

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 49.473/AG
DU 26 AVRIL 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, assemblée générale de la section de législation, saisi par le Président de la Chambre des représentants, le 1^{er} avril 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante cinq jours ^(*), sur une proposition de loi « modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, le Code des sociétés et la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et de la gestion de la Loterie Nationale afin de garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes et des sociétés cotées et de la Loterie Nationale » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-211/5) a donné l'avis suivant :

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

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 49.473 AV
VAN 26 APRIL 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, algemene vergadering van de afdeling Wetgeving, op 1 april 2011 door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot vijfenveertig dagen ^(*), van advies te dienen over een wetsvoorstel « tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, tot wijziging van het Wetboek van vennootschappen en tot wijziging van de wet van 19 april 2002 tot rationalisering van de werking en het beheer van de Nationale Loterij, teneinde te garanderen dat vrouwen zitting hebben in de raad van bestuur van de autonome overheidsbedrijven, de genoteerde vennootschappen en de Nationale Loterij » (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, nr 53-211/5), heeft het volgende advies gegeven :

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

I. OBJET ET PORTÉE DE LA PROPOSITION DE LOI

A. Champ d'application de la proposition de loi

1. La proposition de loi tend à garantir une présence équilibrée des femmes et des hommes dans la composition des conseils d'administration :

- des entreprises entrant dans le champ d'application de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, à savoir Infrabel ainsi que la Société nationale des chemins de fer belges¹, bpost et Belgocontrol (article 2 de la proposition)² ;
- des sociétés anonymes dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé visé à l'article 4 du Code des sociétés (ci-après « sociétés cotées ») (article 4 de la proposition) ;
- de la Loterie Nationale (article 5 de la proposition).

B. Obligation de différenciation dans la composition du conseil d'administration³

2. La proposition de loi prévoit que, dans les conseils d'administration des entreprises qu'elle vise, un tiers des membres doit être de sexe différent de celui des autres membres.

Dans les entreprises publiques économiques ainsi que pour la Loterie Nationale, cette obligation concerne uniquement les membres désignés par l'État belge (articles 18, § 2bis, proposé de la loi du 21 mars 1991 précitée, et 8, § 1^{er}, alinéa 2 (nouveau),

¹ En ce qui concerne la SNCB Holding, l'article 162bis inséré par la loi du 22 mars 2002 dans la loi du 21 mars 1991 précitée, a instauré une obligation de différenciation à concurrence d'un tiers dans la composition du conseil d'administration.

² À noter que Belgacom, tout en étant une entreprise publique autonome, est également une société cotée.

³ Cette obligation s'accompagne de celle prévue, à l'article 3 de la proposition (article 96, § 2, alinéa 1^{er}, 6°, proposé du Code des Sociétés, ci-après C. Soc.), de donner, dans la déclaration de gouvernance d'entreprise que doit comporter le rapport de gestion, un aperçu des efforts consentis pour promouvoir la présence équilibrée d'hommes et de femmes dans le conseil d'administration de la société cotée.

proposé de la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et de la gestion de la Loterie Nationale). Dans les sociétés cotées, cette présence obligatoire d'un tiers de membres d'un sexe différent des autres membres vise l'ensemble des membres composant le conseil d'administration (article 518*bis*, § 1^{er}, proposé du C. Soc.).

C. Sanction du non-respect de l'obligation de différenciation

3. La sanction applicable en cas de non-respect de l'obligation de différenciation dans la composition du conseil d'administration diffère selon que l'entreprise est une entreprise publique économique, la Loterie Nationale ou une société cotée.

Dans le cas des deux premières, seule la nomination du membre du conseil d'administration est nulle (articles 18, § 2*bis*, proposé de la loi du 21 mars 1991 précitée, et 8, § 1^{er}, alinéa 2 (nouveau), proposé de la loi du 19 avril 2002 précitée).

Lorsqu'il s'agit d'une société cotée, deux types de sanction sont prévues : d'une part, la nullité des nominations effectuées en ne respectant pas le quota et, d'autre part, la nullité des décisions du conseil d'administration irrégulièrement composé (article 518*bis*, § 2, proposé du C. Soc.).

D. Mise en œuvre

4.1. Les conseils d'administration des entreprises publiques économiques visées par la proposition de loi, ainsi que celui de la Loterie Nationale, devront compter au moins un tiers de membres du sexe le moins représenté dans ces conseils à partir du premier jour de l'exercice social qui commence après la publication de la loi au Moniteur belge (article 6, § 4, de la proposition) et la sanction de la nullité frappant toute nomination sera applicable à la même date ⁴.

4.2. En ce qui concerne les sociétés cotées, une distinction est opérée selon qu'il s'agit de l'obligation de différenciation à raison d'un tiers ou de la sanction du non-respect de cette obligation.

⁴ L'article 6, § 1^{er}, de la proposition prévoit également l'entrée en vigueur, à cette date, de la modification apportée par l'article 3 de la proposition à l'article 96, § 2, alinéa 1^{er}, 6^o, proposé du C. Soc., qui concerne l'aperçu des efforts consentis pour promouvoir la présence équilibrée d'hommes et de femmes dans le conseil d'administration de la société cotée.

L'obligation de différenciation s'impose à partir du premier jour du sixième exercice social qui commence après la publication de la loi au Moniteur belge (article 6, § 2, alinéa 1^{er}, de la proposition) ⁵.

Toutefois, une exception est prévue en ce qui concerne les sociétés anonymes dont les actions sont cotées en bourse sur un marché dont le flottant est inférieur à 50 % et pour les sociétés réunissant, sur une base consolidée, aux moins deux des conditions suivantes :

- un nombre moyen de salariés inférieur à 250 personnes au cours de l'exercice concerné ;
- un total de bilan inférieur ou égal à 43 000 000 d'euros ;
- un chiffre d'affaires net annuel inférieur ou égal à 50 000 000 d'euros.

Dans ce cas, l'obligation de différenciation à concurrence d'un tiers ne s'applique qu'à partir du huitième exercice social suivant le premier jour après la publication de la loi au Moniteur belge (article 6, § 2, alinéa 2, de la proposition).

En cas de non-respect de la règle prévue à l'article 518*bis*, § 1^{er}, proposé du C. Soc., la proposition prévoit deux sanctions :

- la nullité des nominations (à dater du premier jour du sixième/huitième exercice après la publication de la loi).

L'article 6, § 2, alinéa 3, de la proposition de loi impose que si, dès l'entrée en vigueur de l'article 518*bis*, § 1^{er}, proposé du C. Soc., le nombre minimum requis d'administrateurs de sexe différent de celui des autres administrateurs n'est pas atteint, le prochain administrateur nommé doit être de ce sexe. À défaut, la nomination de cet administrateur est nulle ⁶ ;

⁵ Une règle dérogatoire est également prévue, à l'article 518*bis*, § 3, proposé du C. Soc. (article 4 de la proposition) en ce qui concerne les sociétés anonymes dont les actions sont pour la première fois admises sur un marché réglementé.

⁶ Il en va de même de toute nomination ayant pour effet de réduire le nombre de ces administrateurs de sexe différent sous ce nombre minimum requis.

- la nullité des décisions du conseil d'administration (à dater du premier jour du septième/neuvième exercice ⁷ après la publication de la loi).

Conformément à l'article 518*bis*, § 2, proposé du C. Soc., si le nombre d'administrateurs de sexe différent n'atteint pas le minimum légal, la prochaine assemblée générale « constitue un conseil d'administration » conforme au paragraphe 1^{er} de ce même article. À défaut, les décisions du conseil d'administration sont nulles.

II. OBSERVATIONS GENERALES

5. La proposition de loi vise à promouvoir une présence équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration des entreprises entrant dans son champ d'application en imposant, dans la composition de ces derniers, un pourcentage de membres d'un autre sexe que celui des autres membres, usuellement désigné par le vocable « quota ».

Il y a lieu d'examiner de manière distincte une telle mesure selon qu'elle s'applique aux entreprises publiques économiques – élargies à la Loterie Nationale – ou aux sociétés cotées.

A. Les entreprises publiques économiques et la Loterie Nationale

6. La détermination d'une obligation de respecter un quota de membres du conseil d'administration dans les entreprises publiques économiques et la Loterie Nationale répond à la définition d'« action positive » donnée par plusieurs législations prises au niveau interne, à savoir qu'il s'agit d'une mesure spécifique destinée à prévenir ou à compenser les désavantages liés au sexe, en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique ⁸.

⁷ Aux mêmes conditions que celles mises au bénéfice de la dérogation à l'obligation de différenciation, la sanction de la nullité des décisions du conseil d'administration ne s'appliquera qu'à partir du neuvième exercice social suivant le premier jour après la publication de la loi au Moniteur belge (article 6, § 3, alinéa 2, de la proposition).

⁸ Voir, par exemple, l'article 5, 11°, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes. Voir également, en droit international des droits de l'homme, les « mesures temporaires spéciales » visées par l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

7. Le système envisagé dans la proposition de loi doit dès lors être apprécié au regard des conditions que la Cour constitutionnelle a précisé quant à la compatibilité d'une mesure d'« action positive » avec le principe d'égalité et de non-discrimination :

« B.22.2. Une mesure d'action positive ne peut être prise que moyennant le respect des conditions suivantes :

- (1) il doit exister une inégalité manifeste;
- (2) la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir;
- (3) la mesure d'action positive doit être de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint;
- (4) la mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui (article 10, § 2, de la loi anti-racisme, article 10, § 2, de la loi générale anti-discrimination et article 16, § 2, de la loi « genre »).

B.22.3. Par le passé, la Cour a admis que le législateur prenne des mesures d'action positive si elles visent précisément à remédier à une inégalité existante. Néanmoins, de telles « inégalités correctrices » doivent, pour être compatibles avec le principe d'égalité et de non-discrimination, n'être appliquées que dans les cas d'inégalité manifeste, la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir, les mesures doivent être de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif visé est atteint et elles ne peuvent restreindre inutilement les droits d'autrui (arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994, B.6.2; arrêt n° 42/97 du 14 juillet 1997, B.20; arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004, B.79).

(...)

B.23.1. L'article 10, alinéa 3, de la Constitution dispose que l'égalité des femmes et des hommes est garantie. En vertu de l'article 11*bis*, alinéa 1^{er}, de la Constitution, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 de la Constitution garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés.

Ces dispositions invitent les législateurs à être particulièrement prudents lorsqu'ils établissent ou autorisent une différence de traitement sur la base du sexe.

B.23.2. En soumettant les mesures d'action positive aux critères précités, le législateur a permis un contrôle particulièrement précis sur ces mesures, qui permet au juge d'examiner dans chaque cas concret s'il est porté atteinte au principe fondamental de l'égalité des sexes »⁹.

8. Confrontée à ces critères d'admissibilité, la règle du quota appelle les observations suivantes.

⁹ C.C., arrêt 17/2009 du 12 février 2009.

