4).

10. — Nous clôturerons la présente contribution par quelques réflexions qui ne se voudront certes pas exhaustives mais qui permettront de mettre en exergue l'importance du dialogue entre les administrateurs et les actionnaires pour améliorer la gouvernance des entreprises dans l'intérêt de l'ensemble des *stakeholders*.

rence plus rapidement dans la mesure où les sociétés devront expliquer dans leur déclaration GE la manière dont elles ont appliqué le Code GE au cours de l'exercice social en question; (iii) la transparence va stimuler le respect du Code GE; (iv) le Code GE peut être plus flexible que le droit positif dans la mesure où les pratiques peuvent évoluer et que le Code GE peut rapidement les refléter; et (v) le Code GE doit être vu comme complémentaire par rapport au droit positif.

(16) Pour une analyse de la portée des codes de gouvernement d'entreprise et leur insertion en droit positif, voir D. SZAFRAN, «L'insertion en droit positif des codes de gouvernement d'entreprise», *Revue*, 2005, n° 6938, pp. 133 et s.

CHAPITRE II. — Comités d'audit obligatoires

SECTION 1. — CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI AUDIT

11. — La Loi Audit transpose notamment les articles 38, 41 et 42, § 1^{er}, de 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 (17) (la «**Directive Audit**») (18).

La Directive Audit fait suite à la recommandation de la commission du 15 février 2005 concernant, entre autres, le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées (19) (la «**Recommandation**»). Elle a pour objectif de restaurer la crédibilité de l'information financière.

(17) Pour ce qui concerne la réglementation des comptes, voy. directive 2006/46/CE du parlement européen et du conseil du 14 juin 2006 modifiant les directives du conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance, *J.O.C.E.*, n° L 224 du 16 août 2006, pp. 0001-0007.

(18) 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, publiée au *J.O.C.E.*, L 157 du 9 juin 2006, pp. 87-107 telle que modifiée par la directive 2008/30/CE du 11 mars 2008, *J.O.C.E.*, L 81 du 20 mars 2008, p. 53). La majeure partie des dispositions de la Directive Audit avait déjà été transposée en droit belge. C'est ainsi que les dispositions reprises aux chapitres II (Agrément, formation continue et reconnaissance mutuelle), III (Enregistrement), IV (Déontologie, indépendance, objectivité, confidentialité et secret professionnel), V (Normes de contrôle et rapport d'audit), VI (Assurance qualité), VII (Enquêtes et sanctions), VIII (Supervision publique et accords réglementaires entre états membres) et XI (Aspects internationaux) de la Directive Audit ont déjà été transposées en droit belge par les arrêtés royaux des 21 avril 2007, 25 avril 2007, 26 avril 2007 et la loi du 20 juillet 2006 portant des dispositions diverses, modifiant notamment le code des sociétés et la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des réviseurs d'entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises, coordonnée le 30 avril 2007.

(19) Recommandation de la commission du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance, *J.O.C.E.*, n° L 52 du 25 février 2005, pp. 51 et s.

12. — L'existence des comités d'audit a été officialisée en droit belge par la loi du 2 août 2002 dite de gouvernance d'entreprise (20) qui a inséré un troisième alinéa à l'article 522 du code des sociétés pour préciser que le conseil d'administration d'une société anonyme peut créer, en son sein et sous sa responsabilité, un ou plusieurs comités consultatifs dont il définit les composition et missions.

De cette officialisation d'une pratique existante, le paysage des grandes sociétés belges s'est enrichi de nombreux comités consultatifs, tels que les comités de nomination et de rémunération (21), les comités stratégiques, les comités d'éthique, les comités scientifiques ou les comités d'audit.

(20) L'article 522, §1^{er}, alinéa 3, du code des sociétés a été introduit par 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, publiée au *Moniteur belge* du 22 août 2002.

(21) Le Code GE 2009 modifie sensiblement le principe 7 relatif à la rémunération des administrateurs. De nombreuses dispositions relatives au comité de nomination et de rémunération et à la rémunération des administrateurs sont également modifiées ou ajoutées dans la version 2009 du Code GE. Les sociétés cotées ont, par exemple, l'obligation d'adopter un rapport sur la rémunération, qui doit faire partie de la déclaration GE contenue dans le rapport financier annuel (disposition 7.2). Ce rapport devra contenir une déclaration relative à la politique de rémunération des administrateurs exécutifs (disposition 7.4). Les plans prévoyant de rémunérer les managers exécutifs par l'attribution d'actions, d'options sur actions ou de tout autre droit d'acquérir des actions sont subordonnés à l'approbation préalable des actionnaires par une résolution prise en assemblée générale (disposition 7.13). Le conseil d'administration devra en outre approuver les contrats relatifs à la nomination du principal dirigeant exécutif (*chief executive officer* ou *CEO*) et des autres dirigeants exécutifs, sur la base des recommandations formulées par le comité de rémunération, et les contrats conclus à partir du 1^{er} juillet 2009 devront contenir une référence explicite aux critères sur la base desquels la rémunération variable du dirigeant en question sera déterminée (disposition 7.17). Enfin, les contrats conclus à partir du 1^{er} juillet 2009 avec les principaux dirigeants exécutifs, qu'ils soient conclus par la société ou ses filiales, devront prévoir que les indemnités liées à la fin de la collaboration (indemnités souvent dénommées «parachutes dorés» ou «*golden parachutes*») ne peuvent excéder une somme équivalente à 12 mois de rémunération fixe et variable, ou éventuellement à 18 mois mais en expliquant la raison dans le rapport sur la rémunération (par exemple, en cas de départ suite à une fusion ou à un changement stratégique décidé par la société ou sur la base de l'ancienneté du dirigeant en question) (disposition 7.18). Toute indemnité qui serait supérieure sera considérée comme ne respectant pas la disposition 7.18 du Code GE et la société devra donc en justifier la non application dans la déclaration GE du rapport financier annuel. Nous ne nous attarderons cependant pas dans la présente contribution sur ces nouvelles dispositions qui ne manqueront par ailleurs pas de faire couler beaucoup d'encre.

13. — Le Code GE recommandait déjà avant l'entrée en vigueur de la Loi Audit aux sociétés inscrites sur un marché financier de constituer un comité d'audit pour l'assister dans l'exercice de ses responsabilités de suivi en matière de contrôle au sens le plus large du terme (disposition 5.2).

Comme indiqué ci-dessus (n° 7), la tendance actuelle est cependant d'insérer en droit positif les principes de bonne gouvernance que les sociétés doivent respecter et tel est l'objet de la Loi Audit en ce qui concerne les comités du même nom.

14. — Les sociétés cotées et les entreprises financières ont donc depuis le 8 janvier 2009, date d'entrée en vigueur de la Loi Audit, l'obligation d'établir un comité d'audit, dont la composition et le fonctionnement doivent dorénavant répondre à des conditions strictes (22). Le Code GE publié après l'entrée en vigueur de la Loi Audit reprend le principe énoncé dans cette loi en prévoyant que le conseil d'administration doit établir un comité d'audit conformément au code des sociétés (23) (disposition 5.2).

§1. — *Champ d'application ratione materiae*

A) *Principe*

15. — La Loi Audit s'applique aux établissements de crédit (24), aux compagnies d'assurances (25), aux entreprises

(22) Pour une analyse des nouvelles dispositions applicables aux comités d'audit suite à l'entrée en vigueur de la Loi Audit, voir P. DE WOLF et M. DESIMPELAERE, «La réforme du contrôle des sociétés : un pas vers la confiance retrouvée», *J.T.*, 2009, pp. 741-750.

(23) Le Code GE ne doit pas être interprété comme dérogeant aux dispositions législatives et réglementaires qui s'imposent aux sociétés cotées. Par contre, certaines dispositions du Code GE vont plus loin que les dispositions en vigueur actuellement (par exemple, en ce qui concerne le droit des actionnaires d'inscrire des points à l'ordre du jour ou le terme d'un mandat d'administrateur), auquel cas il est recommandé de suivre les règles plus contraignantes énoncées par le Code GE.

(24) L'article 20 de la Loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit (ci-après la «Loi du 22 mars 1993») prévoit dorénavant que les établissements de crédit constituent un comité d'audit au sein de leur organe légal d'administration.

(25) Un nouvel article 14^{ter} de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances (ci-après la «Loi du 9 juillet 1975») précise que les entreprises d'assurances constituent un comité d'audit au sein de leur organe légal d'administration.

d'investissement (26), à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement (27), entreprises reprises conjointement sous la dénomination «**entreprises financières**» (28).

Les exigences sont cependant plus souples en ce qui concerne les entreprises d'investissement et les sociétés de gestion d'organismes de placement qu'en ce qui concerne les établissements de crédit et les entreprises d'assurance.

16. — La Loi Audit s'applique également aux sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé, soit sur Euronext Brussels, et qui sont dénommées dans la présente contribution sous le vocable «**sociétés cotées**».

Un nouvel article 526*bis* est inséré dans le code des sociétés à cet égard.

La Loi Audit ne s'applique donc pas aux sociétés dont les titres sont admis sur un marché non réglementé comme Alternext Brussels ou le Marché Libre, ni aux autres sociétés que leurs titres aient été émis publiquement ou non.

17. — La Loi Audit vise tant les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions (par le renvoi général qui est fait aux dispositions relatives aux sociétés anonymes dans l'article 657 du code des sociétés), que les sociétés européennes. En ce qui concerne ces dernières, un nouvel article 899*bis* est inséré dans le code des sociétés, en vertu duquel les dispositions légales relatives au comité d'audit des sociétés anonymes cotées sont applicables aux sociétés européennes ou «*Societas Europaea*» cotées.

(26) L'article 62 de la loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement (ci-après la «**Loi du 6 avril 1995**») est modifié pour prévoir l'obligation de constituer un comité d'audit au sein du conseil d'administration des entreprises d'investissement.

(27) L'article 153 de la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement (ci-après la «**Loi du 20 juillet 2004**») est modifié par la Loi Audit pour concrétiser l'obligation de constituer un comité d'audit au sein du conseil d'administration.

(28) Nous nous limiterons dans le cadre de la présente contribution à analyser les dispositions applicables aux sociétés anonymes cotées, même si nous ne manquerons pas de faire référence, le cas échéant, aux dispositions spécifiques applicables aux entreprises financières.

B) *Exemptions*

1. *Sociétés cotées de taille réduite*

18. — Les sociétés cotées de taille réduite bénéficient de dérogations.

Ainsi, les sociétés qui répondent, sur une base consolidée, à au moins deux des trois critères suivants : (i) nombre moyen de salariés inférieur à 250 personnes sur l'ensemble de l'exercice concerné, (ii) total du bilan inférieur ou égal à 43.000.000 euros et (iii) chiffre d'affaires net annuel inférieur ou égal à 50.000.000 euros, ne sont pas contraintes de créer un comité d'audit même si elles peuvent, bien évidemment, constituer pareil comité sur une base volontaire (29).

19. — Les fonctions qui sont attribuées en vertu de la Loi Audit au comité d'audit doivent être exercées par le conseil d'administration dans son ensemble lorsque les sociétés de taille réduite décident de ne pas constituer de comité d'audit. De plus, comme nous le soulignerons plus loin (voir ci-dessous, §45), certaines conditions devront être remplies quant à la composition du conseil d'administration chargé d'exercer les tâches du comité d'audit.

20. — La Loi Audit ne prévoit aucune dérogation au profit des sociétés filiales cotées car le gouvernement a estimé que toute société cotée devait satisfaire à son niveau à l'exigence d'avoir un comité d'audit, que celle-ci soit ou non la filiale d'une autre société, cotée ou non, qui disposerait également d'un comité d'audit. Les titres de la filiale belge cotée sont par définition répandus dans le public et les actionnaires minoritaires ou d'autres titulaires de titres (tels que des obligataires) doivent également être protégés au niveau de la filiale, par l'obligation d'établir un contrôle interne adéquat via le comité d'audit.

(29) La Loi Audit ne précise par si les dispositions qu'elle introduit s'appliquent également aux comités d'audit qui seraient constitués sur une base volontaire. Ces sociétés pourraient-elles créer un comité d'audit *ad hoc*, dont la composition serait autre que celle imposée par la Loi Audit et/ou dont les compétences seraient différentes? Ce n'est pas certain même si la Loi Audit ne l'interdit *a priori* pas.

2. Groupes d'établissements de crédit et d'entreprises d'assurance

21. — La Loi Audit accorde en outre à la CBFA le pouvoir d'accorder des dérogations aux établissements de crédit (art. 3, 1°) et aux compagnies d'assurance (art. 4, 1°) filiales d'un groupe disposant d'un comité d'audit dont les attributions s'étendent à l'ensemble du groupe et qui répondent aux exigences de la Loi Audit (30).

Il serait en effet peu opportun (lenteur administrative, coût, etc.) d'imposer l'établissement d'un comité d'audit au sein de chaque société membre d'un groupe lorsqu'un comité d'audit efficace et répondant par ailleurs aux exigences de la Loi Audit a été institué au niveau du groupe (par exemple, au sein de l'organe d'administration de la société mère).

La CBFA ne peut cependant pas accorder pareille dérogation si les titres des établissements de crédit et des compagnies d'assurance sont admis sur Euronext Brussels, soit si ces sociétés sont cotées.

§2. — *Spécificités des sociétés européennes cotées*

22. — Il est dorénavant prévu dans le code des sociétés (art. 913*bis*) que les sociétés européennes (31) («SE») cotées doivent constituer un comité d'audit.

(30) Pour être complet, notons que la Loi Audit exempte de l'obligation d'avoir un comité d'audit (i) les sociétés qui sont des organismes de placement collectif à nombre variable de parts tels que définis à l'article 10 de la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement et (ii) les sociétés dont la seule activité consiste à émettre des titres adossés à des actifs au sens de l'article 2, §5, du règlement (CE) n° 809/2004 de la commission européenne 29 avril 2004 mettant en œuvre la directive 2003/71/CE du parlement européen et du conseil en ce qui concerne les informations contenues dans les prospectus, la structure des prospectus, l'inclusion d'informations par référence, la publication des prospectus et la diffusion des communications à caractère promotionnel; dans ce cas, la société divulgue les raisons pour lesquelles elle ne juge pas opportun de disposer d'un comité d'audit ou pour que le conseil d'administration soit chargé d'exercer les fonctions du comité d'audit.

(31) La société européenne («*Societas Europaea*») a été créée par le règlement (CE) n° 2157/2001 du conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), qui est entré en vigueur le 8 octobre 2004 (le «**Règlement SE**»). Le Règlement SE a été complété par la directive n° 2001/86/CE du conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui

23. — Une SE peut adopter un système d'administration moniste («*one-tier*»), similaire à celui que les sociétés anonymes belges connaissent, ou un système de gestion et de surveillance dualiste («*two-tier*»).

Dans un système moniste, l'organe d'administration est le conseil d'administration. Dans un système dualiste, la gestion est assumée par le conseil de direction composé d'une ou de plusieurs personnes nommées et révoquées par l'organe de surveillance, qui a pour rôle de contrôler la gestion assurée par le conseil de direction.

24. — Si la SE cotée a opté pour un système moniste, le conseil d'administration devra créer, en son sein, un comité d'audit dont la composition et le fonctionnement seront similaires à ceux du comité d'audit créé au sein des sociétés anonymes cotées.

