

SOMMAIRE

- La réforme du contrôle des sociétés : un pas vers la confiance retrouvée, par P. De Wolf et M. Desimpelaere . 741
- Marchés publics - Marché de services et concession de services - Critères distinctifs - Caractère accessoire de l'exécution de travaux - Objet principal du contrat - Procédure concurrentielle : attribution directe d'un service public à une société à capital mixte. (C.J.C.E., 3^e ch., 15 octobre 2009, note) 751
- Étrangers - Mesure d'éloignement et de privation de liberté - Contrôle par les juridictions d'instruction - Interdiction de statuer en opportunité - Notion - Appréciation du risque de fuite - Violation de l'article 72, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980. (Cass., 2^e ch., 4 novembre 2009, note) 751
- Marchés publics - Champ d'application de la réglementation - Notions de marchés publics de travaux - Partenariats public - privé institutionnalisés (P.P.P.I.) - Procédure concurrentielle de désignation du partenaire privé d'une société mixte de promotion immobilière. (C.E., 6^e ch., réf., 19 juin 2009, observations de F. Moises et V. Bertrand) 752
- Convention de gestion de fortune (loi du 6 avril 1995 et A.R. du 5 août 1991) - Qualification - Rémunération du gestionnaire - Convention écrite - Obligation de résultat - Preuve - Article 1341 du Code civil - Nullité. (Bruxelles, 9^e ch., 16 mars 2009) . . . 757
- I. Saisies et voies d'exécution - Saisie-exécution immobilière - Notaire commis aux opérations d'adjudication - Cahier des charges de la vente - Contredits - Incidence sur la procédure d'adjudication - Surséance aux opérations (art. 1582, al. 4, C. jud.) - Report éventuel du délai d'adjudication par le juge des saisies (art. 1582, al. 5, C. jud.) - Conséquences - Inutilité et témérité d'une requête parallèle et subséquente tendant à la surséance aux opérations et à la prolongation du délai d'adjudication - II. Action en justice - Abus - Introduction d'une requête inutile et porteuse d'une demande déjà soumise au juge - Abus manifeste d'un justiciable pourtant habitué à la procédure. (Civ. Bruxelles, sais., 5 novembre 2009) 761
- Chronique judiciaire : Lettre ouverte - La réforme du permis de lotir en Wallonie, source d'une insécurité juridique majeure - Bibliographie - Échos.

DOCTRINE

La réforme du contrôle des sociétés : un pas vers la confiance retrouvée

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 a fait l'objet d'une transposition en droit belge, en deux temps. Dans un premier temps, des arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux promulgués en 2007 ont modifié la matière du contrôle dit « externe » en aménageant tant la supervision publique de l'activité de réviseur d'entreprises que les aspects liés à l'organisation et à l'exercice de la profession. En matière de contrôle dit « interne », la loi du 17 décembre 2008 a rendu obligatoire la création d'un comité d'audit dans certains types de sociétés. Dans son sillage, cette loi a défini la notion d'administrateur indépendant. Elle a également modifié la procédure de nomination et de révocation du commissaire. L'ensemble de ces modifications fait l'objet d'un examen synthétique qui met en exergue, dans une optique de clarification, les concepts institués ou revisités par le législateur.

1

Introduction

1. Les périodes de crises, comme celle que nous traversons actuellement, suscitent de nombreuses interrogations sur l'efficacité du contrôle de l'information financière d'une société. En cette matière, on opère une distinction classique entre :

— le contrôle externe, à savoir, le contrôle des comptes annuels ou consolidés d'une entreprise ou la valorisation de ses actifs par un professionnel indépendant chargé de faire rapport sur les faiblesses significatives du contrôle interne au regard du processus d'information financière, et

— le contrôle interne, qui se rapporte à l'ensemble des mesures qui, sous la responsabilité de la direction de l'entreprise, doivent assurer l'identification et le suivi des risques financiers, en ce compris les risques liés au respect de la législation et des règles existantes.

2. Au cours de ces dernières années, le contrôle des sociétés a connu des évolutions significatives. Certains scandales financiers ont conduit les législateurs européen et belge à prendre des initiatives spectaculaires. La dernière modification substantielle du régime de contrôle des sociétés résulte de la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 (ci-après la « directive 2006/43 »)¹. Cette directive, visant à une harmonisation élevée — mais pas totale — des exigences en matière de contrôle légal des comptes, réforme la matière du contrôle externe et renforce le contrôle interne². Elle vise aussi bien les contrôleurs légaux des comptes, personnes physiques, que les cabinets d'audit, personnes morales.

(1) Directive 2006/43CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil, J.O., 9 juin 2006, L 157/87. Cette directive remplace donc la huitième directive de droit des sociétés, après en avoir repris un certain nombre de dispositions, notamment en matière de formation des contrôleurs légaux.

(2) Considérant n° 5 de la directive 2006/43.

La directive 2006/43 a été transposée en droit belge en deux étapes :

— la majorité des dispositions relatives au contrôle externe ont été transposées en 2007 par des arrêtés royaux³, tandis que

— les dispositions relatives au contrôle interne⁴, notamment celles qui ont trait à la création obligatoire d'un comité d'audit, ont été transposées en 2008 par la loi du 17 décembre 2008 instituant notamment un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières (ci-après la « loi du 17 décembre 2008 »)⁵.

3. La présente étude passe en revue les modifications que la transposition de la directive 2006/43 en matière du contrôle des sociétés a entraînées, de la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des réviseurs d'entreprises (ci-après la « loi de 1953 »)⁶ ainsi que du Code des sociétés.

2

La réforme du contrôle externe

A. Le cadre institutionnel : la réforme de 2007

(i). La supervision publique

4. La directive 2006/43 a défini un nouveau cadre légal dans lequel le contrôleur légal des comptes doit exercer sa profession⁷. Elle impose aux États membres de mettre en place un système de supervision publique de la profession, qui soit dirigé par une majorité de non-praticiens⁸ 10 11.

Cette exigence européenne impliquait en Belgique divers aménagements institutionnels, le

conseil de l'Institut des réviseurs d'entreprises (ci-après « I.R.E. ») composé exclusivement de professionnels, disposant jusque-là du « dernier mot » dans plusieurs de ces matières. Son impact a même amené le Roi à modifier l'intitulé de la loi de 1953 pour qu'elle reflète désormais le fait qu'elle porte non seulement sur l'organisation de l'I.R.E., mais également sur la « supervision publique de la profession »¹².

Depuis la réforme de 2007, la supervision publique de la profession de réviseur est assurée par plusieurs organes, chargés chacun d'une ou plusieurs fonctions de supervision particulières. Ces organes, qui ne comprennent pas de praticiens, sauf dans le cas des juridictions disciplinaires, sont :

(i) Le conseil supérieur des professions économiques (« C.S.P.E. »). Ce conseil est compétent, avec le ministre chargé de l'économie, en matière d'approbation des normes et des recommandations sur l'exercice de la profession de réviseur d'entreprises. L'I.R.E. a ainsi perdu la compétence d'approbation, mais reste néanmoins compétent pour proposer des projets de normes et de recommandations en la matière¹³.

(ii) Le comité d'avis et de contrôle de l'indépendance du commissaire (« Accom »). Ce comité, doté par le Code des sociétés (article 133, § 10, C. soc.) de plusieurs compétences légales, conserve ses compétences en matière de contrôle de l'indépendance du commissaire, et exerce une compétence nouvelle d'avis contraignant à propos des demandes de dérogations individuelles à certaines règles d'incompatibilité.

(iii) La chambre de renvoi et de mise en état (« C.R.M.E. ») est un nouvel organe compétent pour exercer la supervision du contrôle de qualité et de surveillance : il est notamment compétent pour enjoindre au conseil de l'I.R.E. d'ouvrir un dossier de surveillance à l'encontre d'un réviseur d'entreprises et pour approuver la liste annuelle des contrôles de qualité à effectuer par le conseil de l'I.R.E. qui a ainsi perdu la compétence de décider de l'issue d'un contrôle de qualité ou d'une procédure de surveillance. Outre l'injonction qui peut lui être faite par la C.R.M.E., l'I.R.E. conserve toujours la possibilité d'entamer de sa propre initiative des enquêtes de surveillance dont la décision doit être approuvée par la C.R.M.E. à l'issue de l'instruction. La décision du renvoi en discipline échappe par contre au conseil de l'I.R.E. pour être attribuée à la seule C.R.M.E.

(iv) Le ministre chargé de l'économie (voy. (i) ci-avant).

(v) Le procureur général près la cour d'appel qui exerce une nouvelle compétence de recours contre les décisions d'inscription au registre public.

(vi) Les instances disciplinaires qui prononcent les sanctions disciplinaires. La commission de discipline, présidée par un magistrat, est, depuis la réforme de 2007, composée, en outre, de réviseurs d'entreprises. Il en va de même de la commission d'appel.

(12) M. DE WOLF, *op. cit.*, p. 95.

(13) D. SZAFRAN, « Le contrôle des comptes des sociétés en Belgique et en Europe comparé au contrôle des comptes des sociétés aux États-Unis », in *Le nouveau visage du contrôle des comptes et du révisorat d'entreprises*, Centre d'études Jean Renauld, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 52.

La pluralité des organes de supervision ainsi mis en place en Belgique vise à assurer une meilleure séparation entre les fonctions normatives, administratives et répressives¹⁴.

(ii). L'ouverture à des tiers du capital des cabinets d'audit

5. En ce qui concerne les cabinets d'audit, la directive 2006/43 prévoit que ne peuvent être agréées que les entités dont la majorité des droits de vote est détenue par des cabinets agréés dans tout État membre ou par des personnes physiques remplissant les conditions d'honorabilité et de formation posées par la directive pour pouvoir être agréés¹⁵.

En droit belge, la loi de 1953 organise, depuis la réforme de 2007, les conditions d'ouverture à des tiers du capital des cabinets d'audit¹⁶. Les personnes ne possédant pas la qualité de contrôleur légal peuvent désormais détenir une minorité du droit de vote dans un cabinet de révision. Toutes les formes de sociétés sont également admises pour la constitution d'un cabinet de révision, pourvu que les titres soient nominatifs¹⁷.

Le critère retenu étant la majorité des droits de vote (et non la majorité du capital), il est donc, *a priori*, possible que des personnes n'ayant pas la qualité de contrôleur légal détiennent la majorité du capital d'un cabinet de révision, pourvu cependant que leur pouvoir votal soit minoritaire.

L'objectif de l'ouverture au capital des cabinets de révision est de permettre la constitution de structures européennes répondant aux besoins du marché. Conçu pour attirer du capital, le système mis en place pourrait néanmoins avoir pour effet de contourner les règles d'indépendance dans la mesure où les sociétés commerciales, actionnaires des cabinets de révision, ne sont pas, en tant que telles, liées par les dispositions déontologiques applicables aux réviseurs d'entreprises.

