

KV

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 47.273/2
DU 3 NOVEMBRE 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 6 octobre 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "visant à renforcer le gouvernement d'entreprise dans les sociétés cotées et les entreprises publiques économiques réformées par la loi du 21 mars 1991", a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Portée de l'avant-projet de loi

1. Comme l'indique son exposé des motifs, l'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet

"de renforcer le gouvernement d'entreprise dans les sociétés cotées et certaines entreprises publiques. Les dispositions sont à cette fin divisées en trois chapitres. Le premier chapitre a pour objet de transposer partiellement dans notre législation nationale les modifications apportées à la quatrième et la septième directive sociétés (Directive 2006/46/CE du 14 juin 2006 du Parlement européen et du Conseil 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 ⁽¹⁾ (...)), de mettre en place un comité de rémunération au sein des sociétés cotées, et de prévoir certains pouvoirs pour les actionnaires. Le deuxième chapitre modifie le code des sociétés par l'introduction de certaines obligations relatives aux systèmes de rémunération. Enfin, des mesures équivalentes sont prises pour certaines entreprises publiques économiques visées par la loi du 21 mars 1991".

⁽¹⁾ Ci-après la directive 2006/46.

2. Ce faisant, l'avant-projet de loi reproduit, pour nombre de ses dispositions, celles de l'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" que la section de législation du Conseil d'État a eu à connaître et sur lequel elle a rendu l'avis 45.576/AG du 6 janvier 2009.

Quant au cœur du dispositif, par rapport à l'avant-projet de loi qui a fait l'objet de l'avis 45.576/AG précité, l'avant-projet à l'examen, d'une part, abandonne le règlement, directement par la loi, de l'indemnité de départ des administrateurs exécutifs des sociétés cotées - et de ceux qui y sont assimilés - quant à son mode de calcul et les éventuelles limites dans lesquelles elle peut se situer et, d'autre part, se concentre sur l'élaboration d'un régime juridique spécifique de la rémunération variable dans la ligne la recommandation de la Commission 2009/385/CE du 30 avril 2009 complétant les recommandations 2004/913/CE et 2005/162/CE en ce qui concerne le régime des rémunérations des administrateurs des sociétés cotées, ci-après la recommandation 2009/385 ⁽²⁾.

⁽²⁾ Cette recommandation approfondit deux précédentes recommandations en donnant des indications claires et précises en ce qui concerne plus particulièrement les composantes de la rémunération et le montant de l'indemnité de fin de contrat.

Sous cet angle, sont essentiellement neufs dans l'avant-projet de loi soumis pour avis ⁽³⁾ :

- l'article 96, § 3, alinéa 2, 5/, en projet du Code des sociétés (article 3 de l'avant-projet) en ce qu'il prévoit que, lorsque les administrateurs exécutifs, les membres du comité de direction ou les délégués à la gestion journalière entrent en ligne de compte pour obtenir le paiement de rémunérations liées aux prestations de la société ou d'une société qui fait partie de son périmètre de consolidation ⁽⁴⁾, aux prestations de l'unité d'exploitation ou aux prestations de l'intéressé, le rapport de rémunération que doit comprendre le code de gouvernement d'entreprise doit, quant à lui, comporter - outre les critères pour l'évaluation de ces prestations au regard des objectifs et l'indication de la période d'évaluation - la description des méthodes appliquées pour vérifier s'il a été satisfait à ces critères de prestations;

⁽³⁾ Sont également nouveaux mais sans incidence directe sur le régime proprement dit de la rémunération variable :

- l'article 96, § 2, 4/, en projet du Code des sociétés (article 3 de l'avant-projet);
- l'article 526*quater*, § 4, en projet du Code des sociétés (article 7 de l'avant-projet), qui énonce à quelles conditions doit satisfaire une société pour être exemptée de l'obligation de constitution d'un comité de rémunération, le même article, en son paragraphe 8, énonçant deux types de sociétés auxquelles son dispositif ne s'applique pas;
- l'article 526*quater*, § 5, d), et § 6, en projet du Code des sociétés (article 7 de l'avant-projet), qui charge, respectivement dans ces deux paragraphes le comité de rémunération de commenter le rapport de rémunération lors de l'assemblée générale annuelle des actionnaires et le conseil d'administration, de transmettre le rapport de rémunération au conseil d'entreprise ou, à défaut, aux représentants du personnel ;
- l'article 520*ter*, alinéa 1^{er}, en projet du Code des sociétés (article 14 de l'avant-projet), qui limite - à 3 ans après leur attribution - le délai dans lequel des actions peuvent être acquises et des options sur actions ou tous autres droits d'acquérir des actions peuvent être exercées par un administrateur exécutif dans des sociétés cotées.

Plusieurs dispositions ont également été adaptées, pour une part, en vue de suivre, selon l'exposé des motifs, les observations formulées par le Conseil d'État dans son avis 45.576/AG précité. Celles-ci ne sont pas répertoriées dans cette énumération.

⁽⁴⁾ Société "liée" dans l'avant-projet de loi ayant fait l'objet de l'avis 45.576/AG précité.

- l'article 96, § 3, alinéa 2, 6/ et 7/, en projet du Code des sociétés (article 3 de l'avant-projet), qui ajoute des informations à faire figurer dans le rapport de rémunération quant à la rémunération variable et autres composantes de la rémunération accordée directement ou indirectement au président des administrateurs exécutifs, au président du comité de direction ou au président des délégués à la gestion ⁽⁵⁾;
- l'article 96, § 3, alinéa 2, 10/, en projet du Code des sociétés (article 3 de l'avant-projet), qui précise que doivent apparaître aussi dans le rapport de rémunération la justification et la décision du conseil d'administration, prise sur proposition du comité de rémunération, quant à la question de savoir si - en cas de départ des administrateurs exécutifs, des membres du comité de direction ou des délégués à la gestion journalière - la personne ainsi concernée entre en ligne de compte pour l'indemnité de départ, et la base de calcul de cette indemnité;
- l'article 96, § 3, alinéa 2, 11/, en projet du Code des sociétés, qui, pour les administrateurs exécutifs, les membres du comité de direction et les délégués à la gestion journalière, détermine que le rapport de rémunération doit comporter la mesure dans laquelle la société prévoit un droit de recouvrement de la rémunération variable et des primes de prestations à long terme, liées ou non à des actions sous la forme d'options sur actions ou autres instruments financiers, lorsque celles-ci ont été attribuées sur la base d'informations financières erronées;

⁽⁵⁾ Sont ainsi définis :

- la rémunération variable comme toute rémunération additionnelle liée aux critères de prestation avec indication des modalités de paiement de cette rémunération variable;
- les autres composantes de la rémunération, telles que les coûts ou la valeur d'assurances et d'autres avantages en nature accompagnées d'une explication des caractéristiques que présentent les principales composantes.

- l'article 554 du Code des sociétés (article 9 de l'avant-projet), auquel trois alinéas sont ajoutés, qui prévoient que, dès lors qu'est inscrite, dans une convention conclue avec un administrateur exécutif, un membre du comité de direction ou un délégué à la gestion journalière, une clause (aux termes de laquelle une indemnité non conforme à celle prévue par le code de gouvernement d'entreprise que la société applique, est accordée), celle-ci doit recueillir l'approbation préalable de la première assemblée qui suit sa conclusion, toute convention contraire étant par ailleurs réputée non écrite;
- cette même disposition en projet de l'article 9 de l'avant-projet, qui prévoit également que, 45 jours avant qu'ait lieu l'assemblée générale, la demande (faite à l'assemblée générale) de déroger aux règles figurant dans le code de gouvernement qu'applique la société en ce qui concerne l'indemnité de départ doit être communiquée au conseil d'entreprise ou, à défaut, aux représentants du personnel, le conseil d'entreprise donnant, à la demande de l'une des parties qui le composent, un avis à l'assemblée générale;
- l'article 520^{ter}, alinéas 2 et 3, en projet du Code des sociétés (article 14 de l'avant-projet), qui énonce les limites cumulatives auxquelles est soumis le versement différé de la rémunération variable, à savoir que, sauf dispositions statutaires contraires ou approbation expresse par l'assemblée générale des actionnaires, au moins un quart de la rémunération variable d'un administrateur exécutif, dans les sociétés cotées, doit être basé sur des critères de prestation prédéterminés et objectivement mesurables sur une période d'au moins deux ans, et au moins un autre quart doit être basé sur des critères de prestation prédéterminés et objectivement mesurable sur une période d'au moins trois ans, ces limites n'étant cependant pas d'application lorsque la rémunération variable n'excède pas un quart de la rémunération annuelle de l'administrateur exécutif, du membre du comité de directives ou du délégué à la gestion journalière;
- le chapitre III (articles 21 à 23 de l'avant-projet), qui introduit, entre autres en ce qui concerne les clauses relatives à l'indemnité de départ de l'administrateur délégué, des administrateurs-directeurs et des membres du comité de direction, des dispositions similaires à celles qui viennent d'être relevées comme neuves pour ce qui est des sociétés cotées, dans la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

Portée du présent avis

1. Suivant en cela un usage constant, la section de législation du Conseil d'État s'abstient, pour toutes les dispositions qui ne constituent qu'une version remaniée de l'avant-projet de loi ayant fait l'objet de l'avis 45.576/AG précité, de donner à nouveau son avis. Conformément à cet usage, le présent avis ne portera que sur les dispositions nouvelles que l'avant-projet contient pourvu, par ailleurs, qu'elles ne résultent pas d'observations formulées dans l'avis 45.576/AG précité.

Dans cette mesure, cet avis ainsi que l'avant-projet sur lequel il porte seront, comme le présent avis et l'avant-projet qui en fait l'objet, joints au projet déposé à la Chambre des représentants. Aussi convient-il qu'un tableau annexé à son exposé des motifs établisse systématiquement la correspondance entre, d'une part, les dispositions de l'avant-projet sur lequel le présent avis est donné et, d'autre part, celles de l'avant-projet examiné dans ce précédent avis 45.576/AG. Cette présentation systématique des correspondances entre les deux versions successives de l'avant-projet constitue en effet un instrument de comparaison nécessaire à la compréhension des explications fournies, dans le commentaire des articles de l'avant-projet remanié, quant au sort réservé aux observations formulées dans le précédent avis ⁽⁶⁾.

2. Dès lors que pour certaines de ses dispositions l'avant-projet de loi à l'examen s'inspire de la démarche adoptée par des propositions de loi que le Conseil d'État a également eu à examiner, il convient par ailleurs de se reporter à l'avis 46.350/AG à 46.355/AG donné le 12 mai 2009 sur :

- une proposition de loi "modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques en ce qui concerne l'indemnité de licenciement des membres du comité de direction" (*Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n/ 52-1292/1) (46.350/AG);

⁽⁶⁾ Voir notamment, en ce sens, les avis 39.722/2, donné le 1^{er} février 2006, et 46.391/2, donné le 4 mai 2009, sur un avant-projet de loi "modifiant, en ce qui concerne le statut et le contrôle des sociétés de gestion des droits, la loi du 30 juin 1994 relatif au droit d'auteur et aux droits voisins" (*Doc. parl.*, Chambre, respectivement 2005-2006, n/ 51-2481/1, pp. 120-121, et 2008-2009, n/ 52-2051/1, pp. 174-175).

