

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 45.576/AG
DU 6 JANVIER 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, assemblée générale de la section de législation, saisi par le Ministre de la Justice, le 1^{er} décembre 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours ^(*), sur un avant-projet de loi "visant à améliorer les règles de fonctionnement des organes sociaux, notamment par l'introduction d'une déclaration de gouvernement d'entreprise et d'un comité de rémunération dans le Code des sociétés, par la limitation de l'indemnité de départ pour certains mandataires sociaux et par la réforme du régime des interdictions professionnelles dans le secteur bancaire et financier",

a donné l'avis suivant :

(*) Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par l'assemblée générale en application de l'article 85.

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 45.576/AV
VAN 6 JANUARI 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, algemene vergadering van de afdeling wetgeving, op 1 december 2008 door de Minister van Justitie verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot vijfenveertig dagen ^(*), van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot verbetering van de werkingsregels voor de vennootschapsorganen, inzonderheid door de invoering in het Wetboek van Vennootschappen van bepalingen houdende een verklaring inzake deugdelijk bestuur en tot oprichting van een remuneratiecomité, door de beperking van de beëindigingsvergoeding voor bepaalde vennootschapsmandatarissen en door de hervorming van de regeling voor het beroepsverbod in de bank- en financiële sector",

heeft het volgende advies gegeven :

(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de algemene vergadering met toepassing van artikel 85.

Portée de l'avant-projet de loi

1. Le chapitre premier de l'avant-projet modifie et complète le Code des sociétés (ci après aussi C. Soc.) afin de contraindre certaines sociétés cotées à intégrer, dans leur rapport annuel, une déclaration de gouvernement d'entreprise, y compris un rapport de rémunération (article 3 du projet - article 96, § 2, C. Soc., en projet). L'avant-projet prévoit également de constituer un comité de rémunération au sein de l'organe d'administration des sociétés anonymes et européennes cotées (articles 6, 7, 11 et 12). Le rapport de rémunération ne contient pas uniquement des informations concernant la politique de rémunération des administrateurs exécutifs et des délégués à la gestion journalière. Il mentionne aussi, individuellement ou globalement, le montant de l'indemnité des mandataires exerçant une fonction exécutive, en fonction de la qualité des personnes visées.

Parallèlement aux modifications prévues aux articles 4 et 5 du projet (modification, respectivement, des articles 119 et 207 du C. Soc.), l'article 3 assure la transposition des articles 1^{er}, 7), 8) et 10) et 2, 2) et 3), de la directive 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance (voir article 2 du projet). Le chapitre II de l'avant-projet insère, dans le Code des sociétés, des dispositions visant à limiter le montant de l'indemnité de départ pour les administrateurs exécutifs, les membres du comité de direction et les personnes auxquelles la gestion journalière a été confiée dans les sociétés anonymes cotées (articles 14 à 17 du projet) et dans les sociétés européennes (SE) cotées (articles 18 à 21 du projet).

Sur ce point, l'article 14 du projet (article 520*bis*, en projet) prévoit, plus particulièrement en son paragraphe 1^{er}, un régime de calcul des indemnités de départ qui, pour les administrateurs exécutifs qu'il vise ou qui y sont assimilés en vertu des articles 524*bis* et 525, en projet, s'articule comme suit.

.../...

L'indemnité de départ ne peut excéder, pendant une période de 12 mois suivant la cessation de la relation de travail, le plus bas des deux montants suivants:

- a) la rémunération qui serait due pour la durée restante de la relation de travail à laquelle il est mis fin;
- b) la rémunération annuelle due en raison de la relation de travail pendant cette période de travail ou, lorsque ce montant est supérieur, une indemnité égale à un quart de cette rémunération annuelle par période de cinq années entamées au cours de laquelle l'intéressé a effectivement été actif professionnellement au sein de la société avec un maximum d'une fois et demi la rémunération annuelle ¹.

Le chapitre III de l'avant-projet modifie le régime des interdictions professionnelles imposées aux personnes qui souhaitent exercer une fonction dirigeante dans un établissement financier soumis au contrôle, lorsqu'elles ont été condamnées pour certaines infractions.

2. Ces dispositions et la méthode dont elles procèdent, appellent les observations suivantes.

Observation préliminaire

3. Ainsi qu'il est exposé ci-dessus, le présent projet assure la transposition, entre autres, des articles 1^{er}, 7), 8) et 10), et 2, 2) et 3), de la directive 2006/46/CE. Le commentaire des articles figurant dans l'exposé des motifs indique quelles dispositions de l'avant-projet de loi entendent transposer la directive 2006/46/CE précitée et quelles options de cette directive sont mises en oeuvre. Le tableau de correspondance annexé à la demande d'avis devrait également être joint à l'avant-projet de loi soumis aux chambres législatives.

⁽¹⁾ Par le relèvement du maximum autorisé à une année et demie de rémunération, la durée de l'indemnité de départ se trouve alors portée à un plafond de 18 mois (Voy. l'exposé des motifs, pp. 17 et 18).

En effet, ainsi que la section de législation du Conseil d'État l'a souvent rappelé ², la nécessité d'assurer correctement la transposition de directives européennes et celle d'informer adéquatement le Parlement sur le choix des moyens que le Gouvernement lui propose de mettre en oeuvre commandent entre autres que des tableaux de transposition des directives en cause et des dispositions du projet, soient établis dans les deux sens ³ et soient joints au projet lui-même ⁴. Ces tableaux sont non seulement très utiles pour l'assemblée législative mais également pour les destinataires des règles. Pareille exigence correspond par ailleurs à un des considérants de la directive que l'avant-projet examiné vise précisément à transposer ⁵.

Tel qu'il a été transmis à la section de législation du Conseil d'Etat, le tableau de correspondance méritait d'être clarifié. Il ne reprend, pour certaines dispositions, que les articles de la directive 2006/46/CE (articles 1, 7), 1, 10), 2, 2) et 2, 3)) alors que, pour d'autres, il se réfère aussi aux articles des directives 78/660/CEE ou 83/349/CEE que la directive 2006/46/CE vise à modifier (en ce qui concerne l'article 1, 8), de cette dernière directive).

Par souci de clarté, il conviendrait de faire systématiquement apparaître aussi les articles des directives 78/660/CEE ou 83/349/CEE que la directive 2006/46/CE vise à modifier.

(2) Sur le caractère indispensable de l'établissement de pareils tableaux, tant pour l'auteur de l'avant-projet et le Parlement que pour la section de législation du Conseil d'État, voir aussi le rapport annuel du Conseil d'État, 2005-2006, n^{os} 15 à 17 (www.raadvst-consetat.be).

(3) Voir sur ce point le "Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires" (2008), qui requiert expressément l'établissement de deux tableaux de transposition: un tableau de correspondance entre les articles de la directive et ceux de l'acte de transposition et un tableau de correspondance entre les articles de l'acte de transposition et ceux de la directive (p. 118, §§ 191.1 et 191.2).

(4) Ibidem, p. 118, § 193.

(5) Voir le considérant 15 de la directive 2006/46/CE en vertu duquel "(...) les États membres sont encouragés à établir, pour eux-mêmes et dans l'intérêt de la Communauté, leurs propres tableaux, qui illustreront, dans la mesure du possible, la concordance entre la présente directive et les mesures de transposition et à les rendre publics".

Observations générales

4. À divers endroits, l'avant-projet fait référence à la notion d'"administrateur exécutif" comme point de rattachement aux obligations spécifiques imposées aux sociétés cotées. L'article 7 de l'avant-projet (article 526*quater*, § 2, C. Soc. en projet), notamment, dispose que le comité de rémunération est composé de membres non exécutifs du conseil d'administration, cette même disposition précisant ce qu'il y a lieu d'entendre, entre autres, par membre exécutif. L'article 14 de l'avant-projet (article 520*bis*, C. Soc., en projet) impose des limitations à l'indemnité de départ d'un "administrateur exécutif", l'article 520*bis*, § 2, C. Soc., en projet, énumérant les personnes qu'il faut considérer, entre autres, comme administrateur exécutif.

5. Cette approche soulève plusieurs questions. Tout d'abord, l'énumération figurant dans les deux dispositions précitées paraît uniquement s'appuyer sur une organisation duale de l'administration (par la création d'un comité de direction au sein du conseil d'administration). La question se pose de savoir si une répartition interne des tâches entre les administrateurs au sens de l'article 522, § 1^{er}, alinéa 2, C. Soc., sans création d'un comité de direction, n'implique pas qu'il faille également considérer ces administrateurs comme des "administrateurs exécutifs".

Il faut souligner par ailleurs que l'utilisation d'une même notion juridique, présentant différentes acceptions dans une seule et même loi, ne favorise pas la sécurité juridique. Alors que l'article 526*quater*, C. Soc., en projet, considère entre autres comme administrateurs exécutifs les administrateurs qui sont membres du comité de direction ou qui se sont vu déléguer la gestion journalière ⁶, l'article 520*bis*, en projet, du même Code, y ajoute une catégorie supplémentaire, à savoir tout administrateur "qui, autrement qu'en sa seule qualité d'administrateur ou de membre d'un comité visé à l'article 522, § 1, troisième alinéa, a été actif professionnellement au sein de la société cotée ou d'une filiale de la société cotée, quelle que soit la nature de la relation professionnelle par laquelle l'intéressé exerce la totalité ou une partie de ses activités".

(6) Au demeurant, cette énumération est identique à celle utilisée pour l'application de l'article 526*bis* C. Soc., inséré par la loi du 17 décembre 2008 instituant notamment un Comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières, qui oblige les sociétés cotées à constituer, au sein du conseil d'administration, un comité d'audit composé d'administrateurs non exécutifs.

6. En définissant à chaque fois la notion "d'administrateur exécutif" par une énumération non exhaustive, comme l'indique l'utilisation des mots "entre autres", le texte en projet peut, au bout du compte, être obscur quant aux véritables personnes qui peuvent être considérées comme administrateurs exécutifs ou non exécutifs.

Dans un souci de sécurité juridique, le Conseil d'État estime qu'il vaudrait mieux conférer une teneur unique à la notion d'"administrateur exécutif" pour l'application des différentes dispositions du Code des sociétés précitées et de recourir pour ce faire, soit à une énumération exhaustive, soit à une définition législative générique, complétée le cas échéant par une énumération illustrative.

7. Le champ d'application *ratione personae* de l'avant-projet s'étend aux sociétés cotées au sens de l'article 4 du Code des sociétés, c'est-à-dire, aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé (belge ou étranger). Toutes les dispositions du projet ne sont cependant pas applicables à toutes les sociétés cotées:

- les informations qui, aux termes de l'article 96, § 2, C. Soc., en projet, (article 3 du projet) doivent figurer dans la "déclaration de gouvernement d'entreprise" ne concernent que les sociétés dont une partie au moins des titres avec droit de vote sont admis à la cotation sur un marché réglementé, étant en outre entendu que, sous certaines conditions, des obligations moins étendues en matière d'information sont imposées aux sociétés dont seuls des titres autres que des actions sont cotés. À cet égard, les auteurs du projet ont utilisé l'option offerte aux États membres par l'article 46*bis*, paragraphe 3, de la quatrième directive sociétés 78/660/CEE (inséré par l'article 1,7), de la directive 2006/46/CE);
- selon l'article 96, § 3, C. Soc., en projet, l'obligation de publier un rapport de rémunération dans la déclaration de gouvernement d'entreprise, ne s'applique qu'aux sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, de sorte que cette disposition a un champ d'application plus réduit que l'article 96, § 1^{er}, C. Soc., en projet;

.../...

- l'obligation de constituer un comité de rémunération s'applique à toute société cotée, indépendamment de la nature des titres cotés. Il en va de même des dispositions du chapitre II du projet, relatives à la limitation de l'indemnité de départ pour certains mandataires sociaux;

8. Le Conseil d'État constate que ces différences dans le champ d'application de diverses parties du projet risquent d'affecter la cohérence interne de la réglementation. Ainsi, le comité de rémunération, qui doit être instauré dans toutes les sociétés cotées, est chargé de la préparation du rapport de rémunération que le conseil d'administration joint à la déclaration visée à l'article 96, § 2, alors que l'obligation d'établir et de publier un rapport de rémunération ne s'applique qu'aux sociétés dont les actions sont cotées.

À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit:

"Dit onderscheid wordt wel degelijk door de Regering beoogd. De verplichting van het remuneratiecomité heeft een ruimer toepassingsgebied (vennootschappen waarvan de effecten zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereglementeerde markt in de zin van artikel 2, 3/, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten). De inhoud van het remuneratieverslag wordt enkel geregeld voor de vennootschappen waarvan de aandelen zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereglementeerde markt in de zin van artikel 2, 3/, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten.

Vennootschappen waarvan de effecten andere dan aandelen zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereglementeerde markt in de zin van artikel 2, 3/, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten moeten weliswaar ook een remuneratieverslag opstellen (artikel 526quater, § 4, c)) doch de inhoudt wordt niet wettelijk opgelegd".

Le Conseil d'État n'aperçoit pas comment il est possible de discerner une obligation d'établir un rapport de rémunération dans la formulation de l'article 526^{quater}, § 4, c), C. Soc., en projet. Seul l'article 526^{quater}, § 3, en projet, qui ne s'applique pas à toutes les sociétés cotées, impose cette obligation. La référence faite au § 4, c), en projet, à la déclaration de gouvernement d'entreprise visée à l'article 96, § 2, est en outre trompeuse, dans la mesure où les sociétés concernées ne sont pas tenues de publier une telle déclaration dans leur rapport annuel. Il est par conséquent recommandé aux auteurs du projet d'harmoniser ces dispositions.

La question se pose de savoir si la différence entre le champ d'application de la réglementation concernant la publication d'un rapport de rémunération, qui comporte notamment le montant de l'indemnité de départ des administrateurs exécutifs, et celui de la réglementation concernant la limitation de cette indemnité de départ (chapitre II du projet) correspond à l'intention des auteurs du projet.

Le fait que certaines dispositions du projet constituent la transposition en droit interne de la directive européenne 2002/46/CE, n'empêche pas que la différence de traitement des sociétés cotées à laquelle la situation précitée conduit selon la nature des titres qui sont admis aux négociations sur un marché réglementé devra être appréciée au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

9. En ce qui concerne la publication du montant des rémunérations des administrateurs exécutifs, l'article 96, § 3, C.Soc., en projet (article 3 du projet) opère une distinction entre, d'une part, le président du comité de direction ou les délégués à la gestion journalière et d'autre part, les autres administrateurs exécutifs. Alors que pour les premiers, la publication s'opère individuellement, il suffit pour ces derniers d'une publication globale. Interrogé à propos de la justification de la différence de traitement, le délégué a répondu:

"Dit onderscheid wordt reeds gemaakt in de Belgische Corporate Governance Code en is dus reeds aanvaard door het bedrijfsleven".

Le délégué a également fait référence à différents passages de l'exposé des motifs. Concernant la publication individuelle pour le président du comité de direction ou les délégués à la gestion journalière, l'exposé énonce ce qui suit: "Cette personne est le visage de l'entreprise et le responsable final de toutes les décisions prises par le comité de direction ou les délégués à la gestion journalière. D'où l'importance pour les actionnaires de connaître sa rémunération précise". Et l'exposé poursuit, à propos des autres membres, qu'une "communication conjointe suffit pour ces autres membres, de sorte que les actionnaires soient informés du coût total du management et de ses différentes composantes. Ces membres ne disposent en effet pas du même pouvoir de décision ou de la même fonction représentative que le président du comité de direction ou le président des délégués à la gestion journalière".

Le Conseil constate que le projet de Code de gouvernance d'entreprise 2009, auquel l'exposé des motifs fait référence en mentionnant que la disposition du paragraphe 3, alinéa 1^{er}, 6/ "est essentiellement basée sur le principe 7.14 du Code", prévoit la publication "individuelle ou globale" des rémunérations des membres du comité de direction⁷. La Recommandation du 14 décembre 2004 de la Commission européenne encourageant la mise en œuvre d'un régime approprié de rémunération des administrateurs des sociétés cotées (2004/913/CE)⁸ postule par ailleurs la publication individuelle des rémunérations totales et autres émoluments des administrateurs. La question se pose donc de savoir si, au vu de ces éléments, la différence de traitement que le projet opère est suffisamment justifiée.

(7) Voir principe 7.14 du projet:
"The amount of the remuneration and other benefits granted, directly or indirectly to the other members of executive management, by the company or any other undertaking belonging to the same group, should be disclosed on an individual or global basis, in the Remuneration Report."(<http://www.corporategovernancecommittee.be>).

(8) *Journal officiel de l'Union européenne*, L 385/55 du 29 décembre 2004.

10. Le présent projet soulève la question de la protection de la vie privée, garantie par l'article 22 de la Constitution et de sa conformité à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. C'est notamment le cas pour la publication des données dont il est question à l'article 96, § 3, alinéa 1^{er}, 3/, 4/, 6/, 8/, et 9/, C. Soc., en projet.

C'est pourquoi le Conseil d'État considère qu'il s'indique de suggérer de solliciter l'avis de la Commission pour la protection de la vie privée sur ce projet de loi.

11. Le régime de calcul de l'indemnité de départ mis en place par l'article 520*bis*, en projet, s'applique aux seuls administrateurs exécutifs que mentionne cette disposition ou qu'y assimilent les articles 524*bis* et 525, en projet, et pour autant qu'ils soient occupés par des sociétés cotées en bourse.

Le projet de loi introduit ainsi une différence de traitement entre les administrateurs exécutifs qu'il vise qu'ils soient occupés dans les liens d'un contrat de travail ou dans le cadre d'un contrat de prestation de services⁹ et, selon le cas, les autres travailleurs ou prestataires de services, alors même que les uns et les autres perçoivent une rémunération identique. Il établit également une autre différence de traitement puisqu'il ne concerne que les administrateurs exécutifs des sociétés cotées et exclut dès lors de son champ d'application ceux des sociétés qui ne répondent pas à cette condition.

(9) Le commentaire des articles précise, à propos de l'article 520*bis*, en projet, que les règles nouvelles de limitation de l'indemnité de départ s'appliquent quelle que soit la qualification de la relation juridique existant entre l'intéressé et la société anonyme (ou européenne) c'est-à-dire que les prestations de travail s'inscrivent dans une relation de travail régie par la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ou dans le cadre d'un contrat de prestation de services.

Selon l'exposé des motifs ¹⁰:

" ... le Gouvernement souhaite dissiper, dans l'intérêt de la confiance des investisseurs ¹¹ dans les marchés financiers, les préoccupations concernant les indemnités de départ exorbitantes dont certains mandataires sociaux peuvent bénéficier suite à la cessation de leur fonction dans une société cotée. Ainsi, il souhaite contribuer à la restauration de la confiance dans les marchés financiers. La réglementation de ces marchés fait partie des fondements juridiques sur lesquels est basé l'ordre social économique".