(iii). Les autres réformes liées à l'organisation et à l'exercice de la profession de réviseur d'entreprises

6. La transposition de la directive 2006/43 a ensuite modernisé l'accès à la profession¹⁸, les conditions d'agrément pour les personnes physiques¹⁹, le retrait de la qualité de réviseur

(14) Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 21 avril 2007.

(15) Article 3.4.b de la directive 2006/43.

(16) L'article 6, § 1^{er}, 2^o, porte que « La qualité de réviseur d'entreprises est accordée par le conseil à toute personne morale ou une autre entité quelque soit sa forme juridique (...) qui remplit les conditions suivantes : (...) la majorité des droits de vote est détenue par des cabinets d'audit ou contrôleurs légaux ».

(17) Article 6, § 1^{er}, 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.

(18) En ce qui concerne l'accès à la profession, un tiers du stage doit être effectué en Belgique. Les deux tiers restant peuvent l'être, soit dans un autre État membre de l'Union européenne, soit dans un pays tiers, mais dans ce dernier cas, à concurrence d'un tiers au maximum de la durée du stage (article 3, § 2, de l'arrêté royal du 30 avril 2007 relatif à l'accès à la profession de réviseur d'entreprises).

(19) Voy. notamment l'article 5, 1^o, de la loi du 22 juillet 1953 : un réviseur d'entreprises personne phy-

(3) L'arrêté royal du 21 avril 2007 portant transposition de la directive 2006/43, *M.B.*, 27 avril 2007; l'arrêté royal du 25 avril 2007 modifiant le Code des sociétés en vue de la transposition de dispositions de la directive 2006/43/CE du 17 mai 2006, *M.B.*, 27 avril 2007.

(4) Les articles 38, 41 et 42, § 1^{er}, de la directive 2006/43.

(5) Loi du 17 décembre 2008 instituant notamment un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières, *M.B.*, 29 décembre 2008, pp. 68568 à 68580. Cette loi, qui transpose notamment les articles 38, 41, et 42, § 1^{er}, de la directive 2006/43, est entrée en vigueur le 8 janvier 2009. Elle a été adoptée dans l'urgence en raison du retard mis par la Belgique à la transposition en droit belge de la directive 2006/43/CE, qui aurait dû être entièrement transposée en droit belge pour le 29 juin 2008.

(6) 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, *M.B.*, 24 mai 2007, *erratum*, *M.B.*, 10 juillet 2007.

(7) I.R.E., *Rapport annuel*, 2006, pp. 39-45 et 2007, pp. 53-65.

(8) Pour un portrait plus complet, voy. M. DE WOLF (éd.), « Le nouveau visage du contrôle des comptes et du révisorat », Centre d'étude Jean Renauld, Bruylant, Bruxelles, 2007.

(9) Le terme « système » a été choisi pour tenir compte de la diversité des régimes existant en Europe et afin de permettre à plusieurs « organes » de participer au système de supervision publique.

(10) Éventuellement par d'anciens praticiens : voy. considérant n° 20 de la directive 2006/43.

(11) Article 32, § 3, de la directive 2006/43.

d'entreprises²⁰, le registre public des réviseurs²¹, la transparence²², les mesures d'ordre provisoire²³, la commission de discipline²⁴, la procédure disciplinaire²⁵, les sanctions disciplinaires²⁶, etc.

Ces (ré)volutions du cadre institutionnel du réviseur d'entreprises constituent ainsi une des plus grandes réformes de la profession de contrôleur légal des comptes depuis la création de l'I.R.E. en 1953.

B. L'indépendance du contrôleur légal des comptes, la règle *one to one*, et le système de rotation

(i). Les règles d'indépendance

7. La restauration de la confiance du public dans l'information financière passe notamment

si que qui n'est pas domicilié en Belgique doit néanmoins disposer d'un établissement en Belgique pour permettre à l'I.R.E. de pouvoir effectivement exercer ses missions en matière de surveillance et de contrôle de qualité.

(20) L'article 8, § 1^{er}, de la loi du 22 juillet 1953 prévoit que la qualité de réviseur d'entreprises est retirée si les conditions d'agrément ne sont plus réunies ou si l'honorabilité du confrère ou du cabinet est sérieusement compromise. La qualité est retirée automatiquement lorsque le réviseur d'entreprises personne physique a atteint l'âge de soixante-sept ans.

(21) Tous les réviseurs d'entreprises sont dorénavant enregistrés dans un registre public (article 10 de la loi du 22 juillet 1953). Le registre public, qui remplace le tableau des membres, existe uniquement de façon électronique et devra être actualisé de façon permanente par les confrères eux-mêmes et non plus uniquement le 31 décembre de chaque année.

(22) Les réviseurs d'entreprises personnes physiques et les cabinets de révision qui procèdent aux contrôles légaux des comptes annuels d'entités d'intérêt public publient sur leur site internet, au plus tard trois mois après la clôture de leur exercice comptable, un rapport annuel de transparence (article 15 de la loi du 22 juillet 1953).

(23) Un système de mesures d'ordre provisoire a été instauré. Il s'agit de la possibilité d'enjoindre un réviseur d'entreprises de s'abstenir temporairement de prêter tous services professionnels ou une partie d'entre eux (par exemple toutes ou certaines missions révisorales). Cette décision est prise par le comité exécutif, soit d'initiative, soit à la demande de la C.R.M.E. Le réviseur d'entreprises concerné dispose du droit d'interjeter appel contre ces décisions devant la commission d'appel (articles 37 à 40 de la loi du 22 juillet 1953).

(24) La commission de discipline est dorénavant composée majoritairement de membres non-réviseurs d'entreprises, à savoir : un magistrat assumant la fonction de président, un membre indépendant de la profession de réviseur d'entreprises nommé par le Roi et un réviseur d'entreprises nommé par le conseil de l'Institut (article 58 de la loi du 22 juillet 1953).

(25) Les dispositions relatives à la procédure devant la commission de discipline et la commission d'appel sont reprises dans l'arrêté royal du 26 avril 2007 organisant la surveillance et le contrôle de qualité et portant règlement de discipline des réviseurs d'entreprises. La commission de discipline et la commission d'appel peuvent notamment ordonner la comparution personnelle du réviseur d'entreprises concerné (article 27, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 26 avril 2007).

(26) Désormais, des manquements ne découlant pas de l'exécution d'activités révisorales proprement dites et des manquements aux justes égards dus envers l'Institut et ses organes pourront être sanctionnés disciplinairement (article 72 de la loi du 22 juillet 1953). En cas de renvoi d'un réviseur d'entreprises personne physique devant la commission de discipline, le cabinet de révision que le réviseur d'entreprises représente ne pourra être renvoyé lui-même qu'en raison d'une faute distincte dans son chef. Il s'agit d'une confirmation légale d'une pratique existante. En outre, l'article 73 de la loi du 22 juillet 1953 prévoit la possibilité, en cas de suspension d'une durée maximale d'un mois, d'autoriser le cabinet de révision à poursuivre ses activités moyennant le versement à l'I.R.E. d'un certain montant.

par le renforcement de l'indépendance des contrôleurs légaux des comptes. Une telle indépendance s'apprécie depuis longtemps sous le double angle de :

— l'indépendance d'esprit, c'est-à-dire l'attitude d'esprit qui garantit que seules les considérations en rapport avec la mission seront prises en compte par le contrôleur légal des comptes. L'état d'esprit d'une personne la conduira à adopter une attitude objective et intègre en fonction de sa personnalité. Elle ne peut dès lors *a priori* pas être organisée par des dispositions légales ou réglementaires.

— l'apparence d'indépendance, c'est-à-dire le fait d'éviter les situations et les circonstances qui soient d'une importance telle qu'un tiers qui en aurait connaissance pourrait remettre l'objectivité du contrôleur légal des comptes en cause. Sur base du concept d'indépendance d'apparence, un contrôleur légal des comptes ne peut effectuer de contrôle des comptes, s'il existe une relation financière, d'affaires, d'emploi ou de toute autre nature entre lui et l'entité contrôlée.

L'indépendance est, de plus, appréhendée de deux manières :

— par une approche conceptuelle, qui permet d'évaluer les règles d'indépendance à la lumière des relations économiques, financières ou autres qu'une tierce partie, raisonnablement informée, pourra juger comme étant acceptables ou non;

— par le truchement d'une liste d'interdictions (« l'approche *cook book* »)²⁷. Il est ainsi interdit au commissaire de procéder au contrôle légal des comptes s'il existe une relation spécifique entre lui et l'entité contrôlée²⁸. Cette relation peut être de nature financière²⁹, d'affaires, d'emploi³⁰, familiale³¹ ou autre.

(27) A. KILLESSE, « Le nouveau visage du contrôle des comptes annuels et des comptes consolidés » in *Le nouveau visage du contrôle des comptes et du révisor d'entreprises*, Centre d'études Jean Renauld, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 147.

(28) Article 22.2 de la directive 2006/43.

(29) Ainsi, les articles 10 et 11 de l'arrêté du 10 janvier 1994 relatif aux obligations des réviseurs d'entreprises (ci-après « l'A.R. du 10 janvier 1994 ») prévoient que (i) en dehors des honoraires relatifs aux services prestés, un réviseur d'entreprises ne peut avoir aucun intérêt financier dans une entreprise dont il contrôle les comptes ou d'autres documents comptables, (ii) un réviseur d'entreprises ne peut exercer le contrôle des comptes d'une société lorsqu'il détient pour lui-même ou pour ses enfants mineurs des actions ou autres titres émis par cette société ou des entreprises auxquelles il est lié; cette interdiction ne s'applique pas lorsque le réviseur ne participe pas à la gestion du portefeuille d'actions dont il est propriétaire, si le contrat de gestion prévoit une autonomie totale du gestionnaire et une procédure spécifique pour mettre fin au contrat, (iii) l'entreprise contrôlée ne peut consentir au réviseur d'entreprises des prêts ou avances, ni donner ou constituer des garanties à son profit, (iv) sauf la rémunération fixée conformément à la loi, le réviseur d'entreprises ne peut recevoir aucune rémunération ni avantage qui constituerait une rémunération directe ou indirecte de la mission révisorale ou qui viserait à lui faire adopter une attitude de bienveillance; ne sont toutefois pas interdits les menus présents que l'opinion générale reconnaît comme usuels entre personnes qui se côtoient fréquemment et que la bienséance oblige à accepter.