- une proposition de loi "modifiant le Code des sociétés en ce qui concerne la publicité des rémunérations des administrateurs" (*Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n/ 52-1293/1) ainsi que sur l'amendement n/ 1 (*Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n/ 52-1293/2) (46.351/AG);
- une proposition de loi "modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques en ce qui concerne la transparence de la rémunération du management" (*Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n/ 52-1299/1) (46.352/AG);
- une proposition de loi "visant à supprimer les parachutes dorés et à encadrer la rémunération des dirigeants" (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n/ 52-1474/1) (46.353/AG);
- une proposition de loi "modifiant le Code des sociétés et la loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses et visant une meilleure gouvernance des entreprises" (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n/ 52-1805/1) (46.354/AG);
- une proposition de loi "modifiant le Code des sociétés pour instaurer le comité de rémunération et encadrer l'octroi de bonus et d'indemnités de départ pour les dirigeants d'entreprises et modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques" (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n/ 52-1914/1) (46.355/AG) ⁽⁷⁾.

3. Ceci étant, l'avant-projet de loi à l'examen appelle les observations suivantes.

⁽⁷⁾ *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n/ 52-1292/2.

Observations générales

A. Débiton de l'indemnité de départ au regard de l'égalité de traitement

1. Comme il a déjà été indiqué ci-avant, l'auteur de l'avant-projet n'entend plus régler dans la loi, comme il l'avait fait dans l'avant-projet sur lequel le Conseil d'État a donné l'avis 45.576/AG précité, le sort de l'indemnité de départ de certains des dirigeants des sociétés cotées. Il a en effet choisi de laisser ce volet aux soins de la déclaration de gouvernement d'entreprise ⁽⁸⁾ ⁽⁹⁾, qui comprendra un rapport de

⁽⁸⁾ À ce sujet, la section de législation du Conseil d'État relève que le dernier alinéa du paragraphe 2 en projet de l'article 96 du Code des sociétés dispose que "le Roi peut, par un arrêté délibéré en Conseil des ministres, désigner un code qui servira de code de gouvernement d'entreprise unique au sens du premier alinéa, 1^{er}". Ce dernier prévoit que le rapport annuel de la société cotée doit contenir, parmi d'autres, "la désignation du code de gouvernement d'entreprise que la société applique (...)". Selon l'exposé des motifs, l'objectif poursuivi est de "promouvoir la rationalisation de l'ensemble des pratiques en matière de gouvernement d'entreprise et de créer une assise sociale autour d'un code unique".

Dans son avis 40.492/2 donné le 12 juin 2006, sur la 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 (déposée par Mr. Eric Massin, Mme Anne-Marie Baeke, Mr. Dylan Casaer, Mmes Véronique Ghenne et Camille Dieu, MM. Alain Mathot et Yvan Mayeur et Mme Annemie Roppe), le Conseil d'État s'était interrogé sur "le bien fondé de cette approche par laquelle l'État renonce, pour l'avenir, à toute possibilité d'examen de nouvelles dispositions d'un code auquel il attache, dès à présent, des effets juridiques. La question mérite d'être posée, d'autant que si ces textes répondent éventuellement aux vues du législateur dans leur état actuel, ils ne sont pas intangibles et peuvent évoluer dans le temps en fonction des nécessités du marché".

L'exposé des motifs précise que la publication dans le rapport annuel du fait que la société applique tout ou partie d'un code de conduite en matière de gouvernement d'entreprise "n'a aucune conséquence juridique". Cette publication poursuit seulement un objectif d'information qui s'inscrit dans un souci de transparence. Le non respect du code retenu "n'est pas susceptible d'une autre sanction que celle du marché".

Pour répondre parfaitement à la préoccupation exprimée dans l'avis 40.492/2 précité, il convient que le Roi, lorsqu'il désignera "un code qui servira de code de gouvernement d'entreprise unique", se réfère à la version précise du code qu'il retient et qu'il l'indique de manière explicite. De cette manière, le Roi conserve un droit de regard et de contrôle sur l'évolution des pratiques de gouvernance d'entreprise puisqu'en cas de modification du code de référence un nouvel arrêté royal devra être pris. L'exposé des motifs tient au demeurant compte de cette préoccupation dans certains de ses passages. Ainsi, à propos du rapport de rémunération, il indique que "les autres points du rapport de rémunération sont largement inspirés du Code de gouvernement d'entreprise belge pour 2009". Il ne s'agit pas d'une approche statique dans la mesure où le code de référence peut dans une optique dynamique évoluer dans le temps mais il appartiendra à chaque fois au Roi à apprécier s'il lui conserve la qualification de "code de gouvernement d'entreprise unique".

rémunération reprenant, en application de l'article 96, § 3, alinéa 2, 10/, en projet du Code des sociétés (article 3 de l'avant-projet), l'obligation d'y faire apparaître la justification et la décision du conseil d'administration, prise sur proposition du comité de rémunération, quant à la question de savoir si - en cas de départ des administrateurs exécutifs, des membres du comité de direction ou des délégués à la gestion journalière - la personne ainsi concernée entre en ligne de compte pour l'indemnité de départ, et la base de calcul de cette indemnité.

En d'autres termes, la fixation du mode de calcul - et des limites éventuelles fixées à son montant - de l'indemnité de départ devra figurer dans le rapport de rémunération en tant qu'il s'agit de règles que la société cotée s'impose à elle-même dans la négociation des contrats de travail et de gestion qu'elle aura à conclure avec un administrateur exécutif, un membre du comité de gestion ou un délégué à la gestion journalière.

Une condition est cependant prévue par l'avant-projet quant à de possibles clauses dérogatoires au respect des dispositions ainsi énoncées dans le rapport de rémunération :

si les parties au contrat de travail ou de gestion conviennent d'inscrire dans la convention qui les lie une clause aux termes de laquelle une indemnité non conforme à celle prévue par le code de gouvernement d'entreprise que la société applique est accordée, l'article 554 en projet du Code des sociétés (article 9 de l'avant-projet), auquel

(9) Le paragraphe 2, 1/, en projet, de ce même article 96 du Code des sociétés prévoit par ailleurs, conformément à l'article 46bis, a), *in fine*, de la directive 2006/46/CE, qu'il y a lieu pour chaque société cotée d'indiquer l'endroit où le code de gouvernement d'entreprise "peut être consulté publiquement". S'agissant du code de référence unique déterminé par arrêté royal, il est souhaitable de le publier dans le Moniteur belge afin de lui donner une publicité conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution. S'en tenir à un simple renvoi à une adresse électronique pourrait en effet être considéré par la Cour constitutionnelle comme étant discriminatoire si des mesures ne sont pas prévues en faveur des éventuelles victimes de la "fracture électronique" (arrêts 106/2004 du 16 juillet 2004 et 10/2007 du 17 janvier 2007).

trois alinéas sont ajoutés, requiert que cette clause doit recueillir l'approbation préalable de la première assemblée qui suit sa conclusion ⁽¹⁰⁾. Toute convention contraire est par ailleurs réputée "non écrite".

2. En choisissant de s'en référer à cette technique de la détermination par la société cotée elle-même des règles qu'elle décide d'appliquer dans le cadre de sa politique rémunératoire, l'avant-projet de loi se situe clairement dans la logique de la primauté de la volonté des parties dans la formation des conventions qui les lient, telle qu'elle prévaut en droit civil et, plus singulièrement, en droit du travail.

En revanche, compte tenu de cette même primauté de la volonté des parties à la convention et de la liberté qui est, partant, en principe, reconnue à l'une d'entre elles, la société cotée elle-même, de déroger aux dispositifs auxquels elle s'est obligée, c'est au législateur qu'il revient d'approfondir, dans l'exposé des motifs, la particularité de la relation entre l'administrateur délégué, le membre du comité de direction ou le délégué à la gestion journalière et la société cotée pour expliciter pourquoi, dans ce cas, la loi prévoira que le fait pour l'assemblée générale de ne pas avoir donné préalablement son accord à la clause dérogatoire, rend celle-ci "non écrite" c'est-à-dire inexistante ⁽¹¹⁾, alors que, pour d'autres cocontractants placés dans une situation similaire (par exemple quant au niveau de responsabilités ou au niveau global de la rémunération), une telle sanction

⁽¹⁰⁾ Par ailleurs, la question se pose de savoir si ce vote sera nécessairement distinct de celui que requiert l'article 554, alinéa 3, en projet du Code des sociétés, qui dispose que "l'assemblée générale de la société cotée se prononce (...) sur le rapport de rémunération par vote séparé" et ce, d'autant que l'exposé des motifs précise que la non-approbation du rapport de rémunération "ne porte pas préjudice aux dispositions contractuelles existantes mais requiert du conseil d'administration l'adaptation de sa politique de rémunération". Il y aurait lieu, pour éviter toute insécurité juridique quant aux conséquences d'un vote négatif de l'assemblée générale, de préciser si, outre l'obligation pour le conseil d'administration de revoir sa politique de rémunération, ce vote a une incidence ou non quant à la décharge des administrateurs.

⁽¹¹⁾ Voir, plus bas, l'observation particulière 1 sous l'article 9 de l'avant-projet.

n'est pas prévue. Cet approfondissement pourrait s'appuyer sur la recommandation 2009/385 dont l'avant-projet de loi tient compte dans le dispositif qu'il prévoit et qui souligne, en son considérant 7, s'agissant du régime de rémunération des administrateurs des sociétés cotées ⁽¹²⁾, ce qui suit :

"(i)l est nécessaire de garantir que les indemnités de fin de contrat, appelées «parachutes dorés», ne récompensent pas l'échec et que l'objectif premier de ces indemnités, à savoir servir de filet de sécurité en cas de résiliation anticipée du contrat, soit respecté. À cet effet, il convient de limiter à l'avance les indemnités de fin de contrat à un certain montant ou à une certaine durée (...) ".

B. Critères de variabilité prévus ou non dans les clauses contractuelles ou autres et calcul de l'indemnité de départ au regard de l'égalité de traitement

L'article 520*bis*, alinéa 3, en projet du Code des sociétés prévoit que la rémunération variable de l'administrateur exécutif (et, par application des articles 524*bis* et 525*ter* en projet du Code des sociétés, du membre du comité de direction et du délégué à la gestion journalière ⁽¹³⁾) ne sera pas intégrée dans le calcul de l'indemnité de départ lorsque les critères de variabilité de la rémunération ne figurent pas explicitement "dans les clauses contractuelles ou autres qui régissent la relation juridique concernée".

En énonçant cette règle à caractère impératif, l'auteur de l'avant-projet utilise le même procédé que celui auquel il a recouru en ce qui concerne la clause aux termes de laquelle une indemnité non conforme à celle prévue par le code de gouvernement d'entreprise que la société applique, est accordée : si les critères de variabilité ne font pas l'objet d'une mention expresse dans une des clauses contractuelles ou autres qui lient les cocontractants, la détermination de la rémunération variable est présumée inexistante pour le calcul de l'indemnité de départ.

⁽¹²⁾ Le rôle que confère cette même recommandation à l'assemblée générale des actionnaires quant à la rémunération des administrateurs sera aussi utilement relevé (Voir point 6.1 de la recommandation 2009/385).