1. Existence d'une inégalité manifeste dont la disparition est l'objectif à promouvoir

9. À la lumière des travaux préparatoires, il peut être admis que l'existence d'une inégalité manifeste est suffisamment établie et que le quota imposé a essentiellement pour objectif de remédier progressivement à la sous-représentation des femmes au sein des organes dirigeants de certaines entreprises.

Dans cette mesure, la règle du quota constitue, dans son principe, un dispositif non seulement admissible au regard du principe d'égalité et de non-discrimination mais également utile au but que s'est clairement assigné le législateur.

2. Mesure d'ordre temporaire

10. L'article 6 de la proposition ne prévoit aucune limite d'application de la règle du quota dans le temps.

Il va de soi qu'un tel dispositif n'aura plus lieu de sortir des effets dès lors que le quota du tiers est atteint¹⁰. Cependant, afin de permettre au législateur d'en apprécier l'impact, la question se pose de savoir si le dispositif ne gagnerait pas à être complété de mesures d'évaluation¹¹.

3. Absence de restriction inutile des droits d'autrui

11. L'option retenue dans la proposition de loi d'imposer un quota absolu et inconditionnel sanctionné appelle, au regard du principe de proportionnalité¹² que traduit le dernier critère dégagé par la Cour constitutionnelle, les réserves suivantes.

12. Le système envisagé, en ce qu'il s'applique à des entreprises publiques économiques, à savoir celles régies par la loi du 21 mars 1991 précitée et à la Loterie Nationale, ne concerne que les administrateurs désignés par l'État belge. En d'autres termes,

¹⁰ Mme C. Burgeon, co-auteur de la proposition, a d'ailleurs précisé que « (...) l'imposition de quotas n'est pas une solution idéale devant se pérenniser » (rapport de la Chambre, *Doc. parl.*, 2010-2011, n° 53-211/4, p. 5).

¹¹ Voir, en ce sens, l'exposé de Mme Fr. Fastré, représentante de l'Institut pour l'Égalité des Femmes et des Hommes, lors des débats en commission de la Chambre (rapport de la Chambre, *op. cit.*, pp. 38-40).

¹² Voir S. VAN DROOGHENBROECK et I. HACHEZ, « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *Rev. b. dr. const.*, 2002, p. 168.

par le fait de la mesure, le législateur fédéral prévoit de limiter le seul pouvoir de nomination de l'autorité publique, ce en quoi il ne paraît pas critiquable ¹³.

Cependant, même conçue comme une limitation que l'autorité publique se donne à elle-même, la validité de la règle du quota, doit, en termes de proportionnalité, s'apprécier en droit interne au regard des articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que, sur le plan du respect du droit international et européen, en tenant compte notamment de la jurisprudence développée par la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après CJUE).

13. L'obligation imposée comme telle de respecter un quota de femmes ou d'hommes dans la composition du conseil d'administration d'une entreprise publique économique ou de la Loterie Nationale n'apparaît pas en soi de nature à restreindre inutilement les droits des uns ou des autres, mais à la condition :

- qu'elle permette une comparaison des titres et mérites des candidats de sexe différent ¹⁴ ;
- qu'elle n'oblige à choisir une personne d'un sexe déterminé que pour autant que cette personne présente des titres et mérites comparables à ceux d'un ou plusieurs autres candidats de l'autre sexe avec qui elle entre en concurrence et qui sont, comme elle, jugés aptes à la fonction à pourvoir.

La règle du quota ne peut en effet dispenser l'autorité publique investie du pouvoir de nomination de procéder à la comparaison des titres et mérites ¹⁵ et le respect de cette obligation doit apparaître de la motivation de l'acte de nomination.

Or, tel ne semble pas être nécessairement le cas dans le système instauré par la proposition de loi qui, par le fait de la fixation d'un quota absolu à respecter de manière inconditionnelle, pourrait aboutir à contraindre l'autorité publique investie du pouvoir de nomination à choisir une personne d'un sexe déterminé par le seul motif qu'elle est de ce sexe ¹⁶, c'est-à-dire indépendamment de ses titres et mérites.

¹³ Voir avis 41.765/1 donné le 19 décembre 2006 sur un projet devenu le décret de l'Autorité flamande du 13 juillet 2007 portant promotion d'une participation plus équilibrée d'hommes et de femmes dans les organes d'avis et d'administration de l'Autorité flamande (*Doc. parl.*, VI. Parl., 2006-2007, n° 1150/1, pp. 23-29).

¹⁴ Sur l'obligation de procéder à une comparaison des titres et mérites des candidats à une nomination comme administrateur d'une entreprise publique économique, voir C.E., MATTHIS, n° 118.044, 4 avril 2003.

¹⁵ C.E., VAN BRANTEGEM, n° 196.546, 1^{er} octobre 2009.

¹⁶ La nomination d'un administrateur pourrait même être compromise par le défaut d'un candidat du sexe requis pour assurer le respect du quota.

14. La CJUE a eu, à plusieurs reprises, l'occasion d'examiner la validité d'actions positives prises dans le secteur public pour promouvoir une répartition équilibrée des sexes en matière d'emploi.

15. Ainsi, dans l'arrêt Badeck, la CJUE a considéré ce qui suit :

« 22. (...) (L)a Cour a, au point 33 de l'arrêt Marschall, précité, jugé que, contrairement à la réglementation en cause dans l'affaire Kalanke, précitée, une réglementation nationale qui comporte une clause d'ouverture ne dépasse pas les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive si, dans chaque cas individuel, elle garantit aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin.

23. Il s'ensuit qu'une action qui vise à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées doit être considérée comme étant compatible avec le droit communautaire

- lorsqu'elle n'accorde pas de manière automatique et inconditionnelle la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins et

- lorsque les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats »¹⁷.

La notion de clause d'ouverture est qualifiée, dans la jurisprudence de la CJUE, comme la « clause selon laquelle les femmes ne doivent pas être promues par priorité si des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur »¹⁸.

L'application de cette jurisprudence à l'obligation faite, sans possibilité d'y déroger, de respecter un quota d'un tiers de femmes ou d'hommes dans un conseil d'administration tant dans le cas d'une entreprise publique économique que de la Loterie

¹⁷ CJUE, 28 mars 2000, n° C-158/97, Badeck e.a., *Jur. CJUE* 2000, I, 1875, concl. A. SAGGIO. Voir également CJUE 17 octobre 1995, n° C-450/93, Kalanke / Freie Hansestadt Bremen, *Jur. CJUE* 1995, I, 3051, considérant 23, concl. G. TESAURO; CJUE, 11 novembre 1997, n° C-409/95, Marschall / Land Nordrhein-Westfalen, *Jur. CJUE* 1997, I, 6363, considérant 33, concl. F. JACOBS et CJUE 6 juillet 2000, n° C-407/98, Abrahamsson, *Jur. CJUE* 2000, I-05539, considérant 20.

¹⁸ CJUE, BADECK e.a., précité, considérant 18.

Nationale emporte le risque sérieux de se heurter aux principes d'admissibilité d'une action positive en faveur des personnes d'un sexe déterminé tels que les a dégagés la CJUE ¹⁹. En effet, le respect d'un tel quota peut conduire, dans certaines situations, à choisir un administrateur du sexe requis pour l'unique raison que le quota n'est pas atteint. Ce choix se fera donc indépendamment d'une appréciation objective des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats, une priorité devant, aux termes de la loi, être accordée à ce candidat même s'il est sous-qualifié par rapport à d'autres dès lors que ceux-ci sont de l'autre sexe ²⁰.

16. En conclusion, si le dispositif de la proposition de loi poursuit un objectif qui s'inscrit dans les prévisions de la notion d'action positive au sens où l'entendent tant le droit interne que le droit international et, plus particulièrement, européen, à savoir promouvoir une présence mieux équilibrée des femmes et des hommes dans les organes dirigeants des entreprises publiques économiques ainsi qu'à la Loterie Nationale, il n'en demeure pas moins que, pour assurer la conformité de la concrétisation de cet objectif aux normes supérieures de droit, il s'indiquerait d'adapter le dispositif de la proposition de loi en assortissant le quota, par exemple, d'une clause d'ouverture ²¹. Ceci paraît d'autant plus indiqué que la sanction prévue du non-respect du quota est celle de la nullité de la nomination de l'administrateur opérée en méconnaissance de la règle du quota.

¹⁹ Pour une synthèse de la jurisprudence de la CJUE, voir D. CUYPERS et C. VAN VYVE, « De criteria voor positieve actie in de rechtspraak van de hoogste rechtscollages », in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Bruges, Die Keure, 2010, p. 272 ; M. DE VOS, « Positieve actie en discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht », in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Bruges, Die Keure, 2008, p. 316.

²⁰ Voir, quant à la règle du quota appliquée au Conseil supérieur de la Justice, les constatations du Comité des droits de l'homme du 7 juillet 2004, *Jacobs c. Belgique*, n° 943/2000 (CCPR/C/81/D/943/2000).

²¹ Ce faisant d'ailleurs, le texte répondra plus adéquatement aux déclarations faites, lors des travaux préparatoires, quant à la portée de la proposition de loi. En effet, à la question de savoir ce qu'il faut entendre par « équivalence des personnes » conçues comme l'un des critères de compatibilité d'une action positive au regard du droit européen, la représentante de la vice-première ministre et ministre de l'Emploi et de l'Égalité des chances a expliqué qu'« il faut éviter de placer la barre plus bas pour certaines personnes, en exigeant de leur part des critères de qualification moindre. Il faut partir du principe que toutes les personnes sont équivalentes et qu'elles doivent donc aussi avoir des compétences comparables pour accéder à certaines fonctions », propos par ailleurs confirmés par différents députés en commission (rapport de la Chambre, *op. cit.*, pp. 89 et 90). Voir, dans le même sens, le décret de l'Autorité flamande du 13 juillet 2007 précité qui, en son article 5, prévoit la possibilité de déroger au quota d'un tiers lorsqu'il est impossible de le satisfaire. L'arrêté du Gouvernement flamand du 26 octobre 2007 fixant la procédure d'exception pour une participation plus équilibrée de femmes et d'hommes dans les organes d'avis et d'administration de l'Autorité flamande, précise la procédure à suivre pour obtenir une telle dérogation.

B. Les sociétés cotées

1. Le principe du quota

17. La règle du quota appliquée aux sociétés cotées est de nature, comme pour les entreprises publiques économiques et la Loterie Nationale, à constituer une atteinte au principe de l'égalité de traitement et de non-discrimination garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution.

Les observations formulées ci-avant sous les numéros 9 et 10 peuvent dès lors être réitérées ici en ce qui concerne la conformité de la mesure du quota à ce premier principe.

