RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 55.404/1
van 19 maart 2014

over

een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot uitvoering van artikel 77*decies* van de wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een instituut van de Bedrijfsrevisoren en organisatie van het publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor, gecoördineerd op 30 april 2007’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 55.404/1
du 19 mars 2014

sur

un projet d’arrêté royal ‘portant exécution de l’article 77*decies* 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’

Op 17 februari 2014 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Economie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot uitvoering van artikel 77*decies* van de wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een instituut van de Bedrijfsrevisoren en organisatie van het publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor, gecoördineerd op 30 april 2007'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 6 maart 2014. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Marc RIGAUX en Michel TISON, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Paul DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 19 maart 2014.

*

Le 17 février 2014, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Économie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'portant exécution de l'article 77*decies* 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'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 6 mars 2014. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Wouter PAS, conseillers d'État, Marc RIGAUX et Michel TISON, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Paul DEPUYDT, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Marnix VAN DAMME, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 19 mars 2014.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe om de specifieke voorwaarden van samenwerking met de bevoegde autoriteiten van derde landen, bedoeld in artikel 77*decies* van de wet van 22 juli 1953 'houdende oprichting van een Instituut van de Bedrijfsrevisoren en organisatie van het publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor', te bepalen. Tevens wordt bepaald welk het bevoegde orgaan van publiek toezicht is, bedoeld in artikel 77*decies*, § 1, van de voornoemde wet.

3. Rechtsgrond voor de ontworpen regeling wordt geboden door artikel 77*decies*, §§ 1 en 3, van de wet van 22 juli 1953.

In artikel 77*decies*, § 1, van de wet van 22 juli 1953 wordt de Koning belast met het "aanwijzen" van "ieder bevoegd orgaan van publiek toezicht"; luidens artikel 77*decies*, § 3, van dezelfde wet, bepaalt de Koning de specifieke voorwaarden van samenwerking met de derde landen.

4. In het tweede lid van de aanhef van het ontwerp wordt eveneens verwezen naar artikel 22 van de wet van 8 december 1992 'tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens'. Blijkbaar wordt die wetsbepaling als rechtsgrond ingeroepen voor artikel 6 van het ontwerp.

Luidens artikel 22, tweede lid, van de wet van 8 december 1992 "kan, [onverminderd het bepaalde in het vorige lid], de Koning, na advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, machtiging verlenen voor een doorgifte of een categorie doorgiften van persoonsgegevens naar een land buiten de Europese Gemeenschap dat geen waarborgen voor een passend beschermingsniveau biedt, indien de verantwoordelijke voor de verwerking voldoende waarborgen biedt ten aanzien van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, de fundamentele rechten en vrijheden van personen, alsmede ten aanzien van de uitoefening van de daaraan verbonden rechten; deze waarborgen kunnen met name voortvloeien uit passende contractuele bepalingen."

Het aangehaalde artikel 22, tweede lid, van de wet van 8 december 1992 moet worden gelezen in samenhang met het eerste lid van die bepaling en de daarin opgesomde gevallen. Indien derhalve artikel 6 van het ontwerp niet kan worden ingepast in één van de gevallen opgesomd in artikel 22, eerste lid, van de voornoemde wet, kan daarvoor geen rechtsgrond worden gevonden in de betrokken wetsbepaling. Daarenboven rijst de vraag of het bepaalde in artikel 6 van het ontwerp effectief kan worden beschouwd als betrekking hebbende

op een "machtiging" in de zin van artikel 22, tweede lid, van de wet van 8 december 1992. Hierover ondervraagd, verklaarde de gemachtigde:

"Wat de verhouding met artikel 22 van de wet van 8.12.1992 betreft, werd in onze vraag om advies aan de Commissie voor de bescherming van persoonlijke levenssfeer het volgende vermeld:

De basis voor de aanvraag is artikel 22, lid 1, punt 4°. Er bestaat een zwaarwegend algemeen belang voor het samenwerkingsakkoord.