⁽¹³⁾ L'article 898 du Code des sociétés, tel que complété par l'article 17 de l'avant-projet, prévoit la même assimilation en ce qui concerne les membres exécutifs du conseil d'administration.

Si la technique est concevable en droit ⁽¹⁴⁾, il n'en demeure pas moins qu'elle doit, en raison de ce qu'elle aura des conséquences quant à la hauteur de l'indemnité de départ, être examinée au regard du respect du principe d'égalité. L'exposé des motifs est peu disert sur ce point et l'auteur de l'avant-projet est invité à y approfondir la particularité de la relation entre, d'une part, l'administrateur délégué, le membre du comité de direction ou le délégué à la gestion journalière et, d'autre part, la société cotée pour expliciter pourquoi, dans ce cas, le fait d'omettre de préciser dans une clause du contrat les critères de variabilité de la rémunération entraîne sa non-prise en compte dans le calcul de l'indemnité de départ, c'est-à-dire son inexistence limitée ⁽¹⁵⁾, alors que, pour d'autres cocontractants placés dans une situation similaire (par exemple, en ce qui concerne le niveau de responsabilités ou le niveau global de la rémunération), une telle sanction n'est pas prévue. Cet approfondissement pourrait s'appuyer sur la recommandation 2009/385 dont l'avant-projet de loi tient compte dans le dispositif qu'il prévoit ⁽¹⁶⁾.

C. Qualification de rémunération et droit de recouvrement

1. L'avant-projet de loi introduit dans l'article 96 du Code des sociétés un paragraphe 3 dont l'alinéa 2, 6/, précise que la rémunération variable est, en ce qui concerne le président des administrateurs exécutifs ⁽¹⁷⁾, le président du comité de direction et le président des délégués à la gestion journalière, "toute rémunération additionnelle liée aux critères de prestation avec indication des modalités de paiement de cette rémunération variable".

⁽¹⁴⁾ Voir les articles 22bis, § 4, ainsi que 65, § 2, et 104 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail relatifs respectivement à la clause d'écologie et à la clause de non concurrence.

⁽¹⁵⁾ L'inexistence de la clause doit être considérée comme limitée en ce qu'elle aura, malgré tout, une existence quant aux modalités de son calcul et à son paiement mais la perdra pour le calcul de l'indemnité de départ.

⁽¹⁶⁾ Voir, plus haut, l'observation 2 sous le point A ("Débition de l'indemnité de départ au regard de l'égalité de traitement").

⁽¹⁷⁾ Voir, plus bas, observation particulière sous l'article 3 de l'avant-projet.

Le 7/ de ce même article 96, § 3, alinéa 2, en projet du Code des sociétés, reprend la même définition en ce qui concerne les autres administrateurs, membres du comité de direction et délégués à la gestion journalière.

Ce faisant, l'avant-projet de loi reconnaît à cette composante variable un caractère de rémunération. Toutefois, il lui réserve un sort particulier pour ce qui est :

- d'une part, de sa récupération possible à charge de l'administrateur exécutif, du membre du comité de direction et du délégué à la gestion journalière, au cas où elle aurait été attribuée sur la base d'informations financières erronées, la mesure dans laquelle la société dispose d'un droit de recouvrement devant figurer dans le rapport de rémunération (article 96, § 3, 11/, en projet du Code des sociétés);
- d'autre part, de son paiement à l'administrateur exécutif, au membre du comité de direction et au délégué à la gestion journalière ⁽¹⁸⁾, ce paiement ne pouvant être effectué que si les critères sur la période indiquée sont atteints (article 520*bis*, alinéas 2 et 3, 524*bis* et 525*ter*, en projet du Code des sociétés).

2. De l'article 96, § 3, 11/, en projet du Code des sociétés, il ressort que les critères de prestations ayant été satisfaits et la rémunération variable payée en conséquence, cette rémunération peut être récupérée lorsque son paiement a été basé sur des informations financières erronées.

Une telle construction apparaît délicate au regard de la qualification usitée de "rémunération", cette qualification supposant en effet que les avantages ainsi attribués le sont en raison d'un travail fourni, *a fortiori* en l'occurrence puisque la société cotée aura dû se livrer au terme de la période d'évaluation, selon les méthodes décrites dans le rapport de rémunération, à une évaluation de la satisfaction des critères de prestations au regard des objectifs fixés.

⁽¹⁸⁾ Cette règle vaut également pour les administrateurs exécutifs du conseil d'administration par application de l'article 898 du Code des sociétés, tel que complété par l'article 17 de l'avant-projet.

S'il s'avère, par la suite, que ces avantages rémunératoires (variables ou non par ailleurs) n'ont été versés que parce que la société cotée a, au moment de leur attribution, disposé d'informations financières erronées, il appartiendra à celle-ci d'être en mesure d'en faire éventuellement la preuve et ce, devant les juridictions de l'ordre judiciaire.

Conférer un droit de recouvrement à un cocontractant sur la base de la simple déclaration que celui-ci aura faite d'avoir disposé d'informations erronées (dont il n'aura donc pas à établir ni qu'elles ne résultent pas d'une non exécution des obligations découlant du contrat ni qu'elles sont à imputer à faute à l'autre partie à la convention) apparaît exorbitant du droit commun des conventions et de la responsabilité. Une telle solution laisse de surcroît planer un doute, sans limite de temps, sur la légitimité de la déduction et du paiement de la rémunération variable et n'est pas de nature, dans cette mesure, à contribuer à la sécurité juridique.

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est par ailleurs attirée sur le fait que la recommandation 2009/385, sur laquelle il s'appuie, prévoit un mécanisme distinct, en son point 3.4, qui prévoit :

"Les accords contractuels conclus entre les administrateurs exécutifs ou des membres du directoire devraient contenir des dispositions permettant à la société de réclamer des composantes variables de la rémunération versées sur la base de données qui se sont par la suite avérées manifestement erronées".

3. L'avant-projet devrait être revu à la lumière de la présente observation.

Observations particulières

Dispositif

Article 3

L'article 96, § 3, alinéa 2, 6/, en projet du Code des sociétés prévoit que le rapport de rémunération doit contenir des informations sur "le montant des rémunérations et des autres avantages accordés directement ou indirectement au président des

administrateurs exécutifs, au président du comité de direction ou au président des délégués à la gestion journalière (...)".

La qualification de "président des administrateurs exécutifs" n'est pas claire au plan juridique. Il convient de la préciser et ce, d'autant que l'exposé des motifs ne s'explique pas à ce propos et se limite aux deux autres fonctions : "le point 6/ se rapporte à la rémunération du président du comité de direction ou du président des délégués à la gestion journalière de la société, mieux connu comme CEO".

Article 9

1. L'article 554, alinéa 4, en projet du Code des sociétés précise :

"Si dans une convention conclue avec un administrateur exécutif, un membre du comité de direction ou un délégué à la gestion journalière d'une société cotée, une indemnité de départ non conforme à la disposition relative aux indemnités de départ figurant dans le code de gouvernement d'entreprise (...), est incluse, cette clause dérogatoire relative à l'indemnité de départ doit recueillir l'approbation préalable de la première assemblée générale qui suit. Toute convention contraire est considérée comme non écrite".

Le fait qu'une convention soit considérée comme non écrite ne la rend pas pour autant inexistante. Or il semble bien que l'auteur entende réputer la convention non avalisée préalablement par l'assemblée générale non pas comme non écrite mais bien plutôt comme non existante. Il est donc suggéré de rédiger la fin de la disposition en ce sens.

Une observation similaire vaut pour l'article 21, § 1^{er}, alinéa 5, en projet de la loi du 21 mars 1991 précitée (article 22 de l'avant-projet).

2. La notion de "représentants du personnel" qui figure dans l'alinéa 5 en projet de l'article 554 du Code des sociétés devrait être précisée : s'agit-il des représentants des travailleurs au comité de prévention et de protection au travail et/ou de la délégation syndicale ? Cette précision doit être apportée dans le dispositif afin d'éviter tout doute quant à savoir à qui doit être communiquée la demande relative à la convention dérogatoire en matière d'indemnité de départ.

Cette observation vaut également pour les articles 913^{quater}, alinéa 3, en projet du Code des sociétés (article 11 de l'avant-projet) et 21, § 1^{er}, alinéa 7, en projet de la loi du 21 mars 1991 précitée (article 22 de l'avant-projet).

3. Au même article 554, alinéa 5, nouveau du Code des sociétés, il serait indiqué de faire clairement apparaître que la demande de dérogation dont il est question est celle qui sera adressée à l'assemblée générale.

4. Le même alinéa prévoit aussi que la demande de dérogation au code de gouvernement d'entreprise concernant l'indemnité de départ doit être communiquée au conseil d'entreprise 45 jours avant l'assemblée générale.

En revanche, il n'est pas prévu de délai dans lequel l'éventuel avis du conseil d'entreprise doit être communiqué à l'assemblée générale. Celui-ci pourrait dès lors théoriquement être donné la veille de l'assemblée générale. Compte tenu des conséquences qu'un tel avis peut avoir sur le déroulement de l'assemblée générale, il apparaît souhaitable que l'avis soit rendu dans un délai permettant au conseil d'administration d'en analyser les conséquences et d'aménager le cas échéant les propositions à faire à l'assemblée générale.

Une telle précision répond à un souci de bonne organisation des travaux de l'assemblée générale mais également de sécurité juridique.

5. Cette même disposition impliquant de transmettre des données individualisées au conseil d'entreprise ou aux "représentants du personnel", il y a lieu de mettre en place des règles assurant la confidentialité des données personnelles ainsi communiquées.

Article 20

L'article 20 de l'avant-projet contient une disposition concernant les effets des mesures prévues aux articles 13 et 14 qui insèrent un article 520*bis* et un article 520*ter* dans le Code des sociétés.

Les dispositions portées par l'article 14 de l'avant-projet ont trait dans l'alinéa 2 de l'article 520*ter* en projet du Code des sociétés à l'étalement dans le temps du paiement de la rémunération variable. L'article 20, alinéa 2, de l'avant-projet prévoit que l'article 520*ter* sortit pour la première fois ses effets au moment charnière du premier exercice social débutant après la publication de la nouvelle loi au Moniteur belge. L'exposé des motifs indique que "ceci permet d'éviter que la sécurité juridique soit compromise à la suite de l'introduction de nouvelles obligations dans le courant de l'exercice social".

Il n'en demeure pas moins que l'insécurité juridique subsiste pour tous les contrats conclus avant le moment charnière ainsi fixé et qui contiennent des dispositions non conformes à celle de l'article 520*ter* en projet du Code des sociétés en ce qui concerne le paiement des rémunérations variables. Tel que rédigé, l'article 20 de l'avant-projet va entraîner l'obligation de renégocier et de réaménager ces clauses contractuelles et, à défaut, faire courir le risque que la validité de la rémunération variable versée soit ultérieurement contestée.