18. Plus fondamentalement, toutefois, cette règle du quota soulève, au regard de la liberté d'association garantie notamment par l'article 27 de la Constitution, d'importantes réserves qui tiennent à la philosophie même du fonctionnement des sociétés anonymes tel que conçu aujourd'hui, qui traduit cette liberté dans le Code des sociétés.

19. Par la règle du quota que l'article 518*bis*, proposé du C. Soc. établit en mettant son respect à charge du conseil d'administration et en prévoyant que les décisions de ce dernier seront nulles dès lors que celui-ci a méconnu la règle, le législateur semble partir de l'idée selon laquelle c'est le conseil d'administration qui désigne – au terme d'une sorte de « cooptation » – les personnes qui le composent ²².

Or, le seul rôle du conseil d'administration est de soumettre à l'assemblée générale des actionnaires ²³ des propositions de nomination des administrateurs ²⁴ qui, en application de l'article 518, § 2, du C. Soc., sont nommés par elle.

²² Le principe de la désignation des administrateurs par l'assemblée générale connaît une exception lorsqu'un poste devient vacant en cours d'exercice du mandat : les autres administrateurs ont le droit d'y pourvoir provisoirement ; l'assemblée générale procède alors à l'élection définitive lors de sa première réunion et l'administrateur nommé achève le mandat de celui qu'il remplace (article 519 du C. Soc.).

²³ C'est en revanche le conseil d'administration qui désigne les membres du comité de direction, auquel il délègue une partie de ses prérogatives (article 524*bis* du C. Soc.).

²⁴ Voir l'article 533, § 1^{er}, alinéa 5, du C. Soc., aux termes duquel l'ordre du jour de l'assemblée générale de toute société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne, doit contenir l'indication des propositions de décision.

Selon cet article 518 du C. Soc., les administrateurs – qu’ils soient exécutifs²⁵ ou non exécutifs – sont non seulement nommés par l’assemblée générale des actionnaires mais aussi toujours révocables par elle : cette règle – considérée comme relevant de l’ordre public²⁶ – est celle de la révocabilité *ad nutum*, c’est-à-dire à tout moment, sans préavis, ni motif ni indemnité.

Ce faisant, le droit des sociétés anonymes affirme le principe de la souveraineté de l’assemblée générale, qui n’est lui-même rien d’autre que la concrétisation de la liberté d’association garantie par l’article 27 de la Constitution. Le droit de s’associer implique celui de choisir la forme du groupement et les membres de ses organes.

Dans cette conception, la liberté de choix de l’assemblée générale – de nommer ou ne pas nommer telle personne proposée par le conseil d’administration ou de choisir une personne parmi deux ou plusieurs personnes proposées par le conseil d’administration – doit être préservée, sous réserve du respect de l’intérêt social, critère ultime de la validité de toute décision sociale, qui est d’assurer la continuité, le développement et la croissance de la société.

20. Lorsque le législateur énonce une exigence d’indépendance dans le chef de certains administrateurs de sociétés cotées, il ne va pas jusqu’à remettre en cause la liberté de choix de l’assemblée générale des actionnaires²⁷. Est visée ici l’hypothèse de la nomination d’administrateurs indépendants²⁸, qui seront membres du comité d’audit (article 526*bis* du C. Soc.) et du comité de rémunération (article 526*quater* du C. Soc.) et qui interviendront dans le cadre de conflits d’intérêts intra-groupes (article 524*bis* du C. Soc.).

²⁵ L’article 526*bis*, § 3, du C. Soc. contient une présomption selon laquelle est exécutif le membre du conseil d’administration qui est membre du comité de direction ou qui s’est vu déléguer la gestion journalière. Hors ces hypothèses, il faut vérifier au cas par cas si l’administrateur peut être considéré comme étant exécutif ou non (cumul du statut d’administrateur et de cadre dirigeant).

²⁶ Cass., 13 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, 825 et *R.C.J.B.*, 1991, p. 205 ; Cass., 22 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 543 ; *R.C.J.B.*, 1981, p. 495 ; Gand, 2 juin 2003, *T.R.V.*, 2003, p. 595, note J. VANANROYE ; Gand 20 janvier 2003, *T.R.V.*, 2003, p. 667, note D. VAN GERVEN ; A. BENOIT-MOURY, « Organisation des pouvoirs au sein des S.A. et des S.P.R.L. », *Ann. Dr. Lg.*, 1982, p. 272 ; D. VAN GERVEN, « Het ontslag van bestuurders van een N.V. », *T.R.V.*, 1999, p. 171, n° 2.

²⁷ Comm. Bruxelles, 21 décembre 1998, *T.R.V.*, 1999, p. 105, *R.D.C.*, 2000, p. 401, note E. WYMEERSCH.

²⁸ L’article 526*ter* du C. Soc. prévoit des exigences minimales d’indépendance qui se traduisent par l’absence de liens fonctionnels, personnels, professionnels, commerciaux et financiers de ces administrateurs avec la société elle-même, ses actionnaires majoritaires, ses administrateurs ou son management.

Certes, des aménagements statutaires relatifs à la désignation des administrateurs sont admis mais dans la même mesure, à savoir pour autant que l'assemblée générale des actionnaires conserve sa liberté de choix, dans le respect du principe du libre exercice du droit de vote par les actionnaires et sous réserve d'un éventuel détournement de pouvoir ou abus de majorité. Les statuts peuvent ainsi prévoir que les administrateurs sont censés présenter certaines qualités ou compétences (par exemple : diplômes, expérience, carnet d'adresses, influence, compétences techniques ou psychologiques, etc.)²⁹.

Aussi longtemps que l'assemblée générale des actionnaires peut poser un choix effectif, il est également concevable qu'elle désigne les administrateurs en se basant sur des listes de candidats établies par différents groupes d'actionnaires³⁰ (hypothèse des conventions d'actionnaires prévoyant une représentation minoritaire au sein du conseil) ou sur une liste de candidats établie par le conseil d'administration sur recommandation du comité de nomination³¹.

21. En conclusion, la question se pose de savoir si en imposant aux assemblées générales d'actionnaires des sociétés cotées l'obligation de respecter un quota absolu et inconditionnel de membres d'un sexe déterminé dans la composition du conseil d'administration alors qu'elles ont jusqu'à présent arrêté cette composition en toute liberté, la proposition de loi à l'examen ne remet pas fondamentalement en cause les règles actuelles qui régissent le droit des sociétés anonymes dès lors que celles-ci s'organisent autour du principe de la souveraineté de l'assemblée générale des actionnaires et concrétisent ainsi la liberté d'association.

Le législateur devrait s'interroger sur la technique qu'il utilise pour introduire un tel système dans un ensemble aujourd'hui cohérent tant quant à ses fondements que quant à l'articulation de son dispositif.

²⁹ J. HEENEN, « Le choix des administrateurs », *R.P.S.*, 1956, p. 65.

³⁰ Comm. Bruges, 3 décembre 1992, *T.R.V.*, 1993, p. 30 ; Comm. Bruges (réf.), 15 juillet 1993, *T.R.V.*, 1995, p. 123 ; Comm. Bruxelles, 21 décembre 1998, *R.D.C.*, 2000, p. 401 et note E. WYMEERSCH.

³¹ Le Code belge de gouvernance d'entreprise recommande aux sociétés cotées de constituer un « comité de nomination » dont les membres sont majoritairement des administrateurs non exécutifs indépendants et dont la présidence est assurée par le président du conseil d'administration ou par un autre administrateur non exécutif. Que l'initiative provienne du comité lui-même, du CEO, des actionnaires ou du conseil d'administration, le comité formule des recommandations au conseil pour la nomination des administrateurs, du CEO et des autres membres du management exécutif, et il veille à ce que le processus de nomination et de réélection soit organisé objectivement et professionnellement (Annexe D 5.3./4. du Code). En vue de renforcer l'objectivité de ce comité, le Code 2009 l'invite à réexaminer périodiquement les critères qu'il fixe et à évaluer sa propre efficacité. Dès lors que la nomination porte sur un administrateur exécutif ou le management exécutif, le comité de nomination est invité à consulter le CEO.

Il serait judicieux de placer cet examen dans le cadre d'une réflexion plus large sur la compétence et l'efficacité des conseils d'administration des sociétés dont les actions sont cotées en bourse, compte tenu des règles de gouvernance d'entreprise, en veillant à la composition adéquate des conseils d'administration. Dans cet ordre d'idées, il s'indiquerait d'ériger, en principe, la règle du quota et de la concevoir comme un objectif à atteindre en l'assortissant, comme le fait l'article 3 de la proposition qui complète l'article 96, § 2, alinéa 1^{er}, du C. Soc., par un 6°, de l'obligation de donner, dans la déclaration de gouvernance d'entreprise, un aperçu des efforts consentis pour promouvoir la présence équilibrée d'hommes et de femmes dans le conseil d'administration de la société concernée et, partant, viser à atteindre l'objectif fixé.

2. La sanction du non-respect du quota

22. L'article 518*bis*, § 2, proposé du C. Soc. prévoit la nullité des décisions prises par un conseil d'administration irrégulièrement constitué suite au non-respect du quota ³².

23. Il apparaît d'emblée qu'une telle sanction est de nature à entraîner des dysfonctionnements graves, voire une paralysie totale du fonctionnement de la société, pouvant compromettre la continuité des activités de l'entreprise, dans la mesure où tous les actes d'administration sont frappés de nullité tant que n'aura pas été constitué un conseil d'administration qui respecte l'équilibre entre hommes et femmes tel que requis par loi ³³.

Dans cette mesure, la sanction de la nullité des décisions du conseil d'administration de la société cotée constitue une atteinte disproportionnée à la liberté d'association garantie par l'article 27 de la Constitution.

³² À noter que, lors de l'élaboration de la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011, le législateur français avait envisagé une telle sanction avant de renoncer à cette « cascade de nullités » et de prévoir expressément que la nullité des nominations « n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé » (articles L. 225-18-1, alinéa 2 et L. 225-69-1, alinéa 2, du Code de commerce français). Voir A. CHARVERIAT, « De quelques difficultés relatives à la nullité d'une décision sociale irrégulière », *Rev. soc.*, 2010, p. 213.

³³ Dans une interprétation stricte de la proposition, le conseil d'administration irrégulièrement composé n'aurait même plus la possibilité de convoquer une assemblée générale des actionnaires en vue de constituer un conseil d'administration équilibré.

24. En outre, une telle sanction n'est pas conforme au droit européen.

En effet, dans le cadre de la directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 tendant à coordonner pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, alinéa 2, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (ci-après la directive), qui a remplacé la première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, le législateur européen a voulu, dans un souci de protection des tiers, éviter une remise en cause par la société de certains actes et décisions émanant de ses organes.