25. — Si la SE cotée a opté pour un système de gestion et de surveillance dualiste, c'est en toute logique au sein du conseil de surveillance que le comité d'audit devra être constitué.

La création d'un comité d'audit obligatoire a en effet pour objectif de renforcer le contrôle de la gestion, rôle exercé par le conseil de surveillance, en instaurant un centre de connaissance et de compétence technique qui puisse efficacement assister et contrôler l'organe de direction dans le cadre de la gestion de la société.

26. — Notons qu'une même personne ne peut être simultanément membre de l'organe de direction et de l'organe de surveillance. Cependant, en cas de vacance au sein du conseil de direction, l'organe de surveillance peut désigner un de ses membres au sein du conseil de direction pour y exercer les fonc-

concerne l'implication des travailleurs (la «*Directive SE*»). La Directive SE n'est pas directement applicable dans les Etats membres et elle devait être transposée dans l'ordre juridique interne au plus tard le 8 octobre 2004. La Belgique a adopté le 1^{er} septembre 2004 un arrêté royal portant exécution du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la Société européenne (*Mon. b.*, 9 septembre 2004). Cet arrêté royal est entré en vigueur le 8 octobre 2004. Les dispositions relatives à l'implication des travailleurs dans la société européenne ont été approuvées par la convention collective de travail n° 84 du 6 octobre 2004 (ratifiée par l'arrêté royal du 22 décembre 2004 paru au *Moniteur belge* du 19 janvier 2005).

tions exercées par le membre ayant laissé une vacance, mais pour une période maximale d'un an (32).

27. — Au moins un membre du comité d'audit est un membre indépendant au sens du nouvel article 913^{ter} du code des sociétés et il doit être compétent en matière de comptabilité et d'audit. Le comité d'audit fait régulièrement rapport au conseil de surveillance sur l'exercice de ses missions, au moins lors de l'établissement par le conseil de direction des comptes annuels, des comptes consolidés et, le cas échéant, des états financiers résumés destinés à être publiés.

28. — Pour le reste, les dispositions légales relatives au comité d'audit des sociétés anonymes cotées sont d'application, entre autres quant à la définition de l'administrateur indépendant, moyennant certaines adaptations nécessaires afin d'assurer la conformité avec la structure de gestion dualiste de la SE et la terminologie spécifique applicable à une SE.

§3. — *Champ d'application ratione temporis*

29. — Les dispositions de la Loi Audit sont entrées en vigueur le 8 janvier 2009, soit le dixième jour qui a suivi celui de la publication de la loi au *Moniteur belge*. Toutes les entreprises financières et les sociétés cotées visées par la Loi Audit doivent donc avoir créé un comité d'audit depuis cette date.

30. — Cependant, les nouvelles dispositions relatives aux tâches et responsabilités du comité d'audit sont pour la première fois d'application lors des exercices sociaux débutant après la publication de la Loi Audit au *Moniteur belge*.

Etant donné que la Loi Audit a été publiée au *Moniteur belge* du 29 décembre 2008, les sociétés cotées et les entreprises financières doivent, si ce n'est déjà fait, créer un comité d'audit à qui les tâches et responsabilités fixées par la Loi Audit sont confiées au cours de l'exercice social 2009.

(32) Article 39, §3, du Règlement SE et article 906 du code des sociétés. En cas de vacance au sein du conseil de surveillance, les membres restants du conseil de surveillance ont le droit d'y pourvoir provisoirement, conformément à l'article 911 du code des sociétés.

L'année 2009 est donc une année charnière et les rapports de gestion relatifs à cet exercice 2009 qui seront adoptés au début de l'année 2010 apporteront plus d'information quant à la manière dont les sociétés cotées et les entreprises financières auront appliqué la Loi Audit.

31. — Comme nous le verrons dans la présente contribution (§§84 et s.), la Loi Audit modifie les critères auxquels un administrateur doit répondre pour être considéré comme un administrateur indépendant.

Etant donné que ces nouveaux critères vont entraîner des changements dans la composition actuelle du conseil d'administration de certaines sociétés, il était nécessaire de prévoir une période d'adaptation. Les sociétés ont donc jusqu'au 1^{er} juillet 2011 pour veiller à ce que tous les administrateurs indépendants répondent aux nouveaux critères visés par la Loi Audit.

Les administrateurs nommés après le 8 janvier 2009 doivent immédiatement répondre aux nouveaux critères d'indépendance fixés par la Loi Audit.

Pendant, les administrateurs nommés avant l'entrée en vigueur de la Loi Audit et qui satisfont aux critères de l'ancien article 524, §4, alinéa 2, du code des sociétés (33) mais non aux critères de l'article 526^{ter} nouveau du même code peuvent continuer à siéger en qualité d'administrateur indépendant, aussi bien dans le cadre des dispositions relatives aux conflits d'intérêts au sein des sociétés cotées (524 du code des sociétés) qu'au sein des comités d'audit (art. 526^{ter} du code des sociétés) (34).

(33) En ce qui concerne les entreprises financières, les administrateurs indépendants nommés avant le 9 janvier 2009 qui répondent aux critères définis et publiés dans le rapport annuel de l'organe légal d'administration pour déterminer leur indépendance peuvent continuer à siéger en qualité de membres indépendants jusqu'au 1^{er} juillet 2011.

(34) Notons que la Loi Audit ne précise pas si les nouveaux critères d'indépendance sont d'application en cas de renouvellement du mandat d'un administrateur indépendant existant. En l'absence de dispositions spécifiques, le mandat d'un administrateur indépendant nommé avant l'entrée en vigueur de la Loi Audit ne pourra pas être renouvelé si cet administrateur qui répondait aux critères de l'ancien article 524, §4, alinéa 2, du code des sociétés ne répond pas aux critères de l'article 526^{ter} nouveau du code des sociétés.

SECTION 2. — COMPOSITION
DU COMITÉ D'AUDIT

32. — La composition concrète de chaque comité d'audit, tout comme la composition du conseil d'administration et de tout autre comité du conseil, doit être déterminée en fonction des besoins, qualifications et spécificités propres de chaque société.

La Loi Audit impose cependant certaines exigences minimales quant à la composition du comité d'audit des sociétés cotées et des entreprises financières, exigences que nous décrivons ci-dessous.

§1. — *Composition du comité d'audit*

A) *Administrateurs non exécutifs*

33. — Le comité d'audit des sociétés cotées et des entreprises financières doit être constitué de membres non exécutifs de l'organe d'administration (art. 526bis, §2 du code des sociétés), ce que le Code GE recommande également (disposition 5.2/1) (35).

34. — Dans un système d'administration moniste comme celui que nos sociétés anonymes connaissent, le conseil d'administration est à la fois chargé de l'administration et du contrôle de la société.

Une claire distinction doit donc être opérée au sein du conseil entre les administrateurs exécutifs et les administrateurs qui n'exercent pas de fonctions exécutives (36), chacun d'entre eux

(35) L'exigence de présence d'administrateurs non exécutifs seulement au sein du comité d'audit ne fait pas obstacle à la présence à tout ou partie des réunions du comité d'audit d'administrateurs exécutifs, du président du conseil ou d'un membre du comité de direction, de l'auditeur interne et/ou du commissaire. La présence de ces personnes peut, le cas échéant, améliorer l'efficacité du comité d'audit et la possibilité de participation de ces personnes aux réunions du comité d'audit ne doit pas être négligée.

(36) Un des neuf principes du Code GE (principe 6) est que la société doit définir une structure claire de management exécutif. Le Code GE recommande que le conseil décide de la structure du management exécutif à mettre en place et qu'il détermine les pouvoirs et les tâches qui lui seront confiés, en veillant à ce que cette structure soit reprise dans le règlement d'ordre intérieur tant du conseil que du management exécutif (disposition 1.4). Le Code GE formule certaines recommandations sous le sixième principe quant aux obligations, pouvoirs, composition et mode de fonctionnement du management exécutif. Nous y renvoyons le lecteur.

ayant un rôle spécifique et complémentaire à jouer au sein du conseil (37).

35. — Le code des sociétés ne contient aucune définition de ce qu'il y a lieu d'entendre par un administrateur exécutif.

La Loi Audit ne définit pas non plus ce terme mais elle précise néanmoins qu'est présumé être un membre exécutif du conseil d'administration, tout administrateur qui est membre du comité de direction au sens des articles 524*bis* et 524*ter* du code des sociétés ou qui s'est vu déléguer la gestion journalière au sens de l'article 525 du même code.

36. — La Recommandation précise qu'est administrateur exécutif tout membre de l'organe d'administration d'une société chargé de la gestion quotidienne de cette société.

De nombreuses sociétés à qui il n'est pas imposé de créer un comité de direction au sens du code des sociétés (38) ont créé des comités exécutifs chargés de la gestion de la société au lieu de créer des comités de direction au sens des articles 524*bis* et 524*ter* du code des sociétés dans le but d'éviter que leur membres n'encourent les responsabilités spécifiques prévues par le code des sociétés pour les membres de tels comités de direction (39).

(37) Le Code GE, après avoir précisé ces principes de complémentarité et de spécificité des rôles (disposition 3.3), énonce en lignes de conduite que (i) les administrateurs exécutifs doivent fournir au conseil toutes les informations financières et commerciales nécessaires pour que le conseil puisse fonctionner efficacement, que (ii) les administrateurs non exécutifs doivent discuter de manière critique et constructive la stratégie et les politiques-clefs proposées par le management exécutif et contribuer à les développer et que (iii) les administrateurs non exécutifs doivent procéder à l'évaluation rigoureuse de la performance du management exécutif dans la réalisation des objectifs convenus.

(38) Lorsqu'une entreprise financière établit un comité de direction, celui-ci doit nécessairement être composé d'administrateurs (en son sein), alors que tel n'est pas le cas pour les comités de direction prévu à l'article 524*bis* du code des sociétés pour les sociétés anonymes. Voir l'article 26 de la Loi du 22 mars 1993, l'article 69 de la Loi du 6 avril 1995, l'article 161 de la Loi du 20 juillet 2004 et l'article 90, §3, de la Loi du 9 juillet 1975.

(39) Les membres d'un comité de direction encourent en principe les mêmes responsabilités que les administrateurs même s'il existe certaines nuances que nous ne soulignerons pas ici. Ces responsabilités concernent les cas de faute de gestion (art. 527 du code des sociétés), violation d'une disposition des statuts ou du code des sociétés (art. 528 du code des sociétés), conflit d'intérêts (art. 529 du code des sociétés), faillite (art. 530 du code des sociétés) et faute dite «aquilienne» de droit commun (art. 1382 du code civil).

Il va de soi que les administrateurs membres de ces comités exécutifs sont des administrateurs exécutifs. C'est ce que précise le Code GE (disposition 6.2).

37. — Le Code GE recommande que le management exécutif comprenne tous les administrateurs exécutifs (disposition 6.2).

Il est évident que la gestion quotidienne de la société appartient aux administrateurs exécutifs, mais ceux-ci ont également d'autres tâches importantes à accomplir, telles que mettre en place les systèmes de contrôle interne, préparer et publier les états financiers en collaboration avec le comité d'audit, et fournir au conseil toutes les informations nécessaires pour que celui-ci puisse efficacement exercer ses fonctions (disposition 6.5).

38. — Le Code GE recommande également que chaque comité spécialisé, dont le comité d'audit, soit composé d'au moins trois membres (disposition 5.5).

Tout comité d'audit devrait donc être composé d'au moins trois administrateurs non exécutifs.

B) Administrateurs non exécutifs et indépendants

39. — La Loi Audit prévoit qu'au moins un administrateur non exécutif doit avoir la qualité d'administrateur indépendant (voir §§84 et s.).

Le Code GE va plus loin et recommande qu'au moins la moitié des membres du comité d'audit soit indépendant (disposition 5.2/4). En d'autres termes, si le comité d'audit comprend trois administrateurs non exécutifs, au moins deux d'entre eux devront être indépendants.

C) Compétence (individuelle et/ou collective) en matière de comptabilité et d'audit

40. — L'administrateur non exécutif indépendant qui est membre du comité d'audit doit, en outre, répondre à certaines exigences de compétence en matière de comptabilité et d'audit, à savoir soit être titulaire d'un diplôme d'études supérieures dans les matières de l'économie ou de la finance, soit avoir une expérience professionnelle significative dans ces matières.

41. — Un double test est instauré pour les entreprises financières en ce qui concerne ces exigences de compétence et d'expertise.

Il est exigé non seulement que le membre indépendant du comité d'audit soit compétent en matière de comptabilité et/ou d'audit (compétence individuelle), mais aussi que le comité dispose d'une compétence collective dans le domaine des activités de l'entreprise financière concernée et en matière de comptabilité et d'audit.

42. — Les lois de contrôle prévoyaient déjà que les établissements financiers devaient disposer d'un contrôle interne approprié et proportionnel aux activités projetées (40) et, sur cette base, la CBFA recommandait que des comités d'audit soient constitués au sein de l'organe d'administration des entreprises financières.

Ainsi, la Circulaire CBFA Gouvernance des établissements financiers (voir n° 41 et n° 52) précise que dans le cadre de sa mission de contrôle prudentiel, elle apprécie les connaissances et l'expérience des candidats membres du comité d'audit à la lumière de sa composition globale (41), en plus de l'appréciation individuelle du degré d'expertise et d'expérience de chaque administrateur non exécutif (42).

La Loi Audit a cependant le mérite de rendre obligatoire cette double exigence de compétence au sein des comités d'audit pour toute entreprise financière visée par celle-ci.

(40) Voir l'article 20 de la Loi du 22 mars 1993, l'article 62 de la Loi du 6 avril 1995, l'article 153 de la Loi du 20 juillet 2004, et l'article 14*bis* de la Loi du 9 juillet 1975.

(41) Au niveau de la compétence globale, la CBFA vérifie si le groupe des administrateurs non exécutifs réuni collectivement dispose de suffisamment d'expertise et d'expérience pour la nature, la taille, la complexité et le profil de risque de l'établissement. Il convient de tenir compte à cet égard non seulement de l'expertise et de l'expérience en matière financière, mais également des compétences qui, de manière générale, contribuent à une bonne gouvernance de l'établissement.

(42) En ce qui concerne la compétence individuelle, il faudra déterminer quelle fonction est amenée à occuper chaque administrateur non exécutif et les critères d'appréciation pèseront plus lourd si cet administrateur est chargé d'effectuer des tâches de contrôle.

43. — Le Code GE va plus loin que le droit positif car il recommande que cette double compétence individuelle et collective soit présente au sein des comités d'audit des sociétés cotées (disposition 5.2/5), ce que la Loi Audit n'exige pas.

44. — Le Code GE recommande, en outre, que les nouveaux membres du comité d'audit reçoivent, comme tout nouvel administrateur, une formation initiale adéquate qui devra comprendre une description des attributions du comité d'audit, une description de son règlement d'ordre intérieur et toute autre information liée au rôle spécifique de ce comité, telle qu'une vue d'ensemble de l'organisation du contrôle interne et des systèmes de gestion des risques de la société.

En particulier, les membres du comité d'audit doivent recevoir des informations complètes sur les caractéristiques comptables, financières et opérationnelles de la société.

Le programme de formation initiale inclut également des contacts avec le commissaire et les membres du personnel concernés par ces domaines (dispositions 4.8 et 4.9 du Code GE).

§2. — *Composition du conseil d'administration
en l'absence de comité d'audit*

45. — Comme indiqué ci-dessus (voir §§18 et s.), les sociétés cotées de taille réduite ne sont pas contraintes de créer un comité d'audit et si ces sociétés décident de ne pas en constituer.