(30) L'A.R. du 10 janvier 1994 contenait déjà plusieurs interdictions relatives au lien d'emploi avant et pendant l'exécution du mandat du commissaire. En effet, (i) le réviseur d'entreprises ne peut accepter aucune mission révisorale dans une entreprise où il exerce ou a exercé, pendant les trois années précédentes, soit des fonctions d'administrateur, gérant, délégué à la gestion journalière ou membre du comité de direction. Un membre du per-

8. La directive 2006/43 ne contient que quelques maigres articles relatifs à l'indépendance. Lors de sa promulgation, il a en réalité pu être constaté que la matière avait déjà été largement traitée par les États membres.

Les quelques nouveautés relatives à l'indépendance du contrôleur légal des comptes sont influencées par l'approche conceptuelle.

Ainsi, la directive 2006/43 oblige le contrôleur légal, dans le cadre de l'approche conceptuelle déjà invoquée, à appliquer des mesures de sauvegarde visant à atténuer les risques pesant sur son indépendance et à consigner dans les documents d'audit les risques et les mesures prises³². Le législateur européen reconnaît également que l'indépendance d'un contrôleur légal peut être menacée par la fourniture de services de son réseau.

À cet égard, la directive 2006/43 fournit, à l'article 2, § 7, une définition inédite du réseau, à savoir : « La structure plus vaste :

— destinée à un but de coopération, à laquelle appartient un contrôleur légal des comptes ou un cabinet d'audit, et

— dont le but manifeste est le partage de résultats ou de coûts ou qui partage un actionariat, un contrôle ou une direction communs, des politiques et des procédures communes en matière de contrôle de qualité, une stratégie commerciale commune, l'utilisation d'une même marque ou d'une partie importante des ressources professionnelles ».

9. En Belgique, les règles relatives à l'indépendance répondaient déjà largement aux exigences de la directive 2006/43.

sonnel ou un stagiaire du réviseur d'entreprises qui se trouverait dans une telle situation ne pourrait prendre aucune part dans l'exécution de cette mission révisorale, (ii) il est interdit au réviseur d'entreprises d'accepter, dans l'entreprise où il accomplit une mission révisorale ou dans une entreprise liée à celle-ci, une fonction, un mandat ou une mission, autre qu'une mission révisorale à exercer au cours de son mandat ou après celui-ci qui serait de nature à mettre en cause l'indépendance de l'exercice de sa mission; il importe peu que ledit contrôle s'exerce dans le cadre d'une mission de commissaire, (iii) à l'exception de la représentation dans le cadre d'autres missions légales ou de missions qui vont inévitablement de pair avec sa mission révisorale ou qui en résulte, le réviseur d'entreprises ne peut accepter aucune autre fonction, mandat ou mission le conduisant à prendre part à la gestion d'une entreprise ou à représenter les intérêts de cette entreprise à quelque titre que ce soit; cette règle s'applique aux membres de son personnel et à ses stagiaires.

(31) L'article 9 de l'A.R. du 10 janvier 1994 prévoit que le réviseur d'entreprises ne peut effectuer aucune mission révisorale dans une entreprise où lui-même, son conjoint, un parent ou allié jusqu'au deuxième degré se trouve dans une des positions suivantes : actionnaire principal de la société ou propriétaire de l'entreprise, administrateur, gérant, délégué à la gestion journalière ou membre du comité de direction de la société. La même interdiction s'applique lorsque son conjoint, un parent ou allié jusqu'au deuxième degré contribue, en qualité d'employé ou de professionnel indépendant, de façon significative à la tenue des comptes ou à l'établissement des comptes annuels ou d'autres états comptables faisant l'objet d'une attestation. De plus, un réviseur d'entreprises ne peut exercer le contrôle des comptes d'une société lorsqu'il détient pour lui-même ou pour ses enfants mineurs des actions ou autres titres émis par cette société ou des entreprises auxquelles elle est liée; cette interdiction ne s'applique pas lorsque le réviseur ne participe pas à la gestion du portefeuille d'actions dont il est propriétaire, si le contrat de gestion prévoit une autonomie totale du gestionnaire et une procédure spécifique pour mettre fin au contrat (article 10, § 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1994).

(32) Article 22.2 de la directive 2006/43.

Rappelons qu'un commissaire belge doit avoir la qualité de réviseur d'entreprises³³. Les règles d'indépendance du commissaire sont dès lors à examiner à un double niveau :

- dans la loi de 1953, les arrêtés royaux et les normes de déontologie (qui s'appliquent à tout réviseur d'entreprises)³⁴ et,
- dans le Code des sociétés (qui ne s'applique qu'au commissaire)³⁵.

10. Dans le cadre de la transposition de la directive 2006/43, l'article 14, § 3, 5^o, nouveau de la loi de 1953 prévoit l'obligation, pour le réviseur d'entreprises, de consigner dans ses documents de travail tout risque important d'atteinte à l'indépendance ainsi que des mesures appliquées pour limiter ces risques.

11. À la suite de la transposition de la définition européenne du « réseau » dans l'article 2, 8^o, de la loi de 1953, il convient d'examiner l'indépendance du commissaire à l'aune des prestations (d'audit ou de non-audit) fournies par lui et par ses différents « satellites »^{36 37 38}.

On rappellera que, des prestations hors audit continuent à constituer un thème majeur autour duquel se polarisent les discussions relatives à l'indépendance du commissaire³⁹. Cette question est traitée à l'article 133, § 9, du Code des sociétés et l'article 183ter de l'arrêté royal d'exécution du Code des sociétés (qui énumère les sept « péchés capitaux » qui entravent l'indépendance du commissaire). Eu égard à ce qui précède, l'interdiction vise le commissaire, mais aussi les personnes avec lesquelles il agit « en réseau ».

On notera que les normes de l'I.R.E. précisent également la notion d'indépendance « économique » puisque le commissaire y est considéré financièrement dépendant lorsqu'il reçoit, sur une période de trois ans, plus que

20% de ses honoraires totaux d'un même client ou groupe de clients⁴⁰.

(ii). La règle du one to one

12. La loi *corporate governance* a introduit en 2002 ce qu'il est convenu d'appeler la règle dite du *one to one*, qui consiste à plafonner les honoraires non audit à hauteur de l'honoraire audit. Cette règle s'applique aux sociétés cotées ainsi qu'aux sociétés qui font partie d'un groupe qui est tenu d'établir et de publier des comptes annuels consolidés^{41 42}.

13. Le calcul relatif à la règle *one to one* s'effectue au niveau de la société contrôlée et de ses filiales, qu'elles soient situées en Belgique ou à l'étranger⁴³. Ni la société liée, ni les sociétés membres d'un consortium, ni les sociétés membres d'un groupe non soumis à l'obligation de consolidation ne sont ainsi visées⁴⁴.

Avec A. Killesse, remarquons, que le Code des sociétés définit les prestations non audit comme couvrant l'ensemble des missions autres que celles confiées « par la loi au commissaire »⁴⁵. Ces missions légales couvrent, bien entendu, la mission principale de contrôle, mais aussi les missions particulières visées par le Code des sociétés (en matière d'apport en nature par exemple), ou encore celles que lui confient les lois particulières. Ainsi, les missions accomplies dans le cadre de la loi sur les *stocks options*, n'entrent pas en compte dans le calcul des honoraires relatifs aux services non audit.

Les prestations de *due diligence*, ou « les prestations consistant à vérifier les données économiques et financières relatives à une entreprise tierce que la société ou l'une de ses filiales se proposent d'acquérir ou a acquise », sont également exclues du calcul dans le cadre de la règle du *one to one* (article 133, § 7, C. soc.).

Le caractère relativement flou des règles en la matière peut susciter des problèmes d'interprétation et amener le commissaire à violer la règle *one to one*⁴⁶.

14. L'article 133, § 6, du Code des sociétés, modifié lors de la transposition de la directive 2006/43 par plusieurs textes légaux⁴⁷, prévoit dorénavant la possibilité de déroger à la règle *one to one*, dans chacun des cas suivants :

(i) Une délibération favorable du comité d'audit⁴⁸.

Le comité d'audit visé par cette exception est celui de la société concernée, mais aussi de la

société mère, si cette société est une société de droit belge ou est constituée selon le droit d'un autre État membre de l'Union européenne ou de l'O.C.D.E.

Il s'agit d'un comité d'audit créé :

— par « la loi ». Les entités ayant l'obligation de constituer un tel comité au sein de leur organe de gestion sont, depuis le 8 janvier 2009 (date d'entrée en vigueur de la loi du 17 décembre 2008) les sociétés d'intérêt public, à savoir, les sociétés cotées, les établissements de crédit, les entreprises d'assurance, les entreprises d'investissement et les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif⁴⁹. Ce comité doit être composé d'administrateurs non exécutifs dont au moins un est indépendant et dispose de compétences spécifiques en matière de comptabilité et d'audit⁵⁰.

ou

— par « les statuts ». L'article 133, § 6, du Code des sociétés a été modifié à deux reprises, une première fois par la loi de 17 décembre 2008 et une seconde fois par la loi de 9 février 2009. Dans sa première mouture, le législateur n'a pas précisé si tous les comités d'audit étaient visés. Dans sa seconde mouture, le législateur a visé les comités d'audit prévus tant par loi que par les statuts. Ainsi, il nous semble qu'une société ne devant pas obligatoirement constituer un comité d'audit pourrait vouloir en constituer un dans le seul but de contourner le régime de base du *one to one*.

(ii) Un avis préalable positif du comité d'avis et de contrôle.

(iii) L'exercice du mandat par un collège de commissaires indépendants⁵¹, dans les seuls cas où la société n'est pas tenue d'instituer un comité d'audit en vertu de la loi⁵².

(iii). Le système de rotation

15. Les dispositions prévues à l'article 42.2 de la directive 2006/43 au sujet de la rotation interne du (des) représentant(s) permanent(s) d'un cabinet de révision ou du commissaire personne physique (à défaut de cabinet) dans les entités d'intérêt public⁵³, ont été transposées via les normes relatives à l'indépendance. Ces normes ont été adoptées par le conseil de l'I.R.E. le 30 août 2007.

(49) La loi du 17 décembre 2008 modifie ainsi (i) la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédits, (ii) la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance, (iii) la loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement, (iv) la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement, (v) le Code des sociétés.

(50) Voy. l'article 526bis, du Code des sociétés.

(51) Notons que cette exception a été supprimée par la loi du 17 décembre 2008 et a été ensuite réinstaurée par la loi du 9 février 2009 modifiant l'article 133, § 6, l'article 133, § 6, alinéa 1^{er}, et l'article 526ter du Code des sociétés.

(52) Article 133, § 6, alinéa 1^{er}, 3^o, du Code des sociétés.

(53) Article 42.2 de la directive 2006/43 prévoit que : « Les États membres veillent à ce que l'associé/les associés principal/principaux chargé(s) d'effectuer un contrôle légal des comptes soi(en)t remplacé(s) dans sa/leur mission de contrôle légal des comptes au plus tard sept ans à partir de la date de sa/leur nomination et ne soi(en)t autorisé(s) à participer à nouveau au contrôle de l'entité contrôlée qu'à l'issue d'une période d'au moins deux ans ».