Dit belang werd onder andere vermeld in het besluit van de Europese Commissie van 1.09.2010:

'Overwegende hetgeen volgt:

(1) Overeenkomstig artikel 47, lid 1, en artikel 53 van Richtlijn 2006/43/EG mogen bevoegde autoriteiten van lidstaten in geval van inspecties of onderzoeken van wettelijke auditors of auditkantoren met ingang van 29 juni 2008 toestaan dat controle- of andere documenten die in het bezit zijn van wettelijke auditors of auditkantoren aan de bevoegde autoriteiten van een derde land worden overgedragen, op voorwaarde dat laatstgenoemde autoriteiten door de Commissie adequaat zijn verklaard en dat er tussen deze autoriteiten en de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaten op wederkerigheid gebaseerde werkregelingen zijn overeengekomen. Er dient derhalve te worden uitgemaakt welke bevoegde autoriteiten van derde landen adequaat zijn voor de overdracht van controle- of andere documenten die in het bezit zijn van wettelijke auditors of auditkantoren aan de bevoegde autoriteiten van een derde land.

(2) Een overdracht van controle- of andere documenten die in het bezit zijn van wettelijke auditors of auditkantoren aan de bevoegde autoriteiten van een derde land is een aangelegenheid van zwaarwegend algemeen belang die met de uitoefening van onafhankelijk publiek toezicht verband houdt. (...)

(17) Het uiteindelijke doel van de samenwerking met Australië en de Verenigde Staten van Amerika op het gebied van het toezicht op controleactiviteiten is te komen tot wederzijds vertrouwen in elkaars toezichtstelsel, waarbij slechts in uitzonderlijke gevallen overdrachten plaatsvinden van controle- of andere documenten die in het bezit zijn van wettelijke auditors of auditkantoren. Dit wederzijdse vertrouwen zou op de gelijkwaardigheid van de stelsels van publiek toezicht op auditors van de Unie en van de betrokken landen zijn gebaseerd.

(18) De Public Company Accounting Oversight Board van de Verenigde Staten van Amerika zou de stelsels van publiek toezicht op auditors van de lidstaten nader willen beoordelen alvorens te besluiten of hij zich zal verlaten op het publiek toezicht dat door hun bevoegde autoriteiten wordt uitgeoefend.'

Het besluit werd tot 2016 verlengd omdat verschillende lidstaten nog geen akkoord gesloten hadden met de PCAOB.

De Europese Commissie bestudeert nu ook maatregelen ten einde de uiteindelijke doelstelling (wederzijds vertrouwen) te kunnen bereiken in de toekomst.

Ook is het belangrijk voor de bedrijfsrevisoren die in de Verenigde Staten actief zijn en voor de Belgische beursgenoteerde ondernemingen in de VS om tot een akkoord te komen.
(http://pcaobus.org/International/Inspections/Pages/IssuerClientsWithoutAccess.aspx)

Toch, omdat artikel 22 § 1, 4°, een uitzondering is, moet dit artikel restrictief geïnterpreteerd worden.

In dit verband zijn er de volgende beperkingen:

-alleen een beperkt aantal persoonlijke gegevens zullen doorgegeven worden zijnde de gegevens nodig om de doelstellingen van het publiek toezicht te vervullen.

-als vermeld in het ontwerp van SOP:

'The parties acknowledge that the PCAOB primarily seeks the names, and information relating the professional activities, of the individual persons who were responsible for or participated in the audit engagements selected for review during an inspection or who play a significant role in the firm's management and quality control.'

De PCAOB heeft al verschillende van die gegevens. De bedrijfsrevisor die een wettelijke controle van een beursgenoteerde onderneming in de VS of van een dochteronderneming van een Amerikaanse beursgenoteerde onderneming wil uitvoeren, moet geregistreerd zijn in de VS.

- De gegevens van de klanten worden anoniem gemaakt.

- Het doorgeven van gegevens wordt per geval (case by case) uitgevoerd. De Belgische autoriteit van toezicht is verantwoordelijk voor het verlenen van de documenten.

Artikel 22 eist geen bijkomende waarborgen, toch heeft de Koning op basis van artikel 77*decies*, § 3, bepaalde waarborgen vermeld in artikel 6 van het ontwerp van KB.

Gezien de antwoorden op [het vorige punt] is er geen sprake van 'machtiging'. Ook kan er verwezen worden naar de richtlijn 2006/43/EG (art. 47) en naar de wet. De autoriteit die bevoegd is voor het sluiten van het samenwerkingsakkoord is de bevoegde autoriteit van publiek toezicht.