Les fonctions qui sont attribuées en vertu de la Loi Audit au comité d'audit seront, dans ce cas, exercées par le conseil d'administration dans son ensemble.

46. — Deux conditions supplémentaires doivent alors être respectées quant à la composition du conseil d'administration afin d'assurer que les fonctions d'audit sont exercées de la manière la plus indépendante qui soit.

Premièrement, le conseil d'administration doit comprendre au moins un administrateur indépendant. Comme indiqué ci-dessus, le Code GE va plus loin que la Loi Audit car il recommande qu'au moins trois des administrateurs non exécutifs, qui doivent par ailleurs constituer la majorité au sein du conseil, soient indépendant.

Deuxièmement, si le président du conseil d'administration est un membre exécutif, il ne peut pas assumer les fonctions de président du conseil lorsque celui-ci agit en qualité de comité d'audit. Notons à cet égard que le Code GE recommande que le rôle du président du conseil d'administration soit clairement distinct du rôle de *chief executive officer* (CEO) et que ces postes ne soient pas occupés par la même personne (disposition 1.5), même si une relation étroite doit bien évidemment exister entre le président du conseil et le CEO.

SECTION 3. — COMPÉTENCES DU COMITÉ D'AUDIT

§1. — *Tâches principales*

47. — Le comité d'audit se voit confier quatre tâches principales par la Loi Audit.

Il devra (i) suivre le processus d'élaboration de l'information financière, (ii) suivre l'efficacité des systèmes de contrôle interne, et le cas échéant de l'audit interne, et de gestion des risques de la société, (iii) suivre le contrôle des comptes (consolidés ou non) et (iv) examiner et suivre l'indépendance du commissaire.

Ces quatre tâches principales sont décrites plus amplement ci-dessous.

A) *Suivi du processus d'élaboration de l'information financière*

1. *Principe*

48. — Toute information devant être communiquée par la société doit être élaborée ou, à tout le moins, son élaboration doit être suivie, par le comité d'audit.

C'est ce que recommande, par ailleurs, le Code GE qui précise que l'information tant financière que non financière doit être préparée par le management exécutif (disposition 6.5) et que le comité d'audit veille à l'intégrité de l'information financière donnée par la société, ce qui inclut un contrôle quant à l'exactitude, au caractère complet et à la cohérence de l'information financière (dispositions 5.2/6-8-11-12-13).

Le comité d'audit peut faire appel à des conseillers externes (experts comptables, etc.) pour élaborer l'information financière et dans ce cas, le comité d'audit devra suivre de près le contenu de l'information fournie par ces conseillers externes.

2. *Notion d'information financière*

49. — Il apparaît utile de brièvement rappeler ce que couvre la notion d'information financière à la lumière des obligations qui sont imposées aux sociétés cotées par l'Arrêté Royal Information (43).

La qualité de l'information diffusée dans le marché par les sociétés cotées est un élément important pour que le marché puisse fonctionner efficacement et c'est dans ce but que les obligations d'information à charge des sociétés cotées sur un marché réglementé dont la Belgique est l'Etat membre d'origine (44) ont été renforcées.

(43) Il existe également des obligations applicables lorsque la Belgique est l'Etat membre d'accueil ou lorsque les titres sont cotés sur Alternext Brussels (et non sur un marché réglementé) mais nous ne les aborderons pas ici. A cet égard, nous renvoyons le lecteur à l'arrêté royal du 24 août 2008 fixant les règles complémentaires applicables à certains systèmes multilatéraux de négociation et à la Circulaire CBFA-2008-18 du 9 septembre 2008 relative aux obligations incombant aux émetteurs cotés sur Alternext Brussels. De plus, les entreprises financières se voient également imposer différentes obligations en matière d'information, que nous ne couvrirons pas non plus dans la cadre de cette contribution. A cet égard, nous renvoyons le lecteur à la Circulaire CBFA Gouvernance des établissements financiers.

(44) La Belgique est l'Etat membre d'origine des émetteurs d'actions de titres de créance d'une valeur nominale unitaire inférieure à 1.000 euros dans la mesure où (i) ces émetteurs ont leur siège statutaire en Belgique, (ii) ces émetteurs ont leur siège statutaire dans un pays tiers et doivent déposer l'information annuelle auprès de la CBFA, conformément aux dispositions du titre X de la loi du 16 juin 2006 relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementées, publiée au *Moniteur belge* du 21 juin 2006 (ci-après la «Loi Prospectus»). La Belgique est également l'Etat membre d'origine des émetteurs d'autres titres qui ont choisi la Belgique comme Etat membre d'origine, ce qu'ils sont autorisés à faire sur la base de deux critères, à savoir s'ils ont leur siège statutaire en Belgique ou si leurs titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé belge. Les émetteurs qui ont choisi la Belgique comme Etat membre d'origine doivent, sans délai, informer la CBFA de leur choix et rendre ce choix public. Le choix de la Belgique comme Etat membre d'origine reste en principe valable au moins trois ans.

a) *Contenu des informations financières périodiques*

50. — Les sociétés cotées doivent, outre le respect du code des sociétés et des dispositions en matière d'informations privilégiées ou autres informations occasionnelles, publier un rapport financier annuel, un rapport financier semestriel, deux déclarations intermédiaires ou deux rapports trimestriels. Ils peuvent également publier un communiqué annuel.

(i) *Rapport financier annuel*

51. — Le rapport financier annuel, qui remplace l'ancien «rapport annuel», doit contenir, outre les états financiers contrôlés, une déclaration des personnes responsables portant sur l'image fidèle donnée par les états financiers (voir ci-dessous, §78), le rapport de gestion et le rapport du commissaire (art. 12 de l'Arrêté Royal Information).

Il doit être publié au plus tard quatre mois après la fin de chaque exercice social, ce qui est relativement court.

52. — Pour les sociétés belges, le rapport de gestion doit être établi conformément aux articles 96 (comptes statutaires) et 119 (comptes consolidés) du code des sociétés.

La Loi Audit (art. 7 et art. 8 respectivement) complète ces articles 96 et 119 pour prévoir l'obligation que le rapport de gestion contienne une justification de l'indépendance et de la compétence en matière de comptabilité et d'audit d'au moins un membre du comité d'audit. Cette mention supplémentaire s'applique uniquement au rapport de gestion qui devra être inséré dans le rapport financier annuel et non dans les rapports semestriels ou trimestriels.

53. — Notons que depuis l'entrée en vigueur de l'Arrêté Royal Information, le rapport de gestion doit également comprendre, entre autres, des informations portant notamment sur la structure du capital (différentes catégories d'actions, etc.) ou sur les restrictions au transfert de titres (restrictions conventionnelles ou statutaires, telles que les clauses d'agrément), lorsque ces

informations sont susceptibles d'avoir une incidence en cas d'offre publique d'acquisition (45).

Le Code GE recommandait déjà aux sociétés cotées d'adopter et de publier la charte GE portant notamment sur la structure de l'actionnariat, mais les obligations à cet égard sont sensiblement renforcées par l'Arrêté Royal Information (46).

54. — Le Code GE recommande également (dispositions 9.3 et 9.4) que le rapport financier annuel contienne la déclaration GE dans laquelle (i) les principales évolutions de la société en matière de gouvernance sont décrites, (ii) une référence explicite à l'application du Code GE est insérée, avec, le cas échéant, les motifs sur la base desquels la société aurait décidé de ne pas

(45) Conformément à l'article 34 de l'Arrêté Royal Information, les émetteurs de droit belge doivent exposer (et, le cas échéant, expliquer) dans leur rapport de gestion les éléments suivants lorsque ceux-ci sont susceptibles d'avoir une incidence en cas d'offre publique d'acquisition : (i) la structure du capital, avec le cas échéant une indication des différentes catégories d'actions et, pour chaque catégorie d'actions, les droits et obligations qui lui sont attachés et le pourcentage du capital social total qu'elle représente; (ii) toute restriction légale ou statutaire au transfert de titres; (iii) les détenteurs de tout titre comprenant des droits de contrôle spéciaux et une description de ces droits; (iv) le mécanisme de contrôle prévu dans un éventuel système d'actionnariat du personnel quand les droits de contrôle ne sont pas exercés directement par ce dernier; (v) toute restriction légale ou statutaire à l'exercice du droit de vote; (vi) les accords entre actionnaires, qui sont connus de l'émetteur et peuvent entraîner des restrictions au transfert de titres et/ou à l'exercice du droit de vote; (vii) les règles applicables à la nomination et au remplacement des membres de l'organe d'administration ainsi qu'à la modification des statuts de l'émetteur; (viii) les pouvoirs de l'organe d'administration, en particulier concernant le pouvoir d'émettre ou de racheter des actions; (ix) tous les accords importants auxquels l'émetteur est partie et qui prennent effet, sont modifiés ou prennent fin en cas de changement de contrôle de l'émetteur à la suite d'une offre publique d'acquisition, et leurs effets, sauf lorsque leur nature est telle que leur divulgation porterait gravement atteinte à l'émetteur; cette exception n'est pas applicable lorsque l'émetteur est spécifiquement tenu de divulguer ces informations en vertu d'autres exigences légales; (x) tous les accords entre l'émetteur et les membres de son organe d'administration ou son personnel qui prévoient des indemnités si les membres de l'organe d'administration démissionnent ou doivent cesser leurs fonctions sans raison valable ou si l'emploi des membres du personnel prend fin en raison d'une offre publique d'acquisition. Si leurs actionnaires ont effectué une communication dans le cadre de l'article 74, §7, alinéa 3, de la loi du 1^{er} avril 2007 relative aux offres publiques d'acquisition (publiée au *Moniteur belge* du 26 avril 2007), les émetteurs doivent en outre rendre cette communication publique et la faire figurer dans leur rapport de gestion aussi longtemps qu'elle demeure pertinente.

(46) Pour une description détaillée de ces obligations, nous renvoyons le lecteur à la Circulaire CBFA.

appliquer l'une ou l'autre disposition du Code et dans laquelle (iii) un nombre minimum d'information doit être repris (dispositions 9.3/1-2 du Code GE).

(ii) *Rapport financier semestriel*

55. — Un rapport financier semestriel, qui remplace l'ancien «communiqué semestriel», doit être publié le plus tôt possible après la fin des six premiers mois de l'exercice et au plus tard deux mois après la fin de ce semestre (art. 13 de l'Arrêté Royal Information).

Le rapport financier semestriel doit contenir un jeu d'états financiers résumés, un rapport de gestion intermédiaire, une déclaration des personnes responsables (voir ci-dessous, §78) et la reproduction intégrale du rapport établi par le commissaire si les états financiers semestriels ont été contrôlés par celui-ci, ou la mention expresse du fait que les états financiers résumés n'ont pas été contrôlés.

(iii) *Déclarations intermédiaires ou rapports trimestriels*

56. — Les émetteurs doivent également publier, deux fois par an, une déclaration intermédiaire, et ce, dans un délai débutant dix semaines après le début du semestre et se terminant six semaines avant la fin de ce semestre (art. 14 de l'Arrêté Royal Information).

La déclaration intermédiaire fournit (i) une explication des événements et transactions importants pendant la période considérée et (ii) une description générale de la situation financière et des résultats de la société.

57. — Les émetteurs peuvent choisir de publier des rapports financiers trimestriels au lieu de publier des déclarations intermédiaires, rapports à publier au plus tard deux mois après la fin du premier et du troisième trimestre, mais la plupart des émetteurs publient une déclaration intermédiaire, moins contraignante quant au contenu, plutôt qu'un rapport financier trimestriel (47).

(47) La CBFA a publié en juin 2008 les résultats d'une étude dont il ressort que 91 % des émetteurs optent pour une déclaration intermédiaire, moins contraignante qu'un rapport trimestriel (Etudes et documents n° 35 «Déclaration intermédiaire ou rapport financier semestriel : une nouvelle obligation pour les sociétés cotées»).

(iv) *Communiqué annuel*

58. — Enfin, un émetteur peut, mais ce n'est plus une obligation, publier un communiqué annuel entre le moment où les états financiers sont arrêtés par le conseil d'administration et le moment où le rapport financier annuel est publié.

Si l'émetteur décide de publier un tel communiqué, il devra respecter certaines obligations quant à son contenu (48).

b) *Contenu des informations financières privilégiées*

59. — Les sociétés cotées doivent également rendre publique toute information privilégiée (49) qui les concerne directement (art. 10 de la Loi de surveillance du 2 août 2002) et ce, immédiatement.

Il leur est cependant permis (art. 10, §1^{er}, al. 3 de la Loi de surveillance du 2 août 2002) de différer, sous leur propre responsabilité, la publication d'une information privilégiée lorsqu'ils estiment que cette publication est susceptible de porter atteinte à leurs intérêts légitimes, pour autant que ce report ne risque pas d'induire le marché en erreur et que les émetteurs soient en mesure d'assurer la confidentialité de ladite information.

(48) Le communiqué annuel devra comprendre, conformément à l'article 11 de l'Arrêté Royal Information, (i) des données chiffrées portant sur le résultat de l'exercice sous revue, (ii) un commentaire comportant les données significatives sur l'évolution des affaires, les résultats et la situation de l'émetteur et l'indication de tout facteur particulier ayant influencé ces éléments durant la période considérée et (iii) la mention expresse du contrôle ou non des états financiers par le commissaire.

(49) L'information privilégiée est définie comme étant toute information qui n'a pas été rendue publique, qui a un caractère précis et qui concerne, directement ou indirectement, un ou plusieurs émetteurs d'instruments financiers ou un ou plusieurs instruments financiers, et qui, si elle était rendue publique, serait susceptible d'influencer de façon sensible le cours des instruments financiers concernés (art. 2, 14^o, de la Loi de surveillance du 2 août 2002). Une information est considérée comme susceptible d'influencer de façon sensible le cours d'instruments financiers lorsqu'un investisseur raisonnable serait susceptible d'utiliser cette information en tant que faisant partie des fondements de ses décisions d'investissement. Une information est réputée «à caractère précis» si elle fait mention d'un ensemble de circonstances qui existe ou dont on peut raisonnablement penser qu'il existera ou d'un événement qui s'est produit ou dont on peut raisonnablement penser qu'il se produira, et si elle est suffisamment précise pour que l'on puisse en tirer une conclusion quant à l'effet possible de cet ensemble de circonstances ou de cet événement sur le cours des instruments financiers concernés.

c) *Contenu des informations financières occasionnelles*

60. — Certaines informations occasionnelles doivent également être publiées par les sociétés cotées dont la Belgique est l'Etat membre d'origine ou par d'autres émetteurs définis au cas par cas.