(33) Il faut noter que, à la suite de la loi du 17 décembre 2008, le vocable « auditeur externe », inexistant jusque là dans le Code des sociétés, a été introduit en droit belge de manière fort éphémère puisqu'il a ensuite été remplacé, par la loi du 9 février 2009 (modifiant l'article 133, § 6, alinéa 1^{er} et l'article 526ter, du Code des sociétés; ci-après la « loi du 9 février 2009 ») par le mot « commissaire » à l'article 526ter, nouveau, du Code des sociétés. Notons que le législateur belge a néanmoins omis à cette occasion de procéder à la même correction à l'article 913ter du Code des sociétés.

(34) Voy. notamment l'article 14, § 1^{er}, de la loi de 1953 libellé comme suit : « Le réviseur d'entreprises s'acquiesce en toute indépendance par rapport aux personnes concernées des missions révisorales qui lui sont confiées ».

(35) Voy. notamment l'article 133, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés libellé comme suit : « Ne peuvent être désignés comme commissaire ceux qui se trouvent dans des conditions susceptibles de mettre en cause l'indépendance de l'exercice de leur fonction de commissaire, conformément aux règles de la profession de réviseur d'entreprises ».

(36) M. DE WOLF : « La réforme du révisorat d'entreprises : les lignes de force de la directive européenne et des options belges de transposition » dans *Le nouveau visage du contrôle des comptes et du révisorat d'entreprises*, op. cit. p. 76.

(37) Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 10 janvier 1994 relatif aux obligations des réviseurs d'entreprises.

(38) Le réseau comprend le cabinet d'audit qui réalise le contrôle légal ainsi que ses sociétés liées et toute autre entité contrôlée par le cabinet d'audit ou qui lui est liée.

(39) A. ROBERT, « La huitième directive concernant le contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés » in *Revue des sociétés*, Dalloz, 2007, p. 748.

(40) Article 5.2 des normes de l'Institut des réviseurs d'entreprises relatives à certains aspects liés à l'indépendance du commissaire.

(41) Article 133, § 5, *in fine*, du Code des sociétés.

(42) Il convient de rappeler que nombreux groupes ne sont pas soumis à l'obligation de consolidation, voy. notamment les articles 16 et 12 du Code des sociétés.

(43) Article 133, § 7, du Code des sociétés.

(44) I. DE POORTER et Ch. VAN DER ELST, « De onafhankelijkheid van de commissaris », *Financiële regulering op zoek naar nieuwe evenwichten*, I, 2003, (éd.) X, Antwerpen, Intersentia, p. 341.

(45) A. KILLESSE, op. cit., p. 158.

(46) Voy. la circulaire du 29 août 2007 relative à l'application des dispositions légales liées à la règle *one to one* (D.019/07).

(47) Notamment l'arrêté royal du 25 avril 2007; la loi du 17 décembre 2008; la loi du 9 février 2009 modifiant l'article 133, § 6, alinéa 1^{er}, et l'article 526ter du Code des sociétés, M.B., 25 février 2009, p. 16211.

(48) Voy. également l'article 526bis, § 4, e.

Pour atténuer les menaces liées à la familiarité excessive qui découlerait de la trop longue durée d'une mission de commissaire, l'I.R.E. a opté pour un système de rotation⁵⁴.

Le commissaire est tenu, en cas de mandat de commissaire auprès d'une entité d'intérêt public de :

— remplacer au minimum le(s) représentant(s) permanent(s) du cabinet de révision, ou en cas de mandat exercé par un commissaire personnel physique, de transférer le mandat à un confrère, dans les six ans qui suivent sa/leur nomination. Le(s) réviseur(s) d'entreprises remplacé(s) ne peut/peuvent participer à nouveau au contrôle de l'entité contrôlée qu'à l'issue d'une période d'au moins deux ans

— évaluer le risque pour son indépendance qui résulte de la présence prolongée des autres membres dans l'équipe chargée de la mission, et d'adopter les mesures de sauvegarde qui conviennent pour ramener ce risque à un niveau acceptable.

C. Le mandat du commissaire

(i) La nomination du commissaire

16. Le législateur européen a prévu que le contrôleur légal ou le cabinet d'audit devait être désigné par l'assemblée générale des actionnaires de l'entité contrôlée, les États membres étant libres de prévoir d'autres modalités de désignation, pour autant qu'elles visent à assurer l'indépendance du contrôleur légal par rapport aux dirigeants de l'entité contrôlée⁵⁵.

17. La solution était déjà connue en droit belge puisque le commissaire est désigné, en règle, par l'assemblée générale sur proposition du conseil d'administration.

Il y a néanmoins une nouveauté à signaler : dans les sociétés soumises à l'obligation légale de constituer un comité d'audit (voy. *infra*), la nomination du commissaire se fera, certes encore sur proposition de l'organe de gestion, mais dorénavant instruit par le comité d'audit. En vertu de l'article 130, 2 et 156, 2, du Code des sociétés, le comité d'audit est chargé de formuler une proposition à l'organe de gestion relative à la nomination du commissaire à l'assemblée générale. En outre, pour les sociétés cotées, la proposition du comité d'audit relative à la nomination d'un commissaire doit être mentionnée dans l'ordre du jour de la convocation de l'assemblée générale⁵⁶. La même procédure est à suivre lors du renouvellement du mandat du commissaire⁵⁷. Toute décision de nomination du mandat d'un commissaire qui viole cette règle est nulle⁵⁸.

18. Il nous paraît conforme à l'esprit de la loi que la société qui décide de constituer un comité d'audit lorsque la loi ne l'y contraint pas, n'est pas soumise à la procédure précitée lors de la nomination de son commissaire.

(ii) La fin du mandat de commissaire

19. La loi du 17 décembre 2008 apporte des modifications à la procédure de révocation ou de démission du commissaire, en prévoyant une supervision publique intense en cas de cessation du mandat de commissaire.

Une bonne compréhension de ces nouvelles règles, nous impose de qualifier correctement la relation juridique entre le commissaire et la société contrôlée. S'agit-il d'un mandat au sens de l'article 1984 du Code civil, d'un contrat de louage d'ouvrage ou encore d'un contrat mixte? La réponse à cette question a une grande incidence sur le statut du commissaire et sur l'interprétation qu'il convient de donner aux nouvelles règles.

(a) La relation juridique entre le commissaire et la société contrôlée

20. Sur pied de l'article 1984 du Code civil, « le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant en son nom ». Bien que cette définition soit critiquée⁵⁹, on retient traditionnellement que le mandat est un contrat à « double détention », étant en effet un acte juridique qui tend lui-même à la conclusion d'autres actes juridiques au nom et pour le compte d'autrui⁶⁰. Le mandat, au sens strict, appartient à la catégorie de la représentation parfaite, par l'effet de laquelle le représentant agit au nom et pour le compte de la personne qu'il représente, et c'est en cette qualité qu'il se présente au tiers (contractant). C'est immédiatement et exclusivement à la personne représentée que profitent ou qu'incombent les effets juridiques s'attachant à l'acte accompli par le mandataire.

Il n'est pas discutable que le commissaire, quant à lui, n'intervient pas dans l'intérêt exclusif de son mandant (la société contrôlée) mais qu'il défend également les intérêts des tiers. Le commissaire risque même parfois, dans l'exercice de sa mission, d'entrer en conflit avec la société contrôlée, en formulant des réserves ou en refusant de certifier les comptes, ceci dans l'intérêt de tous les utilisateurs de l'information financière⁶¹. C'est la raison pour laquelle la mission de contrôle ainsi que les autres missions légales du commissaire s'apparentent à un mandat d'intérêt général justifiant que les règles de mandat, prévues par les articles 1984 et suivants du Code civil, ne s'appliquent pas telles quelles à la relation entre le commissaire et la société contrôlée.

21. Contrairement à I. Verougstraete, nous n'en déduisons toutefois pas que le contrat du commissaire serait un « louage d'ouvrage »⁶². Le

contrat de louage d'ouvrage a essentiellement pour objet de poser des actes matériels ou intellectuels non juridiques, tandis que le mandat porte essentiellement sur l'accomplissement d'actes juridiques⁶³.

Bien que le commissaire soit amené à poser des actes matériels (par exemple, établir des rapports), il n'en demeure pas moins qu'il exerce essentiellement un contrôle juridique sur les comptes de la société contrôlée, dont les conséquences sont incontestablement juridiques outre que certaines règles du droit commun du mandat s'appliquent à la relation contractuelle particulière entre le commissaire et la société contrôlée (notamment l'obligation à charge du commissaire-mandataire de poursuivre sa mission même après la fin de son « mandat »⁶⁴).

Le lien contractuel qui unit le commissaire et la société contrôlée s'apparente dès lors à un contrat mixte auquel les règles du mandat s'appliquent par analogie, dans la mesure où ces règles ne sont pas incompatibles avec la nature spécifique de la mission du commissaire⁶⁵.

(b) La révocation du commissaire

22. La directive 2006/43 prévoit que le contrôleur légal des comptes ne peut être révoqué que pour de « justes motifs », étant précisé bien entendu qu'une divergence d'opinion sur un traitement comptable ou une procédure de contrôle⁶⁶ ne peut constituer un juste motif à la base d'une révocation du commissaire.

23. En Belgique aussi, la révocation ne peut intervenir, contrairement aux motifs classiques de la cessation du mandat⁶⁷ et à la révocation *ad nutum*, que pour « juste motif »⁶⁸.

Une telle révocation est décidée exclusivement par l'assemblée générale. Sous peine d'annulation pour excès de pouvoir, cette décision ne peut être prise par un autre organe⁶⁹.

L'assemblée générale de la société contrôlée est ainsi tenue de respecter la procédure organisée par les articles 136 et 159 du Code des sociétés⁷⁰.

(63) Dans ce sens : B. TILLEMANS, *op. cit.*, p. 77.

(64) Article 1991, du Code civil en relation avec l'I.R.E., *Rapport annuel*, 1981, p. 67.

(65) Dans ce sens : B. TILLEMANS, *op. cit.*, p. 78.

(66) Article 38.1 de la directive 2006/43.

(67) L'article 2004 du Code civil consacre le principe de la révocation *ad nutum* du contrat du mandat. Conformément à l'article 2005 du Code civil, le mandant qui révoque le mandat est tenu de notifier de manière individuelle aux tiers susceptibles d'entrer en relation avec le mandataire la fin de la mission de ce dernier. À défaut, le mandant est lié par les actes posés de bonne foi par les tiers sur la base d'un mandat apparent.