Pour éviter toute discussion et toute insécurité juridique, il y aurait lieu de reprendre pour l'article 14 de l'avant-projet une disposition analogue à celle figurant à l'alinéa 1^{er} de l'article 20 de l'avant-projet. L'alinéa 2 de cet article 20 devrait être supprimé et l'alinéa 1^{er} complété par une référence à l'article 14 ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁹⁾ L'avant-projet ne contenant aucune disposition relative à son entrée en vigueur, celle-ci sera réglée par le droit commun formé par l'article 4, alinéa 2, de la loi du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires, aux termes duquel "[les lois] sont obligatoires dans tout le royaume le dixième jour après celui de leur publication, à moins que la loi n'ait fixé un autre délai". Il en résulte que la référence aux "dix jours après la publication de la présente loi au Moniteur belge" faites à l'article 20, alinéa 1^{er}, pourrait être mieux rédigée par une référence à l'entrée en vigueur de la loi. Il en ira de même des articles 12, alinéa 2, et 23, alinéa 1^{er} de l'avant-projet.

Article 22

1. L'article 21, § 1^{er}, alinéa 4, en projet de la loi du 21 mars 1991 précitée vise, outre l'administrateur délégué, les administrateurs-directeurs et les membres du comité de direction. Il ressort toutefois de l'article 18, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de cette loi du 21 mars 1991 que les membres du comité de direction sont membres de plein droit du conseil d'administration, et de son article 20, § 1^{er}, que le comité de direction est donc composé de l'administrateur délégué et des administrateurs-directeurs. Il s'ensuit qu'il n'y a lieu de viser, dans l'alinéa précité, que soit l'administrateur délégué et les administrateurs-directeurs, soit les membres du comité de direction, mais non les deux. Cette observation vaut aussi pour l'article 23 de l'avant-projet.

Par voie de conséquence, l'article 21, § 1^{er}, alinéa 6, en projet de la loi du 21 mars 1991 précitée doit être omis, puisqu'il prévoit que "l'alinéa précédent s'applique également à la convention conclue avec les membres du comité de direction", alors que cet alinéa précédent vise "la convention mentionnée à l'alinéa 1^{er}", soit celle que l'entreprise publique conclut avec l'administrateur délégué et les administrateurs-directeurs, donc avec les membres du comité de direction.

2. Le dernier alinéa en projet de l'article 21, § 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991 précitée prévoit une communication "à la commission paritaire ou, à défaut, aux représentants du personnel".

L'attention des auteurs de l'avant-projet doit à cet égard être attirée sur l'article 30 de cette même loi du 21 mars 1991, en vertu duquel une commission paritaire est compétente pour chaque entreprise publique, de sorte que, s'agissant du défaut de commission paritaire, la section de législation du Conseil d'État n'aperçoit pas quelle entreprise publique pourrait être visée.

En tout état de cause, cette disposition impliquant de transmettre des données individualisées, il y a lieu de mettre en place des règles assurant la confidentialité des données personnelles ainsi communiquées.

Observations finales

1. Conformément à la terminologie généralement utilisée dans l'avant-projet, le présent avis utilise dans sa version néerlandaise le mot "remuneratie", qui correspond au mot français "rémunération". Ce sont également ces notions qui sont utilisées dans le "Belgische corporate governance code 2009" (<http://www.corporategovernancecommittee.be/library/documents/final%20code/CorporateGovNLCode2009.pdf>) et le "Code belge de gouvernance d'entreprise 2009" (<http://www.corporategovernancecommittee.be/library/documents/final%20code/CorporateGovFRCode2009.pdf>), auxquels l'avant-projet d'arrêté royal joint à la demande d'avis ⁽²⁰⁾ se réfère.

Il convient toutefois d'observer que, dans le texte actuel du Code des sociétés, le mot "rémunération" en français correspond au mot néerlandais "bezoldiging", voire "vergoeding".

Par ailleurs, la recommandation 2009/385/CE du 30 avril 2009 de la Commission européenne complétant les recommandations 2004/913/CE et 2005/162/CE en ce qui concerne le régime de rémunération des administrateurs des sociétés cotées utilise le terme "rémunération" dans sa version française et le mot "beloning" dans sa version néerlandaise.

2. Plusieurs dispositions devraient être revues quant à la correspondance de leur texte dans les versions française et néerlandaise. Cet exercice devra se faire de manière à également améliorer la lisibilité de l'ensemble de l'avant-projet de loi.

Les exemples suivants peuvent en être donnés :

1/ L'article 7 de l'avant-projet introduit un article 526^{quater} dans le Code des sociétés concernant la constitution dans les sociétés cotées d'un comité de rémunération. Il en détermine, en son paragraphe 2, la composition.

⁽²⁰⁾ Projet d'arrêté royal portant désignation du Code de gouvernement d'entreprise à respecter par les sociétés cotées.

Dans la version française du texte, le paragraphe 2, alinéa 2, est ambigu dans la mesure où il dispose que le comité de rémunération est composé d'une majorité d'administrateurs indépendants et "est compétent en matière de politique de rémunération". Ce dernier membre de phrase semble indiquer que le comité dispose d'une compétence matérielle en matière de politique de rémunération. Or, selon l'exposé des motifs, il convient d'entendre par "compétence en matière de politique de rémunération", le fait " qu'au moins un membre possède un diplôme des hautes études et de l'expérience d'au moins trois ans en matière de gestion du personnel ou dans le domaine de la rémunération des administrateurs et des membres de la direction d'entreprises". La compétence dont il est question n'est donc pas une compétence matérielle mais une compétence fonctionnelle, ce que traduit d'ailleurs le terme utilisé en néerlandais, à savoir "deskundigheid". Il convient de lever cette ambiguïté.

2/ L'alinéa 5, en projet, de l'article 554 du Code des sociétés tel que complété par le projet de loi prévoit (article 9 de l'avant-projet), dans la version française, que, "pour les sociétés où un conseil d'entreprise a été instauré (...), la demande de déroger au code pour le Gouvernement d'entreprise (...) en ce qui concerne l'indemnité de départ doit être communiquée (...) au conseil d'entreprise (...). À la demande d'une des parties au conseil d'entreprise, celle-ci donne un avis à l'assemblée générale".

Cette dernière phrase est ambiguë. Elle donne le sentiment que c'est une des parties représentées au conseil d'entreprise qui donne un avis à l'assemblée générale.

En revanche, tant la version néerlandaise que l'exposé des motifs indiquent clairement que c'est le conseil d'entreprise dans sa totalité qui donne un avis. Il y a par conséquent lieu de clarifier le texte français en remplaçant dans le second membre de la phrase "celle-ci" par "celui-ci".

3/ La version française de l'article 520*bis*, alinéa 1^{er}, en projet du Code des sociétés (article 13 de l'avant-projet) requiert que les critères qui rendent variable l'attribution d'une rémunération à un administrateur exécutif figurent "expressément de

manière explicite" ⁽²¹⁾ dans les clauses contractuelles ou autres qui régissent la relation juridique concernée.

Sans doute l'auteur de l'avant-projet veut-il signifier par là que ces critères doivent faire l'objet d'une mention les reprenant de manière expresse. Il serait préférable de libeller la disposition en ce sens dans la version française, conformément à la version néerlandaise.

⁽²¹⁾ La version néerlandaise du texte exige que ces critères soient "uitdrukkelijk opgenomen" dans les clauses contractuelles ou autres qui régissent la relation juridique concernée.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	G. KEUTGEN,	assesseurs de la section de législation,
Mesdames	A. WEYEMBERGH,	
	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. J.-L. PAQUET, premier auditeur.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

B. VIGNERON

Y. KREINS

KV

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 47.273/2
VAN 3 NOVEMBER 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede kamer, op 6 oktober 2009 door de Minister van Justitie verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot versterking van het deugdelijk bestuur in beursgenoteerde ondernemingen en de economische overheidsbedrijven hervormd door de wet van 21 maart 1991", heeft het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Strekking van het voorontwerp van wet

1. Zoals in de memorie van toelichting wordt aangegeven, heeft het *ter fine* van advies voorgelegde voorontwerp van wet tot doel

"het deugdelijk bestuur in beursgenoteerde en bepaalde overheidsbedrijven te versterken. De bepalingen hiervoor zijn opgedeeld in drie hoofdstukken. Een eerste hoofdstuk heeft tot doel de wijzigingen aan de vierde en zevende vennootschapsrichtlijn gedeeltelijk om te zetten in ons nationaal recht (Richtlijn 2006/46/EG van 14 juni 2006 van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijnen 78/660/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, 83/349/EEG van de Raad betreffende de geconsolideerde jaarrekening, Richtlijn 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 ⁽¹⁾ (...) de oprichting van een remuneratiecomité in beursgenoteerde vennootschappen, en bepaalde bevoegdheden voor de algemene vergadering van aandeelhouders. Het tweede hoofdstuk wijzigt het wetboek vennootschappen door een aantal verplichtingen inzake verloningssystemen op te leggen. Tot slot worden gelijkaardige maatregelen getroffen voor sommige economische overheidsbedrijven die vallen onder de wet van 21 maart 1991."

⁽¹⁾ Hierna te noemen richtlijn 2006/46.

2. Zodoende worden in het voorontwerp van wet, voor heel wat de bepalingen ervan, de bepalingen overgenomen van het 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 vennootschaps-mandatarissen en door de hervorming van de regeling voor het beroepsverbod in de bank- en financiële sector", dat aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State kennis *ter fine* van advies is voorgelegd en waarover ze op 6 januari 2009 advies 45.576/AV heeft uitgebracht.

Wat de kern van het dispositief betreft, wordt in het voorliggende voorontwerp van wet, in vergelijking met het voorontwerp waarover het voornoemde advies 45.576/AV is gegeven, enerzijds afgestapt van het rechtstreeks bij wet regelen van de vertrekvergoeding voor uitvoerend bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen - en van degenen die met hen gelijkgesteld worden - wat de berekeningswijze en de eventuele grensbedragen ervan betreft, en anderzijds gefocust op het uitwerken van een juridische regeling van de variabele beloning die in het verlengde ligt van aanbeveling van de Commissie 2009/385/EG van 30 april 2009 ter aanvulling van aanbeveling 2004/913/EG en aanbeveling 2005/162/EG wat betreft de regeling voor de beloning van bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen, hierna te noemen aanbeveling 2009/385 ⁽²⁾.

⁽²⁾ In die aanbeveling worden twee eerdere aanbevelingen uitgediept doordat klare en duidelijke aanwijzingen worden gegeven in verband met meer in het bijzonder de componenten van de beloning en het bedrag van de ontslagvergoeding.