Il s'agit principalement (i) des modifications des conditions, droits ou garanties attachés aux titres, qui doivent être publiées sans délai (art. 15 de l'Arrêté Royal Information), (ii) des rapports spéciaux (50) et projets de modification des statuts, qui doivent être mis à la disposition du public par le biais du site Internet des émetteurs sans délai et au plus tard à la date de la convocation de l'assemblée générale qui doit voter sur la modification ou en être informée (art. 16 de l'Arrêté Royal Information), et (iii) de l'information annuelle (51), qui doit être mise à

(50) Par rapports spéciaux prévus par le code des sociétés, il y a lieu d'entendre entre autres les rapports qui sont établis (i) en cas de proposition de dissolution de la société (art. 181, §1); (ii) en cas de quasi-apport en nature (art. 447) ou en cas d'augmentation de capital comportant des apports en nature (art. 602), (voir les modifications à ces articles introduites par l'arrêté royal du 8 octobre 2008 modifiant le code des sociétés en ce qui concerne la constitution d'une société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital); (iii) en cas de proposition de modification de l'objet social (art. 559); (iv) en cas de proposition de modification des droits attachés aux différentes catégories d'actions, titres ou parts (art. 560 et, le cas échéant, art. 612); (v) lors de l'émission d'actions sans mention de valeur nominale en dessous du pair comptable des actions anciennes de la même catégorie (art. 582); (vi) lorsqu'une émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription est décidée (art. 583); (vii) en cas de limitation ou de suppression du droit de préférence (art. 596 et, le cas échéant, art. 598); (viii) lorsque le conseil d'administration propose à l'assemblée générale de lui accorder l'autorisation d'augmenter le capital ou de renouveler cette autorisation (art. 604); (ix) lorsque l'assemblée générale doit être réunie suite à la réduction de l'actif net à un montant inférieur à la moitié du capital social (art. 633, alinéa 2) ou au quart du capital social (art. 633, alinéa 4) (situations d'actifs nets négatifs); (x) en cas de fusion par absorption (art. 694) ou par constitution d'une nouvelle société (art. 707); (xi) en cas de scission par absorption (art. 730) ou par constitution de nouvelles sociétés (art. 745); (xii) en cas d'apport d'une universalité ou d'une branche d'activité (art. 761) ou (xiii) en cas de proposition de transformation de la forme de la société (art. 778).

(51) L'information annuelle est un document devant être établi par les émetteurs une fois par an et qui contient ou mentionne toutes les informations publiées ou rendues publiques par ceux-ci au cours des douze derniers mois pour satisfaire à leurs obligations au regard des dispositions législatives communautaires et nationales concernant la réglementation en matière de valeurs mobilières, de droit des sociétés, d'émetteurs de valeurs mobilières et de marchés des valeurs mobilières (art. 66 de la Loi Prospectus).

la disposition du public au plus tard 20 jours ouvrables après la publication du rapport financier annuel (art. 16 de la Loi Prospectus).

3. Diffusion et stockage de l'information financière

61. — L'Arrêté Royal Information impose diverses règles en ce qui concerne la publication des informations financières et le stockage de celles-ci par les sociétés cotées (52).

62. — En ce qui concerne la publication de leurs informations réglementées, les sociétés cotées doivent veiller à ce que ces informations soient diffusées de manière à ce qu'il soit possible d'y accéder rapidement et selon des modalités non discriminatoires, qu'elles puissent atteindre le plus large public possible et qu'il s'écoule un laps de temps aussi court que possible entre leur diffusion en Belgique et leur diffusion dans les autres Etats membres de l'Espace économique européen (art. 35 de l'Arrêté Royal Information). Elles doivent à cet effet recourir à des médias dont on peut raisonnablement attendre une diffusion efficace des informations auprès du public dans l'ensemble de l'Espace économique européen. Des règles strictes concernant la communication des informations réglementées aux médias sont également prévues.

63. — Le Code GE 2009 impose une obligation nouvelle visant à améliorer la publicité des informations par les sociétés cotées. La disposition 1.3 précise dorénavant que le conseil d'administration doit prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'intégrité et la publicité ponctuelle (53) tant des états financiers que de toute autre information significative devant être mise à la disposition des actionnaires, existants et potentiels.

Les exigences en matière de qualité de l'information et de publication doivent s'appliquer non seulement à l'information réglementée, mais également à toute autre information, même non financière et non réglementée, qui est significative pour la

(52) Pour plus d'information concernant les obligations de diffusion et de stockage et leurs modalités pratiques, voir la Circulaire CBFA.

(53) Une nouvelle ligne de conduite est introduite dans le Code GE pour préciser qu'une publication ponctuelle est une publication qui est effectuée à temps en exécution des dispositions législatives et réglementaires applicables.

société, telle que, par exemple, l'information relative à la responsabilité sociale des entreprises ou à la diversité (54).

64. — Le stockage des informations permet, quant à lui, de faire en sorte que les informations diffusées par un émetteur restent accessibles (ou disponibles) pour le public, même après leur diffusion.

La Belgique ne dispose pas actuellement de mécanisme officiellement désigné pour le stockage centralisé des informations réglementées qui permettrait de respecter des normes de qualité minimales en matière de sécurité, de certitude quant à la source d'information, d'enregistrement de la date ainsi que de facilité d'accès pour les utilisateurs finals. Aussi, le stockage doit-il être effectué, à tout le moins pendant une période transitoire, en recourant aux sites Internet des sociétés cotées, qui sont rendus obligatoires (art. 41 de l'Arrêté Royal Information).

B) Suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques de la société et, s'il existe un audit interne, suivi de celui-ci et de son efficacité

1. Contrôle interne et gestion des risques

65. — Le comité d'audit doit examiner les systèmes de contrôle interne et de gestion des risques mis en place par le management exécutif et ce afin de s'assurer de ce que les risques (en ce compris les risques liés au respect de la législation en

(54) Le terme responsabilité sociale des entreprises (en anglais «*Corporate Social Responsibility*») recouvre les préoccupations sociales, environnementales et économiques que les entreprises intègrent dans leurs activités sur une base volontaire. Le Code GE introduit une nouvelle ligne de conduite à cet égard en vertu de laquelle le conseil d'administration doit veiller à apporter une attention particulière à la responsabilité sociale et à la diversité lorsqu'il établit les politiques de la société en matière de stratégie et de valeurs. Le Code GE a en effet souhaité souligner l'importance des problématiques liées à la responsabilité sociale et à la diversité au sein des sociétés en prévoyant cette nouvelle ligne de conduite, mais il n'a pas été estimé opportun de rentrer plus en détail dans chaque composant de ces problématiques sauf en ce qui concerne la composition du conseil d'administration que le Code GE recommande de définir en prenant en considération des éléments de diversité, par exemple, en tentant d'augmenter le nombre de femmes siégeant au poste d'administrateur de sociétés cotées (disposition 2.1).

vigueur) soient correctement identifiés, gérés et portés à sa connaissance.

66. — Cette obligation, dorénavant contraignante pour les sociétés cotées et les entreprises financières, est également prévue par le Code GE (disposition 5.2/6-14-15-16). C'est en effet au conseil d'administration d'approuver un cadre pour le contrôle interne et la gestion des risques (55), tel que ce cadre aura été établi par le management exécutif.

Il est recommandé que le conseil d'administration contrôle la mise en œuvre de ces systèmes, en prenant en considération le suivi qui en est fait par le comité d'audit. Le conseil d'administration devra décrire annuellement dans la déclaration GE qui devra être reprise dans le rapport financier annuel (voir ci-dessus, §54), les caractéristiques principales des systèmes d'audit interne et de gestion des risques mis en place au sein de la société.

67. — Il est recommandé que ce contrôle de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques soit effectué au moins une fois par an.

Le Code GE prévoit en outre que le comité d'audit examine les commentaires relatifs au contrôle interne et à la gestion des risques qui devront être repris dans le rapport financier annuel. C'est également au comité d'audit que revient la tâche de revoir les dispositifs spécifiques par lesquels le personnel de la société peut confidentiellement faire part de ses préoccupations à propos d'irrégularités éventuelles en matière de *reporting* financier ou d'autres sujets. Le Code GE recommande donc que le comité d'audit contrôle le système de délation qui devrait être mis en place au sein de la société.

68. — Le suivi des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques est une des tâches primordiales octroyées au comité d'audit, tâche sur l'importance de laquelle, à la lumière de la crise financière actuelle, nous ne pouvons assez insister.

(55) Le Code GE précise en ligne de conduite que ce cadre doit être clair, qu'il doit définir ce qu'il y a lieu d'entendre par «audit interne» et par «gestion des risques» et que le conseil doit assister le management exécutif dans la mise en œuvre des systèmes d'audit interne et gestion des risques.

A cet égard, notons que tant le rapport intérimaire LAMFALUSSY (56) du 23 février 2009 que le rapport de DE LAROSIÈRE (57) du 25 février 2009 recommandent d'améliorer la gestion des risques au sein des entreprises bancaires. Les sociétés cotées et les entreprises financières, via leur comité d'audit, apporteront sans aucun doute une attention toute particulière à ces systèmes de contrôle interne et de gestion des risques (58).

2. *Audit interne*

69. — La Loi Audit prévoit que si une fonction d'audit interne a été mise en place, ce que recommande le Code GE aux sociétés cotées (disposition 5.2/17) et ce qu'imposent les lois de contrôle aux entreprises financières (59), c'est au comité d'audit d'assurer le suivi de cet audit interne. Pour ce faire, le comité d'audit doit examiner le programme de travail de l'auditeur interne en tenant compte de la complémentarité entre la fonction de l'audit interne et celle de l'audit externe et les rapports d'audit interne ou un résumé périodique de ceux-ci doivent être adressés au comité d'audit (disposition 5.2/18).

70. — Le comité d'audit doit également contrôler l'efficacité de l'audit interne.

Le Code GE précise que ce contrôle est, entre autres, exercé par la formulation de recommandations sur la sélection, la nomination, la reconduction et la révocation de l'auditeur interne et sur le budget alloué à l'audit interne et qu'en outre, c'est au

(56) High-level Committee on a new financial architecture, *Interim Report*, 23 février 2009 («rapport LAMFALUSSY»).

(57) The High-Level Group on Financial Supervision in the EU, *Rapport*, Bruxelles, 25 février 2009 («rapport DE LAROSIÈRE»).

(58) Voir à cet égard l'analyse intéressante développée par Marc van der Haegen en ce qui concerne les organes de décisions dans les entreprises bancaires, entre autres à la lumière de la Loi Audit, in M. VAN DER HAEGEN, «Les organes de décision dans les entreprises bancaires et la gouvernance d'entreprise», *J.T.*, 2009, liv. 6359, pp. 472-478.

(59) Les lois de contrôle prévoient que la structure de gestion et l'organisation des entreprises financières doivent être appropriées aux activités et services qu'elles vont exercer. Elles doivent disposer d'un contrôle interne adéquat et instaurer des fonctions d'audit interne, de *compliance* et de gestion des risques appropriées. Voir l'article 20 de la Loi du 22 mars 1993, l'article 62 de la Loi du 6 avril 1995, l'article 153 de la Loi du 20 juillet 2004 et l'article 14bis de la Loi du 9 juillet 1975.

comité d'audit d'examiner dans quelle mesure le management tient compte des conclusions et des recommandations du comité (disposition 5.2/19).

Nous nous attendons à ce que les sociétés cotées et les entreprises financières analysent avec plus d'attention encore que par le passé le suivi et l'efficacité de l'audit interne qu'elles auront mis en place.

C) Suivi du contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés

71. — Le comité d'audit est chargé du suivi du contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés, en ce compris le suivi des questions et recommandations formulées par le commissaire et, le cas échéant, par le réviseur d'entreprises.

Le comité d'audit devient donc l'interlocuteur privilégié du ou des commissaire(s). Cela s'explique, entre autres, par le fait que le comité d'audit disposera de l'expérience et des connaissances techniques qui lui permettront d'apprécier le contrôle qui sera effectué par le commissaire sur les états financiers.

72. — Le Code GE recommande d'ailleurs que le comité d'audit rencontre le commissaire au moins deux fois par an afin de partager leur avis quant à toute question qui serait posée dans le cadre du contrôle des comptes (disposition 5.2/29).

Ces rencontres auront vraisemblablement lieu lors du contrôle des comptes annuels et semestriels mais il est recommandé que le comité d'audit soit régulièrement en contact avec le commissaire pour discuter de toute question qui pourrait être soulevée en ce qui concerne le contrôle en général. Le comité d'audit est d'ailleurs informé du programme de travail du commissaire et il reçoit en temps utile des informations concernant toute question mise en évidence par l'audit (disposition 5.2/16).

73. — Le Code GE précise que c'est au conseil d'administration que revient la responsabilité de superviser les performances du commissaire, en prenant en considération le contrôle et la supervision qui ont été effectués par le comité d'audit (disposition 1.3).

D) Examen et suivi de l'indépendance du commissaire, en particulier en ce qui concerne la fourniture de services complémentaires

74. — Le comité d'audit devra, en tant qu'interlocuteur privilégié du commissaire, veiller à ce que le commissaire agisse en toute indépendance, en particulier en ce qui concerne la fourniture de services complémentaires à la société. Comme nous le verrons plus loin, les critères d'indépendance du commissaire ont été renforcés par la Loi Audit (voir §125).

Le Code GE prévoit également que c'est au comité d'audit d'assurer l'indépendance du commissaire. Pour ce faire, le commissaire doit confirmer annuellement et par écrit au comité d'audit cette indépendance et lui fournir un rapport décrivant toutes les relations existant avec la société et son groupe (dispositions 5.2/22-23).

C'est également au comité d'audit de formuler des recommandations au conseil d'administration sur la sélection, la nomination et la reconduction du commissaire et les conditions de son engagement et cette proposition devra être ajoutée à l'ordre du jour de l'assemblée générale des actionnaires appelée à se prononcer sur cette nomination (dispositions 5.2/20-21 et art. 130 et 533 du code des sociétés).

§2. — Tâches supplémentaires

A) Relations avec le conseil d'administration

75. — Le comité d'audit doit faire régulièrement rapport au conseil d'administration sur l'exercice de ses missions, au moins lors de l'établissement par celui-ci des comptes annuels, des comptes consolidés et, le cas échéant, des états financiers résumés destinés à être publiés.

76. — Le commissaire devra également faire rapport au comité d'audit sur les questions importantes apparues dans l'exercice de sa mission de contrôle légal des comptes, en particulier quant aux faiblesses significatives du contrôle interne du processus d'information financière.

Il va de soi que le comité d'audit devra relayer les informations reçues du commissaire au conseil d'administration en lui

proposant, le cas échéant, les solutions qu'il estime pouvoir lui proposer eu égard à ses connaissances techniques.

77. — Le conseil d'administration, à qui le comité d'audit fera donc régulièrement rapport, devra faire preuve d'une attention particulière dans le contrôle du fonctionnement de ce comité.

Le Code GE 2009 précise à cet égard (i) que c'est en effet au conseil d'administration de surveiller et revoir l'efficacité des comités créés au sein de la société, dont le comité d'audit (disposition 1.3) et (ii) que le conseil doit évaluer la performance de ces comités de manière régulière, à savoir au moins tous les deux ou trois ans (disposition 4.11).