(68) L'article 135, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés, ayant un caractère impératif qui s'applique à toutes les sociétés, stipule que : « Les commissaires sont nommés pour un terme de trois ans renouvelable. Sous peine de dommages-intérêts, ils ne peuvent être révoqués en cours de mandat que pour juste motif, par l'assemblée générale ».

(69) L'article 64, 3^o, du Code des sociétés porte que : « Est frappée de nullité, la décision prise par une assemblée générale : (...) 3^o lorsque la décision prise est entachée de tout autre excès de pouvoir ou de détournement de pouvoir ».

(70) L'article 136 du Code des sociétés porte que : « 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 immédiatement être 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 et elles sont mises à la disposition des associés, conformément aux articles 269, 381 et 535. Un exemplaire de ces observa-

(54) Article 6 des normes de l'Institut des réviseurs d'entreprises relatives à certains aspects liés à l'indépendance du commissaire.

(55) Article 37 de la directive 2006/43.

(56) Article 533, dernier alinéa, du Code des sociétés.

(57) Article 159, du Code des sociétés.

(58) Article 130, du Code des sociétés.

(59) P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not.*, t. IX, livre VII, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 61, n^o 5.

(60) P. WÉRY, *op. cit.*, p. 63, n^o 7, et les références citées.

(61) B. TILLEMANS, « Le statut du commissaire », in *Droit et entreprise*, Centre d'information du révisor d'entreprises, Bruxelles, 2007, pp. 77 à 78 avec une référence à Y. GUYON, *Jurisc. Sociétés*, fasc. 134A, n^o 4, p. 4, v^o « Commissaire aux comptes - Statut et conditions générales d'exercice de contrôle ».

(62) I. VERUGSTRAETE, « Le contrôle financier des sociétés anonymes », in *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, éd. Jeune barreau, 1985, p. 276, n^o 16 (la relation contractuelle doit être considérée comme un contrat d'entreprises).

24. L'article 136 du Code des sociétés comporte des garanties spécifiques pour le commissaire confronté à une proposition de révocation pour juste motif.

Lorsque l'assemblée générale est appelée à délibérer sur la révocation d'un commissaire, l'inscription de cette question à l'ordre du jour doit immédiatement être 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 et elles sont mises à la disposition des actionnaires de la société en vertu de l'article 535 du Code des sociétés⁷¹.

La société contrôlée peut, néanmoins, par requête adressée au président du tribunal de commerce et notifiée préalablement au commissaire, demander l'autorisation de ne pas communiquer aux actionnaires les observations qui ne sont pas pertinentes ou de nature à nuire injustement au crédit de la société. Le président du tribunal de commerce entend, le cas échéant, la société contrôlée et le commissaire en chambre du conseil et statue en audience publique.

L'assemblée générale qui se tient, par exemple, sans qu'il ait été donné connaissance au commissaire que l'assemblée se prononcera sur sa révocation, ou pour laquelle aucun ordre du jour approprié n'a été rédigé, pourrait donner lieu à une action en dommages et intérêts du commissaire.

25. Si la société contrôlée a un conseil d'entreprise, le commissaire ne peut, en cours de mandat, être révoqué que sur proposition ou avis conforme du conseil d'entreprise statuant à la majorité des voix émises par ses membres et à la majorité des voix émises par les membres nommés par les travailleurs (article 159, C. soc.)⁷².

tions 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 point communiquer aux associés les observations qui sont irrelevantes ou 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.

L'article 156 du Code des sociétés prévoit que : « Les commissaires de la société visée à l'article 155 sont nommés sur présentation du conseil d'entreprise délibérant à l'initiative et sur proposition de l'organe de gestion et statuant à la majorité des voix émises par ses membres et à la majorité des voix émises par les membres nommés par les travailleurs. Il en est de même pour le renouvellement de leur mandat ».

(71) L'article 535 du Code des sociétés prévoit que : « Une copie des documents qui doivent être mis à la disposition des actionnaires nominatifs, des administrateurs et des commissaires en vertu du présent Code leur est adressée en même temps que la convocation.

» Une copie de ces documents est également transmise sans délai aux personnes qui, au plus tard sept jours avant l'assemblée générale, ont rempli les formalités requises par les statuts pour être admises à l'assemblée. Les personnes qui ont rempli ces formalités après ce délai reçoivent une copie de ces documents à l'assemblée générale.

» Tout actionnaire, obligataire, titulaire d'un droit de souscription ou titulaire d'un certificat émis avec la collaboration de la société a le droit d'obtenir gratuitement, sur la production de son titre, dans les quinze jours précédant avant l'assemblée générale, une copie de ces documents au siège de la société ».

(72) L'article 159 du Code des sociétés porte que : « le commissaire ne peut, en cours de mandat, être révoqué que sur proposition ou avis conforme du conseil d'entreprise statuant à la majorité des voix émises par ses mem-

L'accord du conseil d'entreprise est requis sous peine de nullité (article 160, C. soc.)⁷³.

26. Le juste motif de la révocation d'un commissaire est défini, de manière générale, comme étant toute circonstance due à celui-ci et de nature à lui retirer la confiance des actionnaires de la société contrôlée⁷⁴. Il s'agit, par exemple, de la mauvaise santé du commissaire l'empêchant d'exercer sa mission, ou de sa radiation du tableau de l'I.R.E.

27. Les raisons suivantes ne constituent pas des justes motifs au sens de l'article 135, alinéa 1^{er}, nouveau du Code des sociétés :

(i) un simple défaut subjectif de confiance de la société contrôlée sur le commissaire,

(ii) le fait que la société contrôlée ne réunisse plus les critères rendant obligatoire la désignation du commissaire⁷⁵,

(iii) la modification de l'actionnariat de la société contrôlée ou l'inclusion de la société contrôlée dans le périmètre de consolidation d'une autre société mère⁷⁶,

(iv) toute forme de manœuvre destinée à provoquer la démission du commissaire en place en vue de le remplacer par un confrère entretenant des relations de collaboration professionnelles avec le commissaire de la maison mère⁷⁷,

(v) la volonté d'obtenir un mandat plus lucratif,

(vi) en général, la divergence profonde entre le commissaire et le conseil d'administration⁷⁸,

(vii) en particulier, une divergence d'opinion sur un traitement comptable ou une procédure de contrôle (article 135, § 1^{er}, alinéa 2, C. soc.)

28. Les justes motifs doivent se fonder sur des faits certains dont l'objectivité peut être contrôlée par le juge. Compte tenu du caractère impératif de l'article 135, alinéa 1^{er} du Code des sociétés, aucune clause statutaire ne peut restreindre la liberté d'appréciation du juge quant au caractère légitime du juste motif de révocation du commissaire. Le contrôle judiciaire de la légitimité de la révocation du commissaire ne s'effectuera donc qu'*a posteriori*⁷⁹.

Lorsque le commissaire est révoqué de ses fonctions sans que la société puisse établir l'existence d'un juste motif, il nous paraît néanmoins difficilement concevable que cette décision soit annulée ou suspendue. Le commissaire révoqué aura par contre droit à des dommages-intérêts, comme il est prévu à l'article 135, § 1^{er}, alinéa 2, nouveau du Code des sociétés⁸⁰. Selon la jurisprudence, ces domma-

bres et à la majorité des voix émises par les membres nommés par les travailleurs ».

(73) L'article 160 du Code des sociétés prévoit que « Toute décision de nomination, de renouvellement de mandat ou de révocation prise sans respecter les articles 156 à 159 est nulle. La nullité est prononcée par le président du tribunal de commerce du siège social de la société siégeant comme en référé ».

(74) I.R.E., *Rapport annuel*, 1994, p. 205.

(75) Liège, 23 novembre 1989, *R.P.S.*, 1990, p. 178.

(76) I.R.E., *Rapp. annuel*, 1989, p. 76.

(77) I.R.E., *Vademecum*, t. I, p. 445.

(78) Dans un sens contraire : Cass. fr. (civ.), 29 avril 1987, *Rev. trim. dr. civ.*, 1985, p. 536.

(79) H. OLIVIER et V. VAN DE WALLE, « Artikel 64quater » in *Artikelsgewijze commentaar vennootschapsrecht*, Anvers, Kluwer, 1997, pp. 3-4.

(80) Cette disposition prévoit que : « Sous peine de dommages-intérêts, ils ne peuvent être révoqués en cours de mandat que pour juste motif, par l'assemblée générale ».

ges-intérêts comprennent, par exemple, non seulement les honoraires qui pouvaient être sollicités pendant la partie du mandat non encore expiré, mais également les honoraires dus pour des prestations qui ne faisaient pas partie du mandat, mais qui, en vertu de la loi, auraient dû être confiées au commissaire⁸¹.

(c) La démission du commissaire

29. S'agissant des principes relatifs à la démission du commissaire, la directive 2006/43 n'inno-ve guère.

30. Rappelons que s'il était fait application pure et simple des principes du mandat de droit commun au contrat du commissaire, ce dernier pourrait, selon l'article 2007 du Code civil, mettre un terme unilatéralement à tout moment à son mandat sans motif, en notifiant sa démission à l'assemblée générale de la société contrôlée⁸².

À l'article 135, § 1^{er}, alinéa 3, nouveau, du Code des sociétés⁸³, le législateur belge a toutefois dérogé, à ce principe en précisant que :

« Les commissaires ne peuvent, sauf motifs personnels graves, démissionner en cours de mandat que lors d'une assemblée générale et après lui avoir fait rapport par écrit sur les raisons de leur démission ».

31. Le Code des sociétés distingue ainsi deux hypothèses de démission, à savoir (i) la démission pour motif personnel grave et (ii) la démission dite « ordinaire » (c'est-à-dire sans motif personnel grave).

32. Les motifs personnels graves sont ceux qui concernent la personne du commissaire, et non sa mission dans la société contrôlée. Ces motifs se situent la plupart du temps dans un contexte médical, mais il pourrait s'agir également des conséquences d'une renonciation à la qualité de réviseur d'entreprises, d'une décision de la commission disciplinaire, ou d'une incapacité de se déclarer indépendant⁸⁴.

Il appartiendra au commissaire de déterminer dans quelle mesure il estime possible de démissionner sur la base de motifs personnels graves. De tels motifs justifient une démission sans délai.

33. S'il n'existe pas de motifs graves, mais des circonstances diverses qui font que le commissaire désire mettre fin *ex ante* au mandat de trois ans qui lui a été confié par la société contrôlée⁸⁵, le Code des sociétés dispose que le commissaire ne peut démissionner qu'à l'occasion d'une assemblée générale, que le conseil d'administration aura convoquée le cas échéant spécialement à cet effet, et après lui

(81) Bruxelles, 16 mai 2000, *R.W.*, 2000-2001, n° 33, pp. 1241-1244.

(82) L'article 2007 du Code civil précise : « Le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation. Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable ».