Ce même exposé ¹² des motifs précise également:

"Le projet proposé règle le statut juridique des administrateurs exécutifs, des membres du comité de direction et des délégués à la gestion journalière sur cet aspect. En effet, on peut considérer que les compétences et les responsabilités de ces mandataires sociaux soient de nature à ce qu'une limitation de l'indemnité de départ s'impose dans un but de protection de la confiance des investisseurs. De telles compétences et responsabilités ne reposent pas sur les autres acteurs au sein d'un groupe coté, qui n'exercent pas de fonction organique opérationnelle. En ce qui concerne les administrateurs non exécutifs, une réglementation spécifique n'est pas nécessaire vu qu'un accord contraignant relatif aux indemnités de départ n'y est pas permis. En effet, la révocabilité ad nutum de l'administrateur d'une société anonyme empêche que des accords contractuels contraignants soient conclus à ce sujet".

⁽¹⁰⁾ Exposé des motifs, p.13.

⁽¹¹⁾ C'est dans le même ordre d'idées que se place l'instauration du rapport de rémunération plus particulièrement en qui concerne les informations qu'il doit comprendre aux termes de l'article 96, § 3, alinéa 1^{er}, 9/, en projet, que l'exposé des motifs justifie comme suit:
"Le point 9/ fait toute la clarté sur les indemnités de départ. Compte tenu de l'extrême pertinence des informations relatives aux indemnités de départ pour l'évaluation correcte par les actionnaires des prestations des personnes intéressées, ces données doivent être fournies individuellement. Peuvent notamment être fournies des informations concernant la durée des contrats avec les administrateurs exécutifs, les délais de préavis en vigueur et les détails des dispositions relatives aux indemnités de préavis et autres paiements liés à la résiliation anticipée de contrats de membres du comité de direction ou de délégués à la gestion journalière".

⁽¹²⁾ Exposé des motifs, p. 15.

12. Pour ce qui est des administrateurs exécutifs occupés dans les liens d'un contrat de travail, la loi du 3 juillet 1978, précitée, organise actuellement, en son article 82, un système de différenciation de la durée pendant laquelle une indemnité de licenciement ou de rupture doit être versée par l'employeur à l'employé, cette durée variant selon la hauteur de la rémunération de ce dernier ¹³.

13. La question se pose de savoir dans quelle mesure la différence de traitement qu'induit le régime de calcul de l'indemnité de départ projeté ne constitue pas une discrimination au sens des articles 10 et 11 de la Constitution.

En effet, le projet établit une distinction entre les employés supérieurs selon la fonction qu'ils occupent dans l'entreprise c'est-à-dire selon qu'ils sont administrateurs exécutifs ou employés supérieurs non investis d'un mandat d'administrateur exécutif.

Les premiers se voient imposer, par le projet, un système de calcul quasi forfaitaire de l'indemnité de licenciement ou de rupture conçu en termes de maximum alors que pour la deuxième catégorie, la loi du 3 juillet 1978, précitée, qui restera

(13) Ainsi, pour les employés supérieurs dont la rémunération annuelle excède 29.729 euros (montant indexé au 1^{er} janvier 2009) et est inférieure à 59.460 euros (montant indexé au 1^{er} janvier 2009), les délais de préavis à observer par l'employeur et par l'employé sont fixés soit par convention conclue au plus tôt au moment où le congé est donné, soit par le juge. Si le congé est donné par l'employeur, le délai de préavis ne peut être inférieur aux délais fixés au paragraphe 2, alinéas 1^{er} et 2, de l'article 82 qui énonce la règle d'une durée (minimum) de préavis de 3 mois par période d'occupation de 5 ans. Par dérogation à son paragraphe 3, l'article 82, § 5, précise que lorsque la rémunération annuelle dépasse 59.460 euros (montant indexé au 1^{er} janvier 2009) au moment de l'entrée en service, les délais de préavis à observer par l'employeur peuvent être fixés par convention conclue au plus tard à ce moment sans pouvoir être inférieurs aux délais fixés au paragraphe 2, alinéas 1^{er} et 2, déjà cités, de l'article 82. Par ailleurs, à défaut de convention, les dispositions du paragraphe 3 de ce même article restent d'application.

d'application, permet aux parties à la relation contractuelle, lorsque la rémunération du travailleur est supérieure à 59.460 euros au moment de l'engagement ¹⁴, de fixer librement et de manière consensuelle le montant et partant la durée de l'indemnité de licenciement ou de rupture et, à défaut de l'avoir fait à ce moment, de le prévoir, dans les mêmes conditions au moment du licenciement, les limites fixées ¹⁵ par l'article 82, § 2, alinéas 1^{er} et 2, de la loi ne jouant que comme minimum.

En d'autres termes, c'est l'importance des compétences et responsabilités dont sont investis les administrateurs exécutifs et assimilés qui justifie qu'ils soient traités différemment - et dans nombre de cas moins favorablement ¹⁶ - par rapport à d'autres employés "supérieurs" au regard de l'indemnité de départ qui leur est due en cas de cessation de la relation de travail dès lors que ceux-ci ne seraient pas investis de compétences et responsabilités aussi importantes que le sont les administrateurs exécutifs.

14. Comme il a été indiqué ci-avant, la loi du 3 juillet 1978, précitée, établit des distinctions dans le calcul des délais et des indemnités de licenciement ou de rupture selon la hauteur de la rémunération perçue par l'employé ainsi que par rapport au moment où ce calcul peut être fait et dans quelles conditions. Cette distinction procède cependant d'une démarche inverse à celle qu'adopte l'auteur du projet.

(14) Certes, l'auteur du projet se place, ce faisant, dans la ligne de la réforme introduite dans la loi du 3 juillet 1978, précitée, par la loi du 30 mars 1994 portant des dispositions sociales (article 136). Cette loi a en effet permis aux parties à la relation contractuelle, en subdivisant en deux la catégorie des employés supérieurs (l'une se situant entre 29.729 euros et 59.460 euros, l'autre, au-dessus de 59.460 euros), de disposer, pour la seconde catégorie, par convention entre l'employeur et l'employé, au moment de l'entrée en service, du montant de l'indemnité de départ. L'objectif poursuivi alors consistait à assurer une certaine transparence quant aux conditions de la fin de la relation de travail et devait faciliter l'engagement d'employés bénéficiant de hauts niveaux de rémunération. La mesure ici projetée risque cependant d'aboutir, par la limitation du montant de l'indemnité de départ qu'elle comporte, à plutôt freiner le recours à des tels employés, certainement si ceux-ci sont déjà occupés dans la société et comptent une ancienneté de service qui leur assure, en application de la loi du 3 juillet 1978, précitée, une indemnité de départ conventionnellement plus élevée.

(15) Comme peuvent également le faire les employés dont la rémunération se situe entre 29.729 et 59.460 euros.

(16) Voir à cet égard la jurisprudence citée par van Eeckhoutte, W., *Sociaal compendium 2008-2009 Arbeidsrecht met fiscale notities*, band 2, Kluwer, 2008, n° 3907, p. 1.924 et sq.

Comme l'a relevé la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n/ 56/93 du 8 juillet 1993,

"B.7.2. La Cour observe que la réglementation contenue aux paragraphes 2 et 3 de l'article 82 de la loi relative aux contrats de travail n'accorde pas elle-même des délais différents aux deux catégories d'employés ¹⁷, mais offre seulement la possibilité d'octroyer aux employés supérieurs des délais de préavis plus longs.

B.7.3. (...), il est généralement admis qu'une catégorie déterminée de travailleurs portant au sein de l'entreprise des responsabilités plus lourdes et qui retrouvera plus difficilement un emploi équivalent du point de vue des conditions de travail et de la rémunération, peut prétendre à une meilleure protection de la stabilité de l'emploi. La distinction entre les deux catégories d'employés (...) répond dès lors à un but légitime. Le législateur peut considérer que la rémunération annuelle excédant un plafond déterminé est révélatrice de la nature particulière du travail fourni par l'employé".

Ce raisonnement amène la Cour à juger que

"Compte tenu du but et des effets de la norme critiquée, la distinction entre les différentes catégories d'employés, selon que leur rémunération annuelle dépasse ou non le montant fixé de 650.000 francs, n'est pas dépourvue de justification objective et raisonnable".

Il résulte de ceci qu'à l'heure actuelle, c'est le montant de la rémunération auquel le juge, dans le rôle que lui a dévolu la loi du 3 juillet 1978, précitée, a ajouté l'ancienneté, l'âge et l'importance de la fonction de l'employé, qui est pris en considération pour déterminer le montant et donc la durée de l'indemnité de licenciement ou de rupture, le délai de préavis pouvant être plus long et l'indemnité versée plus élevée lorsqu'il s'agit d'employés supérieurs. En outre, la corrélation ainsi faite entre les différents critères se situe dans un cadre de minima fixés par la loi et non de maxima.

En ce qui concerne la distinction opérée entre les administrateurs exécutifs selon qu'ils sont ou non occupés dans des sociétés cotées en bourse, il est renvoyé à l'observation générale 8.

⁽¹⁷⁾ À savoir celles dont la rémunération se situe, d'une part, entre 29.729 et 59.460 euros et, d'autre part, au-dessus de 59.460 euros.

Quant à la différence faite entre les administrateurs exécutifs et les autres employés supérieurs, il semble en revanche plus douteux qu'avancer le seul argument de l'exorbitance, aux yeux des investisseurs, des montants des indemnités de départ octroyés par les sociétés cotées à leurs administrateurs exécutifs et du climat de méfiance - contre lequel la mesure entend lutter - qu'une telle politique rémunératoire engendre sur les marchés boursiers, suffise à justifier la différence de traitement instaurée entre les administrateurs exécutifs et les autres employés supérieurs dont la rémunération annuelle est identique.

Par ailleurs, la référence faite sans plus, dans le commentaire des articles, au critère des compétences et responsabilités¹⁸ pour justifier une limitation de l'indemnité de départ, n'est pas non plus suffisamment précise.

L'auteur du projet doit en conséquence mieux étayer le système de calcul qu'il se propose de mettre en place afin de faire apparaître en quoi il est objectif et raisonnable de prévoir, pour les seuls administrateurs exécutifs, un régime de fixation forfaitaire et maximal des indemnités de départ qui risque, dans la majorité des cas, d'être moins favorable que celui applicable en vertu de la loi du 3 juillet 1978, précitée, aux autres employés supérieurs dont la rémunération serait identique mais qui ne seraient, eux, investis d'aucun mandat exécutif. Il convient à cet égard que l'exposé des motifs indique avec plus de précision en quoi le critère de l'importance des compétences et responsabilités exercées au sein d'une entreprise, permet de distinguer les administrateurs exécutifs des sociétés cotées, des autres employés supérieurs pour octroyer aux premiers une indemnité de départ moindre que celle qui l'est (ou pourrait l'être) aux autres employés supérieurs.

⁽¹⁸⁾ A titre de comparaison, il y a lieu de relever que la fonction exercée par l'employé et donc notamment le critère de compétences et responsabilités ont, dans la formule "Claeys", une importance qui va diminuant aussi en fonction de la hauteur de la rémunération: plus la rémunération augmente, moins ce critère est pris en considération dans la formule.

15. Pour ce qui est des administrateurs exécutifs occupés dans le cadre d'un contrat de prestation de service, ce sont jusqu'à présent les règles du droit commun de la responsabilité qui s'appliquent à la cessation de la relation contractuelle, les parties convenant librement, en cas de cessation anticipée, des dommages et intérêts que verse une partie à l'autre, le juge n'étant appelé à se prononcer sur ce point qu'à défaut d'accord.

La question se pose de savoir si, en fixant des montants maxima pour le calcul des dommages et intérêts à verser en cas de cessation anticipée du contrat de prestation de service, applicables aux seuls prestataires de services remplissant une mission d'administrateur exécutif, le projet n'établit pas une différence de traitement qui soit constitutive d'une discrimination au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

L'explication fournie dans l'exposé des motifs, est identique quelle que soit la nature du lien entre la société anonyme et l'administrateur exécutif. Dans cette mesure, l'observation 14 ci-avant peut, *mutatis mutandis*, être réitérée.

16. En tout état de cause, l'attention de l'auteur du projet est attirée sur quelques unes des conséquences qu'emporte, potentiellement, le système de calcul de l'indemnité de départ qu'il met en place, plus particulièrement en ce qui concerne les réglementations de droit du travail.

16.1. Par le fait qu'il distingue, parmi les employés supérieurs, une catégorie, celle des administrateurs exécutifs des sociétés anonymes cotées en bourse, pour laquelle la durée et, partant, la hauteur de l'indemnité de licenciement ou de rupture peut être inférieure, par application de l'article 520bis, § 1^{er}, en projet, à celle des autres employés supérieurs bénéficiant d'une rémunération identique, le projet risque, à terme, d'imprimer à l'ensemble du régime des indemnités de licenciement ou de rupture une tendance aboutissant à rapprocher celles perçues par les employés supérieurs de celles fixées forfaitairement par la loi pour les employés inférieurs et de conduire, ce faisant, à une révision à la baisse des préavis de tous les employés supérieurs qu'ils soient convenus entre les parties ou soumis au contrôle du juge, voire de ceux prévus légalement pour les employés inférieurs.

16.2. De même, en énumérant à l'article 520*bis*, § 3, en projet, quelles sont les composantes de la rémunération servant de base à l'indemnité de départ, le projet modifie, implicitement, l'article 39, § 1^{er}, de cette loi du 3 juillet 1978 qui, en son alinéa 1^{er}, se réfère, pour la hauteur de l'indemnité de licenciement ou de rupture, à la notion de "rémunération en cours" et y intègre, en son alinéa 2, "les avantages acquis en vertu du contrat". Ce faisant, ces notions devront dorénavant s'entendre à la lumière du dispositif de l'article 520*bis*, § 3, sous peine de violer le principe de l'égalité de traitement garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution.

Un raisonnement similaire devra être suivi en ce qui concerne la portée de l'article 520*ter*, en projet, dès lors qu'il impose des formes particulières au contrat de travail en ce qui concerne les critères rendant l'attribution de la rémunération incertaine ou variable. À défaut, une différence de traitement serait instaurée entre les administrateurs exécutifs et les autres employés auxquels il a été convenu de payer une rémunération incertaine ou variable et celle-ci devra pouvoir être justifiée.

16.3. Le caractère qui se veut, semble-t-il, exhaustif de l'énumération prévue à l'article 520*bis*, en projet, mène à prévoir une dérogation à ce même article 39, § 1^{er}, de la loi du 3 juillet 1978, précitée, qui réserve un sort particulier à l'indemnité due en cas de licenciement d'une femme enceinte en vertu de l'article 40 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail. Un tel règlement dérogatoire est de nature à créer une discrimination entre les hommes et les femmes occupant des fonctions d'administrateurs exécutifs. Sauf justification que le Conseil d'Etat n'aperçoit pas à première vue, un dispositif de cet ordre n'est pas admissible au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

16.4. Il semble résulter de la généralité des termes dans lesquels le paragraphe 1^{er} de l'article 520*bis*, en projet, est rédigé, un automatisme entre la cessation du mandat d'administrateur exécutif et la fin du contrat de travail ainsi que celle du contrat de prestation de services sans donc que plus aucune différence ne soit opérée en fonction des spécificités que présentent respectivement un contrat de travail et un contrat de prestation de services. L'amalgame ainsi fait est également de nature à créer des discriminations: plus aucune distinction n'est faite, en ce qui concerne les administrateurs exécutifs, selon

que c'est l'une ou l'autre partie qui met fin au contrat ¹⁹. Plus aucune différence n'est non plus faite selon qu'il y a faute ou erreur de gestion alors qu'en droit du travail, cette distinction est déterminante d'un licenciement sur le champ ou d'un licenciement moyennant préavis. Le même traitement est en outre envisagé pour des hypothèses étrangères à la faute, voire à l'erreur de gestion (changement d'actionnaire, différence de vision quant à la stratégie de l'entreprise, etc.) ce qui s'explique moins encore.

17. Au vu de cette liste exemplative de discriminations ou difficultés d'application d'autres textes légaux que pourrait entraîner le projet, l'auteur est invité à inscrire le règlement du système de calcul de l'indemnité de départ prévu par les articles 520*bis* et 520*ter*, en projet, dans l'ensemble des dispositifs de droit du travail en veillant à la cohérence des règles applicables et lorsqu'une différence de traitement résulte du nouveau dispositif par rapport à celui qui restera d'application pour les autres employés supérieurs, à pouvoir le justifier de manière objective et raisonnable.

Observations particulières

Chapitre I - Introduction d'une déclaration de gouvernement d'entreprise et d'un comité de rémunération dans le Code des sociétés

Article 3

(article 96, du Code des sociétés)

18. En vertu de l'article 96, § 2, C. Soc., en projet, la déclaration de gouvernement d'entreprise doit contenir une référence au code de gouvernement d'entreprise que la société applique et, dans la mesure où ce code ne s'applique pas intégralement, une indication des parties du code auxquelles elle déroge et les raisons fondées de cette dérogation.

⁽¹⁹⁾ Alors même que cette distinction constitue, dans le droit du travail, par exemple, le fondement d'une différence faite notamment en matière de durée du préavis.

Le projet ne précise pas quelles conséquences juridiques sont liées au fait qu'une société cotée publie dans son rapport annuel qu'elle applique (certaines parties d') un code de conduite de gouvernement d'entreprise, et en particulier si cela implique que les normes de conduite en question s'imposent à la société et si des tiers peuvent, en tant que telles, les invoquer ou en obtenir l'exécution forcée ²⁰. L'exposé des motifs dispose à cet égard que: "Le Gouvernement a opté pour l'application par les entreprises d'un code. S'ils n'appliquent pas certains aspects de ce code, une explication élaborée en formulant les raisons doit être produite".

À cet égard, il peut être fait référence utilement aux observations formulées dans l'avis n/ L. 40.492/2 du 12 juin 2006 sur une proposition de loi "modifiant l'article 528 du Code des sociétés afin d'étendre la responsabilité solidaire des administrateurs de sociétés au non-respect des prescriptions d'un code de gouvernance d'entreprise" ²¹:

"1. La proposition de loi trouve son origine dans le débat engagé dans notre pays depuis un certain nombre d'années à propos de la gouvernance d'entreprise qualifiée aussi de "corporate governance".

Ce débat a notamment conduit à la loi du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, dite «loi de corporate governance». Elle prévoit notamment l'organisation légale du comité de direction au sein des sociétés anonymes, la modification de la réglementation des conflits d'intérêts au sein des groupes de sociétés et le renforcement de l'indépendance des commissaires.

Par ailleurs, ce débat a débouché en décembre 2004 sur la publication d'un «Code belge de gouvernance d'entreprise» qui a été élaboré par un groupe de personnalités du monde des entreprises, de la Commission bancaire, financière et des assurances, d'Euronext, du monde académique et de représentants des investisseurs institutionnels sous la présidence de M. M. Lippens d'où le nom de code Lippens.

Ce code contient des principes libellés en termes très généraux auxquels il ne peut pas être dérogé, des dispositions ou recommandations auxquelles il peut être dérogé moyennant justification (selon la règle «comply or explain» - appliquer ou s'expliquer) et des lignes de conduite qui sont de simples recommandations et dès lors ne sont pas soumises à l'obligation de se conformer ou de s'expliquer. Il

(20) Voir aussi H. Laga & F. Parrein, "Corporate governance: volstaat zelfregulering?", in *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Anvers, Intersentia, 2008, (613), p. 617 et s.