B) Certification des rapports financiers à charge des personnes responsables au sein de la société

78. — Les personnes responsables au sein d'une société cotée doivent, depuis l'entrée en vigueur de l'Arrêté Royal Information, certifier les rapports financiers tant annuels (art. 12, §2), semestriels (art. 13, §2), que trimestriels (art. 14, §2). Ils doivent à cet égard déclarer que, à leur connaissance, (i) les états financiers, établis conformément aux normes comptables applicables, donnent une image fidèle⁽⁶⁰⁾ du patrimoine, de la situation

(60) La déclaration doit notamment porter sur l'«image fidèle». Cette notion d'image fidèle est définie dans la norme IAS 1 (§15) comme étant une «représentation fidèle des effets des transactions, autres événements et conditions selon les définitions et les critères de comptabilisation des actifs, des passifs, des produits et des charges exposés dans le *Cadre*». L'application des IFRS, accompagnée de la présentation d'informations supplémentaires lorsque nécessaire, est présumée conduire à des états financiers qui donnent une image fidèle. Pour rappel, depuis le 1^{er} janvier 2005, toutes les sociétés cotées de l'Union européenne sont tenues d'appliquer les normes comptables internationales dans la préparation de leurs comptes consolidés (voir le règlement européen du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales). Les normes comptables internationales dites «*International Accounting Standards*» (IAS) sont adoptées par l'organisme international de normalisation comptable, l'«*International Accounting Standards Board*» (IASB). Ces règles communes ont été renommées «*International Financial Reporting Standards*» (IFRS). L'arrêté royal du 18 janvier 2005 relatif à l'application des normes comptables internationales, publié au *Moniteur belge* du 9 février 2005, pp. 4476 et s., a repris l'obligation pour les sociétés cotées d'établir leurs comptes annuels consolidés selon les normes IAS/IFRS, adoptées au niveau européen et a permis leur application à l'établissement des comptes annuels consolidés des sociétés non cotées. Les établissements de crédit et les entreprises d'assurance doivent également appliquer ces normes. Pour

financière et des résultats de l'émetteur et des entreprises comprises dans la consolidation et que (ii) le rapport de gestion contient les informations exigées, à savoir, en ce qui concerne le rapport de gestion annuel, que celui-ci contient un exposé fidèle sur l'évolution des affaires, les résultats et la situation de l'émetteur et des entreprises comprises dans la consolidation, ainsi qu'une description des principaux risques et incertitudes auxquels ils sont confrontés (61).

79. — Pour ce faire, les personnes responsables doivent veiller à ce qu'un travail minutieux de collecte d'information soit effectué, avec la création éventuelle de comités d'information. Elles s'assurent d'une collaboration étroite avec le commissaire et les membres du comité d'audit et il est recommandé que des procédures formelles et efficaces de traitement et de contrôle des résultats financiers soient instaurées.

80. — La notion de personnes responsables au sein de la société est particulièrement large. Elle couvre non seulement les administrateurs mais également les membres du comité d'audit, le directeur exécutif (*chief executive officer* ou «CEO») ou le directeur financier (*chief financial officer* ou CFO).

Les personnes physiques responsables qui effectuent la déclaration doivent être identifiées par leurs noms et fonctions.

La déclaration est effectuée sous la responsabilité de l'émetteur et donc de son conseil d'administration (62).

§3. — *Relations avec le ou les commissaire(s)*

81. — La Loi Audit vise aussi à harmoniser, sans cependant que l'harmonisation ne soit totale, les exigences en matière de contrôle légal des comptes.

plus d'information, voir H. LAMON et A. VAN BAVEL, «IAS/IFRS pour les comptes sociaux de toutes les sociétés belges?», *DAOR*, 2006, liv. 80, pp. 348-383.

(61) La notion de «description des principaux risques et incertitudes auxquels les sociétés sont confrontées» vise la notion reprise aux articles 96 et 119 du code des sociétés.

(62) Il est donc conseillé au management de veiller à ce que la police d'assurance responsabilité des dirigeants souscrite par l'émetteur à leur profit couvre bien la responsabilité éventuelle qui pourrait résulter de la déclaration de certification.

Elle instaure également certains liens entre le commissaire et le comité d'audit. Ces liens concernent tant le rôle du comité d'audit dans le cadre de la nomination (voir §111), démission et révocation (voir §114) des commissaires, que dans l'octroi de certaines tâches supplémentaires aux commissaires (voir §121).

Le comité d'audit, qui est le lieu idéal où le dialogue entre la société et son commissaire peut intervenir, doit donc régulièrement rencontrer ce dernier pour discuter de tout problème qui aurait été mis en évidence dans le processus d'audit. Il est recommandé par le Code GE que cette rencontre ait lieu au moins deux fois par an (disposition 5.2/29).

SECTION 4. — FRÉQUENCES DES RÉUNIONS DU COMITÉ D'AUDIT

82. — Le Code GE 2009 recommande que le comité d'audit se réunisse au moins quatre fois par an. Dans la version 2004, la fréquence recommandée des réunions du comité d'audit était de trois par an.

De nombreuses critiques ont été formulées par certaines sociétés à l'encontre de la fixation d'un nombre minimum de quatre réunions au motif que ce nombre serait trop élevé. Cependant, les sociétés cotées doivent établir et publier leur information financière sur une base trimestrielle (art. 14 de l'Arrêté Royal Information) et le rôle du comité d'audit étant, entre autres, d'assurer le suivi du processus d'élaboration de l'information financière (art. 526bis 4 du code des sociétés, disposition 5.2/8 du Code GE, voir ci-dessus, §48), un nombre minimum de quatre réunions par an nous paraît raisonnable.

SECTION 5. — QUELQUES RÈGLES DE BON FONCTIONNEMENT DU COMITÉ D'AUDIT

83. — Le Code GE (Annexe C) précise certaines mesures, autres que celles mentionnées ci-avant, qui contribuent au bon fonctionnement du comité d'audit.

Ainsi, le comité d'audit, comme tout autre comité du conseil, doit après chaque réunion faire rapport au conseil sur ses conclusions et recommandations.

Le comité d'audit doit adopter un règlement d'ordre intérieur, prévoyant par exemple l'établissement d'un procès-verbal de la délibération et des décisions prises lors de ses réunions, qu'il doit revoir régulièrement (au moins tous les deux ou trois ans) (Code GE, disposition 5.2/28).

Le comité d'audit doit disposer d'une expertise collective dans le domaine des activités de l'établissement financier, ainsi que dans celui de la gestion financière, du *reporting* financier, de la comptabilité et de l'audit. Comme nous l'avons déjà indiqué, la Loi Audit n'a imposé cette compétence collective que pour les entreprises financières et n'a pas étendu cette obligation aux sociétés cotées, mais tant la CBFA que le Code GE recommandent des compétences tant individuelles que collectives pour les sociétés cotées.

En outre, il est possible, voire recommandé dans certaines circonstances, que le comité d'audit fasse appel à des experts ou conseillers externes pour l'une ou l'autre question spécifique. Le Code GE prescrit à cet égard que les comités du conseil d'administration, en ce compris les comités d'audit, sont habilités à demander des conseils professionnels externes aux frais de la société, après en avoir informé le président du conseil d'administration (disposition 5.6).

CHAPITRE III. — Administrateur indépendant

84. — Une des modifications fondamentales de la Loi Audit est la nouvelle définition de l'administrateur indépendant qu'elle instaure afin d'aligner la définition reprise dans l'article 526^{ter} du code des sociétés (63) sur le meilleur standard existant en la matière au niveau européen (64).

L'administrateur indépendant doit dorénavant répondre à au moins aux neuf critères que nous décrivons dans la première section ci-dessous (voir §§85 et s.).

(63) En ce qui concerne les sociétés européennes cotées, la nouvelle définition est reprise à l'article 913^{ter} du code des sociétés.

(64) Les critères sont inspirés des dispositions de la Recommandation.

La Loi Audit impose également aux sociétés cotées et aux entreprises financières de motiver la décision de nomination de leurs administrateurs indépendants. Nous décrirons brièvement cette nouvelle obligation de motivation dans une deuxième section (voir §§105 et s.).

Nous clôturerons le présent chapitre par quelques réflexions quant à la nouvelle notion d'administrateur indépendant introduite par la Loi Audit dans le code des sociétés (voir §§107 et s.).

SECTION 1. — NOUVEAUX CRITÈRES D'INDÉPENDANCE

85. — La nouvelle notion d'administrateur indépendant s'applique tant à l'administrateur appelé à siéger au sein du comité d'audit de la société (nouvel art. 526*bis* du code des sociétés) que dans le cadre des conflits d'intérêts concernant des opérations intra-groupes (art. 524 du code des sociétés).

En outre, le Code GE recommande que toute société cotée nomme au moins trois administrateurs indépendants (65) qui devront dorénavant répondre aux critères définis dans l'article 526*ter* du code des sociétés (disposition 2.3 et Annexe A).

§1. — *Premier critère — Incompatibilité avec des fonctions exécutives*

86. — Le premier critère est lié à l'incompatibilité d'exercice de fonctions exécutives avec le mandat d'administrateur indépendant.

L'administrateur indépendant ne peut pas avoir exercé de fonction exécutive (66) durant une période de cinq années précédant sa nomination, et ce, tant au sein de la société qu'auprès d'une société ou personne liée à celle-ci au sens de l'article 11 du code des sociétés.

(65) Notons qu'à notre connaissance, la quasi-totalité des sociétés du Bel-20 ont nommé au moins trois administrateurs indépendants, conformément à la recommandation du Code GE.

(66) Qu'il s'agisse d'un mandat de membre exécutif de l'organe d'administration ou une fonction de membre du comité de direction ou de délégué à la gestion journalière.

87. — Cette disposition s'inscrit dans la ligne de la Recommandation selon laquelle seules les fonctions de dirigeant effectif sont incompatibles avec un mandat d'administrateur indépendant, alors que l'article 524, §4, du code des sociétés, applicable aux opérations intra-groupes, rendait incompatible le mandat d'administrateur indépendant avec tout mandat d'administrateur (exécutif ou non).

La période d'incompatibilité est en outre portée à cinq ans, alors qu'elle n'était au préalable que de deux ans.

§2. — *Second critère* —

*Limitation du nombre de mandats successifs
en tant qu'administrateurs non exécutifs*

88. — Le second critère a trait à la limitation du nombre de mandats successifs que l'administrateur non exécutif peut exercer pour être considéré comme indépendant.

L'administrateur indépendant ne peut pas avoir siégé au conseil d'administration en tant qu'administrateur non exécutif pendant plus de trois mandats successifs, sans que cette période puisse excéder douze ans.

89. — Il s'agit d'un nouveau critère instauré par la Loi Audit. Il est en effet craint que par le renouvellement successif d'un mandat d'administrateur au sein de la même société, l'indépendance de l'administrateur soit mise en question et le nombre de mandats que celui-ci peut exercer est donc limité à trois, sans toutefois que la durée totale de ses mandats successifs puisse excéder douze ans.

Notons que ce critère ne vise que les mandats d'administrateurs non exécutifs au sein de la société et non au sein d'une société liée.

§3. — *Troisième critère* —

*Limitation liée à l'emploi
en tant que personnel de direction*

90. — Le troisième critère limite la possibilité d'être considéré comme indépendant lorsque l'administrateur a exercé une position au sein du personnel de direction en tant qu'employé, tant

au sein de la société qu'au sein de son groupe (67), durant une période de trois années précédant sa nomination.

91. — La notion de «cadre» qui était prévue à l'article 524, §4, alinéa 2, 1^o, du code des sociétés n'était pas définie.

La Loi Audit fait dorénavant référence à la notion de personnel de direction de la société au sens de l'article 19, 2^o, de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie (68), notion qui a été jugée plus appropriée. Cette notion fait en effet l'objet d'une définition légale plus précise que celle de cadre et semble mieux répondre aux exigences de la pratique (69).

Le délai d'attente imposé entre le moment où une personne exerce une position au sein du personnel de direction en tant qu'employé et la nomination de cette personne en qualité d'administrateur indépendant est portée à trois ans par la Loi Audit, alors qu'il était de deux ans préalablement.

§4. — *Quatrième critère —*
Rémunération ou autre avantage significatif
de nature patrimoniale

92. — Pour être considéré indépendant, l'administrateur ne doit pas recevoir ou avoir reçu de rémunération ou un autre avantage significatif de nature patrimoniale de la société ou d'une société ou personne liée à celle-ci, en dehors des tantièmes et honoraires éventuellement perçus comme membre non exécutif de l'organe de gestion ou membre de l'organe de surveillance, tel qu'un jeton de présence (70).

(67) Soit au sein d'une société ou d'une personne liée à celle-ci au sens de l'article 11 du code des sociétés.

(68) Par notion de personnel de direction au sens de l'article 19, 2^o, de la loi du 20 septembre 1948, il y a lieu d'entendre les personnes chargées de la gestion journalière de l'entreprise qui ont pouvoir de représenter et d'engager l'employeur, ainsi que les membres du personnel directement subordonnés à ces personnes, lorsqu'ils remplissent également des missions de gestion journalière.

(69) La Recommandation exclut que tout salarié (sauf si le salarié concerné ne fait pas partie de l'encadrement supérieur et a été nommé au conseil d'administration dans le cadre d'un régime de représentation des travailleurs) puisse être nommé administrateur indépendant, ce qui a été estimé être une limitation trop large pour être retenue en droit belge.

(70) Voir la note de bas de page n^o 21, dans laquelle nous décrivons brièvement les principaux changements apportés à la rémunération des administrateurs par le Code G.E. Notons, en ce qui concerne la rémunération des

93. — Il s'agit d'un nouveau critère d'indépendance instauré par la Loi Audit sans qu'aucune limitation de temps ne soit prévue quant à l'application de ce critère dans le passé.

En d'autres termes, si un administrateur a été rémunéré dans le passé ou s'il a reçu un quelconque avantage patrimonial, qui doit cependant être significatif, que ce soit par la société ou par une société liée, il ne pourra être indépendant au sens de l'article 526^{ter} du code des sociétés.

Les travaux préparatoires de la Loi Audit précisent à cet égard que des prestations fixes perçues dans le cadre d'un régime de retraite au titre d'une occupation d'employé dans la société ne tombent cependant pas dans le champ d'application de la disposition.

§5. — *Cinquième critère —
Participations directes ou indirectes*

94. — L'administrateur ne peut pas détenir directement ou indirectement (71) plus de 10 % du capital, du fonds social ou d'une catégorie d'actions de la société.

Ce critère, déjà prévu à l'article 524, §4, 3^o, ancien du code des sociétés, a été jugé préférable au critère du «contrôle» prévu par la Recommandation.

administrateurs non exécutifs, que le Code GE recommande que celle-ci ne soit pas liée à la performance de la société, que ce soit par l'octroi de bonus ou par des formules d'intéressement à long terme telles que des options sur actions (disposition 7.7). Il est dommage que le Code GE maintienne cette recommandation qui existait déjà dans la version 2004 car l'objectif poursuivi par le Code GE est de contribuer à la création de valeur à long terme (section 2 du préambule) et l'octroi de plans d'intéressement à long terme aux administrateurs, qu'ils soient exécutifs ou non, nous semble raisonnable à la lumière de cet objectif.

(71) Des dispositions particulières sont prévues en ce qui concerne la participation indirecte de l'administrateur dans la société. Ainsi, si l'administrateur détient des droits sociaux qui représentent une quotité inférieure à 10 %, par l'addition de ces droits sociaux avec ceux détenus dans la même société par des sociétés dont l'administrateur indépendant a le contrôle, ces droits sociaux ne peuvent atteindre 1/10^{ème} du capital, du fonds social ou d'une catégorie d'actions de la société ou les actes de disposition relatifs à ces actions ou l'exercice des droits y afférents ne peuvent être soumis à des stipulations conventionnelles ou à des engagements unilatéraux auxquels le membre indépendant de l'organe d'administration a souscrit. De plus, l'administrateur indépendant ne peut représenter en aucune manière un actionnaire rentrant dans les conditions de l'article 526^{ter}, §2, 5^o, du code des sociétés.

Il ne s'applique qu'au capital, fonds social ou catégorie d'actions de la société et non à ceux d'une société liée.