In dat opzicht zijn de volgende bepalingen van het *ter fine* van advies voorgelegde voorontwerp van wet wezenlijk nieuw ⁽³⁾ :

- het ontworpen artikel 96, § 3, tweede lid, 5/, van het Wetboek van Vennootschappen (artikel 3 van het voorontwerp) voor zover daarin wordt bepaald dat wanneer uitvoerend bestuurders, leden van het directiecomité of personen belast met het dagelijks bestuur in aanmerking komen voor remuneraties gebaseerd op de prestaties van de vennootschap of een vennootschap die tot de consolidatiekring van deze vennootschap behoort ⁽⁴⁾, op de prestaties van de bedrijfseenheid of op de prestaties van de betrokkene, het remuneratieverslag dat deel moet uitmaken van

⁽³⁾ De volgende bepalingen zijn eveneens nieuw maar hebben geen rechtstreeks gevolg voor de eigenlijke regeling van de variabele remuneratie :

- het ontworpen artikel 96, § 2, 4/, van het Wetboek van Vennootschappen (artikel 3 van het ontwerp);
- het ontworpen artikel 526^{quater}, § 4, van het Wetboek van Vennootschappen (artikel 7 van het voorontwerp), waarin wordt aangegeven aan welke voorwaarden een vennootschap moet voldoen om vrijgesteld te worden van de verplichting tot het oprichten van een remuneratiecomité, terwijl in paragraaf 8 van hetzelfde artikel twee soorten vennootschappen worden vermeld waarop het dispositief niet van toepassing is;
- het ontworpen artikel 526^{quater}, § 5, d), en § 6, van het Wetboek van Vennootschappen (artikel 7 van het voorontwerp), in welke twee paragrafen het remuneratiecomité ermee belast wordt het remuneratieverslag op de jaarlijkse algemene vergadering van aandeelhouders toe te lichten en de raad van bestuur ermee belast wordt het remuneratieverslag mee te delen aan de ondernemingsraad of bij gebreke ervan aan de vertegenwoordigers van het personeel;
- het ontworpen artikel 520^{ter}, eerste lid, van het Wetboek van Vennootschappen (artikel 14 van het voorontwerp), houdende beperking (tot drie jaar na de toekenning) van de periode waarin door een uitvoerend bestuurder in genoteerde vennootschappen aandelen kunnen worden verworven en aandelenopties of alle andere rechten om aandelen te verwerven kunnen worden uitgeoefend.

Voorts zijn verscheidene bepalingen ten dele aangepast om, volgens de memorie van toelichting, gevolg te geven aan de opmerkingen die de Raad van State in zijn voormelde advies 45.576/AV heeft gemaakt. Die bepalingen zijn niet in deze opsomming opgenomen.

⁽⁴⁾ Een "verbonden" vennootschap in het voorontwerp van wet waarover het voornoemde advies 45.576/AV is uitgebracht.

de code inzake deugdelijk bestuur, naast de criteria voor de evaluatie van de prestaties ten opzichte van de doelstellingen en de vermelding van de evaluatieperiode, ook de beschrijving moet omvatten van de methoden die worden toegepast om na te gaan of aan deze prestatiecriteria is voldaan;

- het ontworpen artikel 96, § 3, tweede lid, 6/ en 7/, van het Wetboek van Vennootschappen (artikel 3 van het voorontwerp) waarbij informatiegegevens worden toegevoegd aan die welke moeten worden opgenomen in het remuneratieverslag op het stuk van de variabele remuneratie en andere componenten van de remuneratie die rechtstreeks of onrechtstreeks aan de voorzitter van de uitvoerend bestuurders, de voorzitter van het directiecomité of de voorzitter van de personen belast met het bestuur wordt toegekend ⁽⁵⁾;
- het ontworpen artikel 96, § 3, tweede lid, 10/, van het Wetboek van Vennootschappen (artikel 3 van het voorontwerp), waarbij wordt bepaald dat in het remuneratieverslag eveneens melding moet worden gemaakt van de verantwoording en de beslissing door de raad van bestuur, op voorstel van het remuneratiecomité, of de betrokkenen in aanmerking komen voor de vertrekvergoeding, en de berekeningsbasis hiervoor, in geval van vertrek van de uitvoerend bestuurders, de leden van het directiecomité of de personen belast met het dagelijks bestuur;
- het ontworpen artikel 96, § 3, tweede lid, 11/, van het Wetboek van Vennootschappen, waarin wordt bepaald dat, voor de uitvoerend bestuurders, de leden van het directiecomité en de personen belast met het dagelijks bestuur, in het remuneratieverslag melding moet worden gemaakt van de mate waarin de vennootschap voorziet in een recht van terugvordering van de variabele remuneratie en langetermijnprestatiepremies, al dan niet gebonden aan aandelen, in de vorm van

⁽⁵⁾ Daarbij wordt een definitie gegeven van :

- de variabele remuneratie als elke bijkomende bezoldiging die gekoppeld is aan prestatiecriteria met vermelding van de vorm waarin deze variabele remuneratie is betaald;
- de overige componenten van de remuneratie, zoals de kosten of waarde van verzekeringen en voordelen in natura, met een toelichting van de bijzonderheden van de belangrijkste onderdelen.

aandelenopties of andere financiële instrumenten, die zijn toegekend op basis van onjuiste financiële gegevens;

- artikel 554 van het Wetboek van Vennootschappen (artikel 9 van het voorontwerp), dat aangevuld wordt met drie leden, waarin wordt bepaald dat, wanneer in een overeenkomst met een uitvoerend bestuurder, een lid van het directiecomité of een persoon belast met het dagelijks bestuur een clause wordt opgenomen (naar luid waarvan een vergoeding toegekend wordt die niet overeenstemt met die voorgeschreven in de code voor deugdelijk bestuur die de vennootschap toepast), die clause vooraf moet worden goedgekeurd door de eerstvolgende algemene vergadering, terwijl elk hiermee strijdig beding geacht wordt niet te zijn geschreven;
- dezelfde ontworpen bepaling vervat in artikel 9 van het voorontwerp, waarin wordt voorgeschreven dat het (aan de algemene vergadering gerichte) verzoek tot afwijking van de regels uit de code voor deugdelijk bestuur die door de vennootschap wordt toegepast inzake de vertrekvergoeding, 45 dagen voor de eerstvolgende algemene vergadering meegedeeld moet worden aan de ondernemingsraad, of, indien er geen is, aan de vertegenwoordigers van het personeel, terwijl de ondernemingsraad op verzoek van een van de partijen in de ondernemingsraad een advies uitbrengt aan de algemene vergadering;
- het ontworpen artikel 520ter, tweede en derde lid, van het Wetboek van Vennootschappen (artikel 14 van het voorontwerp) waarin de cumulatieve grenzen worden aangegeven die gelden voor de uitgestelde betaling van de variabele remuneratie, namelijk dat, behoudens andersluidende statutaire bepalingen of uitdrukkelijke goedkeuring door de algemene vergadering van aandeelhouders, ten minste een vierde van de variabele remuneratie voor een uitvoerend bestuurder in genoteerde vennootschappen gebaseerd dient te zijn op vooraf vastgelegde en objectief meetbare prestatiecriteria over een periode van minstens twee jaar, en ten minste een ander vierde gebaseerd dient te zijn op vooraf vastgelegde en objectief meetbare prestatiecriteria over een periode van minstens drie jaar, terwijl die grenzen evenwel niet gelden als de variabele remuneratie niet meer bedraagt dan een vierde van de jaarlijkse remuneratie van de uitvoerend bestuurder, het lid van het directiecomité of de persoon belast met het dagelijks bestuur;

.../...

- hoofdstuk III (de artikelen 21 tot 23 van het voorontwerp), waarbij, onder andere in verband met de bepalingen inzake vertrekvergoedingen voor de gedelegeerd bestuurder, de bestuurders-directeurs en de leden van het directiecomité, soortgelijke bepalingen als die welke hiervoren als nieuw zijn aangemerkt wat de beursgenoteerde ondernemingen betreft, ingevoegd worden in de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

Strekking van dit advies

1. Overeenkomstig een vast gebruik onthoudt de afdeling Wetgeving van de Raad van State zich, voor alle bepalingen die niet meer zijn dan een herwerkte versie van het voorontwerp van wet waarover het voormelde advies 45.576/AV is uitgebracht, van het uitbrengen van een nieuw advies. In overeenstemming met dat gebruik zal dit advies alleen betrekking hebben op de nieuwe bepalingen van het voorontwerp op voorwaarde evenwel dat die niet voortvloeien uit opmerkingen die in het voornoemde advies 45.576/AV zijn gemaakt.

In dat opzicht dienen dat advies alsook het voorontwerp waarop dat advies betrekking heeft, en dit advies en het voorontwerp waarover het is uitgebracht, gevoegd te worden bij het ontwerp dat ingediend wordt bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers. In de memorie van toelichting zou ook een tabel moeten worden opgenomen waarop systematisch de overeenstemming wordt aangegeven tussen enerzijds de bepalingen van het voorontwerp waarover dit advies wordt gegeven en anderzijds de bepalingen van het voorontwerp dat onderzocht is in het voorgaande advies 45.576/AV. Die systematische weergave van de overeenstemming tussen beide opeenvolgende versies van het voorontwerp vormt immers een vergelijkingsinstrument dat noodzakelijk is voor een goed begrip van de uitleg die in de artikelsgewijze bespreking van het herwerkte voorontwerp verstrekt wordt over het gevolg dat gegeven is aan de opmerkingen die in het voorgaande advies zijn gemaakt ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Zie inzonderheid, in deze zin, advies 39.722/2, gegeven op 1 februari 2006, en advies 46.391/2, gegeven op 4 mei 2009 over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten wat het statuut en de controle op de vennootschappen voor het beheer van de rechten betreft" (*Parl.St.*, Kamer, 2005-06, nr. 51-2481/1, blz.120-121; *Parl.St.*, Kamer 2008-09, nr. 52-2051/1, blz. 174-175).

2. Doordat sommige bepalingen van het voorliggende voorontwerp van wet steunen op het initiatief dat genomen is bij wetsvoorstellen waarover de Raad van State zich eveneens reeds heeft moeten buigen, dient voorts te worden teruggegrepen naar advies 46.350/AV tot 46.355/AV, dat op 12 mei 2009 is uitgebracht over :

- een wetsvoorstel "tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven wat de ontslagvergoeding van de leden van het directiecomité betreft" (*Parl. St.*, Kamer, 2007-2008, nr. 52-1292/1) (46.350/AV);
- een wetsvoorstel "tot wijziging van het Wetboek van vennootschappen wat de openbaarmaking van bezoldigingen van bestuurders betreft" (*Parl. St.*, Kamer, 2007-2008, nr. 52-1293/1) alsook het amendement nr. 1 (*Parl. St.*, Kamer, 2007-2008, nr. 52-1293/2) (46.351/AV);
- een wetsvoorstel "tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven wat de transparantie van de bezoldiging van het management betreft" (*Parl. St.*, Kamer, 2007-2008, nr. 52-1299/1) (46.352/AV);
- een wetsvoorstel "tot afschaffing van de gouden parachute en tot beheersing van de bezoldiging van de topmanagers" (*Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, nr. 52-1474/1) (46.353/AV);
- een wetsvoorstel "tot wijziging van het Wetboek van vennootschappen en van de wet van 26 maart 1999 betreffende het Belgisch actieplan voor de werkgelegenheid 1998 en houdende diverse bepalingen, met het oog op een beter ondernemingsbestuur" (*Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, nr. 52-1805/1) (46.354/AV);
- een wetsvoorstel "tot wijziging van het Wetboek van vennootschappen teneinde een remuneratiecomité in te stellen en de toekenning van bonussen en ontslagvergoedingen voor de bedrijfsleiders te begeleiden, alsmede tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven" (*Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, nr. 52-1914/1) (46.355/AV) ⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ *Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, nr. 52-1292/2.