Volgens onze informatie heeft geen enkele andere lidstaat een KB genomen ten einde hun autoriteit toe te laten een samenwerkingsakkoord te sluiten met de PCAOB.

België moest een KB nemen om te bepalen welk autoriteit bevoegd is om het akkoord te sluiten. In België heeft men namelijk voor de controle van de auditsector een systeem van publiek toezicht (met verschillende autoriteiten). Men heeft van die gelegenheid gebruikt gemaakt om bepaalde modaliteiten van de samenwerking verder te bepalen."

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. In het lid van de aanhef waarin wordt verwezen naar het advies van de Hoge Raad voor de Economische Beroepen dient de datum van "16 december 2013" te worden vervangen door de datum van "13 december 2013".

Artikel 4

6. In artikel 4, § 1, 1°, van het ontwerp, zijn de woorden "dans sa requête", in de Franse tekst, niet weergegeven in de Nederlandse tekst. Deze discordantie moet worden weggewerkt.

7. Inzover het bepaalde in artikel 4, § 1, 2°, van het ontwerp, herneemt wat al uit artikel 77*decies*, § 1, 5°, van de wet voortvloeit, dient dit uit het ontwerp te worden weggelaten. Het verdient immers geen aanbeveling om in een hiërarchisch lagere norm een hiërarchisch hogere norm die reeds van toepassing is, over te nemen. Op die wijze wordt immers onduidelijkheid geschapen omtrent de juridische waarde van de overgenomen bepaling en wordt de indruk gewekt dat de overgenomen bepaling geen gelding heeft indien deze niet wordt overgenomen of dat de lagere regelgever de overgenomen norm zou kunnen wijzigen indien deze niet woordelijk wordt herhaald.

8. Ook het bepaalde in artikel 4, § 1, 4°, van het ontwerp, moet worden weggelaten aangezien erin niet enkel wordt hernomen wat reeds uit artikel 77*decies*, § 1, 1°, van de wet volgt, maar er tevens van wordt afgeweken[1].

9. De weigeringsgronden, vermeld in artikel 4, § 1, 8°, van het ontwerp, zijn die welke worden opgesomd in artikel 77*decies*, § 2, 1° tot 3°, van de wet. Artikel 4, § 1, 8°, kan om die reden evenmin in het ontwerp worden behouden.

Artikel 6

10. De Nederlandse ("een derde land dat geen adequaat beschermingsniveau heeft"; "onder meer") en de Franse tekst ("un pays tiers qui n'est pas déclaré adéquat"; "en outre") van de inleidende zin van artikel 6, § 1, van het ontwerp, moeten beter op elkaar worden afgestemd.

*

[1] In artikel 4, § 1, 4°, van het ontwerp, wordt het toepassingsgebied, zoals omschreven in artikel 77*decies*, § 1, 1°, van de wet, verengt, wat uiteraard niet kan.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de déterminer les modalités particulières de coopération avec les autorités compétentes de pays tiers, visées à l'article 77*decies* 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'. Il détermine également l'organe de supervision publique compétent, visé à l'article 77*decies*, § 1er, de la loi précitée.

3. Les dispositions en projet trouvent leur fondement juridique dans l'article 77*decies*, §§ 1er et 3, de la loi du 22 juillet 1953.

L'article 77*decies*, § 1er, de la loi du 22 juillet 1953 charge le Roi de « désigner » « tout organe de supervision publique compétent » ; selon l'article 77*decies*, § 3, de la même loi, le Roi détermine les modalités particulières de coopération avec les pays tiers.

4. Au deuxième alinéa du préambule du projet, il est également fait référence à l'article 22 de la loi du 8 décembre 1992 'relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel'. Cette disposition légale est apparemment invoquée comme fondement juridique de l'article 6 du projet.

Selon l'article 22, alinéa 2, de la loi du 8 décembre 1992 « le Roi peut [, sans préjudice des dispositions de l'alinéa précédent,] après avis de la Commission de la protection de la vie privée, autoriser un transfert ou un ensemble de transferts de données à caractère personnel vers un pays non membre de la Communauté européenne et n'assurant pas un niveau de protection adéquat, lorsque le responsable du traitement offre des garanties suffisantes au regard de la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes, ainsi qu'à l'égard de l'exercice des droits correspondants; ces garanties peuvent notamment résulter de clauses contractuelles appropriées ».