§6. — *Sixième critère* —
Relations d'affaires importantes
directes ou indirectes

95. — L'administrateur ne peut pas entretenir, ni avoir entretenu au cours du dernier exercice social, une relation d'affaires significative avec la société ou une société ou personne liée à celle-ci, que ce soit directement, ou que ce soit en qualité d'associé, d'actionnaire, de membre de l'organe de gestion ou de membre du personnel de direction (72) d'une société ou d'une personne entretenant une telle relation d'affaires importante.

96. — Il s'agit d'un nouveau critère introduit par la Loi Audit.

Ce critère fait, par exemple, référence à la situation d'un client ou fournisseur (de biens ou de services) important de la société, ou toute autre organisation ou personne ayant reçu des avantages significatifs ou des contributions importantes de la société ou de son groupe.

Si l'administrateur est en effet dans de tels liens d'affaires significatifs, il existe des risques que cet administrateur n'agisse pas en pleine indépendance et qu'il soit influencé lors de la prise de décisions par cette importante relation en cours ou récente. Dès lors, il ne pourra être considéré comme indépendant.

§7. — *Septième critère* —
Lien avec le commissaire

97. — Pour pouvoir être considéré comme indépendant, l'administrateur ne peut pas avoir été, au cours des trois dernières années, associé ou salarié du commissaire, actuel ou précédent, de la société ou d'une société ou personne liée.

Ce critère est également nouveau.

(72) Il s'agit de la même notion de personnel de direction que celle visée dans le troisième critère (voir §91).

98. — Ce critère doit être analysé à la lumière des dispositions de l'article 133 du code des sociétés et, plus particulièrement de l'article 133, §2, en vertu desquelles le commissaire ne peut accepter, ni dans la société qu'il contrôle ni dans une société liée, aucune autre fonction qui serait de nature à mettre en cause son indépendance (voir §§125-128).

§8. — *Huitième critère —
Incompatibilité du fait de fonctions
exercées dans d'autres sociétés*

99. — Ce nouveau critère vise la situation où l'administrateur d'une société fait partie, en tant qu'administrateur exécutif, du conseil d'administration d'une autre société dans laquelle un administrateur exécutif de la société concernée est administrateur non exécutif ou membre de l'organe de surveillance de la société.

Dans pareille situation, l'administrateur en question ne peut être considéré comme indépendant.

100. — Clarifions ce critère par un exemple.

M/M^{me} A est administrateur non exécutif de la société X et M/M^{me} B est administrateur exécutif de cette même société X.

En tant qu'administrateur non exécutif de la société X, M/M^{me} A exerce des tâches de contrôle sur la gestion de la société X, gestion exercée entre autres par M/M^{me} B.

L'indépendance de M/M^{me} A n'est pas garantie si M/M^{me} A exerce des tâches exécutives au sein d'une autre société Y et que M/M^{me} B exerce dans cette société Y des tâches (non exécutives) de contrôle de la gestion exercée entre autres par M/M^{me} A.

101. — Cette exigence est encore renforcée par le fait que les incompatibilités ne visent pas uniquement les mandats d'administrateurs mais également les «*autres liens importants avec les administrateurs exécutifs de la société*», tels que, par exemple, les liens existant dans le cadre d'un contrat de travail.

102. — Reprenons notre exemple de M/M^{me} A qui est administrateur non exécutif de la société X et de M/M^{me} B qui est administrateur exécutif de cette même société X (ci-dessus, §100).

Si M/M^{me} A est, par ailleurs, employé(e) de la société Y et que M/M^{me} B est administrateur de la société Y, M/M^{me} A ne pourra pas être considéré(e) comme administrateur indépendant au sein de la société X du fait des liens importants (relation de travail au sein de la société Y) existant avec M/M^{me} B, administrateur exécutif de la société X.

§9. — *Neuvième critère* —
Liens familiaux

103. — Enfin, pour pouvoir être considéré comme indépendant, l'administrateur ne doit pas avoir, que ce soit au sein de la société ou d'une société ou personne liée, ni conjoint ou cohabitant légal, ni parents ni alliés jusqu'au deuxième degré exerçant un mandat de membre de l'organe de gestion, de membre du comité de direction, de délégué à la gestion journalière ou de membre du personnel de direction (73) ou se trouvant dans un des autres cas définis dans les huit premiers critères (art. 526^{ter}, points 1° à 8°, du code des sociétés).

104. — Ce critère reprend, mais en l'élargissant à l'ensemble des cas visés par l'article 526^{ter}, le point 2° de l'article 524, §4, ancien, du code des sociétés relatif aux liens familiaux de nature à mettre en cause l'indépendance d'un administrateur.

Les personnes apparentées doivent dorénavant remplir elles-mêmes les critères d'indépendance appliqués à l'administrateur.

SECTION 2. — MOTIVATION DE LA DÉCISION
DE NOMINATION

105. — La décision de nomination d'un administrateur indépendant doit être motivée et mentionner explicitement les motifs sur la base desquels est octroyée la qualité d'administrateur indépendant.

Comme nous l'avons indiqué (voir ci-dessus, §52), le rapport de gestion établi annuellement par la société doit contenir non seulement une justification de la compétence en matière de

(73) Au sens de l'article 19, 2°, de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie.

comptabilité et d'audit d'au moins un membre du comité d'audit, par exemple, en mentionnant les diplômes ou l'expérience professionnelle de ce membre, mais également une justification de son indépendance.

En outre, l'ordre du jour d'une assemblée générale amenée à se prononcer sur la nomination d'un administrateur indépendant et les propositions de décision doivent mentionner les motifs sur la base desquels la qualité d'administrateur indépendant est octroyée.

106. — Les critères imposés par le nouvel article 526^{ter} du code des sociétés constituent les exigences minimales auxquelles l'administrateur doit répondre pour pouvoir être considéré comme indépendant.

Les statuts des sociétés cotées ou des entreprises financières pourraient prévoir des critères additionnels ou plus sévères. De plus, La Loi Audit prévoit que le Roi pourrait prévoir des critères supplémentaires ou plus sévères. Le cas échéant, le respect de ces critères devra également être justifié dans le rapport de gestion.

SECTION 3. — QUELQUES RÉFLEXIONS QUANT À LA NOUVELLE NOTION D'ADMINISTRATEUR INDÉPENDANT

107. — Les nouveaux critères en vertu desquels un administrateur peut être considéré comme indépendant permettent de viser un grand nombre de situations et ils sont donc beaucoup plus sévères que les critères qui existaient avant l'entrée en vigueur de la Loi Audit (74).

La Loi Audit reprend quasiment dans leur intégralité les critères d'indépendance contenus dans la Recommandation (75).

(74) Pour rappel, l'article 524 du code des sociétés prévoyait un comité de trois administrateurs indépendants pour apprécier, du point de vue de l'existence d'éventuels conflits d'intérêts, les décisions et opérations conclues avec des sociétés liées (opérations intra-groupes).

(75) Voir le rapport de la commission européenne du 13 juillet 2007, SEC(2007) 1021, sur l'application, dans les États membres, de la Recommandation concernant l'indépendance des administrateurs d'entreprise («*Report on the application by the Member States of the EU of the Commission Recommendation on the role of non-executive or supervisory directors of listed companies and on the committees of the (supervisory) board*»).

108. — Nous approuvons l'initiative du gouvernement qui a estimé qu'il serait peu opportun que deux notions différentes d'administrateur indépendant soient insérées dans le code des sociétés. Les nouveaux critères de l'article 526*ter* du code des sociétés s'appliquent donc pour déterminer si un administrateur peut être qualifié d'indépendant, que ce soit en vue de siéger dans le comité d'audit de la société (nouvel art. 526*bis* du code des sociétés) ou dans le cadre des conflits d'intérêts concernant des opérations intra-groupes (art. 524 du code des sociétés).

109. — Nous approuvons également le renvoi qui est fait dans le Code GE aux nouveaux critères de l'article 526*ter* du code des sociétés pour définir les administrateurs indépendants (disposition 2.3 et Annexe A).

Le Code GE dans sa version 2004 contenait une définition distincte de celle contenue dans l'article 524 ancien du code des sociétés, ce qui créait des difficultés pratiques pour les sociétés qui souhaitaient respecter tant le code des sociétés que le Code GE.

Le Code GE 2009 uniformise la définition de l'administrateur indépendant, ce qui en facilitera l'application.

110. — Comme nous l'avons déjà souligné (voir ci-dessus, §31), la Loi Audit a prévu des dispositions transitoires pour donner le temps aux sociétés cotées et aux entreprises financières de s'adapter à la nouvelle définition de l'administrateur indépendant (76).

Ce n'est donc qu'à partir du 1^{er} juillet 2011 au plus tard que tous les administrateurs indépendants devront répondre aux nouveaux critères énoncés ci-dessus, même si, bien évidemment, il est recommandé de ne pas attendre la dernière minute pour appliquer ces critères.

(76) L'Annexe A du Code GE reprend ces dispositions transitoires (2.4/2-3).

CHAPITRE IV. — Commissaire

SECTION 1. — NOMINATION DU COMMISSAIRE

111. — Le principe est que toute société est tenue de nommer un commissaire (77).

Les petites sociétés au sens de l'article 15 du code des sociétés (78) peuvent ne pas nommer de commissaire à condition de ne pas être cotées sur un marché réglementé, ni de faire partie d'un groupe qui est tenu d'établir et de publier des comptes annuels consolidés (79), auquel cas, un commissaire ayant la qualité de membre de l'Institut des réviseurs d'entreprises devra être désigné.

Un commissaire doit dans tous les cas être nommé si le nombre de travailleurs dépasse 100 en moyenne annuelle. Dans ces sociétés, un conseil d'entreprise doit être établi et une procédure spéciale doit être suivie pour la nomination du commissaire (art. 156 et s. du code des sociétés).

(77) Cette obligation ne s'applique cependant pas, conformément à l'article 141 du code des sociétés, aux sociétés en nom collectif, aux sociétés en commandite simple et aux sociétés coopératives à responsabilité illimitée dont tous les associés à responsabilité illimitée sont des personnes physiques, aux groupements d'intérêt économique dont aucun membre n'est lui-même soumis au contrôle par un commissaire et aux sociétés agricoles.

(78) Les sociétés qui, pour le dernier et l'avant-dernier exercices, dépassent deux des critères mentionnés ci-après, sont obligées de nommer un ou plusieurs commissaire(s) membre(s) de l'Institut des réviseurs d'entreprises : (a) chiffre d'affaires annuel (hors TVA) : 7.300.000 EUR; (b) total du bilan : 3.650.000 EUR; (c) nombre de travailleurs occupés en moyenne annuelle : 50. Ces critères n'étant pas calculés sur une base consolidée, les petites sociétés au sens de l'article 15 du code des sociétés ne sont pas tenues de désigner un commissaire pour le contrôle de leurs comptes annuels.

(79) Nous attirons l'attention du lecteur sur cette exception à la possibilité pour une petite société de ne pas nommer de commissaire. Le praticien est, en effet, souvent confronté à la constitution de petites sociétés *ad hoc* ou «*special purpose vehicle*» (SPV) dans le cadre de transactions (financement, fusion ou acquisition, etc.). Ces petites sociétés doivent souvent nommer un commissaire alors qu'elles sont des petites sociétés au sens de l'article 15 du code des sociétés car elles font partie d'un groupe de sociétés qui est tenu de préparer et de publier des comptes consolidés en vertu du droit qui lui est applicable. Nous constatons que cette obligation de nommer un commissaire est souvent ignorée en pratique, raison pour laquelle nous avons estimé opportun de la rappeler.

Le commissaire doit par ailleurs être agréé lorsqu'il contrôle une entreprise financière (80).

112. — Au cas où aucun commissaire ne serait nommé, chaque actionnaire dispose, nonobstant toute disposition contraire des statuts, du droit individuel d'investigation et de contrôle revenant au commissaire.

Il peut se faire représenter par un expert-comptable. La rémunération de cet expert-comptable incombe à la société s'il a été désigné avec son accord ou si elle a été mise à sa charge par une décision judiciaire.

113. — La Loi Audit prévoit une formalité additionnelle quant à la nomination du commissaire au sein des sociétés cotées et des entreprises financières qui sont tenues de constituer un comité d'audit.

La proposition de l'organe de gestion relative à la nomination du commissaire doit être émise sur proposition du comité d'audit (nouvel art. 130, alinéa 2, du code des sociétés introduit par l'art. 11 de la Loi Audit) et la proposition de nomination doit être transmise au conseil d'entreprise pour information dans les sociétés au sein desquelles un conseil d'entreprise est établi (nouvel art. 156, alinéa 2, du même code, introduit par l'art. 12 de la Loi Audit).

La proposition du comité d'audit relative à la nomination du commissaire de la société devra, en outre, être mentionnée dans l'ordre du jour de l'assemblée générale (nouvel art. 533, dernier alinéa, du code des sociétés).

SECTION 2. — DÉMISSION ET RÉVOCATION DU COMMISSAIRE

114. — Le principe, qui était d'ores et déjà d'application avant la Loi Audit, est que les commissaires sont nommés pour un terme de trois ans renouvelable (art. 135 du code des sociétés).

(80) Voir l'article 52 de la Loi du 22 mars 1993, l'article 96 de la Loi du 6 avril 1995, les articles 83, §2, et 190 de la Loi du 20 juillet 2004, l'article 39 de la Loi du 9 juillet 1975 et le règlement du 21 février 2006 de la CBFA concernant l'agrément des réviseurs et des sociétés de réviseurs.

Le but de cette disposition est, bien évidemment, de garantir l'indépendance du commissaire qui est tenu d'exercer son mandat pendant un terme fixe de trois ans (81).

§1. — *Démission du commissaire*

115. — La Loi Audit remplace l'ancien article 135 du code des sociétés par un nouvel article qui reprend le principe existant préalablement selon lequel les commissaires ne peuvent, sauf motifs personnels graves (82), démissionner en cours de mandat que lors d'une assemblée générale et qu'après lui avoir fait rapport par écrit sur les raisons de leur démission.

§2. — *Révocation du commissaire*

116. — Les commissaires ne peuvent en outre être révoqués en cours de mandat que pour justes motifs par l'assemblée générale et ce sous peine de dommages-intérêts.

117. — La pratique enseigne que les justes motifs sont des circonstances propres au commissaire en raison desquelles les actionnaires ne peuvent plus lui octroyer leur confiance.

Ainsi, par exemple, le fait de délaisser son mandat pour cause de maladie peut constituer un juste motif de révocation du commissaire.

Par contre, la modification de l'actionnariat de la société (en cas d'acquisition par un groupe de sociétés d'un autre groupe) ou l'inclusion de la société dans le périmètre de consolidation d'une

(81) Cette disposition doit être interprétée de manière à ce que le commissaire soit appelé à faire rapport sur trois exercices annuels successifs. Il est dès lors possible que le commissaire soit nommé pour une durée inférieure ou supérieure à trois ans au sens calendrier du terme. Par exemple, lors de la constitution d'une société, le premier exercice social est souvent un exercice raccourci (par exemple, un exercice social de 10 mois) ou allongé (par exemple, un exercice social de 14 mois) et le mandat du commissaire portera sur trois exercices sociaux consécutifs, en ce compris, le cas échéant, l'exercice raccourci ou allongé.

(82) Les motifs personnels graves sont des motifs liés à la personne du commissaire, par exemple, en cas de maladie, et non des motifs liés à sa mission dans la société contrôlée.

autre société-mère ne sont pas des justes motifs de révocation d'un commissaire (83).