(83) Anciennement l'article 135, § 1^{er}, alinéa 2, du Code des sociétés.

(84) I.R.E., *Vademecum*, t. I, 2005, p. 441.

(85) Il s'agit des circonstances qui mènent à des divergences fondamentales avec la société contrôlée, susceptible d'amener le commissaire à considérer qu'il n'est plus possible d'assumer la responsabilité de l'attestation des comptes annuels.

avoir fait rapport sur les raisons de sa démission.

Cette disposition vise à éviter que le commissaire qui constaterait des infractions ne se soustraie à sa responsabilité en donnant simplement sa démission, sans respecter ses obligations⁸⁶. Soulignons que le commissaire qui constate des infractions au Code des sociétés commises par la société contrôlée ne peut échapper à son obligation de faire rapport en démissionnant, sous peine de voir sa responsabilité engagée⁸⁷.

Nous déduisons de l'article 2007 alinéa 2 du Code civil, que le commissaire démissionnaire pourrait être tenu d'indemniser la société contrôlée pour tout dommage qu'elle subirait en raison de cette démission, et qu'il doit en conséquence poursuivre son mandat, jusqu'à ce qu'il ait été pourvu à son remplacement ou jusqu'à ce que cela puisse raisonnablement se faire.

(d) *La supervision publique
en cas de cessation du mandat
de commissaire*

34. S'agissant de la démission ou de la révocation, la directive 2006/43 prévoit que l'entité contrôlée et le contrôleur légal des comptes informent les autorités responsables de la supervision publique de la fin du mandat de contrôleur légal des comptes et qu'ils fournissent à ce propos une « explication appropriée »⁸⁸.

35. La loi du 17 décembre 2008 a inséré le principe de ce contrôle public sur les motifs de la fin du mandat du commissaire, dans l'article 135 du Code des sociétés^{89 90} :

36. Sur la base de l'article 135 du Code des sociétés, qui s'applique à toutes les sociétés, la société contrôlée et le commissaire informent le conseil supérieur des professions économiques (C.S.P.E.)⁹¹ de la « révocation » ou de la « démission » du commissaire au cours de son mandat en en décrivant les motifs de manière appropriée.

(86) Projet de loi de réforme du révisorat, *Doc. parl.*, Ch., 1982-1983, 552/1, p. 18.

(87) I.R.E., *Rapport annuel*, 1981, p. 67.

(88) Article 38.2 de la directive 2006/43.

(89) Article 11 de la loi du 17 décembre 2008.

(90) « § 1^{er}. Les commissaires sont nommés pour un terme de trois ans renouvelable.

» Sous peine de dommages-intérêts, ils ne peuvent être révoqués en cours de mandat que pour juste motif, par l'assemblée générale. En particulier, une divergence d'opinion sur un traitement comptable ou une procédure de contrôle ne constitue pas en soi un juste motif de révocation.

» Les commissaires ne peuvent, sauf motif personnels graves, démissionner en cours de mandat que lors d'une assemblée générale et après lui avoir fait rapport par écrit sur les raisons de leur démission.

» § 2. La société contrôlée et le commissaire, informent le conseil supérieur des professions économiques visé à l'article 54 de la loi du 22 avril 1999 relative aux professions comptables et fiscales, de la révocation ou de la démission du commissaire en cours de mandat et en exposent les motifs de manière appropriée.

» Le conseil supérieur des professions économiques transmet, 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 ».

(91) La C.S.P.E. est un organe de supervision publique des professions économiques (réviseurs d'entreprises, experts-comptables, comptables, conseils fiscaux) composée essentiellement de représentants des partenaires sociaux et de professeurs d'université.

Le C.S.P.E. transmet cette information, dans le mois, aux différentes composantes du système de supervision publique, à savoir : l'A.C.C.O.M., la C.R.M.E., le ministre chargé de l'Économie, le procureur général près la cour d'appel et les instances disciplinaires de la profession de réviseur d'entreprises.

37. Cette diffusion très large des informations relatives à la fin du mandat du commissaire permet de contrôler si un commissaire a mis fin à son mandat dans le seul but d'éviter de devoir dénoncer des infractions au droit des sociétés.

38. L'information donnée, qui doit comprendre la motivation de la révocation ou de la démission, devra être « appropriée », à la fois pour mettre les organes de supervision publique en mesure de remplir leur fonction, mais encore pour éviter que des éléments confidentiels non pertinents, relatifs à la société contrôlée ou au commissaire ne soient abusivement diffusés.

La société contrôlée et le commissaire envoient chacun leur version des circonstances de la démission ou de la révocation. Le rapprochement des deux versions constituera un élément de réflexion pour les destinataires de cette information⁹².

39. Les nouvelles dispositions relatives à la nomination et à la fin du mandat du commissaire sont entrées en vigueur le 8 janvier 2009 mais semblent bien lourdes dans les cas de la démission du commissaire, acceptée par la société et motivée par le fait que cette dernière ne remplit plus les critères de taille l'obligeant à nommer un commissaire.

**D. Le plafond mis à la responsabilité
du réviseur d'entreprises⁹³**

40. Sur pied de l'article 31 de la directive 2006/43, la Commission européenne a notamment recommandé que :

— la responsabilité civile des contrôleurs légaux des comptes et des cabinets d'audit liée à leurs obligations professionnelles soit limitée, sauf si ledit manquement est intentionnel;

— les États membres prennent des mesures pour limiter cette responsabilité en recourant à l'une ou l'autre méthode⁹⁴.

Notre pays a légiféré sur cette question dès 2005.

En Belgique, les clauses d'exonération de responsabilité sont traditionnellement exclues chaque fois que la loi implique l'intervention d'un professionnel à titre de garantie des tiers, puisque la mission du professionnel relève de l'ordre public⁹⁵.

Telle est l'option choisie par la loi de 1953, ancien, dont l'article 9bis disposait que : « Les ré-

viseurs d'entreprises sont responsables de l'accomplissement de leur mission professionnelle, conformément au droit commun. Il leur est interdit de se soustraire à cette responsabilité, même partiellement, par un contrat particulier ». La loi autorisait toutefois les membres de l'I.R.E. à se faire couvrir par un contrat d'assurance approuvé par le conseil de l'I.R.E.⁹⁶.

41. Les travaux préparatoires de la loi du 5 décembre 1984 font apparaître l'intention du législateur, dans une première version de l'article 64, 8^o, de la L.C.S.C., de fixer une limite à la responsabilité du commissaire à hauteur de cinquante fois les honoraires perçus pour la mission. Pour éviter une différenciation des régimes entre les commissaires et les administrateurs et ne pas déroger à la règle applicable à l'ensemble des professions libérales, l'idée fut abandonnée.

42. L'article 62 de la loi du 23 décembre 2005 portant des dispositions diverses a remplacé l'ancien article 9bis, dorénavant l'article 17 nouveau de la loi de 1953, par le texte suivant :

« Les réviseurs d'entreprises sont responsables, conformément au droit commun, de l'accomplissement des missions qui leurs sont réservées par la loi ou en vertu de celle-ci. Sauf en cas d'infraction commise avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, cette responsabilité est plafonnée 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, porté à douze millions d'euros en ce qui concerne l'accomplissement d'une de ces missions auprès d'une société cotée. Le Roi peut modifier ces montants par arrêté délibéré en conseil des ministres.

» Il est interdit aux réviseurs d'entreprises de se soustraire à cette responsabilité, même partiellement, par un contrat particulier.

» Ils sont autorisés à faire couvrir leur responsabilité civile par un contrat d'assurance approuvé par le conseil de l'Institut.

» Les dispositions prévues aux alinéas 1^{er} et 2 s'appliquent également aux missions dont l'accomplissement est réservé par la loi ou en vertu de celle-ci au commissaire ou, en l'absence de commissaire, à un réviseur ou à un expert-comptable, en ce compris dans les cas où ces missions sont effectuées par un expert-comptable ».

43. Le professeur Braeckmans⁹⁷ résume comme suit les considérations avancées par les travaux préparatoires à l'appui de l'introduction d'une limitation à la responsabilité des réviseurs :

— la responsabilité civile illimitée n'améliore pas la qualité de l'audit; elle constitue même, dans le cas de fraude dans les comptes annuels organisée par l'organe de gestion, une menace pour la continuité de l'activité des commissaires, personnes physiques ou cabinets d'audit;

— les régulateurs expriment leur inquiétude par rapport à la concentration du marché

(96) A. BENOÎT-MOURY, « Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires », *R.P.S.*, 1986, p. 46.

(97) H. BRAECKMANS, « De wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor », *R.W.*, 2005-2006, p. 1654.

d'audit des sociétés cotées dans les cabinets d'audit internationaux, avec le risque de disparition des cabinets;

— au cours des vingt dernières années, le nombre d'assureurs potentiels a diminué;

— les montants de risques couverts ont été réduits au cours des dernières années, de 50 à 75%, tandis que la responsabilité des commissaires et des cabinets d'audit s'est élargie, parallèlement à la capitalisation boursière sur le marché des capitaux;

— l'article 9bis (l'article 17, nouveau) de la loi de 1953 vise les missions que la loi réserve aux réviseurs en ce compris les missions dont ils partagent le monopole avec les experts-comptables. Les règles ici commentées ont donc vocation à s'appliquer également aux experts comptables, pour ces dernières missions.

44. Cette disposition n'a pas pour seul effet de limiter la responsabilité des réviseurs dans le cadre des missions que la loi leur réserve, mais rétablit l'autonomie de la volonté pour ce qui concerne l'exonération de leur responsabilité purement contractuelle.

Alors que dans le premier cas, le réviseur ne peut s'exonérer au-delà de ce que la loi de 1953 prévoit (trois millions d'euros en ce qui concerne l'accomplissement d'une de ces missions auprès d'une personne autre qu'une société cotée, montant porté à douze millions d'euros en ce qui concerne l'accomplissement d'une de ces missions auprès d'une société cotée) il peut, dans le second cas, librement convenir avec son client d'une clause limitative plus étendue.

D'après M. De Wolf, « une limitation voire une exonération excessive de responsabilité dans les missions contractuelles ne sauraient toutefois être admises, car elles seraient contraires aux principes de dignité de la profession »⁹⁸. Et l'auteur de poursuivre que l'absence de limitation de responsabilité pourrait elle aussi constituer une faute déontologique, car contraire à la pérennité de la profession recherchée par le législateur.

Selon l'exposé des motifs, chacun des réviseurs composant un collège de commissaires est individuellement tenu à concurrence des montants fixés par la loi⁹⁹.

45. Le plafond joue par mission (mission générale de contrôle par le commissaire ou missions particulières réservées par la loi aux réviseurs et aux experts-comptables), de sorte qu'en cas de mission spéciale s'ajoutant à la mission générale de contrôle, le plafond pourrait être appliqué deux fois.