Ainsi, l'article 9 de la directive dispose qu'une éventuelle irrégularité dans la nomination des personnes qui détiennent, en qualité d'organe, le pouvoir d'engager la société est inopposable aux tiers qui n'avaient pas connaissance de l'irrégularité dès lors que les formalités de publicité ont été dûment accomplies³⁴. Par conséquent, dans la mesure où elle permettrait à la société de se prévaloir, à l'égard de tiers, de la nullité des décisions du conseil d'administration dont la composition n'est pas conforme au quota légal, la proposition à l'examen méconnaît l'article 9 de la directive.

25. En conclusion, il y a lieu de revoir la sanction de la nullité des décisions du conseil d'administration qui, pour les sociétés cotées, assortit la règle du quota.

26. À cet égard, la question se pose de savoir si la nullité des nominations d'administrateurs décidées sans respecter le quota légal ne pourrait pas, comme elle l'est pour les entreprises publiques économiques et la Loterie Nationale, être envisagée comme la seule sanction à prévoir³⁵.

Si ce type de sanction apparaît plus réaliste, sa portée s'avère cependant limitée.

En effet, la remise en cause de ces nominations impliquerait qu'une partie intéressée agisse en nullité contre telle ou telle décision de l'assemblée générale des actionnaires, en invoquant l'article 64, 5°, du C. Soc. aux termes duquel « (e)st frappée de nullité, la décision prise par une assemblée générale (...) pour tout autre cause prévue dans le présent code ».

³⁴ Voir en ce sens également l'article 77 du C. Soc.

³⁵ Comparez avec la loi française précitée du 27 janvier 2011, qui prévoit la suspension du versement des jetons de présence pour l'ensemble des administrateurs.

Ni la société ni les associés ne pourraient se prévaloir de cette nullité à l'égard des tiers de bonne foi car, selon l'article 180 du C. Soc., lorsque la nullité d'une décision d'assemblée générale est de nature à porter atteinte aux droits acquis de bonne foi par un tiers à l'égard de la société, sur la base de la décision querellée, le tribunal peut déclarer « sans effet la nullité à l'égard de ces droits », sous réserve du droit du demandeur à des éventuels dommages-intérêts ³⁶.

Enfin, ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, aux termes de l'article 77 du C. Soc., l'accomplissement des formalités de publicité relatives aux personnes qui, en qualité d'organe de la société, ont le pouvoir de l'engager, rend toute irrégularité dans leur nomination inopposable aux tiers, à moins que la société ne prouve que ces tiers en avaient connaissance.

27. C'est compte tenu de ces observations générales que les observations particulières suivantes sont formulées.

III. OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Articles 2 et 4

(Articles 18, § 2*bis*, proposé de la loi du 21 mars 1991 précitée, et 518*bis*, proposé du C. Soc.)

28. La proposition instaure un régime distinct pour les entreprises publiques économiques, d'une part, et pour les sociétés cotées, d'autre part : le quota d'un tiers est calculé dans le premier cas sur la base du nombre d'administrateurs désignés par les pouvoirs publics, tandis que pour les sociétés cotées, le calcul se fait sur la base de l'ensemble du conseil d'administration. La proposition ne précise pas comment ces deux dispositions s'articulent dans l'hypothèse où une entreprise publique économique est également une société cotée ³⁷. Faut-il, dans ce cas, appliquer les deux régimes de manière cumulative, et calculer par conséquent le quota d'un tiers tant sur la base des administrateurs désignés par les pouvoirs publics que sur l'ensemble du conseil d'administration ? Les auteurs de la proposition veilleront à préciser ce point.

³⁶ Voir l'article L. 235-12 du Code de commerce français.

³⁷ C'est actuellement le cas de Belgacom, S.A. de droit public.

Article 4

(Article 518bis, proposé, du C. Soc.)

29. Les seules sociétés visées par l'obligation de respecter un quota sont celles « dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé visé à l'article 4 (du C. Soc) ».

Ce faisant, la proposition établit donc une différence de traitement entre ces sociétés et celles dont d'autres titres (par exemple, des obligations) sont admis aux négociations sur un marché réglementé, sans pour autant qu'aient été explicitées, au cours des travaux préparatoires, les raisons qui justifient cette distinction.

Il conviendrait, au regard du principe d'égalité et de non-discrimination garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution, que le législateur soit en mesure de préciser les motifs qui sous-tendent le choix ainsi opéré ³⁸.

30. La proposition ne précise pas dans quelle mesure elle vise également l'hypothèse où un mandat d'administrateur est exercé par une personne morale. À cet égard, il y a lieu d'attirer l'attention du législateur sur l'article 61, § 2, du C. Soc., aux termes duquel un administrateur personne morale est tenu de désigner, parmi ses associés, gérants, administrateurs, membres du conseil de direction ou travailleurs, un « représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission » au nom et pour le compte de la personne morale. Ce représentant est soumis aux mêmes conditions et encourt les mêmes responsabilités que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale représentée. Celle-ci peut révoquer son représentant mais doit alors désigner simultanément son successeur ³⁹.

Quelle sera l'incidence, sur le calcul des quotas légaux, de la présence d'administrateurs personnes morales – n'appartenant *a priori* à aucun sexe – et des remplacements de leurs représentants permanents (hommes ou femmes), auxquels ils sont en droit de procéder ?

³⁸ Voir l'avis 45.576/AG du 6 janvier 2009 donné sur un avant-projet de loi « visant à améliorer les règles de fonctionnement des organes sociaux, notamment par l'introduction d'une déclaration de gouvernement d'entreprise et d'un comité de rémunération dans le Code des sociétés, par la limitation de l'indemnité de départ pour certains mandataires sociaux et par la réforme du régime des interdictions professionnelles dans le secteur bancaire et financier » (non publié).

³⁹ La désignation et la cessation des fonctions du représentant permanent sont soumises aux mêmes règles de publicité que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre.

L'administrateur personne morale sera-t-il également tenu de respecter les quotas imposés lorsqu'il désigne ou remplace son représentant permanent ?

Dans quelle mesure la décision unilatérale prise par un administrateur personne morale de procéder, en cours de mandat, à un changement de représentant, est-elle susceptible de remettre en cause la validité de sa désignation en qualité d'administrateur ou de contraindre un autre administrateur de démissionner pour rétablir l'équilibre légal entre les sexes ?

Dans un souci de cohérence interne mais également de sécurité juridique, il conviendrait que le législateur apporte des réponses à ces questions.

Article 6

31. Du point de vue de la cohérence interne et de la sécurité juridique, il est indiqué d'incorporer la sanction prévue à l'article 6, § 2, alinéa 3, de la proposition dans l'article 518*bis*, § 1^{er}, du C. Soc. (article 4 de la proposition). De cette façon, la lisibilité de l'article 6 de la proposition sera améliorée puisqu'il régira uniquement l'entrée en vigueur échelonnée des dispositions de la proposition de loi.

I. ONDERWERP EN STREKKING VAN HET WETSVORSTEL

A. Werkingssfeer van het wetsvoorstel

1. Het wetsvoorstel strekt ertoe een evenwichtige aanwezigheid van vrouwen en mannen te garanderen in de raad van bestuur van:

- ondernemingen die binnen de werkingssfeer vallen van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, namelijk Infrabel en de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen¹, bpost en Belgocontrol (artikel 2 van het voorstel)²;
- naamloze vennootschappen waarvan de aandelen toegelaten zijn tot de verhandeling op een gereguleerde markt bedoeld in artikel 4 van het Wetboek van Vennootschappen (hierna te noemen “genoteerde vennootschappen”) (artikel 4 van het voorstel);
- de Nationale Loterij (artikel 5 van het voorstel).

B. Verplichting tot diversificatie van de samenstelling van de raad van bestuur³

2. In het wetsvoorstel wordt bepaald dat de raad van bestuur van de bedrijven waarop het betrekking heeft voor ten minste een derde moet bestaan uit leden van het andere geslacht dan dat van de overige leden.

In de economische overheidsbedrijven en de Nationale Loterij heeft die verplichting alleen betrekking op de leden die door de Belgische Staat worden aangewezen (voorgesteld artikel 18, § 2*bis*, van de voornoemde wet van 21 maart 1991, en voorgesteld artikel 8, § 1, tweede lid (nieuw), van de wet van 19 april 2002 tot rationalisering van de werking en het beheer van de Nationale Loterij). Voor de genoteerde vennootschappen geldt die verplichte aanwezigheid van een derde van leden van het andere geslacht dan dat van de

¹ Wat de NMBS Holding betreft, is bij artikel 162*bis*, dat bij de wet van 22 maart 2002 in de voornoemde wet van 21 maart 1991 is ingevoegd, bepaald dat de raad van bestuur voor ten minste een derde uit leden van het andere geslacht moet bestaan.

² Op te merken valt dat Belgacom weliswaar een autonoom overheidsbedrijf is, maar tegelijk ook een genoteerde vennootschap is.

³ Die verplichting gaat gepaard met de verplichting opgelegd bij artikel 3 van het voorstel (voorgesteld artikel 96, § 2, eerste lid, 6°, van het Wetboek van Vennootschappen, hierna W. Venn.) om in de verklaring inzake deugdelijk bestuur dat in het jaarverslag moet voorkomen, een overzicht te geven van de inspanningen die de genoteerde vennootschap geleverd heeft ter bevordering van een evenwichtige aanwezigheid van mannen en vrouwen in de raad van bestuur.

overige leden voor alle leden waaruit de raad van bestuur bestaat (voorgesteld artikel 518*bis*, § 1, van het W. Venn.).

C. Straf op de niet-naleving van de diversificatieverplichting

3. De straf die staat op het niet-naleven van de verplichting tot diversificatie van de samenstelling van de raad van bestuur verschilt naargelang het bedrijf een economisch overheidsbedrijf, de Nationale Loterij of een genoteerde vennootschap is.

In de eerste twee gevallen is alleen de benoeming van het lid van de raad van bestuur nietig (voorgesteld artikel 18, § 2*bis*, van de voornoemde wet van 21 maart 1991, en voorgesteld artikel 8, § 1, tweede lid (nieuw), van de voornoemde wet van 19 april 2002).

Wanneer het om een genoteerde vennootschap gaat, is in twee soorten straffen voorzien: enerzijds de nietigheid van de benoemingen die met schending van dat quorum zijn verleend en anderzijds de nietigheid van de beslissingen van de onregelmatig samengestelde raad van bestuur (voorgesteld artikel 518*bis*, § 2, van het W. Venn.).

D. Uitwerking

4.1. De raad van bestuur van de economische overheidsbedrijven die in het wetsvoorstel vermeld worden, en die van de Nationale Loterij zullen voor ten minste een derde moeten bestaan uit leden van het geslacht dat in die raden het minst vertegenwoordigd is, en zulks vanaf de eerste dag van het boekjaar dat aanvangt na de bekendmaking van deze wet in het Belgisch Staatsblad (artikel 6, § 4, van het voorstel) en de nietigheid die als straf voor elke benoeming zal gelden, zal vanaf dezelfde datum ingaan ⁴.