(21) *Doc. parl.*, Chambre DOC 51 2111/002.

constitue "un code de conduite auquel ses destinataires sont invités à adhérer, en sorte que le non respect du code, même de celles de ses règles élevées au rang de «principes», n'est pas susceptible d'une autre sanction que celle du marché». La sanction du marché se traduit surtout dans le fait que le non respect des règles de gouvernance d'entreprise peut conduire les investisseurs à se détourner de la société en question avec notamment des conséquences au niveau de la valeur des titres de la société.

Le code Lippens prévoit aussi un contrôle de son application par les actionnaires d'une part, et par la Commission bancaire, financière et des assurances, (CBFA) d'autre part. Le contrôle de la CBFA se situe au niveau de la publicité recommandée par le code Lippens et de la vérification de l'application du principe «comply or explain».

2. Le fait que le code Lippens suppose une adhésion volontaire et que dans l'esprit de ses auteurs, il ne soit susceptible de contrôle que par le marché, ne signifie pas qu'il soit dépourvu de toute conséquence juridique.

Le juge peut en effet sanctionner sa violation sur la base de l'article 1382 du Code civil dès lors qu'il considère que la norme du code est le reflet d'un usage ou d'une coutume ou lorsqu'il estime qu'elle concerne une règle de comportement que tout professionnel normalement diligent se doit de respecter.

Par ailleurs, les dispositions du code Lippens peuvent revêtir une forme contractuelle et lier les parties au titre de l'article 1134 du Code civil. C'est le cas par exemple des contrats de financement avec des institutions financières qui prévoient souvent le respect des dispositions du code Lippens".

Par souci de sécurité juridique, les auteurs du projet sont invités à fournir de plus amples explications sur la nature juridique des dispositions d'un code de conduite qu'ils déclarent appliquer.

19. Les informations à fournir dans la déclaration de gouvernement d'entreprise prévue à l'article 96, § 2, alinéa 1^{er}, 4/ à 9/, du Code des Sociétés, visent à transposer en droit belge la directive 2006/46/CE, qui fait référence aux informations exigées à l'article 10, par. 1, points c), d), f), h) et i) de la directive 2004/25/CE sur les offres publiques d'acquisition (art. 46bis, par. 1, point d), de la directive 78/660/CEE).

Or, cet article de la directive sur les offres publiques d'acquisition a déjà été transposé en droit belge par l'article 34 de l'arrêté royal du 14 novembre 2007 relatif aux obligations des émetteurs d'instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé.

.../...

Les informations prévues aux points 4/ à 9/ doivent dès lors déjà être données dans le cadre des informations à fournir par les sociétés cotées dans leur rapport annuel, sans toutefois devoir être reprises dans une section séparée comme c'est le cas en application de l'article 46*bis* de la directive 78/660/CEE.

Il n'y a pas de raison de transposer une deuxième fois en droit belge les mêmes règles et d'obliger les sociétés cotées de se référer à deux dispositions légales distinctes pour se conformer à leurs obligations d'information. Il est dès lors recommandé d'insérer une disposition charnière entre l'article 96 en projet du Code des sociétés et les obligations d'information, contenues à l'article 34 de l'arrêté royal du 14 novembre 2007.

20. Le paragraphe 3, alinéa 1^{er}, 2/, d) dispose qu'

"en cas de modification importante de la politique de rémunération par rapport à l'exercice social faisant l'objet du rapport, elle doit être particulièrement mise en évidence".

Une disposition analogue a été reprise au 6/ et 7/ du même paragraphe, où elle a cependant trait à toutes les données, et non à une sous-catégorie seulement.

De même, l'obligation reprise *in fine* du 2/ semble concerner tout le point 2/ et pas seulement le point 2/, d), relatif aux "informations sur la politique de rémunération pour les deux exercices sociaux suivants".

Il convient dès lors de reprendre la dernière phrase, précitée, du 2/ dans un alinéa séparé.

21. L'article 46*bis*, paragraphe 1, d), de la directive 78/660/CEE dispose que la déclaration sur le gouvernement d'entreprise, qui fait partie du rapport annuel, doit contenir au minimum les informations exigées à l'article 10, paragraphe 1, point f), de la directive 2004/25/CE, dans la mesure où la société relève de cette directive. Il s'agit de toute restriction au droit de vote, telle que des limitations du droit de vote pour les détenteurs d'un certain pourcentage ou d'un certain nombre de votes, des délais imposés pour l'exercice du droit de vote ou des systèmes où, avec la coopération de la société, les droits financiers attachés aux titres sont séparés de la détention des titres.

Il a été demandé au délégué si l'article 96, § 2, alinéa 1^{er}, 6/, en projet, qui exige la communication de "toute restriction légale ou statutaire à l'exercice du droit de vote", est conforme à l'article 1^{er}, 7), de la directive 2006/46/CE, dès lors que la disposition en projet est muette en ce qui concerne la dissociation des droits financiers de la détention de titres et en ce qui concerne les délais pour l'exercice du droit de vote.

Le délégué a répondu:

"Art. 96, § 2, eerste lid, 6/, werd overgenomen uit art. 34, 5/, van het KB van 14 november 2007 betreffende de verplichtingen van emittenten van financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereguleerde markt. Deze wetsbepaling was reeds de omzetting van de desbetreffende bepaling uit de OBA-richtlijn."

Artikel 34 van het koninklijk besluit van 14 november 2007 vormt inderdaad de omzetting van artikel 10 van richtlijn 2004/25/EG. Dat artikel 34 somt in 10 punten de elementen op die volgens artikel 10 van richtlijn 2004/25/EG in voorkomend geval dienen te worden opgenomen in het jaarverslag. Punt 1/ van dat artikel 34, betreft de kapitaalstructuur, in voorkomend geval, onder vermelding van de verschillende soorten aandelen en, voor elke soort aandelen, van de rechten en plichten die eraan verbonden zijn en het percentage van het geplaatste kapitaal dat erdoor wordt vertegenwoordigd.

Samengelezen met punt 5/ van dat artikel 34 nl. elke wettelijke of statutaire beperking van de uitoefening van het stemrecht wordt artikel 10, lid 1, f), van richtlijn 2004/25/EG omgezet in intern recht. Overname van punt 5/ van dat artikel 34, alleen volstaat niet als volledige omzetting van artikel 1, 7/, van richtlijn 2006/46/EG. Artikel 3 - nieuw ontworpen artikel 96, § 2, eerste lid, dient dan ook te worden aangevuld."

22. Sur le plan terminologique, il n'est pas cohérent d'utiliser à l'alinéa 2 de l'article 96, § 2, C. Soc., en projet, la notion d'"émetteurs" plutôt que celle de "sociétés". Le délégué marque son accord sur ce point.

23. Il convient de se demander si, dans un souci de clarté, il ne vaut pas mieux mentionner la règle énoncée au paragraphe 2, alinéa 4, relative à l'application de l'article 144, alinéa 1^{er}, 6/, C. Soc., directement dans l'article y afférent. En effet, cette disposition fait déjà référence à l'article 96 C. Soc.

La disposition prévoit en outre que "(...) le commissaire doit examiner si la déclaration de gouvernement d'entreprise a été fournie". Elle constitue une transposition partielle de l'article 46*bis*, paragraphe 2, de la directive 2006/46/CE qui prévoit que "pour les autres informations, le contrôleur légal des comptes vérifie que la déclaration sur le gouvernement d'entreprise a été établie et publiée".

24. Selon l'article 96, § 3, alinéa 2, en projet, le Roi peut, par un arrêté délibéré en Conseil des ministres, remplacer les points 1/ à 9/ du premier alinéa. Eu égard, notamment, à la problématique de la protection de la vie privée, cette délégation est inadmissible.

Article 7

(Article 526*quater*, en projet, du Code des sociétés)

25. L'article 7 vise à introduire dans le Code des sociétés un article 526*quater* obligeant les sociétés cotées à créer au sein du conseil d'administration "un comité de rémunération", laquelle s'ajoute au "comité d'audit" que les mêmes sociétés cotées doivent mettre en place en vertu de la loi du 17 décembre 2008 instituant notamment un Comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières.

L'article 15 de cette loi qui insère un article 526*bis* dans le Code des sociétés prévoit une dispense à l'obligation d'installer un comité d'audit pour les "petites sociétés" répondant, sur une base consolidée, à certains critères quantitatifs.

Compte tenu du parallélisme existant entre ces deux comités qui sont des émanations du conseil d'administration, le Conseil d'État s'interroge sur la raison pour laquelle une telle dispense n'est pas prévue en ce qui concerne le "comité de rémunération". L'auteur du texte devrait à tout le moins s'en expliquer dans l'exposé des motifs.

26. Le paragraphe 5 de l'article 526*quater* en projet du Code des sociétés prévoit que "dans les entreprises où un conseil d'entreprise a été installé en exécution de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, le comité de rémunération communique le rapport de rémunération visé au paragraphe 4 au conseil d'entreprise".

27. Il convient de souligner que, selon le texte du paragraphe 4, c), de l'article 526*quater* en projet, la tâche du comité de rémunération se confine à préparer le rapport de rémunération qui est joint par le conseil d'administration à la déclaration de gouvernement d'entreprise, impliquant que le texte définitif de ce rapport est établi sous la responsabilité du conseil d'administration entier. En outre, le comité de rémunération n'est pas un organe autonome mais est constitué au sein du conseil d'administration ²². C'est donc à ce dernier à transmettre le rapport de rémunération au conseil d'entreprise.

Le texte sera adapté en conséquence.

28. La disposition en projet sous l'article 526*quater*, § 5, C. Soc. s'inscrit dans le cadre de la concrétisation et de la mise en oeuvre du droit fondamental d'information et de consultation collective consacré, entre autres, à l'article 23 de la Constitution. De toute évidence, par la communication obligatoire du rapport de rémunération au conseil d'entreprise, le législateur entend instaurer un certain parallélisme dans le traitement des actionnaires et du conseil d'entreprise. En effet, dans le cadre de l'obligation de donner des informations économiques et financières au conseil d'entreprise, les documents concernant, notamment, les comptes annuels et le rapport annuel, qui étaient transmis aux actionnaires, devaient déjà être communiqués au conseil d'entreprise.

29. La question se pose toutefois de savoir si, en limitant l'obligation d'information aux seules entreprises dans lesquelles un conseil d'entreprise a effectivement été installé, la disposition en projet ne crée pas entre les entreprises cotées une inégalité de traitement, pour ce qui est du droit fondamental d'information, selon que celles-ci disposent ou non d'un conseil d'entreprise, et si la disposition en projet est bien

⁽²²⁾ Voy. le paragraphe 1^{er} de l'article 526*quater*, en projet.

conforme à la directive 2002/14/CE ²³. Vu que la communication obligatoire du rapport de rémunération est liée, sur le fond, à l'obligation générale d'information en matière économique, financière et sociale, il ne semble pas exister véritablement de motif objectif pour ne pas appliquer à la communication obligatoire du rapport de rémunération, l'élargissement, réalisé auparavant par le législateur, de l'obligation générale d'information concernant certaines catégories d'entreprises ne disposant pas de conseil d'entreprise. Une transposition correcte de la directive-cadre européenne précitée l'impose également. Sans doute peut-on se demander pourquoi les auteurs du projet n'ont pas non plus fait mention des entreprises soumises à la loi du 23 avril 1998 portant les dispositions diverses en ce qui concerne l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs.

Article 9

(article 553 du Code des sociétés)

30. Si les modifications que l'article 9 du projet apporte à l'article 553 C. Soc. favorisent la clarté du texte, elles sont néanmoins superflues, dès lors que dans tous les cas où le rapport de rémunération doit être rédigé, celui-ci fait partie intégrante du rapport annuel.

Articles 11 et 12

(articles 899ter et 913quater, en projet, du Code des sociétés)

31. Tant l'article 899ter C. Soc., en projet (art. 11 du projet), que l'article 913quater, alinéa 3, C. Soc., en projet (art. 12 du projet) règlent l'application, par analogie, des dispositions concernant le comité de rémunération à la société européenne. Dans les deux cas, il est recommandé de préciser que la règle ne vaut que pour la SE cotée dont les actions sont négociées sur un marché réglementé.

⁽²³⁾ Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, Journal officiel de l'UE, L 80, 23 mars 2002.

L'article 11 en projet énonce que les dispositions légales relatives au comité de rémunération des sociétés anonymes cotées s'appliquent à la SE cotée. On peut admettre que cette disposition implique également que le rapport de rémunération doit être communiqué aux délégués du personnel dans le cadre de la structure de consultation qui y existe. Une adaptation en ce sens de l'article 11 en projet paraît dès lors indiquée.

Article 13

32. L'article 13 prévoit que les dispositions relatives à la déclaration de gouvernement d'entreprise et au comité de rémunération trouvent à s'appliquer "pour la première fois aux exercices sociaux débutant après la publication de la présente loi au Moniteur belge".

Le comité de rémunération doit comprendre majoritairement des administrateurs indépendants au sens de l'article 526^{ter} du Code des sociétés. Les articles 21 et 25 de la loi du 17 décembre 2008 instituant notamment un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières insèrent dans le Code des sociétés un article 526^{ter} et un article 913^{ter} qui donnent une nouvelle définition de l'administrateur indépendant. Toutefois, elle prévoit en son article 24, § 3, que dans les sociétés cotées, les administrateurs indépendants nommés avant l'entrée en vigueur de la loi peuvent continuer à siéger en tant qu'indépendants jusqu'au 1^{er} juillet 2011.

Pour éviter toute insécurité juridique, l'auteur du texte devrait s'assurer que cette disposition transitoire s'applique également pour les administrateurs indépendants membres du comité de rémunération. Le texte sera précisé en ce sens.

Chapitre II - Modification du Code des sociétés en vue de limiter l'indemnité de départ pour certains mandataires sociaux

Article 14 ²⁴

(article 520bis, en projet, du Code des sociétés)

33. En ce qu'elle définit la notion d'"administrateur exécutif", d'administrateur considéré comme tel et assimilations, la disposition en projet vise à limiter l'indemnité de départ des administrateurs exécutifs des sociétés cotées.

34. En ce qui concerne la notion d'"administrateur exécutif" et sa définition, il est renvoyé aux observations générales 4 à 6.

35.1. Aux termes de son paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, l'article 520bis, en projet, vise les

"indemnités totales, de quelque nature qu'elles soient, qui reviennent à un administrateur exécutif suite à la cessation de mandat d'administrateur ou de tout autre relation juridique en raison de laquelle l'administrateur est qualifié d'administrateur exécutif (...)".

La cessation d'un mandat d'administrateur ne peut, en tant que telle, donner lieu à une indemnité de départ dans la mesure où l'administrateur peut toujours être révoqué *ad nutum* par l'assemblée générale sans que celle-ci doive justifier sa décision. Toute stipulation qui imposerait à la société de payer une indemnité en cas de révocation est frappée de nullité ²⁵.

(24) Dans la version néerlandaise, la première disposition de ce chapitre sera renumérotée en article 14.

(25) Voir D. Van Gerven, *Het ontslag van bestuurders van een NV*, TRV, 1999, p. 71, n/ 2; J. Malherbe, Y. De Cordt, Ph. Lambrecht et Ph. Malherbe, *Précis de droit des sociétés*, 2ème éd., 2006, p. 568, n/ 977.

C'est, en réalité, la fin de la relation juridique en raison de laquelle l'employé ou le prestataire de services occupe la fonction qualifiée d'administrateur exécutif, qui peut donner lieu à une indemnité de départ, à savoir, en l'occurrence, la fin de la relation de travail ou du contrat - conclu à cet effet - de prestation de services.

La disposition doit être revue sur ce point.

35.2. Par ailleurs, les termes généraux dans lesquels la disposition du paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'article 520*bis*, en projet, est formulée, créent un automatisme entre la cessation du mandat d'administrateur exécutif et la fin du contrat de travail ainsi que celle de la prestation de services notamment dans le cas où ce dernier contrat comporterait l'exercice d'autres fonctions que celles qualifiées d'administrateur exécutif. L'auteur du projet est invité à examiner si telle est bien son intention.

35.3. L'exposé des motifs précise ²⁶

"la réglementation vaut indépendamment de la personnalité de celui qui a pris l'initiative de la cessation vu que dans la pratique les parties ont souvent recours à un accord mutuel. La limitation est d'application lors d'une cessation préalable à l'expiration de la durée convenue, mais trouve également à s'appliquer à la cessation de plein droit ou qui découle de la durée pour laquelle un contrat était conclu".

Le terme "cessation" est trop général et même impropre lorsque le contrat auquel il est mis fin est un contrat de travail de durée déterminée, par exemple. Dans un souci de sécurité juridique, il y a lieu de distinguer clairement, par le recours à une terminologie adaptée, les deux hypothèses couvertes par la disposition en projet, à savoir celle de la fin du contrat de travail avant son terme dans le cas d'un contrat à durée déterminée voire s'il s'agit d'un contrat conclu pour exécuter un travail nettement défini, avant que celui-ci n'ait été exécuté, de l'hypothèse de la fin d'un contrat suite au licenciement de l'employé ou de sa rupture par l'une des parties.

⁽²⁶⁾ Exposé des motifs, p. 16.

36.1. Parmi les personnes considérées, aux termes du paragraphe 2 de la disposition en projet, comme administrateur exécutif, figure à l'alinéa 1^{er}, troisième tiret, du même paragraphe, l'administrateur qui autrement qu'en cette qualité "a été actif professionnellement au sein de la société cotée ou d'une filiale de la société cotée, quelle que soit la nature de la relation professionnelle par laquelle l'intéressé exerce la totalité ou une partie de ses activités".

36.2. Le Conseil d'État relève tout d'abord une divergence entre les versions française ("a été actif") et néerlandaise ("actief is"). C'est à la version néerlandaise du texte qu'il convient de se référer dans la mesure où un administrateur qui a exercé des fonctions exécutives dans la société mais qui a, par exemple, pris sa retraite n'est plus un administrateur "exécutif" mais devient un administrateur "non exécutif".

La version française du texte de l'article 520*bis*, § 2, alinéa 1^{er}, troisième tiret, en projet, doit en conséquence être alignée sur la version néerlandaise.

36.3. La référence à tout administrateur qui est "actif professionnellement au sein de la société ou d'une filiale de la société cotée" mérite d'être précisée. Ainsi, le fait d'être "actif professionnellement" au sein d'une société suppose-t-il l'existence d'un contrat de travail avec la société ou la prestation occasionnelle de services à la société en qualité d'indépendant ou par le biais d'une société de management est-elle suffisante ?

L'auteur du projet est invité à mieux cerner cette notion en objectivant la situation qu'il vise.

36.4. Le Conseil d'État observe que la référence faite à tout administrateur qui est "actif au sein de la société ou d'une filiale de la société cotée" élargit le champ d'application de la disposition de l'article 520*bis*, en projet, par rapport à ce qu'envisage l'exposé des motifs qui précise que "le projet de loi (...) a (...) pour objet de poser des limites aux indemnités de départ des administrateurs exécutifs, des membres du comité de direction et des personnes auxquelles la gestion journalière a été confiée dans les sociétés cotées" ²⁷.

⁽²⁷⁾ Exposé des motifs, p.13.