Ce qui est nouveau dans l'article 135 du code des sociétés, c'est que la Loi Audit précise que ne constitue pas, en soi, un juste motif de révocation, le fait d'avoir des opinions divergentes sur un traitement comptable ou une procédure de contrôle.

§3. — *Procédure supplémentaire d'information
en cas de fin du mandat du commissaire
avant son terme*

118. — La Loi Audit impose une formalité additionnelle d'information dans le cas où le mandat du commissaire prend fin avant son terme.

Outre la procédure spécifique prévue par l'article 136 du code des sociétés dans les cas où le commissaire d'une société est révoqué (84) et par l'article 159 lorsque la société a un conseil d'entreprise (85), si un commissaire est révoqué, qu'il démis-

(83) En pratique, il arrive souvent que, suite à une acquisition, une société-mère souhaite que le contrôle des comptes annuels de sa filiale nouvellement acquise soit confié à un autre commissaire que celui nommé par cette société filiale (par exemple, pour que le commissaire soit identique pour toutes les sociétés du groupe et pour faciliter de ce fait les tâches de contrôle et limiter les coûts). En pareil cas, le commissaire accepte souvent, bien qu'il n'y soit pas légalement contraint, de remettre sa démission qui devra alors intervenir à l'occasion d'une assemblée générale et pour autant qu'il n'y ait pas d'interruption dans le contrôle de la filiale (et donc que le nouveau commissaire entre en fonction pour contrôler l'exercice social en cours).

(84) Si l'assemblée générale est appelée à délibérer sur la révocation d'un commissaire, l'inscription de cette question à l'ordre du jour doit être immédiatement notifiée à l'intéressé. Le commissaire peut faire connaître par écrit à la société ses observations éventuelles. Ces observations sont annoncées dans l'ordre du jour de l'assemblée générale et elles sont mises à la disposition des associés, conformément à l'article 535 du code des sociétés. Un exemplaire de ces observations est également transmis sans délai aux personnes qui ont accompli les formalités requises pour être admises à l'assemblée. La société peut par requête adressée au président du tribunal de commerce et notifiée préalablement au commissaire demander l'autorisation de ne pas communiquer aux associés les observations qui ne sont pas pertinentes ou qui sont de nature à nuire injustement au crédit de la société. Le président du tribunal de commerce entend la société et le commissaire en chambre du conseil et statue en audience publique. Sa décision n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel.

(85) Conformément à l'article 159 du code des sociétés, le commissaire ne peut être révoqué en cours de mandat que sur proposition ou avis conforme du conseil d'entreprise statuant à la majorité des voix émises par ses membres et à la majo-

sionne en cours de mandat ou qu'il est mis fin de commun accord à son mandat, tant la société contrôlée que le commissaire doivent informer le Conseil supérieur des professions économiques visé à l'article 54 de la loi du 22 avril 1999 relative aux professions comptables et fiscales (86), et exposer de manière appropriée les motifs sur lesquels sont basés la fin du mandat du commissaire.

119. — Le Conseil supérieur des professions économiques transmet alors, dans le mois, cette information aux différentes composantes du système de supervision publique belge, énumérées à l'article 43 de la loi du 22 juillet 1953 créant l'Institut des réviseurs d'entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises (87).

Le système de supervision publique a été instauré en Belgique suite à la Directive Audit en vertu de laquelle les Etats membres européens devaient mettre en place un système efficace de supervision publique de l'activité des contrôleurs légaux des comptes et des cabinets de révision.

C'est l'organe de supervision publique qui assume la responsabilité finale de la supervision des commissaires en Belgique. Le système de supervision publique en Belgique comprend : (i) le ministre en charge de l'économie (normes et normes d'audit); (ii) le procureur général (agrément et enregistrement); (iii) le Conseil supérieur des professions économiques (normes et normes

rité des voix émises par les membres nommés par les travailleurs. En cas de démission, le commissaire doit informer par écrit le conseil d'entreprise des raisons de sa démission.

(86) L'article 54 de la loi du 22 avril 1999 sur les professions comptables et fiscales prévoit que le Conseil supérieur des professions économiques a, entre autres, pour mission de contribuer à ce que les missions que la loi confie aux (ou à certaines catégories de) membres des professions économiques et les activités de ces professionnels soient exercées dans le respect de l'intérêt général et des exigences de la vie sociale. Cinq catégories de professionnels forment «les professions économiques» : les réviseurs d'entreprises, les experts-comptables, les conseils fiscaux, les comptables agréés et les comptables-fiscalistes agréés. Ces cinq professions relèvent de la compétence de trois Instituts : l'Institut des réviseurs d'entreprises (IRE), l'Institut des experts-comptables et des conseils fiscaux (IEC) et l'Institut professionnel des comptables et des fiscalistes agréés (IPCF).

(87) Loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des réviseurs d'entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises, coordonnée le 30 avril 2007, *Mon. b.*, 24 mai 2007, *Errat.*, *Mon. b.*, 10 juillet 2007.

d'audit); (iv) le Comité d'avis et de contrôle de l'indépendance du commissaire (avis relatifs à l'indépendance du commissaire par dérogation à la règle «one to one» et renvoi vers les instances disciplinaires concernant l'indépendance du commissaire); (v) la Chambre de renvoi et de mise en état (formation permanente, contrôle de qualité et systèmes d'enquête) et (vi) la Commission de discipline et la Commission d'appel (systèmes disciplinaires).

120. — Cette procédure d'information qui est la dernière concrétisation en droit belge de la mise en œuvre de la Directive Audit, apparaît particulièrement lourde dans les cas où le commissaire décide de démissionner ou qu'il est mis fin à son mandat de commun accord. Elle a cependant pour objectif de veiller à ce que toutes les instances composant l'organe de supervision publique soient informées des motifs liés à la fin de mandat du commissaire.

Le Code GE recommande à cet égard que le comité d'audit enquête sur les questions ayant conduit à la démission du commissaire et qu'il formule des recommandations quant à toute mesure qui s'impose suite à cette démission (disposition 5.2/27).

Les différentes composantes du système de supervision publiques recevront donc deux rapports, un du commissaire et un du conseil d'administration, dans lesquels les raisons pour lesquelles il est mis fin au mandat du commissaire seront exposées.

Il est possible que cette procédure d'information débouche sur des mesures disciplinaires ou pénales à charge des commissaires ou même des administrateurs. En effet, la Commission de discipline, informée des raisons pour lesquelles il a été mis fin au mandat du commissaire, pourrait prendre des sanctions à l'égard d'un commissaire qui aurait par exemple démissionné sans raisons estimées valables et le procureur général pourrait décider de mettre en œuvre une instruction à charge des administrateurs s'il devait s'avérer que le commissaire avait démissionné par exemple suite aux nombreuses infractions qu'il aurait relevées et pour lesquelles aucune suite n'aurait été réservée par le conseil d'administration.

SECTION 3. — TÂCHES SUPPLÉMENTAIRES
ATTRIBUÉES AUX COMMISSAIRES

121. — La Loi Audit impose quatre obligations à charge des commissaires des sociétés cotées (88) et des entreprises financières (établissements de crédit (89), compagnies d'assurances (90), entreprises d'investissement (91) et certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement (92)).

Outre l'obligation générale de faire rapport au comité d'audit, le commissaire doit communiquer les services additionnels fournis à la société, il doit confirmer son indépendance et il doit analyser les risques pesant sur son indépendance et les mesures de sauvegarde prises pour atténuer ces risques.

Ces tâches sont décrites ci-dessous.

§1. — *Obligation générale de rapport
au comité d'audit*

122. — En exécution du nouvel article 526bis, §5, du code des sociétés, le commissaire doit faire rapport (93) au comité d'audit (ou à l'organe d'administration, le cas échéant, pour les sociétés cotées ou les entreprises financières exemptes de l'obligation de constituer un comité d'audit) sur toutes les questions importantes apparues dans l'exercice de sa mission de contrôle légal des comptes (mission d'audit), et en particulier sur les faiblesses significatives du contrôle interne au regard du processus d'information financière.

(88) Un nouvel article 526bis, §6, est inséré dans le code des sociétés à cet égard.

(89) Paragraphe 2, dernier alinéa, de l'article 20 de la Loi du 22 mars 1993, tel que complété par l'article 3 de la Loi Audit.

(90) Dernier alinéa du nouvel article 14ter de la Loi du 9 juillet 1975, introduit par l'article 4 de la Loi Audit.

(91) Paragraphe 2, dernier alinéa, de l'article 62 de la Loi du 6 avril 1995, tel que complété par l'article 5 de la Loi Audit.

(92) Paragraphe 1^{er} de l'article 153 de la Loi du 20 juillet 2004, tel que complété par l'article 6 de la Loi Audit.

(93) L'article 526bis, §5, du code des sociétés s'applique sans préjudice des autres dispositions légales prévoyant des rapports ou avertissements du commissaire à des organes de la société. Par exemple, le commissaire doit rédiger chaque année un rapport écrit et circonstancié à propos des comptes annuels conformément aux articles 143 et 144 du code des sociétés, ou un rapport spécial écrit sur le projet de fusion, conformément à l'article 695 du code des sociétés.

123. — Cette obligation générale de faire rapport au comité d'audit ne doit cependant pas être interprétée comme étant constitutive d'une soumission du commissaire au comité d'audit ou, inversement, comme créant un contrôle du comité d'audit sur le commissaire. Le suivi de l'activité du commissaire et la discussion sur les matières de contrôle entre le comité d'audit et le commissaire ne peuvent en aucun cas porter préjudice à l'indépendance du commissaire et à l'efficacité de son contrôle.

§2. — *Communication des services additionnels rendus à la société par le commissaire*

124. — Le commissaire doit également communiquer chaque année au comité d'audit les services additionnels fournis à la société qu'il contrôle (nouvel article 526bis, §6, du code des sociétés).

Il y a lieu de s'interroger sur ce que couvre cette notion de services additionnels qui doivent dorénavant faire l'objet d'une communication au comité d'audit.

Nous sommes d'avis que la Loi Audit vise tant les prestations exceptionnelles, à savoir les missions confiées par le code des sociétés au commissaire qui ne tombent pas dans le champ d'application de la mission de contrôle qui lui est confiée (par exemple, la rédaction d'un rapport sur un projet de fusion conformément à l'article 695 du code des sociétés) que les missions particulières, à savoir celles qui ne sont pas détaillées dans le code des sociétés mais qui ne peuvent pas être de nature à mettre en cause l'indépendance du commissaire (par exemple, des missions de conseils fiscaux).

Ce devoir additionnel d'information à charge des commissaires se fera vraisemblablement dans le rapport établi annuellement par le commissaire conformément à l'article 143 du code des sociétés.

Notons que les honoraires du commissaire et de toute personne liée au commissaire en ce qui concerne les prestations exceptionnelles et les missions particulières doivent être mentionnés en annexe des comptes annuels (art. 134 du code des sociétés) (94).

(94) L'article 134 du code des sociétés avait été modifié par l'arrêté royal du 25 avril 2007 modifiant le code des sociétés en vue de la transposition des dispositions de la Directive Audit. Cet arrêté royal a été publié au *Moniteur belge* du 27 avril 2007. Avant la modification de l'article 134 du code des sociétés par

Cette obligation existait déjà avant l'entrée en vigueur de la Loi Audit mais cette dernière a pour mérite de préciser que c'est au commissaire qu'incombe la responsabilité de communiquer au comité d'audit les services additionnels fournis à la société.

§3. — *Confirmation de l'indépendance du commissaire*

A) *Indépendance du commissaire*

125. — La Loi Audit rappelle le principe selon lequel le commissaire doit, bien évidemment, être indépendant dans l'exercice de sa mission de contrôle (95).

L'article 133, §1, du code des sociétés précise à cet égard que si un commissaire se trouve dans des conditions susceptibles de mettre en cause l'indépendance de l'exercice de ses fonctions, il ne peut être nommé (96).

De plus, le commissaire devra veiller, en cours de mandat, à ne pas se trouver dans de telles conditions.

cet arrêté royal, les honoraires des commissaires pour les prestations exceptionnelles et les missions particulières devaient être mentionnés dans le rapport de gestion (art. 96 du code des sociétés).

(95) Pour une analyse de l'indépendance du commissaire, voir P. DE WOLF et M. DESIMPELAERE, «La réforme du contrôle des sociétés : un pas vers la confiance retrouvée», *J.T.*, 2009, pp. 741-750.; A. KILESE, «L'indépendance du commissaire à la lumière de la loi Corporate Governance», *Revue*, 2003, n° 6879, pp. 5 et s.; X. DIEUX ET D. WILLERMAIN, «Corporate Governance, La loi du 2 août 2002», *Les dossiers du Journal des tribunaux*, n° 46, Larcier, Bruxelles, 2004, pp. 89 et s.

(96) Nous n'analyserons pas les mesures relatives à l'indépendance du commissaire dans le cadre de la présente contribution. Pour plus de précisions quant aux obligations des commissaires en matière d'indépendance, voir les articles 183*bis* à 183*sexies* de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du code des sociétés, l'article 14 de la Loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des réviseurs d'entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises coordonnée le 30 avril 2007 (*Mon. b.*, 24 mai 2007, *Errat.*, *Mon. b.*, 10 juillet 2007), les articles 8 à 14 de l'arrêté royal du 10 janvier 1994 relatif aux obligations des réviseurs d'entreprises (*Mon. b.*, 18 janvier 1994) et l'arrêté royal du 26 avril 2007 organisant la surveillance et le contrôle de qualité et portant règlement de discipline des réviseurs d'entreprises (*Mon. b.*, 27 avril 2007). Notons cependant qu'en cas de doute quant à la comptabilité d'une prestation du commissaire avec l'indépendance de celui-ci dans l'exercice de ses fonctions, il est possible de demander le point de vue du Comité d'avis et de contrôle de l'indépendance du commissaire, compétent en application de l'article 133, §10, du code des sociétés.

B) *Dérogation à la règle du one-to-one*

126. — Le code des sociétés (art. 133, §5) prévoit, pour garantir l'indépendance du commissaire, que le commissaire et les personnes qui lui sont liées ne peuvent prester des services autres que les missions qui lui sont confiées par la loi, dans la mesure où le montant total des rémunérations afférentes à ces services dépasserait le montant total des émoluments qui lui ont été accordés par l'assemblée générale (règle dite du «one-to-one») (97).

La règle du *one-to-one* interdit donc à un commissaire d'accomplir des missions particulières si le montant des honoraires liés à ces prestations devait être supérieur au montant des honoraires du commissaire fixés par l'assemblée générale des actionnaires.

127. — La Loi Audit (98) offre la possibilité de déroger à la règle du *one-to-one* sur délibération favorable du comité d'audit prévu par la loi ou les statuts de la société concernée ou du comité d'audit d'une autre société qui la contrôle, si cette société est une société de droit belge ou une société constituée selon le droit d'un autre Etat membre de l'Union européenne ou de l'OCDE (et ce, afin de garantir que le comité d'audit de cette autre société réponde aux exigences minimales prescrites par les normes européennes).

Lorsque la société est tenue de constituer un comité d'audit en exécution de la Loi Audit, le comité d'audit est celui visé à l'article 526bis du code des sociétés.