Soulignons que les plafonds peuvent être modifiés par arrêté royal.

L'I.R.E. considère que la limitation de responsabilité est d'ordre public¹⁰⁰, ce qui « implique qu'un réviseur d'entreprises ne puisse renoncer, même *a posteriori* ou dans le cadre d'une transaction, au plafonnement légal de la responsabi-

lité. Un tel renoncement pourrait en effet ouvrir une brèche dans le système de protection de la profession en tant que telle, que le législateur a entendu mettre en place. De tels renoncements devront donc, le cas échéant, être considérés comme étant des fautes déontologiques »¹⁰¹.

3

Le renforcement du contrôle interne : le comité d'audit

46. Lors de l'adoption de la loi *corporate governance*, le législateur belge a consacré en 2002 la faculté pour le conseil d'administration d'instituer en son sein des comités consultatifs, dont le comité d'audit¹⁰².

La directive 2006/43 va plus loin : elle consacre l'obligation pour les États membres de prévoir que chaque entité d'intérêt public, soit dotée d'un comité d'audit. Par entité d'intérêt public, la directive 2006/43 entend les entités régies par le droit d'un État membre dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé d'un État membre, les établissements de crédit et les entreprises d'assurances¹⁰³. Cette directive permet toutefois des exceptions à l'obligation d'instituer un comité d'audit.

En droit belge, le comité d'audit obligatoire a été introduit, par la loi du 17 décembre 2008, dans diverses lois particulières¹⁰⁴ ainsi que dans le Code des sociétés¹⁰⁵.

A. Champ d'application

47. La loi du 17 décembre 2008 impose la création d'un comité d'audit au sein des sociétés d'intérêt public suivantes :

- des sociétés (européennes) cotées¹⁰⁶ (en pratique, il s'agit des sociétés cotées sur Euronext Bruxelles);
- des établissements de crédit¹⁰⁷;
- des entreprises d'assurance¹⁰⁸,

(101) I.R.E., *Rapport annuel 2005*, pp. 49-50.

(102) M. DE SAMBLANX « Audit comites : recente ontwikkelingen », in *Liber amicorum Henri Olivier*, die Keure, 2002, pp. 187 et s.

(103) Article 2.13 de la directive 2006/43.

(104) Notamment dans la loi du 22 mars 1993 relative au statut et contrôle des entreprises d'assurances (article 20 de cette loi), la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances (article 14ter de cette loi), la loi du 6 avril 1995 relative au statut et contrôle des entreprises d'investissement (article 62 de cette loi), la loi du 20 juillet 2004 relatives à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement (article 153 de cette loi).

(105) Introduction des articles 526bis et 526ter, du Code des sociétés.

(106) Articles 899bis, 913bis, 913ter et 917, § 4, du Code des sociétés.

(107) La loi de 17 décembre 2008 modifie ainsi la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit.

(108) La loi de 17 décembre 2008 modifie ainsi la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances.

— des entreprises d'investissement¹⁰⁹,

— des sociétés de gestion d'organismes de placement collectif¹¹⁰.

48. Le législateur belge a fait usage de l'option laissée aux États membres de déroger à l'obligation de constituer un comité d'audit, pour les entités d'intérêt public satisfaisant à au moins deux des 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 EUR, (iii) chiffre d'affaires net annuel inférieur ou égal à 50.000.000 EUR.

Dans ce cas, les sociétés visées ne sont pas exonérées de l'accomplissement des tâches du comité d'audit : elles sont exercées par le conseil d'administration qui dispose d'au moins un administrateur indépendant et, au cas où son président en est un membre exécutif, il ne préside pas cet organe lorsque celui-ci agit en qualité de comité d'audit.

Les entreprises d'investissement et les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif qui répondent à ces critères de taille sont, elles, totalement exemptées de l'obligation d'instaurer un comité d'audit.

La C.B.F.A. peut également accorder des dérogations à l'obligation d'instituer un comité d'audit aux entreprises financières qui constituent en réalité une filiale des autres entreprises, à la condition que : (i) ces filiales ne soient pas des sociétés cotées, et (ii) qu'un comité d'audit dont les attributions s'étendent à tout le groupe ait été constitué¹¹¹.

Sont en outre exemptés purement et simplement de l'obligation d'instaurer un comité d'audit, les organismes de placement collectif à nombre variable de parts publics (tels que définis à l'article 10 de la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuille d'investissement) et les sociétés dont la seule activité consiste à émettre des titres adossées à des actifs, avec dans ce dernier cas l'obligation de justifier l'absence de comité d'audit ou de confier les fonctions du comité d'audit au conseil d'administration (article 526bis, § 7, C. soc.).

Enfin, un régime spécifique est mis en place pour les sociétés européennes cotées dotées d'une structure dualiste : un comité d'audit est instauré au sein du conseil de surveillance (articles 913bis et 913ter, C. soc.).

B. Composition du comité d'audit

49. Deux critères sont essentiels pour la désignation des membres d'un comité d'audit : l'indépendance et la compétence en matière de comptabilité ou d'audit.

50. Ainsi, en ce qui concerne les sociétés cotées, les articles 526bis et 913bis, du Code des sociétés prévoient que le comité d'audit doit

(98) M. DE WOLF, « Le contrôle des comptes annuels et consolidés : du corset belge à la libéralisation européenne », *Évolutions et perspectives du droit des sociétés anno 2006*, Bruylant, 2006, p. 437.

(99) *Ibidem*.

(100) Voy. aussi H. BRAECKMANS, « De wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor », *op. cit.*, p. 1657.

(109) La loi de 17 décembre 2008 modifie ainsi la loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement.

(110) La loi de 17 décembre 2008 modifie ainsi la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement.

(111) Voy. notamment l'article 14ter de la loi du 9 juillet 1975.

être composé de membres non exécutifs du conseil d'administration, et d'au moins un administrateur indépendant et compétent en matière de comptabilité et d'audit.

Remarquons qu'il appartient cependant au conseil d'administration, dans son ensemble, d'arrêter les comptes annuels. On comprend dès lors mal les motifs qui ont poussé le législateur à ne pas prévoir une compétence collective pour les membres d'un comité d'audit des sociétés cotées. La compétence individuelle semble ainsi sous-entendre que certains membres du conseil d'administration ne doivent pas être compétents en matière de comptabilité et d'audit. Ceci pourrait être invoqué à l'avenir par un administrateur pour tenter d'échapper à sa responsabilité.

En ce qui concerne les entreprises financières, le comité d'audit doit être composé :

- de membres non exécutifs du conseil d'administration,
- d'au moins un membre de l'organe légal d'administration est indépendant et compétent en matière de comptabilité ou d'audit,
- étant entendu que les membres du comité d'audit disposent d'une compétence collective dans le domaine d'activité de l'entreprise financière concernée et en matière de comptabilité et d'audit.

La loi du 17 décembre 2008 ne définit pas la notion de « compétence collective ». Cette notion nous paraît signifier que la somme des compétences des membres du comité d'audit doit former au moins une compétence complète dans le domaine des activités de la société et en matière de comptabilité et d'audit.

(i). Les administrateurs non exécutifs

51. Le comité d'audit ne pouvant être composé que d'administrateurs non exécutifs, le législateur a spécifiquement exclu les personnes suivantes⁽¹¹²⁾ :

- les administrateurs qui sont membres du comité de direction visés à l'article 524bis du Code des sociétés,
- les administrateurs délégués à la gestion journalière au sens de l'article 525 du Code des sociétés,
- toute autre personne qui peut être considérée comme exécutif en fonction des circonstances d'espèce.

Cette troisième catégorie des administrateurs exécutifs n'est pas définie plus amplement par le législateur, ce qui crée une insécurité juridique.

(ii). Les administrateurs indépendants

52. Au moins un membre du comité d'audit doit être indépendant. Notons que le Code de corporate governance 2009 va plus loin en précisant que la majorité des membres des comités d'audit doivent être indépendants⁽¹¹³⁾.

L'article 526ter du Code des sociétés impose les critères d'indépendance des administrateurs.

Ces critères sont :

- (i) ne pas avoir exercé de mandat exécutif dans l'organe de gestion ou une fonction de membre du comité de direction ou de délégué à la gestion journalière auprès de société ou des sociétés qui lui sont liées, durant les cinq années précédant sa nomination⁽¹¹⁴⁾,
- (ii) ne pas avoir siégé au conseil d'administration en tant qu'administrateur non exécutif pendant plus de trois mandats successifs, ou douze ans au maximum (c'est-à-dire un nouveau critère prévu par la loi du 17 décembre 2008),
- (iii) ne pas avoir fait partie du personnel de direction⁽¹¹⁵⁾ de la société ou d'une société liée durant les trois années précédant sa nomination⁽¹¹⁶⁾,
- (iv) ne pas recevoir, ni avoir reçu, de rémunération ou autre avantage en dehors d'une rémunération perçue comme membre non exécutif de l'organe de gestion ou membre d'un organe de surveillance (c'est-à-dire un nouveau critère prévu par la loi du 17 décembre 2008),
- (v) ne pas détenir de droits sociaux supérieurs à 10% du capital du fonds social⁽¹¹⁷⁾ ou d'une catégorie d'actions dans l'entreprise (directement ou indirectement)^(118 119),
- (vi) ne pas entretenir, ni avoir entretenu au cours du dernier exercice social, une relation d'affaire significative avec la société ou des sociétés liées (directement ou indirectement),
- (vii) ne pas avoir été au cours des trois dernières années, associé ou salarié de l'auditeur externe de la société, actuel ou précédent ou d'une so-

(114) Cette période était de deux ans auparavant et concernait tout type de mandat (exécutif ou non).

(115) La notion de « personnel de direction » vise les personnes chargées de la gestion journalière de l'entreprise, qui ont le 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.

(116) Cette période était de deux ans auparavant.

(117) L'utilisation du fonds social nous semble étrange en matière de sociétés anonymes. En effet, le Code des sociétés ne connaissait jusqu'ici dans ce cadre que le capital social.

(118) Des règles particulières ont été prévues afin que cet administrateur ne détienne pas non plus indirectement (par le biais de sociétés contrôlées par lui ou par des conventions d'actionnaires) des droits sociaux qui représentent une quotité supérieure à 10% du capital, du fonds social ou d'une catégorie d'actions de la société.

(119) Étonnante est l'absence d'interdiction de détention d'autres droits, comme les droits de souscription, les options, les obligations convertibles.

ciété qui leur est liée (c'est-à-dire un nouveau critère prévu par la loi du 17 décembre 2008),

- (viii) ne pas être membre exécutif de l'organe de gestion d'une société dans laquelle un administrateur exécutif de la société siège en tant que membre non exécutif, ou membre d'un organe de surveillance, ni entretenir d'autres liens importants avec les administrateurs exécutifs de la société du fait de fonctions occupées dans d'autres sociétés ou organes,
- (ix) n'avoir pas au sein de l'entreprise, un conjoint, cohabitant légal, ou membre de sa famille au deuxième degré exerçant un mandat exécutif ou de direction, ou membre du personnel de direction.