Il convient de lire l'article 22, alinéa 2, précité, de la loi du 8 décembre 1992 en combinaison avec l'alinéa 1er de cette disposition et les cas qui y sont énumérés. Dès lors, si l'article 6 du projet ne peut s'inscrire dans l'un des cas énumérés à l'article 22, alinéa 1er, de la loi précitée, la disposition légale concernée ne peut pas lui procurer de fondement juridique. En outre, la question se pose de savoir si l'on peut effectivement considérer que l'article 6 du projet a trait à une « autorisation » au sens de l'article 22, alinéa 2, de la loi du 8 décembre 1992. Interrogée à ce sujet, la déléguée a déclaré :

« Wat de verhouding met artikel 22 van de wet van 8.12.1992 betreft, werd in onze vraag om advies aan de Commissie voor de bescherming van persoonlijke levenssfeer het volgende vermeld:

De basis voor de aanvraag is artikel 22, lid 1, punt 4°. Er bestaat een zwaarwegend algemeen belang voor het samenwerkingsakkoord.

Dit belang werd onder andere vermeld in het besluit van de Europese Commissie van 1.09.2010:

'Overwegende hetgeen volgt:

(1) Overeenkomstig artikel 47, lid 1, en artikel 53 van Richtlijn 2006/43/EG mogen bevoegde autoriteiten van lidstaten in geval van inspecties of onderzoeken van wettelijke auditors of auditkantoren met ingang van 29 juni 2008 toestaan dat controle- of andere documenten die in het bezit zijn van wettelijke auditors of auditkantoren aan de bevoegde autoriteiten van een derde land worden overgedragen, op voorwaarde dat laatstgenoemde autoriteiten door de Commissie adequaat zijn verklaard en dat er tussen deze autoriteiten en de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaten op wederkerigheid gebaseerde werkregelingen zijn overeengekomen. Er dient derhalve te worden uitgemaakt welke bevoegde autoriteiten van derde landen adequaat zijn voor de overdracht van controle- of andere documenten die in het bezit zijn van wettelijke auditors of auditkantoren aan de bevoegde autoriteiten van een derde land.

(2) Een overdracht van controle- of andere documenten die in het bezit zijn van wettelijke auditors of auditkantoren aan de bevoegde autoriteiten van een derde land is een aangelegenheid van zwaarwegend algemeen belang die met de uitoefening van onafhankelijk publiek toezicht verband houdt. (...)

(17) Het uiteindelijke doel van de samenwerking met Australië en de Verenigde Staten van Amerika op het gebied van het toezicht op controleactiviteiten is te komen tot wederzijds vertrouwen in elkaars toezichtstelsel, waarbij slechts in uitzonderlijke gevallen overdrachten plaatsvinden van controle- of andere documenten die in het bezit zijn van wettelijke auditors of auditkantoren. Dit wederzijdse vertrouwen zou op de gelijkwaardigheid van de stelsels van publiek toezicht op auditors van de Unie en van de betrokken landen zijn gebaseerd.

(18) De Public Company Accounting Oversight Board van de Verenigde Staten van Amerika zou de stelsels van publiek toezicht op auditors van de lidstaten nader willen beoordelen alvorens te besluiten of hij zich zal verlaten op het publiek toezicht dat door hun bevoegde autoriteiten wordt uitgeoefend.'

Het besluit werd tot 2016 verlengd omdat verschillende lidstaten nog geen akkoord gesloten hadden met de PCAOB.

De Europese Commissie bestudeert nu ook maatregelen ten einde de uiteindelijke doelstelling (wederzijds vertrouwen) te kunnen bereiken in de toekomst.

Ook is het belangrijk voor de bedrijfsrevisoren die in de Verenigde Staten actief zijn en voor de Belgische beursgenoteerde ondernemingen in de VS om tot een akkoord te komen.

(http://pcaobus.org/International/Inspections/Pages/IssuerClientsWithoutAccess.aspx)

Toch, omdat artikel 22 § 1, 4°, een uitzondering is, moet dit artikel restrictief geïnterpreteerd worden.