Au cas où les fonctions du comité d'audit seraient exercées par le conseil d'administration dans son ensemble, l'approbation de l'administrateur indépendant (ou si plusieurs administrateurs

(97) Rappelons que c'est en effet à l'assemblée générale de fixer la rémunération des commissaires au début de leur mandat (article 134 du code des sociétés et article 158 si un conseil d'entreprise a été établi au sein de la société). Cette disposition s'applique pour le mandat de contrôle des comptes statutaires et, le cas échéant, consolidés mais pas pour les prestations exceptionnelles (à savoir les missions confiées par le code des sociétés au commissaire, par exemple la rédaction d'un rapport sur un projet de fusion conformément à l'article 695 du code des sociétés) ou les missions particulières qui sont de nature, le cas échéant, à mettre en cause l'indépendance du commissaire.

(98) Nouvel article 133, §6, du code des sociétés modifié par la Loi Audit et par la Loi du 9 février 2009.

indépendants sont nommés, de la majorité de ceux-ci) est nécessaire.

128. — La Loi Audit supprime donc la possibilité existant préalablement à son entrée en vigueur de créer un collège de commissaires indépendants l'un de l'autre qui pouvait décider de déroger à la règle du *one-to-one*. Le législateur a en effet décidé qu'il n'était pas nécessaire de maintenir cette possibilité de dérogation par un collège de commissaires indépendants dans la mesure où la création d'un comité d'audit offrait suffisamment de garantie quant à l'indépendance du commissaire pour que celui-ci soit chargé de se prononcer sur la possibilité de déroger à la règle du *one-to-one*.

C) Confirmation annuelle et étendue de l'indépendance du commissaire

129. — Le commissaire doit confirmer par écrit chaque année au comité d'audit son indépendance par rapport à la société qu'il contrôle (nouvel article 526bis, §6, du code des sociétés).

Cette indépendance s'applique non seulement aux réviseurs d'entreprises personnes physiques mais également aux cabinets auxquels ils appartiennent. En d'autres termes, ils doivent tous deux être indépendants vis-à-vis de la société contrôlée.

§4. — *Analyse des risques
quant à l'indépendance du commissaire
et mesures de sauvegarde*

130. — Le commissaire doit examiner avec le comité d'audit les risques pesant sur son indépendance et les mesures de sauvegarde prises pour atténuer ces risques (nouvel article 526bis, §6, du code des sociétés).

C'est donc en collaboration étroite avec le comité d'audit que la garantie de l'indépendance du contrôle de la société doit être revue.

§5. — *Tâches supplémentaires,
responsabilité accrue et plafond à la responsabilité
des commissaires*

131. — Des tâches supplémentaires sont donc attribuées aux commissaires par la Loi Audit et la multiplication de ces tâches va de pair avec un accroissement potentiel des griefs sur la base desquels la responsabilité des commissaires peut être engagée.

Il est en outre attendu que la crise économique et financière renforce l'attention des investisseurs sur la manière dont les sociétés sont contrôlées et une attention particulière sera donc réservée à l'exercice par les commissaires de leur mission de contrôle.

Il est opportun de rappeler à cet égard que depuis la loi du 23 décembre 2005 portant des dispositions diverses (99), la responsabilité des commissaires pour l'accomplissement de leurs missions dites légales, à savoir les missions qui leur sont réservées par la loi ou en vertu de celle-ci, est plafonnée, sauf en cas d'infraction commise avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, à un montant de trois millions d'euros en ce qui concerne l'accomplissement d'une de ces missions auprès d'une personne autre qu'une société cotée ou à un montant de douze millions d'euros en ce qui concerne l'accomplissement d'une de ces missions auprès d'une société cotée.

CHAPITRE V. — Vers une responsabilité
accrue des administrateurs?

132. — Nous assistons incontestablement à un accroissement de la responsabilité des administrateurs. Même si ni la Loi Audit ni le Code GE ne le consacrent explicitement, les dispositions législatives et réglementaires récentes (100) renforcent cette responsabilité.

(99) *Mon. b.*, 30 décembre 2005.

(100) La responsabilité des administrateurs est également indirectement renforcée par les nouvelles dispositions du code des sociétés introduites par l'arrêté royal du 8 octobre 2008 modifiant le code des sociétés conformément à la Directive 2006/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 modifiant la Directive 77/91/CEE du Conseil en ce qui concerne la constitution d'une société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, publié

Cette tendance visant à renforcer la responsabilité des administrateurs n'est pas nouvelle : les personnes responsables au sein d'une société cotée doivent par exemple, depuis l'entrée en vigueur de l'Arrêté Royal Information, certifier les comptes.

Elle est cependant incontestablement renforcée par les dispositions introduites par la Loi Audit.

133. — Ainsi, les administrateurs membres des comités d'audit se voient attribuer par la Loi Audit des tâches supplémentaires en ce qui concerne le contrôle du contenu de l'information publiée par la société et quant aux délais de publication de cette information. Ces tâches certes augmentent les garanties quant à l'établissement d'une information financière de qualité et contribuent à renforcer la confiance du public, mais elles augmentent également les griefs sur la base desquels la responsabilité des administrateurs peut être engagée.

Des tâches supplémentaires sont également attribuées aux administrateurs membres des comités d'audit en ce qui concerne la supervision des performances du commissaire, la vérification de son indépendance, ainsi qu'en ce qui concerne le suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques.

En outre, les conditions auxquelles un administrateur doit répondre pour pouvoir être indépendant sont sensiblement renforcées par la Loi Audit.

134. — Il ne fait aucun doute que les administrateurs membres du comité d'audit sont susceptibles d'engager leur res-

au *Moniteur belge* du 30 octobre 2008. Cet arrêté royal modifie les règles légales applicables aux apports et quasi-apports en nature, aux acquisitions d'actions propres et à l'assistance financière. En ce qui concerne les apports en nature, il est dorénavant possible, dans certains cas, par exemple lorsqu'un réviseur a récemment évalué les actifs à apporter, que le commissaire ne doit pas effectuer de rapport concernant les actifs apportés. Dans ces cas, une déclaration postérieure est obligatoire par laquelle les administrateurs vont établir que la valeur des biens apportés est au moins égale à la valeur des actions nouvellement émises et qu'aucune circonstance nouvelle ou exceptionnelle n'est intervenue depuis le moment où les actifs apportés ont été évalués. Nous assistons donc à un glissement de la responsabilité du commissaire vers celle des administrateurs. Le renforcement des obligations à charge des administrateurs accroît les risques de voir *in fine* leur responsabilité engagée. Pour plus d'information concernant cet arrêté royal, voir H. BRAECKMANS, «Versoepelingen in het Wetboek Vennootschappen : inbreng in natura, inkoop van eigen aandelen en financiële bijstand (K.B. van 8 oktober 2008)», *R. W.*, 2008-2009, liv. 39, pp. 1626-1633.

ponsabilité tant vis-à-vis de la société pour faute de gestion (art. 527 du code des sociétés) que vis-à-vis de la société et des tiers, tels que les actionnaires ou les créanciers, en cas de violation d'une disposition des statuts ou du code des sociétés (art. 528 du code des sociétés) (101) et en cas de faute dite «aquilienne» de droit commun (art. 1382 du code civil) (102).

135. — Lorsque le juge est appelé à examiner si la responsabilité des administrateurs peut être mise en cause, il doit vérifier l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre ce dommage et la faute.

Le juge doit apprécier la faute commise par le ou les administrateur(s) de manière marginale. Dans le cadre de cette appréciation marginale, le juge se réfère au comportement normalement prudent et diligent qu'aurait adopté tout administrateur de société placé dans les mêmes circonstances, sachant que plusieurs options sont généralement ouvertes à lui, dont certaines peuvent comporter plus de risques que d'autres mais sans que l'adoption des mesures plus risquées ne puisse nécessairement être considérée comme fautive.

L'appréciation du juge doit, en outre, être effectuée *a priori*, c'est-à-dire qu'il doit se placer au moment de l'acte ou de l'omission litigieux en tenant compte des éléments dont l'administrateur avait ou aurait dû avoir connaissance à ce moment pour déterminer si l'administrateur a commis une faute. Le juge ne peut donc pas prendre en considération les développements ultérieurs qui *a posteriori* auraient pu avoir une influence sur les décisions prises par les administrateurs, dans la mesure où ceux-ci n'avaient pas connaissance de ces développements au moment où a été adoptée la décision litigieuse.

(101) En cas de violation du code des sociétés ou des statuts, tous les administrateurs sont solidairement responsables des dommages et intérêts qui pourraient résulter de ces infractions. Pour les infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, les administrateurs ne peuvent être déchargés de leur responsabilité que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions lors de la première assemblée générale.

(102) D'autres fondements particuliers de responsabilité des administrateurs sont prévus par le code des sociétés, par exemple, en cas de conflit d'intérêts (art. 529 du code des sociétés) ou de faillite (art. 530 du code des sociétés) mais nous n'analyserons pas ces fondements dans la présente contribution.

136. — L'appréciation marginale *a priori* du comportement des administrateurs fait en sorte que les cas d'application de la responsabilité de ceux-ci restent difficiles à établir en pratique.

Nous concevons cependant aisément que la multiplicité des tâches attribuées aux administrateurs par la Loi Audit augmente les possibles manquements au code des sociétés. Il sera donc plus facile d'engager la responsabilité éventuelle de l'ensemble des administrateurs de la société concernée, membres ou non du comité d'audit, en cas de manquement à ces tâches.

En outre, les critères sur la base desquels la responsabilité des dirigeants d'entreprise sera appréciée sont indirectement renforcés par le Code GE, qui insiste également sur les tâches de supervision de l'efficacité des comités du conseil, dont le comité d'audit, et qui précise que le conseil d'administration a la responsabilité de l'exactitude et du caractère complet de la charte GE et de la déclaration GE de la société.

CHAPITRE VI. — Conclusion : Vers une meilleure gouvernance d'entreprise?

137. — Le constat inéluctable suite à l'analyse qui précède est la tendance actuelle visant au renforcement de la responsabilité des administrateurs.

Une autre tendance actuelle est l'amélioration des droits des actionnaires et l'imposition de certaines obligations à charge de ceux-ci (103). Etant donné que le Code GE est basé sur une approche «*comply or explain*», tous les actionnaires disposeront de l'information donnée par le conseil d'administration sur la manière dont celui-ci se conforme ou, le cas échéant, s'écarte des dispositions dudit Code et sur la manière dont la société est gouvernée. Un accent particulier est donc mis sur le dialogue qui doit être instauré et maintenu entre les actionnaires et l'organe d'administration de chaque société.

(103) Le Code GE précise par exemple que lorsqu'il existe un ou plusieurs actionnaire(s) de contrôle, qui disposent souvent d'un représentant au sein du conseil d'administration, ceux-ci doivent faire preuve d'une diligence particulière dans l'exercice de leurs droits afin d'user judicieusement de leur position et de ne pas en abuser au détriment des actionnaires minoritaires. Le Code précise cependant que c'est au conseil d'administration d'encourager les actionnaires de contrôle à respecter le Code GE (disposition 8.11).

138. — L'existence d'un dialogue transparent entre les actionnaires et le management d'une société est un élément fondamental pour une bonne gouvernance d'entreprise.

Le lieu de prédilection pour l'exercice de ce dialogue est, bien entendu, l'assemblée générale et il est attendu que la participation des actionnaires aux assemblées générales soit renforcée par les nouvelles dispositions qui devront être introduites dans notre droit positif suite à la Directive Actionnaires (104).

La participation accrue et active des actionnaires aux assemblées générales contribuera sans aucun doute à améliorer la gouvernance de l'entreprise.

139. — Les rôles du président et du secrétaire de la société sont particulièrement importants pour entretenir et promouvoir le dialogue entre les actionnaires et l'organe d'administration.

A cet égard, le Code GE 2009 confirme que c'est au président du conseil d'assurer la conduite de l'assemblée générale (disposition 8.9) et que c'est au secrétaire de la société, nommé par le conseil d'administration, de conseiller ce dernier sur toutes les matières relatives à la bonne gouvernance de la société (disposition 2.9) (105) et de veiller à ce qu'un flux d'information adéquat soit échangé entre le conseil d'administration et ses différents comités, dont le comité d'audit (106).

(104) Il est attendu que les actionnaires participent de plus en plus activement aux assemblées, y posent des questions ou proposent d'ajouter des points à l'ordre du jour. L'accès par les actionnaires à toute l'information soumise à l'assemblée générale en temps utile facilitera l'exercice du droit de vote des actionnaires, que ce soit par procuration, par vote électronique ou par correspondance. Nous encourageons à cet égard les mesures visant à moderniser le code des sociétés afin de permettre un meilleur exercice par les actionnaires de leurs droits et, entre autres, de leurs droits de vote, notamment en recourant à la technologie et aux moyens de participation électronique à l'assemblée générale.

(105) Sur le rôle du secrétaire général, voir F. VINCKE, «Le secrétaire général», *Legal tracks: Essays on contemporary corporate and finance law*, Bruylant, Bruxelles, pp. 289 et s.

(106) Le Code GE prévoit également que c'est au secrétaire d'assurer une information adéquate entre les administrateurs exécutifs et non exécutifs et que le secrétaire doit régulièrement faire rapport au conseil, sous la direction du président, quant à la manière dont les procédures et règles du conseil d'administration sont suivies et appliquées. Le règlement d'ordre intérieur du conseil d'administration doit décrire le rôle et les tâches du secrétaire.

140. — La Loi Audit et le Code GE contribueront donc, sans aucun doute, à la mise en œuvre d'une meilleure gouvernance au sein des sociétés, à tout le moins des sociétés cotées.

141. — Nous nous interrogeons cependant sur la manière dont la gouvernance des entreprises se trouvera améliorée si la tendance actuelle visant à renforcer la responsabilité des administrateurs continue.

Fort heureusement, la jurisprudence est généralement réticente à engager la responsabilité des administrateurs en dehors des cas de violation du code des sociétés ou des statuts, mais comme nous l'avons souligné, la multiplicité des tâches mises à charge des administrateurs ou de certains d'entre eux, tels que les administrateurs non-exécutifs ou indépendants au sein des comités d'audit, constitue des fondements potentiels nouveaux de responsabilité individuelle et solidaire des administrateurs.

142. — La bonne gouvernance des entreprises devrait, à notre avis, rester un état d'esprit, une volonté de bien faire qui ne dépend pas du nombre de tâches, sans cesse croissant, imposé à tels ou tels organes des sociétés mais plutôt de la manière dont ces tâches sont exercées.

Nous craignons que la multiplicité des tâches ne contraigne le conseil d'administration et les comités créés en son sein, tels que le comité d'audit, à entrer dans un formalisme excessif (rédaction de procès-verbaux de suivi des réunions, obligations supplémentaires de mention dans le rapport de gestion, etc.) qui, finalement, les éloignerait des réflexions profondes qui devraient être entreprises pour s'assurer que la gouvernance de leur société soit la meilleure possible.

143. — Ne serait-il pas, par ailleurs, concevable d'instaurer un système similaire à celui existant pour les commissaires et qui viserait à instaurer un plafond au-delà duquel la responsabilité des dirigeants ne pourrait être engagée ?

Il est en effet peu probable qu'une responsabilité illimitée des administrateurs, dans un contexte de renforcement de leurs tâches et d'un risque accru de voir leur responsabilité engagée, serve à améliorer la qualité de l'exercice de leur mandat et la

bonne gouvernance des entreprises en général. Il s'agit incontestablement d'une piste qui mérite réflexion.

Anne TILLEUX

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