Notons que ces neuf critères sont également repris dans la définition de l'administrateur indépendant dans le nouveau Code belge de gouvernance d'entreprises (« Code 2009 »), publié le 12 mars 2009^(120 121).

La loi du 17 décembre 2008 prévoit un régime transitoire afin de permettre aux sociétés de se conformer aux critères d'indépendance précités⁽¹²²⁾ :

- les administrateurs des sociétés cotées nommés avant le 8 janvier 2009⁽¹²³⁾, qui satisfont à l'ancien article 524, § 4, 2, du Code des sociétés, mais non aux critères de l'article 526ter du Code des sociétés, peuvent agir en qualité d'administrateur indépendant selon les anciens critères jusqu'au 1^{er} juillet 2011,
- les membres de l'organe légal d'administration des entreprises financières, nommés avant le 8 janvier 2009, qui satisfont aux critères définis et publiés dans le rapport annuel établi par cet organe pour déterminer leur indépendance, peuvent agir en qualité de membre indépendant selon les anciens critères jusqu'au 1^{er} juillet 2011,

Il en résulte que les administrateurs des sociétés cotées et des entreprises financières nommés après le 8 janvier 2009, doivent respecter les critères fixés par l'article 526ter du Code des sociétés.

(iii). La compétence en matière de comptabilité ou d'audit

53. Les travaux parlementaires précisent que « par compétence en matière de comptabilité et d'audit, l'on entend un diplôme d'études supérieures dans les matières de l'économie ou de la finance ou encore une expérience professionnelle significative dans ces matières⁽¹²⁴⁾ ». Ce que comprend le législateur sous la notion « expérience professionnelle significative dans les matières de l'économie ou de la finance » demeure mystérieux.

(120) La notion d'administrateur indépendant est reprise dans l'article 2.1.1/1 du Code 2009.

(121) La nouvelle version du Code belge de gouvernance d'entreprise est le résultat des travaux menés au sein de la commission *Corporate Governance* sous la présidence d'Herman Daems. Elle remplace la première version de 2004. Le Code 2009 tient compte des réglementations, européenne et belge, affectant la gouvernance des entreprises, des évolutions des codes et bonnes pratiques de gouvernance dans les autres pays de l'Union européenne.

(122) Voy. l'article 24, §§ 2 et 3, de la loi du 17 décembre 2008.

(123) C'est-à-dire la date d'entrée en vigueur de la loi du 17 décembre 2008.

(124) *Doc. parl.*, Ch., 2008-2009, n° 1471/001, pp. 14, 18 et 20.



Pour connaître nos dernières parutions, consultez notre catalogue sur internet :

www.larcier.com

(112) Voy. article 526bis, § 3, 4, du Code des sociétés.

(113) <http://www.corporategovernancecommittee.be>.

C. Missions du comité d'audit

54. La loi du 17 décembre 2008 précise que le comité d'audit est chargé au moins des missions suivantes¹²⁵ :

- (i) suivi du processus de l'élaboration de l'information financière,
 - (ii) suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques de la société,
 - (iii) s'il existe un audit interne, suivi de celui-ci et de son efficacité,
 - (iv) suivi du contrôle légal des comptes annuels, 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 chargé du contrôle des comptes consolidés,
 - (v) examen et suivi de l'indépendance du commissaire et, le cas échéant, du réviseur d'entreprises chargé du contrôle des comptes consolidés, en particulier pour ce qui concerne la fourniture de services complémentaires à la société.
- Rappelons que le comité d'audit intervient également dans le processus de nomination du commissaire à l'assemblée générale (article 130, 2, et 156, 2, C. soc.), et qu'il est compétent en matière de dérogations à la règle *one to one*. Cette question a été abordée au chapitre précédent.

55. Le comité d'audit fait régulièrement rapport au conseil d'administration sur l'exercice de ses missions et 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 la publication (article 526bis, § 4, *in fine*, C. soc.).

56. Les missions assignées au comité d'audit sont ainsi beaucoup plus lourdes que celles assignées aux comités qui peuvent être créés en application de l'article 522, § 1^{er}, *in fine*, du Code des sociétés, tel que le comité de rémunérations ou de nominations. Alors que ces derniers ne sont autorisés à donner que de simples avis, la tâche qui pèse sur les comités d'audit est incontestablement plus exigeante¹²⁶.

D. Obligations du commissaire à l'égard du comité d'audit

57. La directive 2006/43 impose aux États membres de veiller à ce que les contrôleurs légaux confirment chaque année au comité d'audit leur indépendance, les services additionnels fournis à l'entité contrôlée et à ce qu'ils examinent avec le comité d'audit les risques pesant sur leur indépendance.

La loi du 17 décembre 2008 prévoit ce renforcement des interactions entre le commissaire et le comité d'audit. Ainsi, le commissaire confirme dorénavant son indépendance, par écrit, chaque année, au comité d'audit.

Selon l'article 526bis, § 5, du Code des sociétés, le commissaire doit informer le comité

d'audit des questions importantes apparues dans l'exercice de leur mission, en particulier les faiblesses significatives du contrôle interne, au regard du processus d'information financière.

Par ailleurs, le commissaire examine avec le comité d'audit les risques pesant sur leur indépendance et les mesures de sauvegarde prises pour atténuer ces risques. Le commissaire communique également chaque année au comité d'audit les « services additionnels » fournis à la société contrôlée.

E. Entrée en vigueur

58. La loi du 17 décembre 2008 est entrée en vigueur dix jours après sa publication au *Moniteur belge* du 29 décembre 2008.

Les tâches et responsabilités du comité d'audit sont applicables, pour la première fois, aux exercices sociaux débutant après la publication de la loi du 17 décembre 2008. La loi imposait toutefois la création du comité d'audit au sein du conseil d'administration des sociétés visées par la loi au moment de l'entrée en vigueur de ladite loi. Ceci laissait aux sociétés visées un délai quasi impraticable pour convoquer un conseil d'administration ayant pour ordre du jour la constitution d'un comité d'audit.

Les sociétés tombant dans le champ de l'application de la loi de 17 décembre 2008 doivent vérifier si leurs statuts et, le cas échéant, leurs règlements d'ordre intérieur sont conformes aux nouvelles dispositions légales et, le cas échéant, effectuer les modifications nécessaires pour s'y conformer. Pour les sociétés disposant déjà d'un comité d'audit, il s'agira notamment de vérifier si la composition de celui-ci est conforme à la loi du 17 décembre 2008 et si le comité a bien été chargé des tâches minimales prévues par les nouvelles dispositions du Code des sociétés.

F. Quelques réflexions sur le comité d'audit

59. La loi du 17 décembre 2008 comporte quelques imperfections dont l'origine est sans doute due à la rapidité de son adoption.

En effet, le législateur ne détermine pas si les nouvelles dispositions relatives à la composition et au fonctionnement du comité d'audit s'appliquent également aux sociétés qui, bien que n'y étant pas contraintes par la nouvelle législation, ont néanmoins décidé de constituer un comité d'audit. Une telle société pourrait-elle prétendre constituer un comité d'audit, tout en n'en respectant pas les nouvelles règles liées à sa composition ? Eu égard au libellé maladroît de la loi, la réponse nous paraît être affirmative. Certaines dispositions nouvelles de la loi du 17 décembre 2008, plus claires, comme elles relatives à la nomination d'un commissaire¹²⁷, ne sont applicables qu'aux sociétés qui sont tenues par la loi de constituer un comité d'audit.

L'instauration obligatoire d'un comité d'audit soulève également la question de la responsabilité des membres du comité d'audit.

Nul doute qu'un manquement du membre du comité d'audit est susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard de la société, sur pied des articles 527 et 528 du Code des sociétés. Les tiers pourraient également être tentés de l'actionner si le dommage qu'ils estiment avoir subi est la conséquence d'une violation des tâches incombant aux administrateurs sur pied des nouvelles dispositions légales. En ce cas, par hypothèse, une violation du Code des sociétés engage la responsabilité solidaire des administrateurs à l'égard des tiers également (article 528, C. soc.).

Les administrateurs qui acceptent de devenir membres du comité d'audit devront dès lors vérifier avec soin leur police d'assurance. Au vu de la responsabilité de plus en plus lourde supportée par les administrateurs, il serait souhaitable, *de lege ferenda*, de les protéger en instaurant un plafond limitant leur responsabilité à un certain montant, à l'instar de celui dont bénéficient les réviseurs d'entreprises d'étendre de la responsabilité de l'administrateur n'est pas automatiquement synonyme de compétence.

4

Conclusions

60. Les modifications apportées en 2007 au cadre institutionnel de la profession de réviseurs d'entreprises à la suite de la transposition de la directive 2006/43 constituent une des plus grandes réformes du révisorat depuis la création de l'I.R.E. en 1953. Tant la supervision publique de l'activité de réviseur d'entreprises que les aspects liés à l'organisation et à l'exercice de la profession ont été considérablement modifiés.

La directive 2006/43 n'a cependant pas bouleversé les règles d'indépendance du commissaire. Les quelques nouveautés relatives à ce thème sont influencées par l'approche conceptuelle.

Le contrôle interne est renforcé, puisque la directive 2006/43 a rendu obligatoire la création d'un comité d'audit dans les sociétés d'intérêt public et a renforcé les critères d'indépendance des administrateurs, tels que l'absence de relation d'affaires significatives et les nombreuses incompatibilités de fonction. Ce renforcement risque de rendre plus difficile le choix et la nomination d'administrateurs indépendants au sens du Code des sociétés.

Enfin, l'imposition de nouveaux devoirs aux administrateurs membres d'un comité d'audit nous renforce dans l'idée qu'il conviendrait, *de lege ferenda*, de plafonner la responsabilité des administrateurs.

Patrick DE WOLF

Matthias DESIMPELAERE
Avocats

(125) Voy. également l'article 526bis du Code des sociétés. Ce libellé laisse sous entendre que le comité d'audit pourrait être chargé d'autres tâches.

(126) Voy. pour une analyse du droit français à ce sujet : P. MERLE, « Les nouvelles responsabilités des comités d'audit », in *Bulletin Joly Sociétés - Actualité du droit des sociétés*, février 2009, n° 2, pp. 216 et s.

(127) Ainsi, l'article 156 nouveau du Code des sociétés prévoit que : « Lorsque la société est tenue de constituer un comité d'audit en vertu de la loi, la proposition de l'organe de gestion est émise sur proposition du comité d'audit. Cette dernière est elle-même transmise au conseil d'entreprise pour information ».