4.2. Wat de genoteerde vennootschappen betreft, wordt een onderscheid gemaakt naargelang het gaat om de verplichting tot diversificatie ten belope van een derde of om de straf voor het niet-naleven van die verplichting.

⁴ In artikel 6, § 1, van het voorstel wordt eveneens bepaald dat op die datum in werking treedt de wijziging die bij artikel 3 van het voorstel in artikel 96, § 2, eerste lid, van het W. Venn. wordt aangebracht door de invoeging van een voorgesteld onderdeel 6°, betreffende het overzicht van de inspanningen die de genoteerde vennootschap geleverd heeft ter bevordering van een evenwichtige aanwezigheid van mannen en vrouwen in haar raad van bestuur.

De diversificatieverplichting geldt vanaf de eerste dag van het zesde boekjaar dat aanvangt na de bekendmaking van de wet in het Belgisch Staatsblad (artikel 6, § 2, eerste lid, van het voorstel) ⁵.

Er wordt evenwel voorzien in een uitzondering wat betreft de naamloze vennootschappen waarvan de aandelen ter beurze genoteerd zijn op een markt waarvan de waarde van de vrij verhandelbare aandelen minder dan 50% bedraagt en wat betreft de vennootschappen die op geconsolideerde basis aan ten minste twee van de volgende criteria voldoen:

- gemiddeld aantal werknemers gedurende het betrokken boekjaar van minder dan 250 personen;
- balanstotaal van minder dan of gelijk aan 43 000 000 euro;
- jaarlijkse netto-omzet van minder dan of gelijk aan 50 000 000 euro.

In dat geval gaat de diversificatieverplichting ten belope van een derde pas in vanaf de eerste dag van het achtste boekjaar dat aanvangt na de bekendmaking van de wet in het Belgisch Staatsblad (artikel 6, § 2, tweede lid, van het voorstel).

Op de niet-naleving van de regel vervat in het voorgestelde artikel 518bis, § 1, van het W. Venn. worden in het voorstel twee straffen gesteld:

- de nietigheid van de benoemingen (vanaf de eerste dag van het zesde/achtste boekjaar na de bekendmaking van de wet).

In artikel 6, § 2, derde lid, van het wetsvoorstel wordt bepaald dat zodra het voorgestelde artikel 518bis, § 1, van het W. Venn. in werking getreden is en het vereiste minimumaantal bestuurders van een ander geslacht dan dat van de overige bestuurders niet bereikt is, de eerstvolgende bestuurder die benoemd wordt van dat geslacht dient te zijn. Zo niet, is zijn benoeming nietig ⁶;

⁵ In het voorgestelde artikel 518bis, § 3, van het W. Venn. (artikel 4 van het voorstel) wordt een afwijkende regel gesteld wat betreft naamloze vennootschappen waarvan de aandelen voor het eerst toegelaten worden op een gereglementeerde markt.

⁶ Hetzelfde geldt voor elke benoeming die ertoe leidt dat het aantal van die bestuurders van een ander geslacht tot onder dit vereiste minimumaantal daalt.

- de nietigheid van de beslissingen van de raad van bestuur (vanaf de eerste dag van het zevende/negende boekjaar⁷ na de bekendmaking van de wet).

Krachtens het voorgestelde artikel 518bis, § 2, van het W. Venn. moet, wanneer het aantal bestuurders van een ander geslacht kleiner is dan het wettelijk minimum, de eerstvolgende algemene vergadering een raad van bestuur samenstellen overeenkomstig paragraaf 1 van dat artikel. Zo niet, zijn de beslissingen van de raad van bestuur nietig.

II. ALGEMENE OPMERKINGEN

5. Het wetsvoorstel strekt ertoe een evenwichtige aanwezigheid van mannen en vrouwen te bevorderen in de raad van bestuur van de ondernemingen die binnen de werkingssfeer ervan vallen door te bepalen dat die raad van bestuur voor een bepaald percentage bestaat uit leden van het andere geslacht dan dat van de overige leden, een percentage waarvoor gewoonlijk het woord “quotum” gebruikt wordt.

Maatregelen in die zin moeten afzonderlijk onderzocht worden naargelang ze gelden voor economische overheidsbedrijven – waartoe ook de Nationale Loterij gerekend wordt - of voor genoteerde vennootschappen.

A. De economische overheidsbedrijven en de Nationale Loterij

6. Het vaststellen van een verplichting om zich te houden aan een quotum van leden in de raad van bestuur bij economische overheidsbedrijven en de Nationale Loterij beantwoordt aan de definitie van “positieve actie” die gehanteerd wordt in verscheidene wetgevingen die op intern niveau uitgevaardigd zijn, namelijk dat het gaat om een specifieke maatregel om de nadelen verband houdende met het geslacht te voorkomen of te compenseren, met het oog op het waarborgen van een volledige gelijkheid in de praktijk⁸.

⁷ Onder dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor het in aanmerking komen voor de afwijking van de diversificatieplicht, zal de straf van de nietigheid der beslissingen van de raad van bestuur pas ingaan vanaf de eerste dag van het negende boekjaar dat aanvangt na de bekendmaking van de wet in het Belgisch Staatsblad (artikel 6, § 3, tweede lid, van het voorstel).

⁸ Zie bijvoorbeeld artikel 5, 11°, van de wet van 10 mei 2007 ter bestijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen. Zie eveneens, in het internationaal recht betreffende de rechten van de mens, de “tijdelijke bijzondere maatregelen” waarvan sprake is in artikel 4 van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen.

7. De regeling die in het wetsvoorstel naar voren wordt geschoven, dient dan ook beoordeeld te worden in het licht van de voorwaarden die het Grondwettelijk Hof gesteld heeft in verband met de verenigbaarheid van een maatregel van "positieve actie" met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie:

"B.22.2. Een maatregel van positieve actie kan slechts worden genomen wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- (1) er moet een kennelijke ongelijkheid zijn;
- (2) het verdwijnen van die ongelijkheid moet als een te bevorderen doelstelling worden aangewezen;
- (3) de maatregel van positieve actie moet van tijdelijke aard zijn en van die aard dat hij verdwijnt zodra de beoogde doelstelling is bereikt;
- (4) de maatregel van positieve actie mag de rechten van derden niet onnodig beperken (artikel 10, § 2, van de Antiracismewet, artikel 10, § 2, van de Algemene Antidiscriminatiewet en artikel 16, § 2, van de Genderwet).

B.22.3. In het verleden heeft het Hof aanvaard dat de wetgever maatregelen van positieve actie neemt indien zij juist ertoe strekken een bestaande ongelijkheid te verhelpen. Toch moeten dergelijke «corrigerende ongelijkheden», om bestaanbaar te zijn met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, slechts in die gevallen worden toegepast waarin een kennelijke ongelijkheid blijkt, moet het verdwijnen van die ongelijkheid als een te bevorderen doelstelling worden aangewezen, moeten de maatregelen van tijdelijke aard zijn en verdwijnen wanneer het door de wetgever beoogde doel eenmaal is bereikt en mogen zij niet onnodig andermans rechten beperken (arrest nr. 9/94 van 27 januari 1994, B.6.2; arrest nr.42/97 van 14 juli 1997, B 20; arrest nr. 157/2004 van 6 oktober 2004, B.79).

(...)

B.23.1. Artikel 10, derde lid, van de Grondwet bepaalt dat de gelijkheid van mannen en vrouwen is gewaarborgd. Krachtens artikel 11*bis*, eerste lid, van de Grondwet waarborgen de wet, het decreet of de in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel voor mannen en vrouwen de gelijke uitoefening van hun rechten en vrijheden.

Die bepalingen nopen de wetgevers tot bijzondere voorzichtigheid wanneer zij een verschil in behandeling invoeren of toestaan op grond van het geslacht.

B.23.2. Door maatregelen van positieve actie aan de voormelde criteria te onderwerpen, heeft de wetgever een bijzonder nauwlettend toezicht op die maatregelen mogelijk gemaakt dat de rechter in staat stelt om in elk concreet geval na te gaan of aan het fundamentele beginsel van de gelijkheid van de geslachten afbreuk wordt gedaan"⁹.

⁹ Grondwettelijk Hof, arrest 17/2009 van 12 februari 2009.

8. In het licht van deze criteria van aanvaardbaarheid geeft de quotumregel aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1. Bestaan van een kennelijke ongelijkheid waarvan het verdwijnen de te bevorderen doelstelling is

9. In het licht van de parlementaire voorbereiding kan aanvaard worden dat het bestaan van een kennelijke ongelijkheid genoegzaam aangetoond is en dat het opgelegde quotum hoofdzakelijk als bedoeling heeft de ondervertegenwoordiging van vrouwen in de leidinggevende organen van bepaalde ondernemingen stapsgewijze te verhelpen.

In die mate is de quotumregel in principe een regeling die niet alleen aanvaard kan worden in het licht van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie maar die eveneens dienstig is voor het doel dat de wetgever zich duidelijk gesteld heeft.

2. Tijdelijke maatregel

10. Artikel 6 van het voorstel voorziet in geen enkele tijdsbeperking voor de toepassing van de quotumregel.

Het is duidelijk dat zodra het quotum van een derde bereikt wordt, er geen reden meer is waarom een dergelijk dispositief nog uitwerking zou hebben¹⁰. De vraag rijst echter of het dispositief niet beter zou worden aangevuld met evaluatiemaatregelen, opdat de wetgever zich zou kunnen uitspreken over de impact ervan¹¹.

¹⁰ Mevrouw C. Burgeon, mede-indiener van het voorstel, heeft er trouwens op gewezen dat "(...) het opleggen van quota geen ideale en eeuwig aan te houden oplossing vormt" (verslag van de Kamer, *Parl. St.* Kamer 2010-2011, nr. 53-211/4, 5).

¹¹ Zie, in deze zin, de uiteenzetting van mevrouw Fr. Fastré, vertegenwoordigster van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen, tijdens de debatten in commissie van de Kamer (verslag van de Kamer, *op. cit.*, 38-40).

3. Geen onnodige beperking van de rechten van derden

11. De mogelijkheid die in het wetsvoorstel wordt opgenomen om een absoluut en onvoorwaardelijk quotum op te leggen waaraan sancties verbonden zijn, geeft aanleiding tot het volgende voorbehoud ten aanzien van het evenredigheidsbeginsel¹², weergegeven in het laatste criterium dat het Grondwettelijk Hof naar voren brengt.

12. Het beoogde systeem betreft slechts de bestuurders die door de Belgische Staat worden aangewezen, doordat het geldt voor economische overheidsbedrijven, met name die welke geregeld worden door de voornoemde wet van 21 maart 1991, en voor de Nationale Loterij. Met andere woorden, door toedoen van de maatregel beperkt de federale wetgever alleen de benoemingsbevoegdheid van de overheidsinstantie. In dezen is hij niet aan kritiek onderhevig¹³.