Si l'intention de l'auteur du projet est de ne pas se limiter aux seules hypothèses visées dans l'exposé des motifs, il serait judicieux d'aligner le texte de ce dernier sur le contenu de la disposition en projet.

36.5. Dans un souci d'efficacité, le projet tend à appliquer la réglementation concernant la limitation des indemnités de départ au plus grand nombre possible de situations où une personne peut être indirectement qualifiée d'"administrateur exécutif". Dans ce contexte, la question se pose de savoir si la simple référence à une activité éventuelle de l'administrateur dans une filiale de la société cotée (voir § 2, alinéa 1^{er}, troisième tiret), et non à d'autres sociétés liées (par exemple, la société mère ou une société soeur) répond aux intentions des auteurs du projet. En effet, la réglementation en projet relative à la publication dans le rapport de rémunération des indemnités d'administrateurs exécutifs fait état de toute rémunération reçue par les intéressés de la société cotée ainsi que de toute société liée à cette société. Il incombe aux auteurs du projet d'harmoniser davantage les dispositions.

Une observation analogue peut être formulée à l'égard de la fixation, au paragraphe 3 de la disposition, de la "rémunération annuelle" qui est utilisée comme base de calcul pour la limitation imposée au paragraphe 1^{er}: ici aussi, ne sont visées que les indemnités à charge de la société cotée ou d'une filiale.

36.6. On n'aperçoit pas comment la réglementation peut être imposée quand la relation juridique d'un administrateur exécutif concerne une filiale étrangère de la société cotée ou une société étrangère liée à celle-ci. L'exposé des motifs indique que les administrateurs ou les membres du comité de direction qui, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, admettraient que la société cotée ou ses filiales instaurent des règles contraires à l'article 520*bis* en projet du Code des sociétés, peuvent être tenus pour responsables, en vertu de l'article 528 du même Code. Dans la mesure où les mandataires concernés de la société cotée ne sont pas compétents pour accomplir des actes d'administration dans une filiale, ils ne peuvent pas non plus être responsables. Il est vrai que si la règle en question est adoptée par une filiale belge, les dispositions en projet pourraient impliquer la responsabilité des dirigeants de cette filiale. Cela n'est toutefois pas possible pour les dirigeants d'une société étrangère.

Dans le même ordre d'idées, les auteurs du projet doivent préciser de quelle façon (en renvoyant aux techniques appropriées du droit international privé) la primauté du texte législatif sur des clauses contractuelles contraires à celui-ci (art. 520*bis*, § 4, en projet) peut être maintenue si la relation contractuelle n'est pas soumise au droit belge, par exemple en raison de l'insertion d'une clause concernant le choix du droit applicable.

36.7. En son paragraphe 2, alinéa 2, deuxième tiret, la disposition en projet prévoit qu'aux fins de son application, est assimilée à un administrateur "une personne morale dont la direction est exercée par l'administrateur ou son représentant permanent (...)".

Ce texte est peu précis. S'il est vrai qu'une SPRL dont l'administrateur serait le gérant unique répond sans doute à cette définition, on peut se demander ce qu'il en est d'une société dont l'administrateur n'est qu'un des membres du conseil d'administration.

L'auteur du projet doit mieux circonscrire la disposition afin qu'il en ressorte clairement quelles sont les situations visées.

Il devrait également préciser le concept de personne morale "dont les intérêts économiques coïncident substantiellement" avec ceux de l'une des personnes visées au paragraphe 2 de l'article 520*bis*, en projet. Il conviendrait ainsi que soit réglée la question de savoir si "la coïncidence des intérêts économiques" doit se mesurer à l'aune de l'importance de la participation détenue dans la société ou d'un autre critère.

37. En son paragraphe 3, l'article 520*bis*, en projet, détermine les différentes composantes de la rémunération annuelle.

Il y a lieu de relever que l'intégration de l'indemnité perçue en cas d'exercice de la clause de non-concurrence, dans l'indemnité de départ est de nature à créer une différence de traitement qu'il conviendrait de pouvoir justifier. En effet, dès lors qu'elle est destinée à compenser le non exercice par le travailleur de son activité dans les limites que prévoit la clause, cette indemnité vient se superposer, en droit commun, à l'indemnité de licenciement ou de rupture. Or, pour les administrateurs exécutifs, cette indemnité sera, à l'avenir, comprise dans l'indemnité de licenciement ou de rupture, alors qu'elle ne le sera pas pour d'autres employés supérieurs.

38. L'article 520*bis*, § 4, en projet, précise que "cet article est applicable, nonobstant toute autre disposition légale, réglementaire ou autre, en ce compris les usages et la pratique".

Cette référence aux "usages" et à la "pratique" apparaît superflue dans la mesure où l'article 520*bis*, en projet, est une disposition d'ordre public dont l'exposé des motifs indique qu'elle touche aux "fondements juridiques sur lesquels est basé l'ordre social économique" ²⁸.

39.1. L'article 520*bis*, § 5, en projet, confère au Roi l'habilitation,

"(...), le cas échéant et dans les conditions qu'il détermine, (d') étendre l'application de cet article en tout ou en partie à des sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur tout marché ou sur tout système de négociation alternatif, autre qu'un marché réglementé belge".

Dans la mesure où elle vise tant l'extension de l'application de la loi que les conditions dans lesquelles celle-ci peut être opérée par le Roi, cette habilitation n'est pas conforme aux principes qui régissent les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. En l'espèce, la délégation ne serait admissible que pour autant que le législateur ait déterminé la portée précise et les conditions générales de l'extension.

⁽²⁸⁾ Exposé des motifs, p.13.

Les termes de l'habilitation seront revus pour satisfaire à ces exigences.

39.2. En raison de la référence à un marché "autre qu'un marché réglementé belge", il pourrait se déduire du paragraphe 5 de l'article 520*bis*, C. Soc., en projet que la réglementation ne vise que les sociétés de droit belge cotées sur un marché belge réglementé. Le paragraphe 1^{er} vise cependant une "société cotée" de manière générale, ce qui implique également le cas d'une société de droit belge dont les instruments financiers sont négociés sur un marché réglementé dans un autre État membre de l'UE. Il y a lieu de lever cette ambiguïté dans le texte.

Article 15

(article 520*ter*, en projet, du Code des sociétés)

40. L'article 520*ter*, en projet, prévoit:

"Dans les sociétés cotées, les critères qui rendent l'attribution de la rémunération d'un administrateur exécutif visé à l'article 520*bis* incertaine ou variable, sont repris de manière explicite dans les clauses contractuelles ou autres qui régissent la relation juridique concernée".

Le commentaire des articles précise:

"De cette façon, l'attribution d'une rémunération variable est dans tous les cas liée à des critères qui ont clairement été fixés au préalable".

Il conviendrait de régler également le sort réservé à une telle rémunération dès lors que ces critères n'en ont pas été explicitement fixés dans le contrat ou toutes autres dispositions régissant la relation contractuelle. Dans une telle hypothèse, cette rémunération sera-t-elle considérée comme une rémunération au sens du paragraphe 3 de l'article 520*bis*, en projet, et intégrée dans l'indemnité de départ ? Cette présomption pourra-t-elle être renversée par les parties et ce, par toutes voies de droit ?

Article 16

(article 524*bis* du Code des sociétés)

41. Ainsi que l'indique à juste titre l'exposé des motifs, les membres du comité de direction exercent un mandat exécutif. La référence à "toute autre relation juridique en raison de laquelle l'intéressé est qualifié d'administrateur exécutif" dans la disposition en projet est par conséquent trompeuse puisqu'une telle autre relation juridique n'est pas déterminante pour qualifier ce mandataire d'"exécutif". Il suffit dès lors de renvoyer à "toute autre relation juridique au sens de l'article 520*bis*, § 2".

Article 17

(article 525 du Code des sociétés)

42. L'observation formulée pour l'article 16 est également valable pour l'article 17.

Articles 18 à 21

(articles 898, 900 et 914 du Code des sociétés)

43. Dans la mesure où les articles 18 à 21 du projet visent à prévoir, pour les sociétés européennes, un régime d'indemnité de départ identique à celui instauré pour les sociétés anonymes, ils appellent, *mutatis mutandis*, les mêmes observations que celles faites sous les articles 14 à 17 du projet.

Article 18

(article 898 du Code des sociétés)

44. L'observation formulée pour l'article 16 est également valable pour l'article 18.

Article 21

(article 914 du Code des sociétés)

45. Cette disposition insère un alinéa 4 dans l'article 914 du C. Soc. qui fait notamment référence aux "membres exécutifs du conseil de surveillance".

L'hypothèse visée est celle de la société européenne à structure dualiste dans laquelle il y a, outre un conseil de direction, un conseil de surveillance (art. 900 et suiv. C. Soc.).

Il y a incompatibilité entre la fonction de membre du conseil de surveillance et une fonction exécutive au sein de la société européenne. En effet, dès qu'un membre du conseil de direction est nommé comme membre du conseil de surveillance, son mandat au sein du conseil de direction prend fin de plein droit dès son entrée en fonction. Il en est de même inversement lorsqu'un membre du conseil de surveillance devient membre du conseil de direction; dans ce cas son mandat au sein du conseil de surveillance prend fin de plein droit dès son entrée en fonction au sein du conseil de direction (art. 904 C. Soc.). L'hypothèse d'un membre exécutif du conseil de surveillance, telle qu'envisagée par l'auteur du projet, n'est donc pas possible. Il y a lieu de revoir le texte en conséquence.

Article 22

46. Les renvois dans l'article 22 du projet doivent être adaptés à la numérotation des dispositions du chapitre II du projet.

Chapitre III Modification du régime des interdictions professionnelles dans le secteur bancaire et financier

47. Les dispositions de ce chapitre, soit les articles 23 à 32, sont identiques²⁹ à celles des articles 51, 54 à 61 et 62, alinéa 2, d'un avant-projet de loi portant des dispositions diverses (I)³⁰, qui fait l'objet de l'avis 44.351/1/2/3/4³¹, donné par la section de législation du Conseil d'État les 17 et 21 avril 2008.

Dans cet avis, sont notamment examinées toutes les dispositions énumérées ci-dessus, qui y font l'objet d'observations³².

Lorsque la section de législation a donné un avis, elle a épuisé la compétence que lui confère la loi, et il ne lui appartient dès lors pas de se prononcer à nouveau sur les dispositions déjà examinées, qu'elles aient été revues pour tenir compte des observations faites dans le premier avis ou qu'elles demeurent inchangées. Il en va différemment lorsqu'il est envisagé d'insérer dans le texte des dispositions entièrement nouvelles, dont le contenu est indépendant des observations ou suggestions formulées dans le premier avis de la section de législation: en pareil cas, une nouvelle consultation est requise, portant sur les dispositions nouvelles.

Il en va aussi différemment quand interviennent, après le premier avis, des éléments juridiques nouveaux, de nature à justifier un nouvel examen du texte par la section de législation: celle-ci doit alors être saisie des dispositions du texte affectées par ces éléments nouveaux.

(29) Excepté l'ajout des renvois à l'article 139 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre et à l'article 26 de la loi du 2 mai 2007 relative à la publicité des participations importantes dans des émetteurs dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et portant des dispositions diverses, figurant respectivement aux points p) et b') de l'article 19, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2/, en projet (article 23 du projet).

(30) *Doc. parl.*, Chambre, DOC 52 1200/001, pp. 168 à 173.

(31) *Ibidem*, pp. 238 à 311.

(32) Voir en particulier les pages 252 à 254 et 258.

Par ailleurs, une nouvelle consultation est également requise quand, dans le premier avis, la section de législation a constaté qu'elle était irrégulièrement saisie. Si cette irrégularité ne concerne que certaines dispositions du texte, la nouvelle consultation de la section de législation porte uniquement sur ces dernières ³³.

48. Comme le cas d'espèce ne correspond à aucune de ces trois hypothèses, il y a lieu de constater qu'en examinant les articles 51, 54 à 61 et 62, alinéa 2, de l'avant-projet de loi portant des dispositions diverses (I) précité, la section de législation a épuisé sa compétence d'avis relativement au chapitre III du projet dont elle est actuellement saisie.

⁽³³⁾ Pour un avis récent en ce sens, voir, dans le document de la Chambre des représentants DOC 52 1398/1 : l'avis 44.629/2 du 5 juin 2008 de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de loi "modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 en vue de le mettre en concordance avec la directive coordonnée 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'État membres différents ainsi qu'un transfert de siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre".

Strekking van het voorontwerp van wet

1. Hoofdstuk I van het voorontwerp wijzigt en vult het Wetboek van Vennootschappen (hierna ook W. Venn.) aan teneinde bepaalde genoteerde vennootschappen te verplichten in hun jaarverslag een verklaring inzake deugdelijk bestuur met inbegrip van een remuneratieverslag, op te nemen (artikel 3 van het ontwerp - ontworpen artikel 96, § 2, W.Venn.). Tevens voorziet het voorontwerp in de oprichting, binnen het bestuursorgaan van genoteerde naamloze en Europese vennootschappen, van een remuneratiecomité (artikelen 6, 7, 11 en 12). Het remuneratieverslag bevat niet enkel informatie omtrent het remuneratiebeleid van uitvoerende bestuurders en personen belast met het dagelijks bestuur. Het vermeldt eveneens de omvang van de vergoeding van mandatarissen met een uitvoerende functie, naargelang de hoedanigheid van de geïmputeerde personen op individuele dan wel op globale basis.

Samen met de wijzigingen vervat in de artikelen 4 en 5 van het ontwerp (wijziging van resp. artikel 119 en artikel 207 W.Venn.) vormt artikel 3 de omzetting van de artikelen 1, 7), 8) en 10) en 2, 2) en 3), van richtlijn 2006/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, 83/349/EEG van de Raad betreffende de geconsolideerde jaarrekening, 86/635/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen en 91/674/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van verzekeringsondernemingen (zie artikel 2 van het ontwerp). Hoofdstuk II van het voorontwerp voegt in het Wetboek van Vennootschappen bepalingen in die ertoe strekken de omvang van de beëindigingsvergoeding te beperken voor de uitvoerende bestuurders, de leden van het directiecomité en de personen die het dagelijks bestuur waarnemen in de genoteerde naamloze vennootschappen (artikelen 14 tot 17 van het ontwerp) en in de genoteerde Europese vennootschappen (SE) (artikelen 18 tot 21 van ontwerp).

Daaromtrent voorziet artikel 14 van het ontwerp (ontworpen artikel 520bis), meer bepaald paragraaf 1 ervan, in een stelsel van berekening van de beëindigingsvergoeding, dat voor de uitvoerend bestuurders die erin worden bedoeld of voor diegenen dat krachtens de ontworpen artikelen 524bis en 525 daarmee worden gelijkgesteld, kan worden omschreven als volgt.

.../...

De beëindigingsvergoeding mag gedurende een tijdvak van 12 maanden volgend op de beëindiging van de arbeidsverhouding het laagste van de volgende twee bedragen niet overschrijden:

- a) de vergoeding die zou zijn verschuldigd voor de resterende looptijd van de beëindigde arbeidsverhouding;
- b) de jaarvergoeding verschuldigd op grond van de arbeidsverhouding tijdens deze arbeidsperiode of, indien dit bedrag hoger is, een vergoeding gelijk aan één vierde van deze jaarvergoeding per aangevallen periode van vijf jaar dat de betrokkene daadwerkelijk professioneel actief is geweest binnen de vennootschap, met een maximum van anderhalve maal de jaarvergoeding ¹.

Hoofdstuk III van het voorontwerp wijzigt de regeling inzake het beroepsverbod voor personen die een leidinggevende functie in een aan toezicht onderworpen financiële instelling wensen uit te oefenen wanneer ze werden veroordeeld wegens bepaalde misdrijven.

2. Omtrent deze bepalingen en de uitgangspunten waarop ze gebaseerd zijn, dienen de volgende opmerkingen te worden gemaakt.

Voorafgaande opmerking

3. Zoals hierboven is uiteengezet, vormt het voorliggende ontwerp onder meer de omzetting van de artikelen 1, 7), 8) en 10), en 2, 2) en 3), van richtlijn 2006/46/EG. In de artikelsgewijze commentaar van de memorie van toelichting wordt aangegeven welke van de onderscheiden bepalingen van het ontwerp strekken tot de omzetting van de voormelde richtlijn 2006/46/EG, en van welke opties uit die richtlijn gebruik wordt gemaakt. Bij het wetsontwerp dat aan de wetgevende kamers wordt voorgelegd, zou ook de concordantietabel gevoegd moeten worden, die een bijlage bij de adviesaanvraag vormt.

⁽¹⁾ Doordat het toegestane maximumbedrag verhoogd wordt tot de vergoeding verschuldigd voor anderhalf jaar, wordt de duur van de beëindigingsvergoeding alsdan gebracht op een plafond van 18 maanden (zie de memorie van toelichting, blz. 17 en 18).

Zoals de afdeling wetgeving van de Raad van State meermaals heeft gesteld², moeten wegens de noodzaak om Europese richtlijnen correct om te zetten en om het parlement adequaat in te lichten omtrent de keuze van de middelen die de regering aan het parlement voorstelt aan te wenden, onder meer tabellen tot omzetting van de desbetreffende richtlijnen en van de bepalingen van het ontwerp opgemaakt worden in de beide richtingen³ en bij het ontwerp zelf worden gevoegd⁴. Die tabellen zijn inderdaad zeer nuttig, zowel voor de wetgevende vergadering als voor degenen voor wie de rechtsregels bestemd zijn. Een zodanig vereiste stemt bovendien overeen met één van de overwegingen van de richtlijn die het onderzochte voorontwerp bepaaldelijk beoogt om te zetten⁵.

De concordantietabel die aan de afdeling wetgeving van de Raad van State is overgezonden, dient te worden verduidelijkt. Wat sommige bepalingen betreft, neemt de tabel alleen de artikelen van richtlijn 2006/46/EG (artikelen 1, 7), 1, 10), 2, 2) en 2, 3)) over, terwijl de tabel, wat andere bepalingen betreft, eveneens verwijst naar de artikelen van de richtlijnen 78/660/EEG of 83/349/EEG die worden gewijzigd bij richtlijn 2006/46/EG (wat betreft artikel 1, 8) van laatstgenoemde richtlijn).

Duidelijkheidshalve dient ook systematisch te worden verwezen naar de artikelen van de richtlijnen 78/660/EEG of 83/349/EEG die worden gewijzigd bij richtlijn 2006/46/EG.

(2) Omtrent de noodzaak, zowel voor de steller van het voorontwerp en het parlement, als voor de afdeling wetgeving van de Raad van State, om over zulke tabellen te kunnen beschikken, zie eveneens het jaarverslag 2005-2006 van de Raad van State, nrs. 15 tot 17 (www.raadvst-consetat.be).

(3) Zie daaromtrent de "Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten" (2008), waarin uitdrukkelijk te lezen staat dat twee concordantietabellen moeten worden opgemaakt, te weten enerzijds een concordantietabel met de artikelen van de richtlijn en van de ermee overeenstemmende artikelen van de tekst die in de omzetting voorziet, en anderzijds een concordantietabel met de artikelen van de tekst die in de omzetting voorziet en van de richtlijn (blz. 118, §§ 191.1 en 191.2).

(4) Ibidem, blz. 118, § 193.