3. Dit gezegd zijnde, geeft het voorliggende voorontwerp van wet aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Algemene opmerkingen

A. Verschuldigdheid van de vertrekvergoeding uit het oogpunt van de gelijkheid van behandeling

1. Zoals hierboven reeds aangegeven is, is het niet meer de bedoeling van de steller van het voorontwerp om, zoals in het voorontwerp waarover de Raad van State het voornoemde advies 45.576/AV heeft gegeven, het lot van de vertrekvergoeding van sommige leiders van beursgenoteerde ondernemingen te regelen. Hij heeft er immers voor gekozen dit aspect te laten regelen door middel van de verklaring inzake deugdelijk bestuur ⁽⁸⁾ ⁽⁹⁾, die een remuneratieverslag moet bevatten, dat met toepassing van het

⁽⁸⁾ In dit verband wijst de afdeling Wetgeving van de Raad van State erop dat het laatste lid van de ontworpen paragraaf 2 van artikel 96 van het Wetboek van Vennootschappen bepaalt dat "de Koning (...), bij een in Ministerraad overlegd besluit, een code (kan) aanduiden die als enige code inzake deugdelijk bestuur in de zin van het eerste lid, 1/, geldt". Het laatstgenoemde bepaalt dat het jaarverslag van beursgenoteerde ondernemingen onder andere bevat "een verwijzing naar de code inzake deugdelijk bestuur die de vennootschap toepast (...)". Volgens de memorie van toelichting bestaat het nagestreefde doel erin "de stroomlijning van het geheel aan praktijken inzake deugdelijk bestuur te bevorderen en een maatschappelijk draagvlak te creëren rond één bepaalde code".

In zijn advies 40.492/2, gegeven op 12 juni 2006, over de 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 (ingediend door de heer Eric Massin, mevr. Anne-Marie Baeke, de heer Dylan Casaer, mevr. Véronique Ghenne en mevr. Camille Dieu, de heren Alain Mathot en Yvan Mayeur en mevr. Annemie Roppe), had de Raad van State vraagtekens geplaatst bij "de gegrondheid van deze benadering, waarbij de Staat voor de toekomst afziet van iedere mogelijkheid tot onderzoek van nieuwe bepalingen van een code waaraan hij voortaan rechtsgevolgen verbindt. De vraag is gerechtvaardigd, des te meer daar deze teksten bij de huidige stand weliswaar misschien beantwoorden aan de opvattingen van de wetgever, maar niet sacrosanct zijn en in de tijd naargelang de behoeften van de markt kunnen veranderen".

In de memorie van toelichting staat dat bekendmaking in het jaarverslag dat de vennootschap geheel of gedeeltelijk een gedragscode inzake deugdelijk bestuur toepast, "geen rechtsgevolgen heeft". Met deze bekendmaking wordt met het oog op transparantie een loutere informatie-doelstelling nagestreefd. Niet-naleving van de gehanteerde gedragscode "is niet van (die) aard dat een andere sanctie dan controle door de markt mogelijk is".

Om ten volle een antwoord te bieden op de zorg uitgedrukt in het voormelde advies 40.492/2 moet de Koning, wanneer Hij "een code (aanwijst) die als enige code inzake deugdelijk bestuur geldt", verwijzen naar de precieze versie van de

ontworpen artikel 96, § 3, tweede lid, 10/, van het Wetboek van Vennootschappen (artikel 3 van het voorontwerp) voorziet in de verplichting om daarin de verantwoording en de beslissing, door de raad van bestuur, op voorstel van het remuneratiecomité, op te nemen over de vraag - in geval van vertrek van de uitvoerend bestuurders, de leden van het directiecomité of de personen belast met het dagelijks bestuur - of de betrokkene in aanmerking komt voor de vertrekvergoeding, en de berekeningsbasis hiervoor.

Met andere woorden, het vastleggen van de wijze van berekening van de vertrekvergoeding - en van de eventuele grenzen van het bedrag ervan - moet geschieden in het remuneratieverslag, in zoverre het gaat om regels die de beursgenoteerde vennootschap zichzelf oplegt bij het sluiten van arbeidsovereenkomsten en beheersovereenkomsten met een uitvoerend bestuurder, een lid van het beheerscomité of een persoon belast met het dagelijks bestuur.

Het voorontwerp stelt echter een voorwaarde, ten aanzien van mogelijke afwijkende clausules, i.v.m. de naleving van de in het remuneratieverslag aldus vermelde bepalingen : indien de partijen bij de arbeids- of beheersovereenkomst afspreken om in de overeenkomst die ze bindt een bepaling op te nemen luidens welke een vertrekvergoeding wordt toegekend die niet overeenstemt met die voorgeschreven door de code inzake deugdelijk bestuur die door de vennootschap wordt toegepast, vereist het ontworpen artikel 554 van het Wetboek van Vennootschappen (artikel 9 van het

code die Hij in aanmerking neemt en die Hij uitdrukkelijk aangeeft. Aldus behoudt de Koning inzagerecht en recht op toezicht op de ontwikkeling van de praktijken inzake deugdelijk bestuur, aangezien in geval van wijziging van de referentiecode een nieuw koninklijk besluit zal moeten worden uitgevaardigd. In sommige passages van de memorie van toelichting wordt met dat punt van zorg overigens rekening gehouden. Zo wordt daarin over het remuneratieverslag vermeld dat "de overige elementen van het remuneratieverslag (...) grotendeels geïnspireerd (zijn) op de Belgische Corporate Governance Code voor 2009". Het gaat niet om een statische benadering, daar de referentiecode in een dynamische optiek in de loop van de tijd kan veranderen, maar de Koning zal telkens moeten nagaan of Hij er de kwalificatie "enige code inzake deugdelijk bestuur" voor behoudt.

⁽⁹⁾ De ontworpen paragraaf 2, 1/, van ditzelfde artikel 96 van het Wetboek van Vennootschappen bepaalt bovendien, overeenkomstig artikel 46bis, a), *in fine*, van richtlijn 2006/46/EG, dat elke beursgenoteerde vennootschap vermeldt waar de code inzake deugdelijk bestuur "voor het publiek beschikbaar (is)". Aangezien het gaat om de bij koninklijk besluit vastgestelde enige referentiecode, is het wenselijk die bekend te maken in het Belgisch Staatsblad om er overeenkomstig de artikelen 10 en 11 van de Grondwet bekendheid aan te geven. Genoegen nemen met een loutere verwijzing naar een elektronisch adres zou immers door het Grondwettelijk Hof als discriminerend kunnen worden beschouwd indien er niet in maatregelen wordt voorzien voor eventuele slachtoffers van de "digitale kloof" (arresten 106/2004 van 16 juli 2004 en 10/2007 van 17 januari 2007).

voorontwerp), aangevuld met drie leden, dat die bepaling voorafgaandelijk moet worden goedgekeurd door de eerstvolgende algemene vergadering na het sluiten van de overeenkomst ⁽¹⁰⁾. Elk hiermee strijdig beding wordt bovendien geacht "ongeschreven" te zijn.

2. Doordat geopteerd wordt voor deze methode, waarbij de beursgenoteerde onderneming zelf de regels vaststelt die ze in het kader van haar remuneratiebeleid besluit toe te passen, ligt dit voorontwerp van wet duidelijk in het verlengde van het primaat van de wil van de partijen bij de totstandkoming van de overeenkomsten die ze verbindt, zoals dit primaat geldt in het burgerlijk recht en, meer in het bijzonder, in het arbeidsrecht.

Daarentegen komt het, gelet op ditzelfde primaat van de wil van de partijen bij de overeenkomst en van de vrijheid die derhalve in beginsel aan een ervan, de beursgenoteerde onderneming zelf, wordt toegekend om af te wijken van het bepaalde waartoe ze zich heeft verbonden, aan de wetgever toe om in de memorie van toelichting het specifieke te ontlede van de verhouding tussen de afgevaardigd bestuurder, het lid van het directiecomité of de persoon belast met het dagelijks bestuur en de beursgenoteerde vennootschap om te verduidelijken waarom in dat geval, de wet zal bepalen dat door het niet vooraf instemmen van de algemene vergadering met de afwijkende clausule, deze "ongeschreven" wordt, dit wil zeggen niet-bestaande ⁽¹¹⁾, terwijl voor andere medecontractanten die in een soortgelijke situatie verkeren (bijvoorbeeld wat betreft de aansprakelijkheid of globaal wat de lonen aangaat), in zulk een sanctie niet wordt voorzien. Deze verduidelijking zou kunnen steunen op aanbeveling 2009/385, waarmee het voorontwerp van wet rekening houdt in de voorschriften die het geeft en

⁽¹⁰⁾ Overigens rijst de vraag of deze goedkeuring noodzakelijkerwijs verschilt van die voorgeschreven bij het ontworpen artikel 554, derde lid, van het Wetboek van Vennootschappen, dat bepaalt dat "(...) bij afzonderlijke stemming (...) de algemene vergadering van de genoteerde vennootschap over het remuneratieverslag (beslist)", des te meer daar in de memorie van toelichting staat dat afkeuring van het remuneratieverslag "(...) geen afbreuk (doet) aan bestaande contractuele bepalingen, maar vereist dat de raad van bestuur zijn remuneratiebeleid aanpast". Om alle rechtsonzekerheid omtrent de gevolgen van een negatieve stemming van de algemene vergadering te voorkomen, zou moeten worden gepreciseerd of, naast de verplichting voor de raad van bestuur om zijn remuneratiebeleid aan te passen, deze stemming al dan niet een weerslag heeft op het verlenen van decharge aan de bestuurders.

⁽¹¹⁾ Zie hierna bijzondere opmerking 1 bij artikel 9 van het voorontwerp.

waarin, in overweging 7, wat betreft de regeling voor de beloning van bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen ⁽¹²⁾, het volgende onderstreept wordt :

"Er dient voor te worden gezorgd dat ontslagvergoedingen, zogeheten «gouden handdrukken», geen beloning zijn voor falen, maar uitsluitend worden ingezet voor hun primaire doel, namelijk te voorzien in een vangnet bij vroegtijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Hiertoe dient de betaling van ontslagvergoedingen vooraf te worden beperkt tot een bepaalde som of duur (...)".

B. Variabiliteitscriteria al dan niet bepaald in de contractuele
of andere bepalingen en berekening van de vertrekvergoeding uit het oogpunt
van de gelijkheid van behandeling

Het ontworpen artikel 520*bis*, derde lid, van het Wetboek van Vennootschappen bepaalt dat de variabele remuneratie van de uitvoerend bestuurder (en, met toepassing van de ontworpen artikelen 524*bis* en 525*ter* van het Wetboek van Vennootschappen, van het lid van het directiecomité en van de persoon belast met het dagelijks bestuur ⁽¹³⁾) niet meetelt bij de berekening van de vertrekvergoeding wanneer de variabiliteitscriteria van de remuneratie niet uitdrukkelijk opgenomen zijn "in de contractuele of andere bepalingen die de betrokken rechtsverhouding beheersen".

Door deze dwingende regel uit te vaardigen, hanteert de steller van het voorontwerp dezelfde werkwijze als die welke hij heeft toegepast in verband met de bepaling dat een vergoeding wordt toegekend die niet overeenstemt met die voorgeschreven in de code inzake deugdelijk bestuur die de vennootschap toepast : indien de variabiliteitscriteria niet uitdrukkelijk vermeld zijn in een van de contractuele of andere bepalingen die de medecontractanten verbinden, wordt de verschuldigdheid van de variabele remuneratie geacht niet te bestaan voor de berekening van de vertrekvergoeding.