Echter, zelfs indien de geldigheid van de quotumregel wordt opgevat als een beperking die de overheidsinstantie aan zichzelf oplegt, moet ze, in termen van evenredigheid, in het intern recht beoordeeld worden in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Tevens moet ze, op het stuk van de naleving van het internationaal en Europees recht, beoordeeld worden door met name rekening te houden met de door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna HvJEU genoemd) ontwikkelde rechtspraak.

13. De onverkort opgelegde verplichting om een quotum na te leven van vrouwen of mannen in de samenstelling van de raad van bestuur van een economisch overheidsbedrijf of van de Nationale Loterij, beknot, naar het zich laat aanzien, niet nodeloos de rechten van de enen of de anderen, echter op voorwaarde:

- dat deze verplichting een vergelijking mogelijk maakt van de aanspraken en verdiensten van de kandidaten van verschillend geslacht¹⁴;

¹² Zie S. VAN DROOGHENBROECK en I. HACHEZ, « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *Rev. b. dr. const.*, 2002, 168.

¹³ Zie advies 41.765/1, gegeven op 19 december 2006 over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het decreet van de Vlaamse overheid van 13 juli 2007 houdende bevordering van een meer evenwichtige participatie van vrouwen en mannen in advies- en bestuursorganen van de Vlaamse overheid (*Parl.St.* VI. Parl. 2006-2007, nr. 1150/1, 23-29).

¹⁴ Over de verplichting om de aanspraken en verdiensten te vergelijken van de kandidaten voor een benoeming als bestuurder van een economisch overheidsbedrijf, zie RvS, MATTHIS, nr. 118.044, 4 april 2003.

- dat door deze verplichting een persoon van een bepaald geslacht slechts moet worden gekozen voor zover de aanspraken en verdiensten van deze persoon vergelijkbaar zijn met die van een of meerdere andere kandidaten van het andere geslacht met wie hij wedijvert en die, zoals hij, geschikt worden bevonden voor de vacante functie.

De quotumregel kan de met benoemingsbevoegdheid beklede overheidsinstantie immers niet ontslaan van de verplichting de aanspraken en verdiensten te vergelijken¹⁵, en het naleven van deze verplichting moet blijken uit de motivering van de akte van benoeming.

Het laat zich echter niet aanzien dat zulks het geval is in de regeling die het wetsvoorstel invoert. Doordat het een absoluut quotum vaststelt dat onvoorwaardelijk moet worden nageleefd, zou het wetsvoorstel er kunnen toe leiden dat de met benoemingsbevoegdheid beklede overheidsinstantie een persoon kiest van een bepaald geslacht op grond alleen van het feit dat hij van dat geslacht is¹⁶, dat wil zeggen los van zijn aanspraken en verdiensten.

14. Het HvJEU heeft meermalen de gelegenheid gehad om de geldigheid te onderzoeken van positieve acties in de overheidssector ter bevordering van een evenwichtige verdeling van de geslachten inzake tewerkstelling.

15. Aldus heeft het HvJEU in het arrest Badeck het volgende geoordeeld:

“22. [...] het Hof [oordeelde] in punt 33 van het arrest Marschall, dat, anders dan de regeling die in het arrest Kalanke aan de orde was, een nationale regeling die een openingsclausule bevat, de grenzen van de uitzondering van artikel 2, lid 4, van de richtlijn niet overschrijdt indien zij, in elk individueel geval, mannelijke kandidaten met gelijke kwalificaties als vrouwelijke kandidaten waarborgt, dat de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met alle criteria betreffende de persoon van de sollicitanten en de aan vrouwelijke kandidaten toegekende voorrang buiten toepassing laat, wanneer één of meer van die criteria de balans ten gunste van de mannelijke kandidaat doen doorslaan.

23. Derhalve is een maatregel volgens welke vrouwelijke kandidaten in sectoren van de openbare dienst waarin zij ondervertegenwoordigd zijn, bij voorrang moeten worden bevorderd, verenigbaar met het gemeenschapsrecht,

¹⁵ RvS, VAN BRANTEGEM, nr. 196.546, 1 oktober 2009.

¹⁶ De benoeming van een bestuurder zou zelfs in het gedrang kunnen komen doordat er geen kandidaat van het vereiste geslacht is om het quotum na te leven.

- wanneer hij vrouwelijke kandidaten met een gelijke kwalificatie als hun mannelijke medekandidaten niet automatisch en onvoorwaardelijk voorrang verleent, en

- wanneer de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle kandidaten”¹⁷.

Het begrip “openingsclausule” wordt in de rechtspraak van het HvJEU omschreven als de “clausule [...] volgens welke vrouwen niet bij voorrang moeten worden bevorderd, indien met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen de balans in diens voordeel doen doorslaan”¹⁸.

De toepassing van deze rechtspraak op de opgelegde verplichting om, zonder mogelijkheid ervan af te wijken, een quotum na te leven van een derde vrouwen of mannen in een raad van bestuur zowel in het geval van een economisch overheidsbedrijf als in het geval van de Nationale Loterij, brengt het ernstige risico met zich mee dat die verplichting stuit op de principes van toelaatbaarheid van een positieve actie ten gunste van personen van een bepaald geslacht zoals het HvJEU ze duidelijk heeft gemaakt¹⁹. In een aantal situaties kan de naleving van een dergelijk quotum er immers toe leiden dat een bestuurder wordt gekozen die van het vereiste geslacht is, slechts omdat het quotum niet bereikt is. Deze keuze zal dus onafhankelijk van een objectieve beoordeling van de persoonlijke situatie van alle kandidaten worden gemaakt, omdat, luidens de wet, voorrang moet worden gegeven aan die kandidaat, zelfs al is hij ondergekwalificeerd ten opzichte van andere kandidaten, gegeven het feit dat deze andere kandidaten van het andere geslacht zijn²⁰.

¹⁷ HvJEU, 28 maart 2000, nr. C-158/97, Badeck e.a., *Jur.HvJ* 2000, I, 1875, concl. A. SAGGIO. Zie ook HvJEU, 17 oktober 1995, nr. C-450/93, Kalanke / Freie Hansestadt Bremen, *Jur.HvJ* 1995, I, 3051, overweging 23, concl. G. TESAURO; HvJEU, 11 november 1997, nr. C-409/95, Marschall / Land Nordrhein-Westfalen, *Jur.HvJ* 1997, I, 6363, overweging 33, concl. F. JACOBS en HvJEU, 6 juli 2000, nr. C-407/98, Abrahamsson, *Jur.HvJ* 2000, I 05539, overweging 20.

¹⁸ HvJEU, BADECK e.a., voornoemd arrest, overweging 18.

¹⁹ Voor een overzicht van de rechtspraak van het HvJEU, zie D. CUYPERS en C. VAN VYVE, “De criteria voor positieve actie in de rechtspraak van de hoogste rechtscollèges”, in C. BAYART, S. Sottiaux, S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2010, 272; M. DE VOS, “Positieve actie en discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht”, in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 316.

²⁰ Betreffende de regel van het quotum toegepast in de Hoge Raad voor Justitie, zie de vaststellingen van de Mensenrechtencommissie van 7 juli 2004, Jacobs t. België, nr. 943/2000 (CCPR/C/81/D/943/2000).

16. Tot besluit zij het volgende gesteld. Enerzijds streeft het dispositief van het wetsvoorstel een doelstelling na die overeenstemt met de bepaling van het begrip positieve actie zoals opgevat door zowel het intern als het internationaal en, meer bepaald, het Europees recht, namelijk het bevorderen van een evenwichtigere aanwezigheid van vrouwen en mannen in de bestuursorganen van de economische overheidsbedrijven en in de Nationale Loterij. Anderzijds lijkt het echter raadzaam het dispositief van het wetsvoorstel aan te passen door het quotum te koppelen aan, bijvoorbeeld, een openingsclausule, om er zeker van te zijn dat de concrete uitvoering van deze doelstelling strookt met de hogere rechtsnormen²¹. Dit lijkt des te meer aangewezen daar de straf die op het niet-naleven van het quotum staat, de nietigheid is van de benoeming van de bestuurder, gedaan met miskenning van de quotumregel.

B. Genoteerde vennootschappen

1. Het principe van het quotum

17. Toepassing van de quotumregel op genoteerde vennootschappen kan, zoals bij de economische overheidsbedrijven en de Nationale Loterij, een aantasting betekenen van het beginsel van gelijke behandeling en niet-discriminatie dat gewaarborgd wordt bij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

²¹ Aldus zal de tekst beter beantwoorden aan de verklaringen die tijdens de parlementaire voorbereiding zijn afgelegd over de reikwijdte van het wetsvoorstel. Op de vraag wat dient te worden verstaan onder “gelijkwaardigheid van personen” als een van de criteria voor de aanvaardbaarheid ten aanzien van het Europees recht van een positieve actie, heeft de vertegenwoordigster van de Vice-eerste minister en minister van Werk en Gelijke Kansen uitgelegd “dat men moet vermijden dat voor bepaalde personen de lat lager wordt gelegd doordat zij aan minder kwalificatievereisten moeten voldoen. Men dient ervan uit te gaan dat alle personen gelijkwaardig zijn en voor de toegang tot bepaalde functies dus ook vergelijkbare competenties moeten hebben”. Deze verklaring werd voorts bevestigd door verschillende afgevaardigden in de commissie (verslag van de Kamer, *op. cit.*, 89-90). Zie, daarbij aansluitend, het voornoemde decreet van de Vlaamse overheid van 13 juli 2007, waarvan artikel 5 in de mogelijkheid voorziet om af te wijken van het quotum van een derde als onmogelijk aan het quotum kan worden voldaan. Het besluit van de Vlaamse Regering van 26 oktober 2007 tot vaststelling van de uitzonderingsprocedure inzake een meer evenwichtige participatie van vrouwen en mannen in advies- en bestuursorganen van de Vlaamse overheid licht de te volgen procedure toe om een dergelijke afwijking te verkrijgen.

De opmerkingen die hierboven zijn gemaakt onder de nummers 9 en 10 kunnen hier bijgevolg herhaald worden met betrekking tot de vraag of de quotummaatregel in overeenstemming is met dat eerste beginsel.

18. Meer ten gronde evenwel geeft die quotumregel ten aanzien van de vrijheid van vereniging gewaarborgd onder meer bij artikel 27 van de Grondwet, aanleiding tot ernstige bedenkingen die verband houden met de filosofie zelf van de werkwijze van naamloze vennootschappen zoals die thans is opgevat, overeenkomstig welke filosofie die vrijheid is vastgelegd in het Wetboek van Vennootschappen.