(5) Zie overweging 15 van richtlijn 2006/46/EG, naar luid waarvan "de lidstaten ertoe aangespoord [worden] om voor zichzelf en in het belang van de Gemeenschap hun eigen tabellen op te stellen die, voor zover mogelijk, het verband weergeven tussen deze richtlijn en de omzettingsmaatregelen, en deze openbaar te maken".

Algemene opmerkingen

4. Het voorontwerp refereert op diverse plaatsen aan de notie "uitvoerend bestuurder" als aanknopingspunt voor specifieke verplichtingen opgelegd aan genoteerde vennootschappen. Met name bepaalt artikel 7 van het voorontwerp (ontworpen art. 526*quater*, § 2, W. Venn.) dat het remuneratiecomité is samengesteld uit niet-uitvoerende leden van de raad van bestuur, waarbij dezelfde bepaling preciseert wie onder meer als uitvoerend bestuurder moet worden beschouwd. Artikel 14 van het voorontwerp (ontworpen artikel 520*bis* W.Venn.) legt beperkingen op aan de beëindigingsvergoeding van een "uitvoerend bestuurder", waarbij het ontworpen artikel 520*bis*, § 2, Venn.W. opsomt wie onder meer als uitvoerend bestuurder moet worden beschouwd.

5. Deze benadering roept verschillende vragen op. Ten eerste lijkt het erop dat de in beide voormelde bepalingen gehanteerde opsommingen enkel rekening houden met een dualistische organisatie van het bestuur (via oprichting van een directiecomité binnen de schoot van de raad van bestuur). De vraag rijst of een interne taakverdeling tussen bestuurders in de zin van art. 522, § 1, tweede lid, W. Venn. zonder oprichting van een directiecomité, niet tot gevolg heeft dat zulke bestuurders ook als "uitvoerend bestuurder" moeten worden beschouwd.

Voorts moet worden beklemtoond dat de rechtszekerheid niet gediend is door het gebruik van eenzelfde juridische notie in verschillende betekenissen in één enkele wet. Waar het ontworpen artikel 526*quater* W. Venn. als uitvoerend bestuurder onder meer beschouwt de bestuurders die lid zijn van het directiecomité of aan wie het dagelijks bestuur is toevertrouwd⁶, voegt het ontworpen artikel 520*bis* W. Venn. hieraan een bijkomende categorie toe, met name elke bestuurder "die, anders dan in de enkele hoedanigheid van bestuurder of lid van een comité bedoeld in artikel 522, § 1, derde lid, professioneel actief is binnen de genoteerde vennootschap of een dochtervennootschap van de genoteerde vennootschap, welke ook de aard is van de professionele relatie waaronder de betrokkene het geheel of een onderdeel van zijn activiteiten uitoefent".

⁽⁶⁾ Deze opsomming is overigens identiek met deze die gebruikt wordt voor de toepassing van artikel 526*bis* W. Venn., zoals ingevoegd bij de wet van 17 december 2008 inzonderheid tot oprichting van een auditcomité in de genoteerde vennootschappen en de financiële ondernemingen waarbij genoteerde vennootschappen verplicht worden om binnen de raad van bestuur een auditcomité op te richten dat is samengesteld uit niet-uitvoerende bestuurders.

6. Door telkenmale de notie "uitvoerend bestuurder" te omschrijven aan de hand van een niet-limitatieve opsomming, zoals blijkt uit het gebruik van de woorden "onder meer", kan tot slot onduidelijkheid ontstaan over de juiste kring van personen die als uitvoerend of niet-uitvoerend bestuurder kunnen worden beschouwd.

De Raad van State acht het, ter wille van de rechtszekerheid, raadzaam om één enkele begripsinhoud te geven aan de notie "uitvoerend bestuurder" voor de toepassing van de verschillende hiervoor aangehaalde bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen, en hierbij ofwel gebruik te maken van een exhaustieve opsomming, hetzij van een generieke wettelijke omschrijving, gebeurlijk aangevuld met een exemplatieve opsomming.

7. Het toepassingsgebied *ratione personae* van het voorontwerp strekt zich uit tot genoteerde vennootschappen in de zin van artikel 4 van het Wetboek van Vennootschappen, d.w.z. vennootschappen waarvan de effecten verhandeld worden op een (Belgische of buitenlandse) gereguleerde markt. Niet alle bepalingen van het ontwerp zijn echter toepasselijk op alle genoteerde vennootschappen:

- de informatie die, naar luid van het ontworpen artikel 96, § 2, W. Venn. (artikel 3 van het ontwerp) in de "verklaring inzake deugdelijk bestuur" moet worden opgenomen, geldt enkel voor de vennootschappen waarvan minstens een gedeelte van de effecten met stemrecht toegelaten zijn tot de notering op een gereguleerde markt, waarbij, onder bepaalde voorwaarden, bovendien minder verregaande informatieverplichtingen worden opgelegd aan de vennootschappen waarvan enkel andere effecten dan aandelen zijn genoteerd. De stellers van het ontwerp hebben hierbij gebruik gemaakt van de optie die aan de lidstaten werd geboden door artikel 46bis, lid 3, van de Vierde Vennootschapsrichtlijn 78/660/EEG (zoals ingevoegd door artikel 1, 7), van richtlijn 2006/46/EG);
- de verplichte bekendmaking van een remuneratieverslag, als onderdeel van de verklaring inzake deugdelijk bestuur, geldt naar luid van het ontworpen artikel 96, § 3, W. Venn. enkel voor de vennootschappen waarvan de aandelen zijn toegelaten

.../...

tot de verhandeling op een gereguleerde markt, waardoor het toepassingsgebied van deze bepaling restrictiever is dan voor het ontworpen artikel 96, § 1, W. Venn;

- de verplichting tot oprichting van een remuneratiecomité geldt voor elke genoteerde vennootschap, ongeacht de aard van de genoteerde effecten. Hetzelfde geldt voor de bepalingen van hoofdstuk II van het ontwerp betreffende de beperking van de beëindigingsvergoeding voor bepaalde vennootschapsmandatarissen.

8. De Raad van State stelt vast dat deze verschillen in het toepassingsgebied van diverse onderdelen van het ontwerp de interne coherentie van de regeling dreigen aan te tasten. Zo wordt het remuneratiecomité, dat in alle genoteerde vennootschappen moet worden ingesteld, belast met de voorbereiding van het remuneratieverslag dat door de raad van bestuur wordt gevoegd in de verklaring bedoeld in artikel 96, § 2, terwijl de verplichting tot opmaak en bekendmaking van een remuneratieverslag enkel geldt voor de vennootschappen waarvan de aandelen zijn genoteerd.

De gemachtigde verklaarde hieromtrent:

"Dit onderscheid wordt wel degelijk door de Regering beoogd. De verplichting van het remuneratiecomité heeft een ruimer toepassingsgebied (vennootschappen waarvan de effecten zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereguleerde markt in de zin van artikel 2, 3/, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten). De inhoud van het remuneratieverslag wordt enkel geregeld voor de vennootschappen waarvan de aandelen zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereguleerde markt in de zin van artikel 2, 3/, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten.

Vennootschappen waarvan de effecten andere dan aandelen zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereguleerde markt in de zin van artikel 2, 3/, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten moeten weliswaar ook een remuneratieverslag opstellen (artikel 526quater, § 4, c)) doch de inhoud wordt niet wettelijk opgelegd".

De Raad van State ziet niet in hoe in de bewoordingen van het ontworpen artikel 526quater, § 4, c), W. Venn. een verplichting kan worden gelezen om een remuneratieverslag op te maken. Deze verplichting wordt enkel opgelegd door het ontworpen artikel 526quater, § 3, dat niet toepasselijk is op alle genoteerde vennootschappen. De referentie in de ontworpen paragraaf § 4, punt c), naar de verklaring

.../...

inzake deugdelijk bestuur bedoeld in artikel 96, § 2, is bovendien misleidend, in de mate de betrokken vennootschappen niet gehouden zijn tot de publicatie van zulke verklaring in hun jaarverslag. De stellers van het ontwerp doen er bijgevolg goed aan deze bepalingen op elkaar af te stemmen.

Tevens rijst de vraag of het verschil in toepassingsgebied van de regeling inzake publicatie van een remuneratieverslag, dat onder meer de hoogte van de beëindigingsvergoeding voor uitvoerende bestuurders bevat, en van de regeling inzake beperking van deze beëindigingsvergoeding (hoofdstuk II van het ontwerp) aan de bedoeling van de stellers van het ontwerp beantwoordt.

De omstandigheid dat een deel van de bepalingen van het ontwerp de omzetting in intern recht vormen van de Europese richtlijn 2002/46/EG, neemt niet weg dat de verschillende behandeling van genoteerde vennootschappen die voormelde situatie teweegbrengt naargelang de aard van de effecten die op een gereguleerde markt worden verhandeld, de toets van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet zal moeten doorstaan.

9. Met betrekking tot de bekendmaking van het bedrag van de remuneratie van uitvoerende bestuurders, voert het ontworpen artikel 96, § 3, W. Venn. (artikel 3 van het ontwerp) een onderscheid in tussen de voorzitter van het directiecomité of de personen belast met het dagelijks bestuur enerzijds, en de overige uitvoerende bestuurders anderzijds. Terwijl voor eerstgenoemden de bekendmaking op individuele basis gebeurt, kan voor laatstgenoemden volstaan worden met de bekendmaking op globale basis. Gevraagd naar de verantwoording voor het verschil in behandeling, antwoordde de gemachtigde:

"Dit onderscheid wordt reeds gemaakt in de Belgische Corporate Governance Code en is dus reeds aanvaard door het bedrijfsleven".

De gemachtigde verwees eveneens naar verschillende passages in de memorie van toelichting. Met betrekking tot de individuele bekendmaking voor de voorzitter van het directiecomité of de personen belast met het dagelijks bestuur, stelt de memorie: "Deze persoon is het gezicht van de onderneming en is de eindverantwoordelijke voor alle beslissingen van het directiecomité of het dagelijks bestuur. Vandaar dat het belangrijk is voor de aandeelhouders om zijn precieze verloning te kennen". En verder voor wat de andere leden betreft: "Voor deze andere leden volstaat de gezamenlijke mededeling zodat de aandeelhouders kennis krijgen van de totale kost van het management en de verschillende onderdelen ervan. Deze leden hebben immers niet dezelfde beslissingsbevoegdheid of representatieve functie als de voorzitter van het directiecomité of het dagelijks bestuur".

De Raad stelt vast dat het ontwerp van Corporate Governance code 2009, waaraan de memorie van toelichting refereert met de vermelding dat de bepaling van paragraaf 3, eerste lid, 6/, "in essentie is gebaseerd op principe 7.14 van de Code", voorziet in de 'individuele of globale' bekendmaking van de remuneratie van de leden van het directiecomité⁷. Ook de Aanbeveling van de Europese Commissie van 14 december 2004 ter bevordering van de toepassing van een passende regeling voor de beloning van bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen (2004/913/EG)⁸ stelt de individuele bekendmaking van de totale beloning en andere vergoedingen van bestuurders voorop. De vraag rijst aldus of, gezien deze elementen, het in het ontwerp doorgevoerde onderscheid in behandeling voldoende verantwoord is.

10. Het voorliggende ontwerp doet de vraag rijzen naar de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, gewaarborgd bij artikel 22 van de Grondwet en de overeenstemming met de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens. Dit is onder meer het

(7) Zie principe 7.14 van dat ontwerp:
"The amount of the remuneration and other benefits granted, directly or indirectly to the other members of executive management, by the company or any other undertaking belonging to the same group, should be disclosed on an individual or global basis, in the Remuneration Report."
(<http://www.corporategovernancecommittee.be>).

(8) *Publicatieblad van de EU*, L 385/55 van 29 december 2004.

geval voor de bekendmaking van de gegevens waarvan sprake is in het ontworpen artikel 96, § 3, eerste lid, 3/, 4/, 6/, 8/, en 9/, W. Venn.

De Raad van State acht het daarom aangewezen te suggereren het advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer te vragen over dit wetsontwerp.

11. De wijze van berekening van de beëindigingsvergoeding waarin het ontworpen artikel 520bis voorziet, is uitsluitend van toepassing op de uitvoerend bestuurders genoemd in deze bepaling of op degenen die bij de ontworpen artikelen 524bis en 525 met hen worden gelijkgesteld, en voor zover ze in beursgenoteerde vennootschappen zijn tewerkgesteld.

Het ontwerp van wet voert aldus een verschil in behandeling in tussen de erin genoemde uitvoerend bestuurders, ongeacht of ze in dienst zijn genomen in het kader van een arbeidsovereenkomst of van een dienstverleningsovereenkomst⁹, en, naargelang van het geval, de overige werknemers of dienstverleners, ook al ontvangen ze een identieke bezoldiging. Het ontwerp voert nog een ander verschil in behandeling in, in zoverre het alleen de uitvoerend bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen betreft en derhalve de uitvoerend bestuurders van vennootschappen die niet aan deze voorwaarde voldoen buiten de werkingssfeer ervan vallen.

⁽⁹⁾ De artikelsgewijze bespreking preciseert in verband met het ontworpen artikel 520bis dat de nieuwe regels houdende beperking van de beëindigingsvergoeding toepasselijk zijn ongeacht de kwalificatie van de rechtsverhouding die bestaat tussen de betrokkene en de naamloze (of Europese) vennootschap, met andere woorden dat de arbeidsprestaties vallen binnen een arbeidsverhouding waarop de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten toepasselijk is, of binnen het kader van een dienstverleningsovereenkomst.

In de memorie van toelichting staat te lezen ¹⁰:

"Daarmee wenst de Regering, in het belang van het beleggersvertrouwen ¹¹ in de financiële markten, de bestaande bekommernis weg te nemen omtrent overdreven hoge beëindigingsvergoedingen waarop sommige vennootschapsmandatarissen aanspraak kunnen maken naar aanleiding van de beëindiging van hun functie binnen een genoteerde vennootschap. Aldus beoogt zij bij te dragen tot het herstel van het vertrouwen in de financiële markten. De reglementering van deze markten maakt deel uit van de juridische grondslagen waarop de economische maatschappelijke orde rust."

De memorie van toelichting ¹² bepaalt tevens:

"Het voorgestelde ontwerp regelt de rechtspositie van uitvoerende bestuurders, leden van het directiecomité en de dagelijks bestuurders op dat punt. Van deze vennootschapsmandatarissen mag inderdaad worden aangenomen dat de bevoegdheden en de verantwoordelijkheden die hun toekomen van die aard zijn dat een beperking van de beëindigingsvergoeding zich opdringt ter bescherming van het beleggersvertrouwen. Eenzelfde bevoegdheid en verantwoordelijkheid rusten niet op de andere actoren binnen een genoteerde groep, die immers geen operationele organieke functie vervullen ... Voor de niet-uitvoerende bestuurders is geen bijzondere regeling vereist, nu een bindende regeling met betrekking tot een beëindigingsvergoeding daar niet aan de orde is. De ad nutum ontslagbaarheid van de bestuurder van een naamloze vennootschap verhindert immers dat daarover bindende contractuele afspraken worden gemaakt".

12. Artikel 82 van de voornoemde wet van 3 juli 1978 voorziet, wat de uitvoerend bestuurders betreft die in dienst zijn genomen in het kader van een arbeidsovereenkomst, thans in een regeling waarin de periode binnen welke de

(10) Memorie van toelichting, blz. 13.

(11) In dezelfde gedachtegang dient de invoering van een "remuneratieverslag" te worden beschouwd, inzonderheid wat betreft de gegevens dat het moet bevatten naar luid van het ontworpen artikel 96, § 3, eerste lid, 9/, dat in de memorie van toelichting als volgt wordt verantwoord:
"Punt 9/ geeft een volledige transparantie in de vertrekvergoedingen. Omdat informatie omtrent vertrekvergoedingen bij uitstek relevant is voor de aandeelhouders om correct de prestatie van de betrokkenen in te schatten, dienen deze gegevens op individuele basis te worden verschaft. Daarbij kan onder meer informatie over de duur van de contracten met de uitvoerende bestuurders, de geldende opzegtermijnen, en de details van de voorzieningen voor de opzegvergoedingen en andere betalingen in verband met de vervroegde opzegging uit hoofde van contracten voor leden van het directiecomité of personen belast met het dagelijks bestuur worden opgenomen".

(12) Memorie van toelichting, blz. 15.

ontslagvergoeding of de vergoeding voor het beëindigen van de overeenkomst door de werkgever moet worden uitbetaald aan de werknemer verschilt naargelang van de hoegrootheid van het loon van laatstgenoemde ¹³.

13. De vraag rijst in welke mate het verschil in behandeling dat wordt ingevoerd door de ontworpen regeling inzake de berekening van de beëindigingsvergoeding, geen discriminatie vormt in de zin van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Het ontwerp maakt immers een onderscheid onder de hogere bedienden, naargelang van de functie die ze in de onderneming vervullen, dat wil zeggen naargelang ze een uitvoerend bestuurder of een hogere bediende zijn die niet is bekleed met een mandaat van uitvoerend bestuurder.

Het ontwerp voert voor de eerstgenoemden een nagenoeg forfaitaire wijze van berekening in van de ontslagvergoeding of van de vergoeding voor het verbreken van de overeenkomst, waarbij een maximumgrens wordt vastgelegd, terwijl voor de tweede categorie de voornoemde wet van 3 juli 1978, die van toepassing blijft, de partijen bij de

(13) Zo worden voor hogere bedienden met een jaarloon hoger dan 29.729 euro (bedrag geïndexeerd op 1 januari 2009) en lager dan 59.460 euro (bedrag geïndexeerd op 1 januari 2009) de opzeggingstermijnen die werkgever en werknemer in acht moeten nemen, vastgesteld ofwel bij een overeenkomst die gesloten wordt op zijn vroegst op het tijdstip waarop de opzegging wordt gegeven, ofwel door de rechter. Indien de opzegging door de werkgever wordt gegeven, mag de opzeggingstermijn niet korter zijn dan de termijnen bepaald in paragraaf 2, eerste en tweede lid, van artikel 82, naar luid waarvan een (minimale) opzeggingstermijn van 3 maanden per periode van 5 jaar dienst moet worden in acht genomen. Artikel 82, § 5, bepaalt in afwijking van paragraaf 3 ervan dat indien het jaarlijks loon meer dan 59.460 euro bedraagt (bedrag geïndexeerd op 1 januari 2009) op het tijdstip van de indiensttreding, de opzeggingstermijnen die de werkgever in acht moet nemen, vastgesteld kunnen worden bij een overeenkomst die uiterlijk op dat tijdstip gesloten wordt, zonder dat ze korter mogen zijn dan de opzeggingstermijnen bepaald in de voornoemde paragraaf 2, eerste en tweede lid, van artikel 82. Bij ontstentenis van een overeenkomst blijven voorts de bepalingen van paragraaf 3 van ditzelfde artikel van toepassing.

overeenkomst de mogelijkheid biedt om, wanneer het loon van de werknemer meer dan 59.460 euro bedraagt op het tijdstip van de indienstneming ¹⁴, vrijelijk en in onderling overleg het bedrag, en dus ook de duur van de ontslagvergoeding of van de vergoeding voor het verbreken van de overeenkomst, vast te leggen; indien zulks op dat ogenblik niet is vastgelegd, kan dat onder dezelfde voorwaarden worden bepaald op het tijdstip van het ontslag, waarbij de grenzen ¹⁵ vastgesteld in artikel 82, § 2, eerste en tweede lid, van de wet alleen nog als minimumwaarden gelden.