⁽¹²⁾ Het is ook dienstig te wijzen op de rol die diezelfde aanbeveling toekent aan de algemene vergadering van de aandeelhouders, wat betreft de remuneratie van bestuurders (zie punt 6.1 van aanbeveling 2009/385).

⁽¹³⁾ Artikel 898 van het Wetboek van Vennootschappen, zoals aangevuld bij artikel 17 van het voorontwerp, voorziet in dezelfde gelijkstelling voor uitvoerende leden van de raad van bestuur.

Hoewel de techniek in rechte denkbaar is ⁽¹⁴⁾, toch dient deze onderzocht te worden in het licht van de naleving van het gelijkheidsbeginsel, omdat ze gevolgen heeft voor de hoogte van de vertrekvergoeding. In de memorie van toelichting wordt in dat verband niet veel gezegd en de steller van het voorontwerp wordt verzocht om dieper in te gaan op het specifieke van de verhouding tussen, enerzijds de gedelegeerd bestuurder, het lid van het directiecomité of de persoon belast met het dagelijks bestuur en, anderzijds, de beursgenoteerde vennootschap en uit te leggen waarom, in dat geval, het feit dat de criteria van veranderlijkheid van de remuneratie niet in een clause van het contract nader worden bepaald, ertoe leidt dat die niet in aanmerking wordt genomen bij de berekening van de vertrekvergoeding, dit wil zeggen het tot op zekere hoogte niet-bestaan ervan ⁽¹⁵⁾, terwijl voor andere medecontractanten die in een soortgelijke situatie verkeren (bijvoorbeeld, wat betreft het niveau van verantwoordelijkheden of de totale omvang van de remuneratie), niet wordt voorzien in zulk een sanctie. Dat nadere onderzoek zou kunnen steunen op aanbeveling nr. 2009/385, waarmee in het dispositief van het voorontwerp van wet rekening wordt gehouden ⁽¹⁶⁾.

C. Kwalificatie als remuneratie en terugvorderingsrecht

1. Het voorontwerp van wet voegt in artikel 96 van het Wetboek van Vennootschappen een paragraaf 3 in, waarvan het tweede lid, punt 6/, b), stelt dat de variabele remuneratie wat betreft de voorzitter van de uitvoerend bestuurders ⁽¹⁷⁾, de voorzitter van het directiecomité en de voorzitter van de personen belast met het dagelijks bestuur bestaat uit "alle bijkomende bezoldiging die gekoppeld is aan prestatiecriteria met aanduiding van de vorm waarin deze variabele remuneratie werd betaald".

⁽¹⁴⁾ Zie de artikelen 22bis, § 4, alsook 65, § 2, en 104 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, welke artikelen respectievelijk betrekking hebben op het scholingsbeding en het concurrentiebeding.

⁽¹⁵⁾ Het betreft in feite een beperkte non-existentie van het beding in zoverre dat beding, ondanks alles, wel bestaat wat betreft de nadere regels voor de berekening en de betaling ervan, maar onbestaande is wat betreft de berekening van de vertrekvergoeding.

⁽¹⁶⁾ Zie *supra* opmerking 2 onder punt A ("Verschuldigdheid van de vertrekvergoeding uit het oogpunt van de gelijkheid van behandeling").

⁽¹⁷⁾ Zie *infra* bijzondere opmerking onder artikel 3 van het voorontwerp.

Punt 7/ van datzelfde ontworpen artikel 96, § 3, tweede lid, van het Wetboek van Vennootschappen herhaalt dezelfde definitie wat betreft de overige bestuurders, leden van het directiecomité en personen belast met het dagelijks bestuur.

Zodoende maakt het voorontwerp van wet die variabele component tot een remuneratie. Toch geeft het voorontwerp aan die component een welbepaalde invulling, wat betreft :

- enerzijds, de mogelijkheid om haar terug te vorderen van de uitvoerend bestuurder, het lid van het directiecomité en van de persoon belast met het dagelijks bestuur, in het geval dat ze zou zijn toegekend op basis van onjuiste financiële gegevens, waarbij de mate waarin de vennootschap over een terugvorderingsrecht beschikt vermeld moet staan in het remuneratieverslag (ontworpen artikel 96, § 3, 11/, van het Wetboek van Vennootschappen).
- anderzijds, de betaling ervan aan de uitvoerend bestuurder, het lid van het directiecomité en de persoon belast met het dagelijks bestuur ⁽¹⁸⁾, waarbij die betaling alleen kan worden uitgevoerd indien over de aangegeven periode voldaan wordt aan de criteria (ontworpen artikelen 520*bis*, tweede en derde lid, 524*bis* en 525*ter*, van het Wetboek van Vennootschappen).

2. Uit het ontworpen artikel 96, § 3, 11/, van het Wetboek van Vennootschappen blijkt dat wanneer voldaan is aan de prestatiecriteria en naar aanleiding daarvan de variabele remuneratie is betaald, die remuneratie kan worden teruggevorderd wanneer de betaling ervan gegrond is op onjuiste financiële gegevens.

Zulk een constructie lijkt delicaat in het licht van de gebruikelijke kwalificatie van de "renumeratie", aangezien die kwalificatie immers veronderstelt dat de aldus toegekende voordelen toegekend zijn naar aanleiding van een geleverd werk. Dit geldt des te meer in het onderhavige geval, aangezien de genoteerde vennootschap na afloop van de evaluatieperiode, volgens de methoden beschreven in het remuneratieverslag, het voldaan zijn aan de prestatiecriteria zal hebben moeten toetsen aan de doelstellingen.

⁽¹⁸⁾ Die regel geldt eveneens voor de uitvoerend bestuurders van de raad van bestuur met toepassing van artikel 898 van het Wetboek van Vennootschappen, zoals het aangevuld wordt door artikel 17 van het voorontwerp.

Indien vervolgens blijkt dat die (overigens al dan niet variabele) remuneratievoordelen enkel gestort zijn omdat de genoteerde vennootschap toen deze zijn toegekend, beschikte over onjuiste financiële gegevens, dient deze vennootschap in staat te zijn om daarvan in voorkomend geval het bewijs te leveren voor de justitiële gerechten.

Een terugvorderingsrecht verlenen aan een medecontractant op basis van de loutere verklaring die deze zal hebben afgelegd dat hij over onjuiste gegevens beschikte (waarmtrent hij dus niet zal hoeven te bewijzen dat die gegevens niet te wijten zijn aan niet-nakoming van de contractverplichtingen, noch dat ze toe te schrijven zijn aan de andere partij bij de overeenkomst) lijkt af te wijken van het gemene recht van verbintenissen en aansprakelijkheid. Zulk een oplossing laat bovendien twijfel zonder tijdsbepanking voortbestaan over de wettigheid van het verschuldigd zijn en de betaling van de variabele remuneratie en komt in dat opzicht de rechtszekerheid niet ten goede.

De aandacht van de steller van het voorontwerp wordt overigens gevestigd op het feit dat aanbeveling 2009/385, waarop het steunt, in punt 3.4 voorziet in een verschillend mechanisme, namelijk :

"De contractuele regelingen met de uitvoerend bestuurders of directeuren moeten bepalingen omvatten op grond waarvan de onderneming variabele beloningscomponenten die werden toegekend op basis van gegevens waarvan achteraf blijkt dat zij kennelijk onjuist zijn voorgesteld, kan terugvorderen."

3. Het voorontwerp zou moeten worden herzien in het licht van deze opmerking.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 3

Het ontworpen artikel 96, § 3, tweede lid, 6/, van het Wetboek van Vennootschappen bepaalt dat het remuneratieverslag informatie moet bevatten over "het bedrag van de remuneratie en andere voordelen die rechtstreeks of onrechtstreeks aan de voorzitter van de uitvoerende bestuurders, de voorzitter van het directiecomité of de voorzitter van de personen belast met het dagelijks bestuur werden toegekend (...)".

De benaming "voorzitter van de uitvoerende bestuurders" is juridisch niet duidelijk. Deze moet gepreciseerd worden, temeer daar in de memorie van toelichting daarover geen uitleg wordt gegeven en enkel de andere twee functies worden genoemd : "Punt 6/ slaat op de vergoeding van de voorzitter van het directiecomité of de voorzitter van de personen die belast werden met het dagelijks bestuur van de vennootschap, beter gekend als de CEO".

Artikel 9

1. Het ontworpen artikel 554, vierde lid, van het Wetboek van Vennootschappen bepaalt het volgende :

"Indien in een overeenkomst met een uitvoerende bestuurder, een lid van het directiecomité of een persoon belast met het dagelijks bestuur van een genoteerde vennootschap een vertrekvergoeding wordt opgenomen die niet overeenstemt met de bepaling inzake vertrekvergoedingen opgenomen in de code voor deugdelijk bestuur, (...) wordt die afwijkende bepaling omtrent de vertrekvergoeding voorafgaand goedgekeurd door de eerstvolgende algemene vergadering. Elk hiermee strijdig beding wordt voor ongeschreven gehouden."

Het feit dat een beding als ongeschreven wordt beschouwd, maakt het nog niet onbestaande. Het laat zich echter aanzien dat de steller van zins is het beding dat niet vooraf door de algemene vergadering is goedgekeurd, niet als ongeschreven te beschouwen, maar wel veeleer als onbestaande. Voorgesteld wordt dus het einde van de bepaling in die zin te redigeren.

Een soortgelijke opmerking geldt voor het ontworpen artikel 21, § 1, vijfde lid, van de voornoemde wet van 21 maart 1991 (artikel 22 van het voorontwerp).

2. Het begrip "vertegenwoordigers van het personeel", dat in het ontworpen vijfde lid van artikel 554 van het Wetboek van Vennootschappen staat, behoort nader te worden omschreven: gaat het om de vertegenwoordigers van de werknemers in het comité voor preventie en bescherming op het werk en/of om de vakbondsafvaardiging ? Die precisering moet in het dispositief worden aangebracht om alle twijfel weg te nemen omtrent de vraag aan wie het verzoek betreffende het afwijkende beding inzake vertrekvergoeding moet worden meegedeeld.

Deze opmerking geldt ook voor het ontworpen artikel 913^{quater}, derde lid, van het Wetboek van Vennootschappen (artikel 11 van het voorontwerp) en voor het ontworpen artikel 21, § 1, zevende lid, van de voornoemde wet van 21 maart 1991 (artikel 22 van het voorontwerp).

3. Het verdient aanbeveling om in hetzelfde artikel 554, nieuw vijfde lid, van het Wetboek van Vennootschappen duidelijk aan te geven dat het verzoek om afwijking waarvan sprake, het verzoek is dat aan de algemene vergadering zal worden gericht.

4. Hetzelfde lid bepaalt ook dat het verzoek om afwijking van de code voor deugdelijk bestuur in verband met de vertrekpremie 45 dagen vóór de algemene vergadering aan de ondernemingsraad moet worden meegedeeld.