19. Met de quotumregel die bij het voorgestelde artikel 518*bis* van het W.Venn. wordt ingevoerd, waarbij de raad van bestuur met de naleving van die regel wordt belast en bepaald wordt dat de beslissingen van die raad nietig zijn indien hij de regel niet heeft nageleefd, lijkt de wetgever uit te gaan van de idee dat de raad van bestuur de personen aanwijst waaruit hij bestaat, na een soort “coöptatie”²².

De enige taak van de raad van bestuur bestaat er evenwel in aan de algemene vergadering van aandeelhouders²³ voordrachten voor benoeming van bestuurders²⁴ voor te leggen, bestuurders die overeenkomstig artikel 518, § 2, van het W.Venn. door de algemene vergadering worden benoemd.

²² Het beginsel dat de bestuurders door de algemene vergadering worden aangewezen kent een uitzondering wanneer een betrekking openvalt tijdens de uitoefening van het mandaat: de overblijvende bestuurders hebben het recht om voorlopig in de vacature te voorzien; de algemene vergadering zal dan op haar eerstvolgende bijeenkomst de definitieve benoeming doen en de nieuw benoemde bestuurder doet de tijd uit van degene die hij vervangt (artikel 519 van het W.Venn.).

²³ De raad van bestuur wijst daarentegen de leden van het directiecomité aan, waaraan hij een deel van zijn prerogatieven overdraagt (artikel 524*bis* van het W.Venn.).

²⁴ Zie artikel 533, § 1, vijfde lid, van het W.Venn., luidens hetwelk de agenda van de algemene vergadering van iedere vennootschap die een openbaar beroep op het spaarwezen doet of heeft gedaan, de voorstellen tot besluit moet bevatten.

Luidens dat artikel 518 van het W.Venn. worden de bestuurders – ongeacht of ze uitvoerend²⁵ lid zijn of niet – niet alleen benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders, maar kunnen ze ook te allen tijde door haar worden ontslagen: die regel – die beschouwd wordt als een regel van openbare orde²⁶ – is de regel van de afzetbaarheid *ad nutum*, dat wil zeggen te allen tijde, zonder vooropzegging, zonder reden en zonder schadevergoeding.

Zodoende bevestigt het recht inzake naamloze vennootschappen het beginsel van de soevereiniteit van de algemene vergadering, dat op zich niets anders is dan de concretisering van de vrijheid van vereniging gewaarborgd bij artikel 27 van de Grondwet. Het recht om zich te verenigen houdt het recht in om de vorm van de groepering te kiezen en de leden van de organen daarvan.

Aldus beschouwd moet de vrije keuze van de algemene vergadering – om die bepaalde persoon voorgedragen door de raad van bestuur al dan niet te benoemen, of om iemand te kiezen uit twee of meer personen die voorgedragen zijn door de raad van bestuur – behouden blijven, mits het belang van de vennootschap geëerbiedigd wordt, het ultieme criterium voor de geldigheid van iedere beslissing van de vennootschap, die erin bestaat de continuïteit, ontwikkeling en groei van de vennootschap te waarborgen.

20. Wanneer de wetgever een vereiste van onafhankelijkheid instelt ten aanzien van sommige bestuurders van genoteerde vennootschappen, gaat hij niet zover dat hij de vrije keuze van de algemene vergadering van aandeelhouders op de helling zet²⁷. Hier wordt verwezen naar het geval van de benoeming van onafhankelijke bestuurders²⁸, die lid zullen zijn van het auditcomité (artikel 526*bis* van het W.Venn.) en van het remuneratiecomité (artikel 526*quater* van het W.Venn.) en die zullen optreden bij belangenconflicten tussen de groepen (artikel 524*bis* van het W.Venn.).

²⁵ Artikel 526*bis*, § 3, van het W.Venn. stelt het vermoeden in dat het lid van de raad van bestuur dat lid is van het directiecomité of aan wie het dagelijks bestuur is opgedragen, een uitvoerend lid is. Naast die gevallen moet geval per geval worden nagegaan of de bestuurder beschouwd kan worden als uitvoerend of niet (cumulatie van de status van bestuurder en van leidinggevende).

²⁶ Cass., 13 april 1989, Arr. Cass. 1988, 920 en *R.C.J.B.*, 1991, 205 ; Cass., 22 januari 1981, Arr. Cass. 1980-81, 559; *R.C.J.B.*, 1981, 495 ; Gent, 2 juni 2003, *T.R.V.*, 2003, 595, noot J. VANANROYE ; Gent, 20 januari 2003, *T.R.V.*, 2003, 667, noot D. VAN GERVEN ; A. BENOIT-MOURY, "Organisation des pouvoirs au sein des S.A. et des S.P.R.L.", *Ann. Dr. Lg.*, 1982, 272 ; D. VAN GERVEN, "Het ontslag van bestuurders van een N.V.", *T.R.V.*, 1999, blz. 171, nr. 2.

²⁷ Kh. Brussel, 21 december 1998, *T.R.V.*, 1999, 105, *R.D.C.*, 2000, 401, noot E. WYMEERSCH.

²⁸ Artikel 526*ter* van het W.Venn. voorziet in minimumvereisten van onafhankelijkheid, die inhouden dat er geen functionele, persoonlijke, professionele, commerciële of financiële banden bestaan tussen die bestuurders en de vennootschap zelf, de meerderheidsaandeelhouders, de bestuurders of het management ervan.

Aanpassingen in het statuut met betrekking tot de aanwijzing van de bestuurders zijn weliswaar mogelijk, maar tot op dezelfde hoogte, dat wil zeggen voor zover de algemene vergadering van aandeelhouders haar keuzevrijheid behoudt, met inachtneming van het beginsel van de vrije uitoefening van het stemrecht door de aandeelhouders en onder voorbehoud van eventuele machtsafwending of misbruik van een meerderheid. Zo bijvoorbeeld kan in de statuten worden bepaald dat de bestuurders geacht worden bepaalde eigenschappen of bekwaamheden te bezitten (bijvoorbeeld: diploma's, ervaring, adressenboekje, invloed, technische of psychologische vaardigheden, enz.)²⁹.

Zolang de algemene vergadering van aandeelhouders daadwerkelijk een keuze kan maken, is het ook denkbaar dat ze de bestuurders aanwijst op basis van kandidatenlijsten opgesteld door verschillende groepen aandeelhouders³⁰ (geval van afspraken tussen aandeelhouders met het oog op een minderheidsvertegenwoordiging binnen de raad) of op basis van een kandidatenlijst opgesteld door de raad van bestuur op aanbeveling van het benoemingscomité³¹.

21. Het besluit is dan ook dat de vraag rijst of, door aan de algemene vergaderingen van aandeelhouders van genoteerde vennootschappen de verplichting op te leggen om een absoluut en onvoorwaardelijk quotum in acht te nemen betreffende het aantal leden van een bepaald geslacht in de samenstelling van de raad van bestuur, terwijl ze tot op heden die samenstelling volledig vrij hebben bepaald, het voorliggende wetsvoorstel de huidige regels van het recht inzake naamloze vennootschappen niet volledig op de helling zet, aangezien deze georganiseerd zijn volgens het beginsel van de soevereiniteit van de algemene vergadering van aandeelhouders en aldus een concrete uiting zijn van de vrijheid van vereniging.

²⁹ J. HEENEN, « Le choix des administrateurs », *R.P.S.*, 1956, 65.

³⁰ Kh. Brugge, 3 december 1992, *T.R.V.*, 1993, 30; Kh. Brugge (kort geding), 15 juli 1993, *T.R.V.*, 1995, 123; Kh. Brussel, 21 december 1998, *R.D.C.*, 2000, 401 en noot E. WYMEERSCH.

³¹ De Belgische corporate governance code beveelt genoteerde vennootschappen aan een “benoemingscomité” op te richten waarvan het merendeel van de leden onafhankelijke niet-uitvoerende bestuurders zijn, en waarvan het voorzitterschap wordt waargenomen door de voorzitter van de raad van bestuur of door een andere niet-uitvoerende bestuurder. Ongeacht of het initiatief komt van het comité zelf, dan wel van de CEO, de aandeelhouders of de raad van bestuur, het comité doet aanbevelingen aan de raad voor de benoeming van de bestuurders, van de CEO en van de andere leden van het uitvoerend management en zorgt ervoor dat het benoemings- en herbenoemingsproces objectief en professioneel verloopt (Bijlage D 5.3./4 van de code). Het comité wordt in de Code 2009 verzocht regelmatig de criteria die het vaststelt opnieuw te onderzoeken en zijn eigen doeltreffendheid te evalueren om zo zijn objectiviteit te versterken. Wanneer het gaat om de benoeming van een uitvoerend bestuurder of van het uitvoerend management, wordt het benoemingscomité verzocht het advies van de CEO aan te vragen.

De wetgever behoort stil te staan bij de techniek die hij aanwendt om zulk een regeling in te voeren in wat thans een coherent geheel vormt, zowel wat de grondslagen als wat de samenhang van de regels betreft.

Het verdient aanbeveling dat onderzoek te plaatsen in een ruimere denkoefening over de bevoegdheid en de doeltreffendheid van de raden van bestuur van vennootschappen met genoteerde aandelen, mede rekening houdend met de regels inzake corporate governance, en wakend over de adequate samenstelling van de raden van bestuur. Wat dat betreft zou het beter zijn de quotumregel als principe te stellen en deze op te vatten als een te bereiken doelstelling, waaraan, zoals geschiedt in artikel 3 van het voorstel, dat artikel 96, § 2, eerste lid, van het W.Venn. aanvult met een 6°, de verplichting wordt gekoppeld om in de verklaring inzake deugdelijk bestuur een overzicht te geven van de inspanningen die geleverd zijn voor een evenwichtige vertegenwoordiging van mannen en vrouwen in de raad van bestuur van de betreffende vennootschap, en die aldus strekken tot het bereiken van de vastgestelde doelstelling.

2. Straf voor het niet-naleven van het quotum

22. In het voorgestelde artikel 518*bis*, § 2, van het W. Venn. wordt bepaald dat beslissingen genomen door een raad van bestuur die, doordat het quotum niet nageleefd is, niet regelmatig samengesteld is, nietig zijn ³².

23. Van meet af aan blijkt dat zo een straf kan leiden tot ernstige disfuncties, ja zelfs tot een volledige verlamming van de werking van de vennootschap, die de continuïteit van de werkzaamheden van de onderneming in het gedrang kan brengen, in zoverre alle bestuurshandelingen door nietigheid worden aangetast zolang geen raad van bestuur is samengesteld die aan het wettelijk vereiste evenwicht tussen mannen en vrouwen beantwoordt ³³.

³² Op te merken valt dat de Franse wetgever bij de totstandkoming van wet nr. 2011-103 van 27 januari 2011 zo een straf voor ogen had maar uiteindelijk afgezien heeft van die opeenvolging van gevallen van nietigheid en uitdrukkelijk bepaald heeft dat de nietigheid van de benoemingen niet leidt tot de nietigheid van de beslissingen waarbij de niet regelmatig benoemde bestuurder betrokken was (artikelen L. 225-18-1, tweede lid, en L. 225-69-1, tweede lid, van de Franse *Code de commerce*. Zie A. CHARVERIAT, « De quelques difficultés relatives à la nullité d'une décision sociale irrégulière », *Rev. soc.*, 2010, 213.