Met andere woorden, het is de belangrijkheid van de bevoegdheden en de verantwoordelijkheden waarmee de uitvoerend bestuurders en daarmee gelijkgestelden zijn bekleed die rechtvaardigt dat ze verschillend - en in talrijke gevallen minder gunstig ¹⁶- worden behandeld dan andere "hogere" bedienden ten aanzien van de hun verschuldigde beëindigingsvergoeding in geval van stopzetting van de arbeidsverhouding, aangezien dezen niet met zulke belangrijke bevoegdheden en verantwoordelijkheden zouden worden bekleed als de uitvoerend bestuurders.

(14) De steller van het ontwerp gaat aldus weliswaar voort in de lijn van de aanpassing die in de voornoemde wet van 3 juli 1978 is aangebracht bij de wet van 30 maart 1994 houdende sociale bepalingen (artikel 136). Overeenkomstig deze wet konden de partijen bij de overeenkomst immers, in zoverre die wet de hogere bedienden onderverdeelde in twee categorieën (met dien verstande dat voor de eerste categorie het loon begrepen was tussen 29.729 en 59.460 euro, en voor de tweede categorie meer dan 59.460 euro bedroeg), wat de tweede categorie betreft het bedrag van de beëindigingsvergoeding bepalen bij een overeenkomst tussen werkgever en werknemer, op het ogenblik van de indienstneming. De bedoeling was toen een zekere transparantie te bewerkstelligen inzake de voorwaarden voor de beëindiging van de arbeidsverhouding en de indienstneming te vergemakkelijken van werknemers met een hoge wedde. De thans ontworpen maatregel kan er evenwel toe leiden dat de erin voorgestelde beperking van het bedrag van de beëindigingsvergoeding de indienstneming van zulke bedienden veeleer zal afremmen, zeker indien ze reeds zijn tewerkgesteld in de vennootschap en een zodanige dienstanciënniteit tellen dat ze met toepassing van de voornoemde wet van 3 juli 1978 een beëindigingsvergoeding mogen verwachten die bij overeenkomst op een hoger bedrag is vastgesteld.

(15) Wat eveneens mogelijk is bij de bedienden van wie het loon begrepen is tussen 29.729 en 59.460 euro.

(16) Zie in dat opzicht de rechtspraak die wordt aangehaald door W. Eeckhoutte, Sociaal compendium 2008-2009 Arbeidsrecht met fiscale notities, band 2, Kluwer, 2008, nr. 3907, blz. 1.924 e.v.

14. Zoals hiervoren is vermeld, wordt in voornoemde wet van 3 juli 1978 een onderscheid gemaakt bij het berekenen van de termijnen en de vergoedingen voor ontslag of voor het verbreken van de overeenkomst volgens de hoegrootheid van het loon dat de bediende ontvangt, alsmede naar gelang van het tijdstip waarop en de voorwaarden waaronder deze berekening kan geschieden. Dit onderscheid berust op een handelwijze die tegengesteld is aan die van de steller van het ontwerp.

Het Grondwettelijk Hof heeft in zijn arrest nr. 56/93 van 8 juli 1993 gewezen op het volgende:

"B.7.2. Het Hof stelt vast dat de regeling in de paragrafen 2 en 3 van artikel 82 van de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten zelf geen verschillende termijnen toekent aan de beide categorieën van bedienden ¹⁷, doch alleen de mogelijkheid biedt om voor de hogere bedienden ruimere opzeggingstermijnen toe te kennen.

B.7.3. (...) doorgaans (wordt) aangenomen dat een bepaalde categorie van werknemers, die binnen de onderneming met zwaardere verantwoordelijkheden zijn belast en die moeilijker een op het vlak van de arbeids- en inkomensvoorwaarden gelijkwaardige betrekking zullen vinden, aanspraak kunnen maken op een betere bescherming van de vastheid van hun dienstbetrekking. Het (...) onderscheid tussen twee categorieën van bedienden beantwoordt dan ook aan een geoorloofd doel. De wetgever vermag aan te nemen dat het jaarlijks loon boven een bepaalde grens een aanwijzing kan zijn voor de bijzondere aard van de door de bediende verrichte arbeid."

Op basis van deze redenering heeft het Hof het volgende gewezen:

"Rekening houdend met het doel en de gevolgen van de ter beoordeling staande norm, is het onderscheid tussen de verschillende categorieën van bedienden naargelang hun jaarlijks loon al dan niet het vastgestelde bedrag van 650.000 frank overschrijdt, niet zonder objectieve en redelijke verantwoording".

Uit het voorgaande blijkt dat het momenteel het bedrag van de vergoeding is, waaraan de rechter, in de rol die hem bij voornoemde wet van 3 juli 1978 is toegewezen, de anciënniteit, de leeftijd en de belangrijkheid van de functie van de bediende heeft toegevoegd, dat in aanmerking wordt genomen om het bedrag en dus de duur van de ontslagvergoeding of van de vergoeding voor het verbreken van de overeenkomst vast te stellen, waarbij de opzeggingstermijn langer kan zijn en de gestorte vergoeding hoger wanneer het gaat om hogere bedienden. Bovendien valt het verband dat

⁽¹⁷⁾ Namelijk die waarvoor het loon enerzijds tussen 29.729 en 59.460 euro bedraagt en anderzijds boven 59.460 euro uitstijgt.

zodoende tussen de verschillende criteria ontstaat binnen een kader van bij de wet vastgestelde minima en geen maxima.

In verband met het onderscheid dat wordt gemaakt tussen uitvoerend bestuurder naargelang ze al dan niet tewerkgesteld zijn in beursgenoteerde ondernemingen, wordt verwezen naar algemene opmerking 8.

Ten aanzien van het onderscheid dat wordt gemaakt tussen uitvoerend bestuurders en de overige hogere bedienden lijkt het daarentegen twijfelachtiger dat het aanvoeren van het enige argument van de in de ogen van de investeerders buitenissigheid van de bedragen van beëindigingsvergoedingen die door genoteerde vennootschappen aan hun uitvoerend bestuurders worden toegekend en van de sfeer van wantrouwen - die men met de maatregel wil bestrijden - die door zo'n bezoldigingsbeleid op de beursmarkten ontstaat, volstaat ter rechtvaardiging van het verschil in bezoldiging dat wordt geschapen tussen uitvoerend bestuurders en de overige hogere bedienden wier jaarvergoeding identiek is.

Bovendien is de verwijzing, zonder meer, in de artikelsgewijze bespreking naar het criterium bevoegdheden en verantwoordelijkheid ¹⁸ om een beperking van de ontslagvergoeding te rechtvaardigen, evenmin voldoende duidelijk.

De steller van het ontwerp moet bijgevolg de berekeningswijze die hij beoogt in te voeren beter onderbouwen opdat duidelijk wordt in welk opzicht het objectief en redelijk is om alleen voor uitvoerend bestuurders te voorzien in een regeling waarbij de beëindigingsvergoedingen forfaitair en met een maximumgrens worden vastgelegd, welke regeling in de meeste gevallen, wel eens minder gunstig kan zijn dan die welke, krachtens voornoemde wet van 3 juli 1978, van toepassing is op de overige hogere bedienden die een identieke bezoldiging zouden krijgen, doch met geen enkel uitvoerend mandaat bekleed zouden zijn. In dat verband dient in de memorie van toelichting duidelijker te worden vermeld in welk opzicht op basis van het criterium belangrijkheid van de in een onderneming uitgeoefende bevoegdheden en verantwoordelijkheid een

⁽¹⁸⁾ Bij wijze van vergelijking wordt erop gewezen dat het door de bediende uitgeoefende ambt en inzonderheid het criterium van de bevoegdheid en de verantwoordelijkheid in de formule "Claeys" ook daalt in belangrijkheid, aar mate de bezoldiging hoger is: hoe hoger de bezoldiging wordt, hoe minder dit criterium in aanmerking wordt genomen in de formule.

onderscheid kan worden gemaakt tussen de uitvoerend bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en de overige hogere bedienden om aan de eerstgenoemden een lagere beëindigingsvergoeding toe te kennen dan die welke wordt (of zou kunnen worden) toegekend aan de overige hogere bedienden.

15. Wat de uitvoerend bestuurders betreft die in dienst genomen zijn in het kader van een dienstverleningsovereenkomst, zijn tot op heden de regels van het gemeene recht inzake aansprakelijkheid van toepassing op de stopzetting van de contractuele verhouding, waarbij de partijen het, in geval van voortijdige stopzetting, vrijelijk eens worden over de schadevergoeding die de ene partij aan de andere stort en de rechter zich op dat punt alleen hoeft uit te spreken bij gebreke van overeenstemming.

De vraag rijst of het ontwerp, door maximumbedragen vast te stellen voor de berekening van de schadevergoeding die moet worden gestort in geval van voortijdige stopzetting van de dienstverleningsovereenkomst, die alleen gelden voor de dienstverleners die een taak van uitvoerend bestuurder vervullen, geen verschillende behandeling invoert die een discriminatie oplevert uit het oogpunt van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

De in de memorie van toelichting verstrekte uitleg is dezelfde, ongeacht de aard van de band tussen de naamloze vennootschap en de uitvoerend bestuurder. In die context kan opmerking 14 hierboven *mutatis mutandis* worden herhaald.

16. Hoe dan ook wordt de steller van het ontwerp gewezen op enkele gevolgen die de berekeningswijze van de beëindigingsvergoeding die hij invoert mogelijk kan hebben, meer bepaald wat de regelgeving op het stuk van arbeidsrecht betreft.

16.1. Doordat het ontwerp onder de hogere bedienden een onderscheid maakt tussen een categorie, die van de uitvoerend bestuurders van beursgenoteerde naamloze vennootschappen, voor welke categorie de duur en bijgevolg het bedrag van de vergoeding voor ontslag of voor het verbreken van de overeenkomst lager kan liggen, met toepassing van het ontworpen artikel 520bis, § 1, en de categorie van de overige hogere bedienden die een identiek loon ontvangen, kan het op termijn heel het stelsel van

.../...

vergoedingen voor ontslag of voor het verbreken van de overeenkomst duwen in een richting waarbij de vergoedingen die de hogere bedienden krijgen dichter aansluiten bij die welke forfaitair bij wet zijn vastgesteld voor de lagere bedienden en zodoende leiden tot een neerwaartse aanpassing van de opzeggingen van alle hogere bedienden, ongeacht of ze bedongen zijn tussen partijen, dan wel vallen onder de toetsing van de rechter en zelfs van de opzeggingen waarin overeenkomstig de wet wordt voorzien voor de lagere bedienden.

16.2. Evenzo, door in het ontworpen artikel 520*bis*, § 3, de elementen op te noemen van de bezoldiging die als basis dient voor de beëindigingsvergoeding, wijzigt het ontwerp ook impliciet artikel 39, § 1, van deze wet van 3 juli 1978 die in het eerste lid, voor het bedrag van de ontslagvergoeding of van de vergoeding voor het verbreken van de overeenkomst, verwijst naar het begrip "lopend loon" en in het tweede lid "de voordelen verworven krachtens de overeenkomst" opneemt. Zodoende zullen deze begrippen voortaan begrepen moeten worden in het licht van artikel 520*bis*, § 3, wil men het beginsel van gelijke behandeling, dat is vastgelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, niet schenden.

Een soortgelijke redenering zal moeten worden gevolgd wat de strekking van het ontworpen artikel 520*ter* betreft, aangezien het bijzondere vormen oplegt voor de arbeidsovereenkomst met betrekking tot de criteria die het toekennen van de vergoeding onzeker of variabel maken. Anders zouden de uitvoerend bestuurders en de overige bedienden met wie een onzekere of variabele vergoeding overeengekomen was, ongelijk worden behandeld, hetgeen zal moeten kunnen worden verantwoord.

16.3. De naar het zich laat aanzien exhaustieve opsomming in het ontworpen artikel 520*bis*, heeft tot gevolg dat moet worden voorzien in een afwijking van datzelfde artikel 39, § 1, van de voornoemde wet van 3 juli 1978, dat een bijzondere regeling treft voor de vergoeding die krachtens de artikel 40 van de arbeidswet van 16 maart 1971 verschuldigd is bij het ontslaan van een zwangere vrouw. Een zodanige afwijkende regeling kan een discriminatie doen ontstaan tussen mannen en vrouwen die een functie van uitvoerend bestuurder bekleden. Een dergelijke regeling is niet aanvaardbaar uit het oogpunt van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, tenzij ze kan worden verantwoord, hetgeen de Raad van State op het eerste gezicht niet ziet.

16.4. Uit de algemene bewoordingen waarin paragraaf 1 van het ontworpen artikel 520*bis* is gesteld, vloeit blijkbaar voort dat de stopzetting van het mandaat van uitvoerend bestuurder automatisch het einde van de arbeidsovereenkomst betekent, alsmede van de dienstverleningsovereenkomst zonder dat dus nog enig onderscheid wordt gemaakt op basis van de specifieke kenmerken van respectievelijk een arbeidsovereenkomst en een dienstverleningsovereenkomst. Het aldus gecreëerde amalgaam kan eveneens discriminatie doen ontstaan: er wordt met betrekking tot de uitvoerend bestuurders geen enkel onderscheid meer gemaakt naar gelang het de ene of de andere partij is die een einde maakt aan de overeenkomst¹⁹. Er wordt evenmin nog een onderscheid gemaakt naargelang er sprake is van een fout of een vergissing in het bestuur, terwijl dit onderscheid in het arbeidsrecht bepalend is voor ontslag op staande voet of ontslag met een opzeggingstermijn. Daarenboven wordt dezelfde handelwijze in uitzicht gesteld voor gevallen die niets van doen hebben met een fout of zelfs een vergissing in het bestuur (verandering van aandeelhouder, een andere kijk op de strategie van de onderneming, enz.), wat nog minder voor de hand ligt.

17. Gelet op deze enuntiatieve lijst van discriminaties of moeilijkheden bij de toepassing van andere wetteksten die het ontwerp van wet tot gevolg zou kunnen hebben, wordt de steller verzocht het stelsel van de berekening van de beëindigingsvergoeding voorgeschreven in de ontworpen artikelen 520*bis* en 520*ter* op te nemen in de gezamenlijke bepalingen van het arbeidsrecht, waarbij hij erop moet toezien dat de toepasselijke regels samenhang vertonen en dat, wanneer een ongelijke behandeling voortvloeit uit de nieuwe tekst vergeleken bij de tekst die van toepassing blijft voor de overige hogere bedienden, zulks op objectieve en redelijke wijze kan worden verantwoord.

⁽¹⁹⁾ Terwijl dit onderscheid in het arbeidsrecht bij voorbeeld de grondslag vormt van een onderscheid dat wordt gemaakt inzake onder meer de duur van de opzeggingstermijn.

Bijzondere opmerkingen

Hoofdstuk 1 - Invoering in het Wetboek van Vennootschappen van bepalingen houdende een verklaring inzake deugdelijk bestuur en tot oprichting van een remuneratiecomité

Artikel 3

(artikel 96 van het Wetboek van Vennootschappen)

18. Luidens het ontworpen artikel 96, § 2, W. Venn., moet de verklaring inzake deugdelijk bestuur een verwijzing bevatten naar de code inzake deugdelijk bestuur die de vennootschap toepast, en voor zover deze code niet integraal wordt toegepast, een aanduiding van de delen van de code waarvan ze afwijkt en de onderbouwde reden hiervoor.

Het ontwerp verduidelijkt niet welke rechtsgevolgen zijn verbonden aan het feit dat een genoteerde vennootschap in haar jaarverslag bekendmaakt dat ze (bepaalde delen van) een gedragscode inzake deugdelijk bestuur toepast, en meer bepaald of dit tot gevolg heeft dat de betrokken gedragsnormen de vennootschap binden en als dusdanig door derden kunnen worden ingeroepen of afgedwongen ²⁰. De memorie van toelichting bepaalt in dit verband: "De Regering heeft ervoor gekozen dat ondernemingen minstens de bepalingen van een code moeten toepassen. Indien zij bepaalde aspecten van deze code niet toepassen dient er een uitvoerige toelichting te worden geleverd van de redenen hiervoor."

Hierbij kan nuttig verwezen worden naar hetgeen uiteengezet werd in het advies nr. L. 40.492/2 van 12 juni 2006 over een voorstel van wet "tot wijziging van artikel 528 van het Wetboek van vennootschappen teneinde de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders van vennootschappen ook te doen gelden in geval van niet-naleving van een code inzake corporate governance" ²¹ :

⁽²⁰⁾ Zie ook H. Laga & F. Parrein, "Corporate governance: volstaat zelfregulering?", in *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (613), p. 617 e.v.

⁽²¹⁾ *Parl. St.*, Kamer, DOC 51 2111/002.

"1. De oorsprong van het wetsvoorstel ligt in het debat over "corporate governance", dat sinds een aantal jaren in ons land op gang is gekomen.

Dit debat heeft onder meer geleid tot de wet van 2 augustus 2002 houdende wijziging van het Wetboek van Vennootschappen, alsook van de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen, de zogenaamde "corporate governance-wet". Ze voorziet inzonderheid in het wettelijk regelen van het directiecomité binnen naamloze vennootschappen, wijziging van de regelgeving inzake belangenconflicten in groepen van vennootschappen en versterking van de onafhankelijkheid van de commissarissen.

Bovendien heeft dit debat in december 2004 geleid tot de publicatie van een "Belgische Corporate Governance Code", die is uitgewerkt door een groep prominenten uit de bedrijfswereld, de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen, Euronext, de academische wereld en vertegenwoordigers van de institutionele beleggers onder het voorzitterschap van de heer M. Lippens, vanwaar de benaming code-Lippens.

In deze code zijn in zeer algemene bewoordingen beginselen vervat waarvan niet mag worden afgeweken, alsmede bepalingen of aanbevelingen waarvan mag worden afgeweken mits een verantwoording wordt gegeven (volgens het "comply or explain"- principe - "pas toe of leg uit"-systeem) en gedragslijnen die loutere aanbevelingen vormen en waarvoor derhalve niet de verplichting geldt om ze na te leven of uit te leggen. Hij vormt "een gedragscode waarbij degenen voor wie deze bestemd is verzocht worden zich aan te sluiten, zodat niet-naleving van deze code, zelfs van bepalingen ervan die tot «principes» verheven zijn, niet van die aard is dat een andere sanctie dan controle door de markt mogelijk is". De sanctie van controle door de markt laat zich vooral gevoelen door de omstandigheid dat het niet-naleven van de corporate governance-regels investeerders ertoe kan brengen zich van de bewuste vennootschap af te keren, wat inzonderheid gevolgen heeft voor de waarde van de vennootschapseffecten.

De code-Lippens voorziet ook in toezicht op de naleving ervan door de aandeelhouders enerzijds en de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA) anderzijds. Het toezicht door de CBFA behelst de openbaarmaking die in de code-Lippens wordt aanbevolen en het toezicht op de naleving van het "comply or explain"-principe.