In dit verband zijn er de volgende beperkingen:

-alleen een beperkt aantal persoonlijke gegevens zullen doorgegeven worden zijnde de gegevens nodig om de doelstellingen van het publiek toezicht te vervullen.

-als vermeld in het ontwerp van SOP:

'The parties acknowledge that the PCAOB primarily seeks the names, and information relating the professional activities, of the individual persons who were responsible for or participated in the audit engagements selected for review during an inspection or who play a significant role in the firm's management and quality control.'

De PCAOB heeft al verschillende van die gegevens. De bedrijfsrevisor die een wettelijke controle van een beursgenoteerde onderneming in de VS of van een dochteronderneming van een Amerikaanse beursgenoteerde onderneming wil uitvoeren, moet geregistreerd zijn in de VS.

- De gegevens van de klanten worden anoniem gemaakt.

- Het doorgeven van gegevens wordt per geval (case by case) uitgevoerd. De Belgische autoriteit van toezicht is verantwoordelijk voor het verlenen van de documenten.

Artikel 22 eist geen bijkomende waarborgen, toch heeft de Koning op basis van artikel 77*decies*, § 3, bepaalde waarborgen vermeld in artikel 6 van het ontwerp van KB.

Gezien de antwoorden op [het vorige punt] is er geen sprake van 'machtiging'. Ook kan er verwezen worden naar de richtlijn 2006/43/EG (art. 47) en naar de wet. De autoriteit die bevoegd is voor het sluiten van het samenwerkingsakkoord is de bevoegde autoriteit van publiek toezicht.

Volgens onze informatie heeft geen enkele andere lidstaat een KB genomen ten einde hun autoriteit toe te laten een samenwerkingsakkoord te sluiten met de PCAOB.

België moest een KB nemen om te bepalen welk autoriteit bevoegd is om het akkoord te sluiten. In België heeft men namelijk voor de controle van de auditsector een systeem van publiek toezicht (met verschillende autoriteiten). Men heeft van die gelegenheid gebruikt gemaakt om bepaalde modaliteiten van de samenwerking verder te bepalen ».

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

5. Dans l'alinéa du préambule faisant référence à l'avis du Conseil supérieur des Professions économiques, il y a lieu de remplacer la date du «16 décembre 2013 » par la date du « 13 décembre 2013 ».

Article 4

6. À l'article 4, § 1er, 1°, du projet, les mots du texte français « dans sa requête » ne figurent pas dans le texte néerlandais. Il y a lieu d'éliminer cette discordance.

7. Dans la mesure où l'article 4, § 1er, 2°, du projet reproduit ce qui découle déjà de l'article 77*decies*, § 1er, 5°, de la loi, il faut l'omettre du projet. En effet, il n'est pas recommandé de reproduire dans une norme hiérarchiquement inférieure une norme hiérarchiquement supérieure qui est déjà d'application, dès lors, qu'ainsi une confusion est créée quant à la valeur juridique de la disposition empruntée et qu'il est donné à penser que la disposition empruntée n'est pas applicable si elle est n'est pas reproduite ou que le pouvoir réglementaire d'un rang inférieur pourrait modifier la norme empruntée si elle n'est pas reproduite littéralement.

8. L'article 4, § 1er, 4°, du projet doit également être omis, dès lors qu'il reproduit non seulement ce qui découle déjà de l'article 77*decies*, § 1er, 1°, de la loi mais qu'il y déroge également [1].

9. Les motifs de refus, mentionnés à l'article 4, § 1er, 8°, du projet sont ceux qui sont énumérés à l'article 77*decies*, § 2, 1° à 3°, de la loi. Dès lors, l'article 4, § 1er, 8°, ne peut pas non plus être maintenu dans le projet.

[1] L'article 4, § 1er, 4°, du projet, rétrécit le champ d'application, défini à l'article 77*decies*, § 1er, 1°, de la loi, ce qui n'est évidemment pas permis.

Article 6

10. Il convient d'assurer une meilleure concordance entre les textes français (« un pays tiers qui n'est pas déclaré adéquat »; « en outre ») et néerlandais (« een derde land dat geen adequaat beschermingsniveau heeft »; « onder meer ») de la phrase introductive de l'article 6, § 1er, du projet.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS Marnix VAN DAMME