³³ In een strikte interpretatie van het voorstel zou de onregelmatig samengestelde raad van bestuur zelfs niet meer de mogelijkheid hebben om een algemene vergadering van aandeelhouders bijeen te roepen met het oog op de samenstelling van een evenwichtige raad van bestuur.

In die mate vormt de straf van de nietigheid van de beslissingen van de raad van bestuur van een genoteerde vennootschap een overdreven aantasting van de vrijheid van vereniging die verankerd is in artikel 27 van de Grondwet.

24. Bovendien is zo een straf niet in overeenstemming met het Europees recht.

In het kader van richtlijn 2009/101/EG van 16 september 2009 van het Europees Parlement en de Raad strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 48 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (hierna te noemen de richtlijn), welke richtlijn in de plaats gekomen is van de eerste richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968, heeft de Europese wetgever immers ter bescherming van de derden willen voorkomen dat de vennootschap bepaalde handelingen en beslissingen die van haar organen uitgaan op de helling zou kunnen zetten.

Zo wordt in artikel 9 van de richtlijn bepaald dat een eventuele onregelmatigheid in de benoeming van personen die als orgaan de bevoegdheid hebben de vennootschap te verbinden, niet meer kan worden tegengeworpen aan derden die van die onregelmatigheid geen kennis droegen, zodra de formaliteiten inzake de openbaarmaking naar behoren vervuld zijn³⁴. Voor zover het voorliggend voorstel de vennootschap de gelegenheid zou bieden om zich ten aanzien van derden te beroepen op de nietigheid van beslissingen van de raad van bestuur waarvan de samenstelling niet in overeenstemming is met het wettelijk quotum, houdt het bijgevolg een schending in van artikel 9 van de richtlijn.

25. Kortom, de straf van de nietigheid van de beslissingen van de raad van bestuur waarmee de quotumregel voor genoteerde vennootschappen gepaard gaat, dient te worden herzien.

26. In dit verband rijst de vraag of de nietigheid van benoemingen van bestuurders waartoe besloten is zonder naleving van het wettelijk quotum, zoals zulks bepaald is voor de economische overheidsbedrijven en de Nationale Loterij, niet beschouwd zou kunnen worden als de enige straf waarin voorzien dient te worden³⁵.

³⁴ Zie in deze zin eveneens artikel 77 van het W. Venn.

³⁵ Vergelijk met de voormelde Franse wet van 27 januari 2011, waarin bepaald wordt dat de storting van de presentiegelden voor alle bestuurders geschorst wordt.

Dit soort van straf lijkt weliswaar realistischer, maar de reikwijdte ervan blijkt evenwel beperkt.

Het op de helling zetten van die benoemingen zou immers impliceren dat een geïnteresseerde partij een vordering tot nietigverklaring indient tegen deze of gene beslissing van de algemene vergadering van aandeelhouders onder aanvoering van artikel 64, 5°, van het W. Venn., krachtens welke bepaling “een besluit van de algemene vergadering [...] nietig [is] wegens enige andere in dit wetboek vermelde reden”.

Noch de vennootschap noch de vennoten zouden die nietigheid kunnen aanvoeren tegen derden die te goeder trouw zijn, aangezien in artikel 180 van het W. Venn. wordt bepaald dat indien de nietigverklaring van een besluit van de algemene vergadering afbreuk kan doen aan rechten die een derde op grond van het omstreden besluit te goeder trouw jegens de vennootschap heeft verkregen, de rechtbank kan verklaren dat “de nietigheid ten opzichte van die rechten geen gevolg heeft”, onverminderd het recht op schadevergoeding van de eiser indien daartoe grond bestaat ³⁶.

Zoals hiervoren aangegeven, wordt ten slotte in artikel 77 van het W. Venn. bepaald dat na de vervulling van de formaliteiten van de openbaarmaking betreffende de personen die als orgaan van de vennootschap bevoegd zijn om deze te verbinden, een onregelmatigheid in hun benoeming niet meer aan derden kan worden tegengeworpen, tenzij de vennootschap aantoont dat die derden daarvan kennis hadden.

27. Rekening houdend met deze algemene opmerkingen worden de volgende bijzondere opmerkingen gemaakt.

III. BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikelen 2 en 4

(Voorgesteld artikel 18, § 2*bis*, van de voormelde wet van 21 maart 1991, en voorgesteld artikel 518*bis* van het W. Venn.)

28. Het voorstel voorziet in een onderscheiden regeling voor economische overheidsbedrijven enerzijds, en genoteerde vennootschappen anderzijds: het quotum van een derde wordt in het eerste geval berekend op de van overheidswege aangeduide bestuurders, terwijl dit in de genoteerde vennootschappen wordt berekend op de integrale raad van

³⁶ Zie ook artikel L. 235-12 van de Franse *Code de commerce*.

bestuur. Het voorstel verduidelijkt niet hoe beide bepalingen zich onderling verhouden in de hypothese waarin een economisch overheidsbedrijf eveneens een genoteerde vennootschap is³⁷. Dient in dit geval een cumulatieve toepassing van beide regimes te worden gemaakt, waardoor het quotum van een derde berekend wordt op zowel de van overheidswege aangewezen bestuurders als op de integrale raad van bestuur? De stellers van het voorstel doen er goed aan dit te verduidelijken.

Artikel 4

(Voorgesteld artikel 518*bis* van het W. Venn.)

29. De enige vennootschappen die verplicht worden een quotum in acht te nemen zijn die “waarvan de aandelen zijn toegelaten tot de verhandeling op een in artikel 4 (van het W. Venn.) gereguleerde markt”.

Hierdoor brengt het voorstel dus een verschil in behandeling teweeg tussen die vennootschappen en die waarvan andere effecten (bijvoorbeeld obligaties) tot de handel op een gereguleerde markt zijn toegelaten, zonder dat daarbij tijdens de parlementaire voorbereiding de redenen voor het maken van dat onderscheid zijn opgegeven.

In het licht van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, gewaarborgd bij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, zou de wetgever de redenen moeten kunnen opgeven die ten grondslag liggen aan de aldus gemaakte keuze³⁸.

30. In het voorstel wordt niet gepreciseerd in welke mate ook bedoeld wordt op het geval waarin een functie van bestuurder wordt uitgeoefend door een rechtspersoon. In dat opzicht dient de wetgever te worden gewezen op artikel 61, § 2, van het W. Venn. luidens hetwelk een rechtspersoon als bestuurder “onder zijn vennoten, zaakvoerders, bestuurders, leden van de directieraad, of werknemers een vaste vertegenwoordiger [benoemt] die belast wordt met de uitvoering van de opdracht in naam en voor rekening van de rechtspersoon. Deze vertegenwoordiger moet aan dezelfde voorwaarden voldoen en is burgerrechtelijk en strafrechtelijk aansprakelijk alsof hij zelf de betrokken opdracht in eigen naam en voor eigen

³⁷ Dit is thans het geval met Belgacom, N.V. van publiek recht.

³⁸ Zie advies 45.576/AV van 6 januari 2009 verstrekt over een voorontwerp van wet “tot verbetering van de werkingsregels voor de vennootschapsorganen, inzonderheid door de invoering in het Wetboek van Vennootschappen van bepalingen houdende een verklaring inzake deugdelijk bestuur en tot oprichting van een remuneratiecomité, door de beperking van de beëindigingsvergoeding voor bepaalde vennootschapsmandatarissen en door de hervorming van de regeling voor het beroepsverbod in de bank- en financiële sector” (niet bekendgemaakt).

rekening zou volbrengen, onverminderd de hoofdelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon die hij vertegenwoordigt. Deze laatste mag zijn vertegenwoordiger niet ontslaan zonder tegelijk een opvolger te benoemen³⁹.

Wat zal de weerslag zijn van de aanwezigheid van rechtspersonen als bestuurders – die *a priori* tot generlei kunne behoren – en de vervangingen van hun vaste vertegenwoordigers (mannen of vrouwen), die zij vermogen te doen, op de berekening van de wettelijke quota?

Dient de rechtspersoon als bestuurder de opgelegde quota ook in acht te nemen wanneer hij zijn vaste vertegenwoordiger aanstelt of vervangt?

In welke mate kan de eenzijdige beslissing van een rechtspersoon als bestuurder om tijdens de uitoefening van zijn functie een andere vertegenwoordiger aan te stellen de geldigheid van zijn aanstelling in de hoedanigheid van bestuurder ter discussie stellen of een andere bestuurder tot ontslag dwingen om het wettelijk genderevenwicht te herstellen?

Niet alleen ter wille van de interne coherentie maar ook van de rechtszekerheid dient de wetgever die vragen te beantwoorden.

Artikel 6

31. Vanuit het oogpunt van interne coherentie en rechtszekerheid, is het aangewezen om de in artikel 6, § 2, derde lid, van het voorstel opgenomen sanctie onder te brengen bij het voorgestelde artikel 518*bis*, § 1, van het W. Venn. (artikel 4 van het voorstel). Op die wijze wordt de leesbaarheid van artikel 6 van het voorstel verbeterd, doordat het enkel regelen betreffende de gefaseerde inwerkingtreding van de bepalingen van de voorgestelde wet bevat.

³⁹ Voor de benoeming en de beëindiging van de opdracht van de vaste vertegenwoordiger gelden dezelfde regels van openbaarmaking alsof hij deze opdracht in eigen naam en voor eigen rekening zou vervullen.

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

Messieurs
de Heren

R. ANDERSEN,

M. VAN DAMME,
P. LEMMENS,
P. LIÉNARDY,

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

Madame
Mevrouw
Messieurs
de Heren

B. SEUTIN,

W. VAN VAERENBERGH,
L. DETROUX,

J. VELAERS,
M. TISON,
Y. DE CORDT,

Madame
Mevrouw

D. LANGBEEN,

De algemene vergadering van de afdeling Wetgeving was samengesteld uit

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

présidents de chambre,
kamervoorzitters,

conseillers d'État,
staatsraden,

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

greffier en chef,
hoofdgriffier,

Les rapports ont été présentés par M. X. DELGRANGE, premier auditeur-chef de section et Mme N. VAN LEUVEN, auditeur.

De verslagen werden uitgebracht door de Heer X. DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd, en Mevr. N. VAN LEUVEN, auditeur.

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

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van Mevr. M. BAGUET.

LE GREFFIER EN CHEF –
DE HOOFDGRIFFIER

LE PREMIER PRÉSIDENT –
DE EERSTE VOORZITTER

D. LANGBEEN

R. ANDERSEN