2. De omstandigheid dat de code-Lippens een vrijwillige aanvaarding veronderstelt en dat in de geest van de indieners ervan, deze code alleen door de markt kan worden gecontroleerd, betekent niet dat hij geen rechtsgevolgen kan hebben.

De rechter kan immers aan de overtreding ervan een rechtsgevolg verbinden op basis van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, daar hij ervan uitgaat dat de norm die in de code wordt gehanteerd de weerspiegeling is van een gebruik of gewoonte, of wanneer hij van oordeel is dat de norm een gedragsregel betreft die iedere normaal naarstige beroepsbeoefenaar moet eerbiedigen.

Bovendien kunnen de bepalingen van de code-Lippens een contractuele vorm aannemen en de partijen binden in de zin van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek. Dit is bijvoorbeeld het geval met de financieringsovereenkomsten met financiële instellingen, waarin vaak voorzien wordt in de naleving van de bepalingen van de code-Lippens".

Ter wille van de rechtszekerheid worden de stellers van het ontwerp uitgenodigd om nadere toelichting te verschaffen bij de rechtsaard van de bepalingen uit een gedragscode die ze verklaart toe te passen.

19. De te verstrekken informatie in de verklaring van corporate governance waarin artikel 96, § 2, eerste lid, 4/ tot 9/, van het Wetboek van Vennootschappen voorziet, dient voor de omzetting in het Belgische recht van richtlijn 2006/46/EG, waarin wordt verwezen naar de informatie die wordt vereist in artikel 10, lid 1, punten c), d), f), h) en i) van richtlijn 2004/25/EG betreffende het openbaar overnamebod (art. 46*bis*, lid 1, punt d), van richtlijn 78/660/EEG).

Dit artikel van de richtlijn betreffende het openbaar overnamebod is evenwel reeds omgezet in het Belgische recht bij artikel 34 van het koninklijk besluit van 14 november 2007 betreffende de verplichtingen van emittenten van financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereguleerde markt.

De informatie waarvan sprake is in de onderdelen 4/ tot 9/ moet reeds zijn verstrekt in het kader van de informatie die beursgenoteerde ondernemingen moeten verstrekken in hun jaarverslag, zonder dat deze evenwel behoeft te worden opgenomen in een afzonderlijke afdeling, zoals het geval is met toepassing van artikel 46*bis* van richtlijn 78/660/EEG.

Er is geen reden om dezelfde regels een tweede maal om te zetten in het Belgische recht en beursgenoteerde ondernemingen te verplichten zich te richten naar twee verschillende wetsbepalingen om te voldoen aan hun informatieplicht. Het verdient daarom aanbeveling een scharnierbepaling tussen het ontworpen artikel 96 W. Venn. en de informatieverplichtingen vervat in artikel 34 van het koninklijk besluit van 14 november 2007 in te voegen.

20. Paragraaf 3, eerste lid, 2/, d), bepaalt dat

"wanneer het remuneratiebeleid in vergelijking met het gerapporteerde boekjaar ingrijpend wordt aangepast, ... dit in het bijzonder tot uitdrukking (dient) te komen".

In de onderdelen 6/ en 7/ van dezelfde paragraaf is een soortgelijke bepaling opgenomen, die echter op alle gegevens, en niet alleen op een enkele subcategorie, betrekking heeft.

Bovendien lijkt de verplichting in onderdeel 2/, *in fine*, betrekking te hebben op geheel onderdeel 2/ en niet alleen op onderdeel 2/, d), betreffende "informatie over het remuneratiebeleid voor de komende twee boekjaren".

De voormelde laatste zin van onderdeel 2/ behoort derhalve in een afzonderlijk lid te worden overgenomen.

21. Artikel 46bis, lid 1, d), van richtlijn 78/660/EEG bepaalt dat minstens de informatie die wordt verlangd in artikel 10, lid 1, f), van richtlijn 2004/25/EG, voor zover de vennootschap onder deze richtlijn valt, moet worden opgenomen in de verklaring inzake corporate governance, die deel uitmaakt van het jaarverslag. Het gaat om elke beperking van stemrecht, zoals beperkingen van het stemrecht voor houders van een zeker percentage of een zeker aantal stemmen, verplichte termijnen voor de uitoefening van het stemrecht of systemen waardoor, met medewerking van de vennootschap, de financiële rechten die zijn verbonden aan effecten, worden losgekoppeld van het houden van effecten.

Aan de gemachtigde is gevraagd of het ontworpen artikel 96, § 2, eerste lid, 6/, dat mededeling verlangt van "elke wettelijke of statutaire beperking van de uitoefening van het stemrecht", in overeenstemming met artikel 1, 7), van richtlijn 2006/46/EG, nu de ontworpen bepaling niets vermeldt omtrent de loskoppeling van financiële rechten van het houden van effecten, noch van de termijnen voor het uitoefenen van het stemrecht.

De gemachtigde antwoordde:

"Art. 96, § 2, eerste lid, 6/, werd overgenomen uit art. 34, 5/, van het KB van 14 november 2007 betreffende de verplichtingen van emittenten van financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereguleerde markt. Deze wetsbepaling was reeds de omzetting van de desbetreffende bepaling uit de OBA-richtlijn.

Artikel 34 van het koninklijk besluit van 14 november 2007 vormt inderdaad de omzetting van artikel 10 van richtlijn 2004/25/EG. Dat artikel 34 somt in 10 punten de elementen op die volgens artikel 10 van richtlijn 2004/25/EG in voorkomend geval dienen te worden opgenomen in het jaarverslag. Punt 1/ van dat artikel 34, betreft de kapitaalstructuur, in voorkomend geval, onder vermelding van de verschillende soorten aandelen en, voor elke soort aandelen, van de rechten en plichten die eraan verbonden zijn en het percentage van het geplaatste kapitaal dat erdoor wordt vertegenwoordigd.

Samengelezen met punt 5/ van dat artikel 34 nl. elke wettelijke of statutaire beperking van de uitoefening van het stemrecht wordt artikel 10, lid 1, f), van richtlijn 2004/25/EG omgezet in intern recht. Overname van punt 5/ van dat artikel 34, alleen volstaat niet als volledige omzetting van artikel 1, 7/, van richtlijn 2006/46/EG. Artikel 3 - nieuw ontworpen artikel 96, § 2, eerste lid, dient dan ook te worden aangevuld."

22. Het is terminologisch inconsequent om in het tweede lid van het ontworpen artikel 96, § 2, W. Venn. het begrip "emittenten" te hanteren in plaats van "vennootschappen". De gemachtigde is het hiermee eens.

23. De vraag dient gesteld of de regeling opgenomen in paragraaf 2, vierde lid, betreffende de toepassing van artikel 144, eerste lid, 6/, W. Venn., omwille van de duidelijkheid niet beter rechtstreeks in het desbetreffende artikel opgenomen wordt. Deze bepaling verwijst immers reeds naar artikel 96 W. Venn.

De bepaling schrijft bovendien voor dat "(...) de commissaris (moet) nagaan of de verklaring inzake deugdelijk bestuur is verstrekt". Ze vormt een gedeeltelijke omzetting van artikel 46bis, lid 2, van richtlijn 2006/46/EG die bepaalt dat "voor de overige informatie (...) de wettelijke auditor (dient) na te gaan of de corporate-governanceverklaring is verstrekt".

.../...

24. Krachtens het ontworpen artikel 96, § 3, tweede lid, kan de Koning, bij in Ministerraad overlegd besluit, de punten 1/ tot 9/, van het eerste lid, vervangen. Mede gelet op de problematiek van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is deze delegatie ontoelaatbaar.

Artikel 7

(ontworpen artikel 526*quater* van het Wetboek van Vennootschappen)

25. Artikel 7 strekt ertoe in het Wetboek van vennootschappen een artikel 526*quater* in te voegen dat de genoteerde vennootschappen verplicht om binnen de raad van bestuur een "remuneratiecomité" op te richten. Dit remuneratiecomité komt bij het "auditcomité", dat diezelfde genoteerde vennootschappen moeten oprichten krachtens de wet van 17 december 2008 inzonderheid tot oprichting van een auditcomité in de genoteerde vennootschappen en de financiële ondernemingen.

Artikel 15 van deze wet, dat in het Wetboek van Vennootschappen een artikel 526*bis* invoegt, voorziet in een vrijstelling van de verplichting om een auditcomité op te richten voor de "kleine vennootschappen" die op een geconsolideerde basis aan bepaalde kwantitatieve criteria beantwoorden.

Gelet op het bestaande parallellisme tussen deze beide comités die uit de raad van bestuur voortvloeien, is het de Raad van State niet duidelijk om welke reden in zo'n vrijstelling niet wordt voorzien voor het "remuneratiecomité". De steller van de tekst zou op zijn minst in de memorie van toelichting hierover nadere uitleg moeten verschaffen.

26. Paragraaf 5 van het ontworpen artikel 526*quater* van het Wetboek van Vennootschappen bepaalt dat "in ondernemingen waar een ondernemingsraad werd ingesteld in uitvoering van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven (...) het remuneratiecomité het remuneratieverslag zoals bedoeld in paragraaf 4 mee(deelt) aan de ondernemingsraad".

27. Er moet worden onderstreept dat, volgens de tekst van paragraaf 4, c), van het ontworpen artikel 526*quater*, de taak van het remuneratiecomité beperkt is tot het voorbereiden van het remuneratieverslag dat door de raad van bestuur wordt gevoegd bij de verklaring inzake deugdelijk bestuur, wat betekent dat de definitieve tekst van dit verslag onder de verantwoordelijkheid van heel de raad van bestuur wordt opgesteld. Bovendien is het remuneratiecomité geen autonoom orgaan, maar wordt het binnen de raad van bestuur opgericht ²². De raad van bestuur is het dus die het remuneratieverslag aan de ondernemingsraad moet bezorgen.

De tekst behoort dienovereenkomstig te worden aangepast.

28. De ontworpen bepaling van artikel 526*quater*, § 5, W. Venn. past in de concretisering en verwezenlijking van het onder meer in artikel 23 van de Grondwet gewaarborgde grondrecht op informatie en collectief overleg. Klaarblijkelijk wenst de wetgever met de verplichte mededeling van het remuneratieverslag aan de ondernemingsraad een zeker parallellisme in behandeling tussen aandeelhouders en ondernemingsraad door te voeren. Immers in het raam van de economische en financiële informatieplicht aan de ondernemingsraad, dienden reeds de stukken inzake onder meer de jaarrekeningen en het jaarverslag, die aan de aandeelhouders werden overgemaakt ook aan de ondernemingsraad te worden meegedeeld.

29. De vraag rijst evenwel of door de mededelingsplicht te beperken tot de enkele ondernemingen waar effectief een ondernemingsraad is ingesteld, de ontworpen bepaling geen ongelijke behandeling doet ontstaan tussen genoteerde ondernemingen naargelang ze al dan niet over een ondernemingsraad beschikken, op het stuk van het grondrecht op informatie, en of de ontworpen regeling wel in overeenstemming is met

⁽²²⁾ Zie paragraaf 1 van het ontworpen artikel 526*quater*.

richtlijn 2002/14/EG ²³. Gelet op de inhoudelijke gebondenheid van de verplichte mededeling van het remuneratieverslag aan de algemene informatieplicht in economische, financiële en sociale aangelegenheden, lijkt er niet echt een objectieve reden voorhanden om de eerder door de wetgever gerealiseerde verbreding van de algemene informatieplicht naar bepaalde categorieën van ondernemingen zonder ondernemingsraad, niet toe te passen op de verplichte mededeling van het remuneratieverslag. Ook een correcte omzetting van de voornoemde Europese kaderrichtlijn noopt ertoe. Allicht kan de vraag rijzen waarom de stellers van het ontwerp ook geen melding maken van de ondernemingen die onderworpen zijn aan de wet van 23 april 1998 houdende diverse bepalingen met betrekking tot de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers.

Artikel 9

(artikel 553 van het Wetboek van Vennootschappen)

30. De wijzigingen die artikel 9 van het ontwerp in artikel 553 W. Venn. aanbrengt, komen weliswaar de duidelijkheid ten goede, maar zijn overbodig, aangezien het remuneratieverslag, in alle gevallen waarin het moet worden opgemaakt, integrerend deel uitmaakt van het jaarverslag.

Artikelen 11 en 12

(ontworpen artikelen 899ter et 913quater van het Wetboek van Vennootschappen)

31. Zowel het ontworpen artikel 899ter W. Venn. (art. 11 van het ontwerp) als het ontworpen artikel 913quater, derde lid, W. Venn. (art. 12 van het ontwerp) regelen de toepassing naar analogie van de bepalingen inzake het remuneratiecomité op de Europese

⁽²³⁾ Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap, Publicatieblad van de EU, L 80, 23 maart 2002, 29.

vennootschap. Het verdient aanbeveling om in beide gevallen te verduidelijken dat de regeling enkel geldt voor de genoteerde SE waarvan de aandelen op een geregementeerde markt worden verhandeld.

Het ontworpen artikel 11 stelt de wettelijke bepalingen betreffende het remuneratiecomité van de genoteerde naamloze vennootschappen van toepassing op de genoteerde SE. Men moge aannemen dat dit ook impliceert dat mededeling van het remuneratieverslag dient gedaan aan de personeelsafgevaardigden in de daarin aanwezige overlegstructuur. Een aanpassing in die zin van het ontworpen artikel 11 lijkt daarom aangewezen.

Artikel 13

32. Artikel 13 schrijft voor dat de bepalingen betreffende de verklaring inzake deugdelijk bestuur en het remuneratiecomité "voor het eerst van toepassing (zijn) op de boekjaren die aanvangen na bekendmaking van deze wet in het Belgisch Staatsblad".

Het remuneratiecomité moet hoofdzakelijk bestaan uit onafhankelijke bestuurders in de zin van artikel 526ter van het Wetboek van Vennootschappen. De artikelen 21 en 25 van de wet van 17 december 2008 inzonderheid tot oprichting van een auditcomité in de genoteerde vennootschappen en de financiële ondernemingen voegen in het Wetboek van Vennootschappen een artikel 526ter en een artikel 913ter in die een nieuwe definitie geven van onafhankelijk bestuurder. In artikel 24, § 3, wordt echter bepaald dat in genoteerde vennootschappen de onafhankelijke bestuurders die vóór de inwerkingtreding van de wet benoemd zijn, als onafhankelijk bestuurder zitting kunnen blijven hebben tot 1 juli 2011.

Om alle rechtsonzekerheid te voorkomen, zou de steller van de tekst zich ervan moeten vergewissen of deze overgangsbepaling eveneens van toepassing is op onafhankelijke bestuurders die lid zijn van het remuneratiecomité. De tekst moet in deze zin worden aangepast.

Hoofdstuk II - Wijziging van het Wetboek van Vennootschappen tot beperking van de beëindigingsvergoeding voor bepaalde vennootschapsmandatarissen

Artikel 14 ²⁴

(ontworpen artikel 520bis van het Wetboek van Vennootschappen)

33. De ontworpen bepaling, in zoverre ze het begrip "uitvoerend bestuurder", bestuurder die als zodanig wordt beschouwd en degenen die ermee worden gelijkgesteld, definieert, strekt ertoe de beëindigingsvergoeding van uitvoerend bestuurders van genoteerde vennootschappen te beperken.

34. In verband met het begrip "uitvoerend bestuurder" en de definitie ervan wordt verwezen naar de algemene opmerkingen 4 tot 6.

35.1. Luidens zijn paragraaf 1, eerste lid, heeft het ontworpen artikel 520bis betrekking op

"de totale vergoeding, van welke aard ook, die aan een uitvoerend bestuurder toekomt ingevolge de beëindiging van het bestuursmandaat, of van enige andere rechtsverhouding op grond waarvan de bestuurder (...) als uitvoerend bestuurder (wordt gekwalificeerd)".

De beëindiging van een bestuursmandaat kan, als zodanig, slechts tot een beëindigingsvergoeding aanleiding geven voor zover de bestuurder altijd *ad nutum* door de algemene vergadering kan worden afgezet zonder dat zij haar beslissing hoeft te

⁽²⁴⁾ De eerste bepaling van dit hoofdstuk moet in de Nederlandstalige versie hernoemd worden tot artikel 14.

motiveren. Iedere bepaling die aan de vennootschap de verplichting zou opleggen om in geval van afzetting een vergoeding te betalen is nietig ²⁵.

In feite is het de beëindiging van de rechtsverhouding op grond waarvan de bediende of de dienstverlener de functie uitoefent die uitvoerend bestuurder wordt genoemd, die aanleiding kan geven tot een beëindigingsvergoeding, te weten, in het onderhavige geval het einde van de arbeidsverhouding of van de te dien einde gesloten dienstverleningsovereenkomst.

De bepaling moet op dit punt worden herzien.

35.2. De algemene bewoordingen waarin de bepaling van paragraaf 1, eerste lid, van het ontworpen artikel 520*bis*, geformuleerd is, doen bovendien een automatisme ontstaan tussen de beëindiging van het mandaat van uitvoerend bestuurder en het einde van de arbeidsovereenkomst alsmede het einde van de dienstverleningsovereenkomst, inzonderheid ingeval laatstgenoemde overeenkomst de uitoefening van andere functies dan die welke als uitvoerend bestuurder worden aangemerkt, zou omvatten. De steller van het ontwerp wordt verzocht te onderzoeken of dit wel zijn bedoeling is.

35.3. In de memorie van toelichting staat ²⁶ dat

"de regeling geldt ongeacht wie het initiatief tot de beëindiging neemt, nu in de praktijk veelal tot een beëindiging in onderling akkoord wordt besloten. De beperking is van toepassing bij beëindiging alvorens de overeengekomen duurtijd is verstreken, maar vindt ook toepassing op de beëindiging die van rechtswege intreedt of die voortvloeit uit het verstrijken van de duurtijd waarvoor een overeenkomst was aangegaan".

De term "beëindiging" is te algemeen en zelfs ongepast wanneer de overeenkomst die beëindigd wordt bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is. Omwille van de rechtszekerheid moeten door middel van een aangepaste

(25) Zie D. Van Gerven, Het ontslag van bestuurders van een NV, TRV, 1999, blz. 71, nr. 2; J. Malherbe, Y. De Cordt, Ph. Lambrecht en Ph. Malherbe, *Précis de droit des sociétés*, 2e uitgave, 2006, blz. 568, nr. 977.

(26) Memorie van toelichting, blz. 16.

terminologie duidelijk de twee gevallen worden onderscheiden waarop de ontworpen bepaling betrekking heeft, namelijk het geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst vóór het verstrijken van de termijn ervan in het geval van een overeenkomst voor bepaalde tijd, en zelfs wanneer het gaat om een overeenkomst die gesloten is voor de uitvoering van een duidelijk omschreven werk, voordat het uitgevoerd is, en het geval van de beëindiging van een overeenkomst ten gevolge van het ontslag van de bediende of van de verbreking van de overeenkomst door een van de partijen.