Er wordt daarentegen geen termijn voorgeschreven waarbinnen het eventuele advies van de ondernemingsraad aan de algemene vergadering moet worden overgezonden. Theoretisch zou dit dus de dag vóór de algemene vergadering kunnen worden gegeven. Gezien de gevolgen die zulk een advies kan hebben op het verloop van de algemene vergadering, lijkt het wenselijk dat het advies verstrekt wordt binnen een termijn die de raad van bestuur de gelegenheid geeft de gevolgen daarvan te ontleden en in voorkomend geval de voorstellen die aan de algemene vergadering zullen worden gedaan, aan te passen.

Zulk een precisering spoort met een streven naar een goede organisatie van de werkzaamheden van de algemene vergadering, maar ook met de rechtszekerheid.

5. Aangezien diezelfde bepaling inhoudt dat persoonsgegevens worden overgezonden aan de ondernemingsraad of aan de "vertegenwoordigers van het personeel", moeten regels worden vastgesteld die de vertrouwelijkheid van de aldus overgezonden persoonsgegevens waarborgen.

Artikel 20

Artikel 20 van het voorontwerp bevat een bepaling betreffende de gevolgen van de maatregelen vervat in de artikelen 13 en 14, die respectievelijk een artikel 520*bis* en een artikel 520*ter* invoegen in het Wetboek van Vennootschappen.

De bepalingen vervat in artikel 14 van het voorontwerp hebben, in het tweede lid van het ontworpen artikel 520*ter* van het Wetboek van Vennootschappen, betrekking op de spreiding in de tijd van de uitbetaling van de variabele remuneratie. Artikel 20, tweede lid, van het voorontwerp bepaalt dat artikel 520*ter* voor de eerste keer rechtsgevolgen heeft op het scharniermoment van het eerste boekjaar dat aanvangt na de bekendmaking van de nieuwe wet in het Belgisch Staatsblad. In de memorie van toelichting staat dat "op die manier (...) vermeden (wordt) dat de rechtszekerheid in het gedrang wordt gebracht doordat er in de loop van het boekjaar nieuwe verplichtingen worden ingevoerd".

Dat neemt niet weg dat rechtsonzekerheid blijft bestaan voor alle contracten afgesloten vóór het aldus vastgestelde scharniermoment en die bepalingen bevatten die niet stroken met die van de ontworpen bepaling van artikel 520*ter* van het Wetboek van Vennootschappen betreffende de uitbetaling van variabele remuneraties. Zoals artikel 20 van het voorontwerp is gesteld, zal het de verplichting met zich meebrengen om opnieuw over die contractuele bepalingen te onderhandelen en ze wederom aan te passen, zo niet bestaat het gevaar dat de geldigheid van de uitbetaalde variabele remuneratie achteraf betwist zal worden.

Om alle discussies en rechtsonzekerheid te voorkomen, zou voor artikel 14 van het voorontwerp een soortgelijke bepaling als die welke in het eerste lid van artikel 20 van het voorontwerp staat, moeten worden opgenomen. Het tweede lid van dat artikel 20 zou moeten vervallen en het eerste lid zou aangevuld moeten worden met een verwijzing naar artikel 14 ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁹⁾ Aangezien het voorontwerp geen bepaling omtrent de inwerkingtreding ervan bevat, zal deze geregeld worden door het gemeen recht op de voet van artikel 4, tweede lid, van de wet van 31 mei 1961 betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen, luidens hetwelk "[wetten] (...) in het gehele Rijk (verbindend zijn) de tiende dag na die van hun bekendmaking, tenzij de wet een andere termijn heeft bepaald." Daaruit blijkt dat de vermelding "tien dagen na de bekendmaking van deze wet in het Belgisch Staatsblad" in artikel 20, eerste lid, beter vervangen zou worden door een verwijzing naar de inwerkingtreding van de wet. Dat geldt ook voor de artikelen 12, tweede lid, en 23, eerste lid, van het voorontwerp.

Artikel 22

1. Het ontworpen artikel 21, § 1, vierde lid, van de voornoemde wet van 21 maart 1991 vermeldt, naast de gedelegeerd bestuurder, ook de bestuurders-directeurs en de leden van het directiecomité. Uit artikel 18, § 1, eerste lid, van die wet van 21 maart 1991 blijkt evenwel dat de leden van het directiecomité van rechtswege lid zijn van de raad van bestuur, en uit artikel 20, § 1, daarvan dat het directiecomité dus bestaat uit de gedelegeerd bestuurder en de bestuurders-directeurs. Daaruit volgt dat in het voornoemde lid enkel hoeven te worden vermeld ofwel de gedelegeerd bestuurder en de bestuurders-directeurs, ofwel de leden van het directiecomité, maar niet beide. Die opmerking geldt ook voor artikel 23 van het voorontwerp.

Als gevolg daarvan moet het ontworpen artikel 21, § 1, zesde lid, van de voornoemde wet van 21 maart 1991 vervallen, aangezien het bepaalt dat "(h)et voorgaande lid (ook geldt) voor de overeenkomst die wordt gesloten met de leden van het directiecomité", terwijl dat voorgaande lid betrekking heeft op "de overeenkomst van het eerste lid", dus de overeenkomst die het overheidsbedrijf sluit met de gedelegeerd bestuurder en de bestuurders-directeurs, dus met de leden van het directiecomité.

2. Het ontworpen laatste lid van artikel 21, § 1, van de voornoemde wet van 21 maart 1991 bepaalt dat het verzoek meegedeeld wordt "aan het paritair comité, of bij gebreke van een paritair comité aan de vertegenwoordigers van het personeel".

Wat dat betreft moet de aandacht van de stellers van het voorontwerp gevestigd worden op artikel 30 van diezelfde wet van 21 maart 1991, krachtens hetwelk voor elk overheidsbedrijf een paritair comité bevoegd is, zodat het de afdeling Wetgeving van de Raad van State, wat betreft het geval waarin er geen paritair comité is, niet duidelijk is om welk overheidsbedrijf het zou kunnen gaan.

Hoe dan ook moeten, aangezien deze bepaling inhoudt dat persoonsgegevens worden overgezonden, regels worden vastgesteld die de vertrouwelijkheid van de aldus overgezonden persoonsgegevens waarborgen.

Slotopmerkingen

1. Overeenkomstig de terminologie die doorgaans in het voorontwerp wordt gebruikt, wordt in de Nederlandse versie van dit advies het woord "remuneratie"

.../...

gebezigd, dat overeenstemt met de Franse term "rémunération". Dat zijn ook de begrippen die gebruikt worden in de "Belgische corporate governance code 2009" (<http://www.corporategovernancecommittee.be/library/documents/final%20code/CorporateGovNLCode2009.pdf>) en in de "Code belge de gouvernance d'entreprise 2009" (<http://www.corporategovernancecommittee.be/library/documents/final%20code/CorporateGovFRCode2009.pdf>), waarnaar het voorontwerp van koninklijk besluit gevoegd bij de adviesaanvraag verwijst ⁽²⁰⁾.

Op te merken valt evenwel dat de Franse term "rémunération" in de huidige tekst van het Wetboek van Vennootschappen overeenstemt met de Nederlandse term "bezoldiging" of zelfs "vergoeding".

Bovendien wordt in aanbeveling 2009/385/EG van 30 april 2009 van de Europese Commissie ter aanvulling van Aanbeveling 2004/913/EG en Aanbeveling 2005/162/EG wat betreft de regeling voor de beloning van bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen in de Franse versie de term "rémunération" en in de Nederlandse versie de term "beloning" gebruikt.

2. Verscheidene bepalingen zouden nagelezen moeten worden op de overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse versie. Dat dient zo te geschieden dat ook de leesbaarheid van het hele voorontwerp van wet er beter op wordt.

Enkele voorbeelden :

1/ Artikel 7 van het voorontwerp voegt een artikel 526^{quater} in het Wetboek van Vennootschappen in, betreffende de oprichting van een remuneratiecomité in de genoteerde vennootschappen. De samenstelling daarvan wordt bepaald in paragraaf 2 van dat artikel.

In de Franse versie van het ontworpen artikel is paragraaf 2, tweede lid, onduidelijk voor zover het bepaalt dat het remuneratiecomité is samengesteld uit een meerderheid van onafhankelijke bestuurders en "est compétent en matière de politique de rémunération". Laatstgenoemd zinsdeel wekt de indruk dat het comité over een materiële bevoegdheid inzake het remuneratiebeleid beschikt. Luidens de memorie van toelichting moet onder "compétence en matière de politique de rémunération" evenwel het feit

⁽²⁰⁾ Ontwerp van koninklijk besluit houdende aanduiding van de na te leven code inzake deugdelijk bestuur door genoteerde vennootschappen.

worden verstaan "qu'au moins un membre possède un diplôme des hautes études et de l'expérience d'au moins trois ans en matière de gestion du personnel ou dans le domaine de la rémunération des administrateurs et des membres de la direction d'entreprises". De bevoegdheid waarvan sprake is dus geen materiële, maar een functionele bevoegdheid, wat overigens blijkt uit de term die in het Nederlands is gebruikt, namelijk "deskundigheid". Die onduidelijkheid moet worden weggewerkt.

2/ De Franse versie van het ontworpen vijfde lid van artikel 554 van het Wetboek van Vennootschappen, zoals dat aangevuld wordt door het wetsontwerp (artikel 9 van het voorontwerp), bepaalt het volgende "Pour les sociétés où un conseil d'entreprise a été instauré (...), la demande de déroger au code pour le gouvernement d'entreprise (...) en ce qui concerne l'indemnité de départ doit être communiquée (...) au conseil d'entreprise. A la demande d'une des parties au conseil d'entreprise celle-ci donne un avis à l'assemblée générale".

De laatste zin is onduidelijk. Ze wekt de indruk dat één van de partijen vertegenwoordigd in de ondernemingsraad een advies geeft aan de algemene vergadering.

Zowel de Nederlandse versie als de memorie van toelichting daarentegen geven duidelijk aan dat de gezamenlijke ondernemingsraad advies uitbrengt. De Franse tekst moet dan ook verduidelijkt worden door in het tweede deel van de zin "celle-ci" te vervangen door "celui-ci".

3/ De Franse versie van het ontworpen artikel 520*bis*, eerste lid, van het Wetboek van Vennootschappen (artikel 13 van het voorontwerp) schrijft voor dat de criteria die de toekenning van een vergoeding aan een uitvoerend bestuurder variabel maken "expressément de manière explicite" ⁽²¹⁾ moeten staan in de contractuele of andere bepalingen die de betreffende rechtsverhouding regelen.

De steller van het voorontwerp bedoelt daarmee wellicht dat die criteria uitdrukkelijk vermeld moeten worden. Het zou beter zijn dat de bepaling in de Franse versie in die zin wordt gesteld, zoals in de Nederlandse versie.

⁽²¹⁾ In de Nederlandse versie van de tekst staat dat die criteria "uitdrukkelijk opgenomen" worden in de contractuele of andere bepalingen die de betreffende rechtsverhouding regelen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	P. VANDERNOOT,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	G. KEUTGEN,	assessoren van de afdeling Wetgeving,
de Dames	A. WEYEMBERGH,	
	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J.-L. PAQUET, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. VANDERNOOT.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

B. VIGNERON

Y. KREINS