36.1. Tot de personen die luidens paragraaf 2 van de ontworpen bepaling als uitvoerend bestuurder worden beschouwd, behoort, zoals vermeld in het eerste lid, derde streepje, van dezelfde paragraaf, de bestuurder die, anders dan in deze hoedanigheid "professioneel actief is binnen de genoteerde vennootschap of een dochtervennootschap van de genoteerde vennootschap, welke ook de aard van de professionele relatie is waaronder de betrokkene het geheel of een onderdeel van zijn activiteiten uitoefent".

36.2. De Raad wijst in de eerste plaats op het verschil tussen de Nederlandse versie ("actief is") en de Franse versie ("a été actif"). Er moet bij de Nederlandse versie van de tekst worden aangeknoopt, in zoverre een bestuurder die in de vennootschap een uitvoerende functie heeft uitgeoefend, maar die bijvoorbeeld met pensioen is gegaan, geen "uitvoerend" bestuurder meer is, maar een "niet-uitvoerend" bestuurder wordt.

De Franse versie van de tekst van het ontworpen artikel 520bis, § 2, eerste lid, derde streepje, moet bijgevolg met de Nederlandse versie in overeenstemming worden gebracht.

36.3. Daar waar sprake is van iedere bestuurder die "professioneel actief is binnen de (...) vennootschap of een dochtervennootschap van de genoteerde vennootschap" dient dit te worden verduidelijkt. Zo rijst de vraag of "professioneel actief" zijn binnen een vennootschap impliceert dat er met de vennootschap een arbeidsovereenkomst bestaat, dan wel of het voldoende is dat in de vennootschap occasioneel als zelfstandige of door toedoen van een beheersvennootschap diensten worden verricht.

De steller van het ontwerp wordt verzocht dit begrip beter af te bakenen door de situatie die hij beoogt te objectiveren.

36.4. De Raad van State merkt op dat daar waar sprake is van iedere bestuurder die "actief is binnen de (...) vennootschap of een dochtervennootschap van de genoteerde vennootschap" het toepassingsgebied van de bepaling van het ontworpen artikel 520*bis* wordt verruimd ten opzichte van wat wordt beoogd in de memorie van toelichting, waarin staat dat "(...) met het voorliggend ontwerp beperkingen (worden) ingevoerd voor de beëindigingsvergoeding die wordt toegekend aan de uitvoerend bestuurders, de leden van het directiecomité en de personen die het dagelijks bestuur waarnemen in de genoteerde vennootschappen" ²⁷.

Indien de steller van het ontwerp de bedoeling heeft zich niet te beperken tot de gevallen waarvan in de memorie van toelichting sprake is, zou het gepast zijn de tekst van de memorie met de inhoud van de ontworpen bepaling in overeenstemming te brengen.

36.5. Vanuit het oogpunt van doelmatigheid streeft het ontwerp ernaar om zoveel mogelijk situaties waarin een persoon onrechtstreeks als "uitvoerend bestuurder" kan worden gekwalificeerd, onder de regeling inzake beperking van beëindigingsvergoedingen te brengen. Tegen deze achtergrond rijst de vraag of de enkele verwijzing naar een mogelijke activiteit van de bestuurder in een dochtervennootschap van de genoteerde vennootschap (zie § 2, eerste lid, derde streepje), en niet naar andere verbonden vennootschappen (bijv. moeder- of zustervennootschap), tegemoetkomt aan de intentie van de stellers van het ontwerp. Immers, de ontworpen regeling inzake de bekendmaking van vergoedingen van uitvoerende bestuurders in het remuneratieverslag maken gewag van elke vergoeding die de betrokkenen heeft ontvangen bij de genoteerde vennootschap evenals bij elke hiermee verbonden vennootschap. Het komt aan de stellers van het ontwerp toe de bepalingen beter op elkaar af te stemmen.

⁽²⁷⁾ Memorie van toelichting, blz. 13.

Een analoge opmerking geldt voor de bepaling, in paragraaf 3 van de bepaling, van de "jaarvergoeding" die als berekeningsbasis geldt voor de beperking opgelegd in paragraaf 1: ook hier wordt enkel verwezen naar de vergoedingen ten laste van de genoteerde vennootschap of een dochtervennootschap.

36.6. Het valt niet in te zien hoe de regeling kan afgedwongen worden wanneer de rechtsbetrekking van een uitvoerend bestuurder werd aangegaan met een buitenlandse dochtervennootschap (of verbonden vennootschap) van de genoteerde vennootschap. De memorie van toelichting geeft aan dat bestuurders of leden van het directiecomité die na de inwerkingtreding van de wet zouden toelaten dat de genoteerde vennootschap of haar dochtervennootschappen regelingen invoeren die strijdig zijn met het ontworpen artikel 520bis W. Venn., aansprakelijk kunnen worden gesteld op grond van artikel 528 W. Venn. In de mate de betrokken mandatarissen bij de genoteerde vennootschap geen bevoegdheid hebben om bestuurshandelingen te stellen bij een dochtervennootschap, kan hen evenmin aansprakelijkheid treffen. Weliswaar zou, indien de kwestieuze regeling aangenomen wordt door een Belgische dochtervennootschap, de ontworpen regeling ertoe kunnen leiden dat op het bestuur van die dochtervennootschap aansprakelijkheid weegt. Dit is echter niet mogelijk voor het bestuur van een buitenlandse vennootschap.

In dezelfde lijn moeten de stellers van het ontwerp verduidelijken op welke wijze (met verwijzing naar de geëigende technieken van internationaal privaatrecht) de primauteit van de wettelijke regeling op hiermee strijdige contractuele bedingen (ontworpen art. 520bis, § 4) kan worden gehandhaafd wanneer de contractuele relatie niet aan het Belgisch recht is onderworpen, bijvoorbeeld wegens de inlassing van een rechtskeuzebeding.

36.7. In paragraaf 2, tweede lid, tweede streepje, van het ontworpen artikel wordt bepaald dat met het oog op de toepassing van die bepaling met een bestuurder wordt gelijkgesteld "een rechtspersoon waarvan de leidinggevende verantwoordelijkheid berust bij de bestuurder of zijn vaste vertegenwoordiger (...)".

Deze tekst is weinig nauwkeurig. Hoewel een BVBA waarvan de bestuurder de enige zaakvoerder zou zijn ongetwijfeld aan deze definitie voldoet, rijst de vraag hoe dat zit met een vennootschap waarvan de bestuurder slechts een van de leden van de raad van bestuur is.

De steller van het ontwerp moet de bepaling beter omschrijven opdat daaruit duidelijk zou blijken welke situaties bedoeld worden.

Hij zou eveneens een nadere omschrijving moeten geven van het begrip rechtspersoon "waarvan de economische belangen in wezen samenvallen" met die van een van de personen bedoeld in het ontworpen artikel 520*bis*, paragraaf 2. Zo zou een regeling moeten worden getroffen voor de kwestie of "het samenvallen van de economische belangen" moet worden afgemeten aan de hoegrootheid van de participatie die men in een vennootschap bezit of aan de hand van een ander criterium.

37. In paragraaf 3 van het ontworpen artikel 520*bis* worden de onderscheiden onderdelen van de jaarvergoeding bepaald.

Er behoort te worden opgemerkt dat de opname, in de beëindigingsvergoeding, van de vergoeding die men ontvangt wanneer het niet-concurrentiebeding wordt toegepast een verschillende behandeling kan doen ontstaan die men zou moeten kunnen verantwoorden. Doordat die vergoeding bedoeld is als compensatie voor het niet-uitoefenen door de werknemer van zijn activiteit binnen de perken gesteld in de clausule, komt die vergoeding volgens het gemene recht bovenop de ontslag- of verbrekingsvergoeding. Voor de uitvoerende bestuurders zal die vergoeding voortaan evenwel vervat zijn in de ontslag- of verbrekingsvergoeding terwijl dat voor andere hogere bedienden niet het geval zal zijn.

38. In het ontworpen artikel 520*bis*, § 4, wordt bepaald dat "dit artikel ... toepasselijk (is) niettegenstaande elke andere wettelijke, reglementaire of andere bepaling, met inbegrip van gebruiken en praktijken".

Die verwijzing naar de "gebruiken" en de "praktijken" lijkt overbodig doordat het ontworpen artikel 520*bis* een bepaling van openbare orde is in verband waarmee in de memorie van toelichting wordt aangegeven dat ze te maken heeft met de "juridische grondslagen waarop de economische maatschappelijke orde rust" ²⁸.

39.1. In het ontworpen artikel 520*bis*, § 5, wordt de Koning gemachtigd om

"(...) in voorkomend geval onder de voorwaarden die Hij bepaalt, de toepassing van dit artikel geheel of gedeeltelijk uit (te) breiden tot vennootschappen waarvan effecten zijn toegelaten tot de verhandeling op enige markt of alternatief verhandelingsstelsel, andere dan een (...) gereguleerde markt".

In de mate dat deze machtiging zowel betrekking heeft op de verruiming van de werkingssfeer van de wet als op de voorwaarden waaronder die verruiming door de Koning tot stand kan worden gebracht, is ze niet in overeenstemming met de beginselen die gelden voor de betrekkingen tussen de wetgevende en de uitvoerende macht. In casu zou de opdracht van bevoegdheid alleen aanvaardbaar zijn voor zover de wetgever de precieze reikwijdte en de algemene voorwaarden van de verruiming heeft bepaald.

De bewoordingen van de machtiging dienen zo te worden herzien dat aan deze vereisten is voldaan.

39.2. Uit paragraaf 5 van het ontworpen art. 520*bis* W. Venn. zou, door de referentie aan een "andere (markt) dan een Belgische gereguleerde markt", kunnen worden afgeleid dat de regeling enkel de vennootschappen naar Belgisch recht viseert die op een Belgische gereguleerde markt zijn genoteerd. Paragraaf 1 refereert daarentegen aan een "genoteerde vennootschap" in het algemeen, hetgeen ook de situatie viseert van een vennootschap naar Belgisch recht waarvan financiële instrumenten verhandeld worden op een gereguleerde markt in een andere EU-lidstaat. Aan deze dubbelzinnigheid in de tekst moet worden verholpen.

⁽²⁸⁾ Memorie van toelichting, blz. 13.

Artikel 15

(ontworpen artikel 520ter van het Wetboek van Vennootschappen)

40. Het ontworpen artikel 520ter luidt als volgt:

"In een genoteerde vennootschap worden de criteria die de toekenning van een vergoeding aan een uitvoerend bestuurder, bedoeld in artikel 520bis, onzeker of variabel maken, uitdrukkelijk opgenomen in de contractuele of andere bepalingen die de betrokken rechtsverhouding beheersen".

In de artikelsgewijze bespreking wordt het volgende opgemerkt:

"Op deze wijze wordt de toekenning van een variabele vergoeding steeds gekoppeld aan vooraf duidelijk vastgestelde criteria".

Er zou eveneens moeten worden geregeld wat er moet gebeuren met zo een vergoeding wanneer deze criteria niet uitdrukkelijk vastgelegd zijn in het contract of in enige andere bepaling tot regeling van de contractuele verhouding. Zal die vergoeding in dat geval worden beschouwd als een vergoeding in de zin van het ontworpen artikel 520bis, paragraaf 3, en deel uitmaken van de beëindigingsvergoeding? Zal dit vermoeden door de partijen weerlegd kunnen worden en zulks met alle rechtsmiddelen?

Artikel 16

(artikel 524bis van het Wetboek van Vennootschappen)

41. Zoals de memorie van toelichting terecht aangeeft, bekleden leden van het directiecomité op zich een uitvoerend mandaat. De referentie aan "enige andere rechtsverhouding op grond waarvan de betrokkene als uitvoerend lid kwalificeert" in de ontworpen bepaling is bijgevolg misleidend, nu zulke andere rechtsverhouding niet bepalend is voor de kwalificatie van deze mandataris als "uitvoerend". Het volstaat bijgevolg te refereren aan "enige andere rechtsverhouding in de zin van artikel 520bis, § 2".

Artikel 17

(artikel 525 van het Wetboek van Vennootschappen)

42. De opmerking sub artikel 16 geldt hier evenzeer.

Artikelen 18 tot 21

(artikelen 898, 900 en 914 van het Wetboek van Vennootschappen)

43. In de mate dat de ontworpen artikelen 18 tot 21 van het ontwerp ertoe strekken voor Europese vennootschappen te voorzien in een stelsel van beëindigingsvergoeding dat identiek is aan datgene dat voor naamloze vennootschappen wordt ingevoerd, geven deze artikelen *mutatis mutandis* aanleiding tot dezelfde opmerkingen als die welke over de artikelen 14 tot 17 van het ontwerp zijn gemaakt.

Artikel 18

(artikel 898 van het Wetboek van Vennootschappen)

44. De opmerking sub artikel 16 geldt hier evenzeer.

Artikel 21

(artikel 914 van het Wetboek van Vennootschappen)

45. Bij deze bepaling wordt in artikel 914 van het Wetboek van Vennootschappen een vierde lid ingevoegd waarin inzonderheid verwezen wordt naar de "uitvoerende leden van de raad van toezicht".

Het geval waarnaar verwezen wordt, is dat van de Europese vennootschap met dualistische structuur, waarin er naast de directieraad een raad van toezicht is (art. 900 e.v. van het Wetboek van Vennootschappen).

De functie van lid van de raad van toezicht is onverenigbaar met een uitvoerende functie binnen een Europese vennootschap. Immers, zodra een lid van de directieraad benoemd wordt tot lid van de raad van toezicht, neemt zijn mandaat in de directieraad van rechtswege een einde op zijn indiensttreding. Hetzelfde geldt in het tegenovergestelde geval, wanneer een lid van de raad van toezicht lid van de directieraad wordt; in dat geval neemt zijn mandaat als lid van de raad van toezicht van rechtswege een einde bij zijn indiensttreding binnen de directieraad (artikel 904 Wetboek van Vennootschappen). Dat een uitvoerend lid deel zou uitmaken van de raad van toezicht, zoals de steller van het ontwerp in gedachten heeft, is dus onmogelijk. De tekst behoort dienovereenkomstig te worden herzien.

Artikel 22

46. De kruisverwijzingen in artikel 22 van het ontwerp moeten aangepast worden aan de nummering van de bepalingen in hoofdstuk II van het ontwerp.

Hoofdstuk III - Hervorming van de regeling voor het beroepsverbod in de bank- en financiële sector

47. De bepalingen van dit hoofdstuk, namelijk de artikelen 23 tot 32, zijn identiek ²⁹ aan de bepalingen van de artikelen 51, 54 tot 61 en 62, tweede lid, van een voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen (I) ³⁰, waarover de afdeling wetgeving van de Raad van State advies 44.351/1/2/3/4 ³¹ heeft uitgebracht op 17 en 21 april 2008.

⁽²⁹⁾ Behoudens de toevoeging van de verwijzingen naar artikel 139 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst en naar artikel 26 van de wet van 2 mei 2007 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in emittenten waarvan aandelen zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereguleerde markt en houdende diverse bepalingen, welke verwijzingen respectievelijk vervat zijn in de punten p) en b') van het ontworpen artikel 19, § 1, eerste lid, 2/, (artikel 23 van het ontwerp).

⁽³⁰⁾ Gedr. St., Kamer van volksvertegenwoordigers, DOC 52 1200/1, blz. 168 tot 173.

⁽³¹⁾ *Ibidem*, blz. 238 tot 311.

In dat advies worden inzonderheid alle hiervoren vermelde bepalingen onderzocht en worden daarover opmerkingen gemaakt ³².

Wanneer de afdeling wetgeving een advies heeft gegeven, heeft ze de bevoegdheid opgebruikt die ze krachtens de wet heeft; het komt haar derhalve niet toe om zich opnieuw uit te spreken over reeds onderzochte bepalingen, ongeacht of ze herzien zijn teneinde rekening te houden met de opmerkingen die in het eerste advies gemaakt zijn, dan wel ongewijzigd blijven. Dat geldt niet wanneer overwogen wordt in de tekst volledig nieuwe bepalingen in te voegen waarvan de inhoud losstaat van de opmerkingen of voorstellen die in het eerste advies van de afdeling wetgeving zijn gemaakt of gedaan. In zo'n geval moet de afdeling wetgeving weer worden geraadpleegd, over de nieuwe bepalingen.

Dat geldt ook niet wanneer na het eerste advies nieuwe juridische gegevens opduiken, die kunnen rechtvaardigen dat de tekst door de afdeling wetgeving wederom wordt onderzocht : in zo'n geval moeten de bepalingen van de tekst waarvoor die nieuwe gegevens consequenties hebben, aan de afdeling wetgeving worden voorgelegd.

Een nieuwe raadpleging van de afdeling wetgeving is overigens eveneens vereist wanneer deze in het eerste advies geconstateerd heeft dat ze onregelmatig om een advies is verzocht. Als die onregelmatigheid alleen sommige bepalingen van de tekst betreft, geldt het weer moeten raadplegen van de afdeling wetgeving uitsluitend voor die bepalingen" ³³.

(32) Zie inzonderheid de bladzijden 252 tot 254 en 258.

(33) Voor een recent advies in die zin, zie het stuk van de Kamer van volksvertegenwoordigers DOC 52 1398/1: advies 44.629/2 dat de afdeling wetgeving van de Raad van State op 5 juni 2008 heeft uitgebracht over een voorontwerp van wet "houdende wijziging van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 teneinde het in overeenstemming te brengen met de gecoördineerde richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat."

48. Aangezien het onderhavige geval niet overeenstemt met een van deze drie gevallen, dient ervan uit te worden gegaan dat de afdeling wetgeving, door de artikelen 51, 54 tot 61 en 62, tweede lid, van het voormelde voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen (I) te onderzoeken, haar adviesbevoegdheid heeft uitgeput betreffende hoofdstuk III van het ontwerp dat thans aan haar is voorgelegd.

L'assemblée générale de la section de législation
était composée de

De algemene vergadering van de afdeling wetge-
ving was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

R. ANDERSEN,

premier président du Conseil d'État,
eerste voorzitter van de Raad van State,

M. VAN DAMME,
Ph. HANSE,

présidents de chambre,
kamervoorzitters,

J. BAERT,
J. SMETS,
P. VANDERNOOT,
J. JAUMOTTE,
M. BAGUET,

conseillers d'État,
staatsraden,

Madame
Mevrouw
Messieurs
de Heren

B. SEUTIN,
W. VAN VAERENBERGH,

M. RIGAUX,
J. VELAERS,
H. BOSLY,
G. KEUTGEN,
M. TISON,
A. WEYEMBERGH,

assesseurs de la section de législation,
assessoren van de afdeling wetgeving,

Mesdames
Mevrouwen

A. BECKERS,

greffier,
griffier,

Monsieur
de Heer

M. FAUCONIER,

greffier assumé,
toegevoegd griffier.

Les rapports ont été rédigés par
MM. P. DEPUYDT, premier auditeur chef de section,
J.-L. PAQUET, premier auditeur et Mme K. BAMS,
auditeur.

De verslagen werden uitgebracht door de
HH. P. DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd,
J.-L. PAQUET, eerste auditeur et Mme K. BAMS,
auditeur.

La concordance entre la version française et la
version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle
de M. M. VAN DAMME.

De overeenstemming tussen de Franse en de
Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht
van de H. M. VAN DAMME.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PREMIER PRÉSIDENT - DE EERSTE
VOORZITTER,

A. BECKERS

R. ANDERSEN