

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE

29 juin 2006

PROPOSITION DE LOI

**modifiant l'article 528 du
Code des sociétés afin d'étendre la
responsabilité solidaire des
administrateurs de sociétés au
non-respect des prescriptions d'un
code de gouvernance d'entreprise**

**AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT
N° 40.492/2**

Document précédent :

Doc 51 **2111/ (2005/2006)** :001 : Proposition de loi de M. Massin, Mme Baeke, M. Casaer, Mmes
Ghenne et Dieu, MM. Mathot et Mayeur et Mme Roppe.BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

29 juni 2006

WETSVOORSTEL

**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***

**ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE
NR. 40.492/2**

Voorgaand document :

Doc 51 **2111/ (2005/2006)** :001 : Wetsvoorstel van de heer Massin, mevrouw Baeke, de heer Casaer,
de dames Ghenne en Dieu, de heren Mathot en Mayeur en mevrouw
Roppe.

<i>cdH</i>	: Centre démocrate Humaniste
<i>CD&V</i>	: Christen-Democratisch en Vlaams
<i>ECOLO</i>	: Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales
<i>FN</i>	: Front National
<i>MR</i>	: Mouvement Réformateur
<i>N-VA</i>	: Nieuw - Vlaamse Alliantie
<i>PS</i>	: Parti socialiste
<i>sp.a - spirit</i>	: Socialistische Partij Anders - Sociaal progressief internationaal, regionalistisch integraal democratisch toekomstgericht.
<i>Vlaams Belang</i>	: Vlaams Belang
<i>VLD</i>	: Vlaamse Liberalen en Democraten

Abréviations dans la numérotation des publications :

DOC 51 0000/000 : Document parlementaire de la 51e législature, suivi du n° de base et du n° consécutif

QRVA : Questions et Réponses écrites

CRIV : Version Provisoire du Compte Rendu intégral (couverture verte)

CRABV : Compte Rendu Analytique (couverture bleue)

CRIV : Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes) (PLEN: couverture blanche; COM: couverture saumon)

PLEN : Séance plénière

COM : Réunion de commission

MOT : Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)

Afkortingen bij de nummering van de publicaties :

DOC 51 0000/000 : Parlementair document van de 51e zittingsperiode + basisnummer en volgnummer

QRVA : Schriftelijke Vragen en Antwoorden

CRIV : Voorlopige versie van het Integraal Verslag (groene kaft)

CRABV : Beknopt Verslag (blauwe kaft)

CRIV : Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toespraken (met de bijlagen) (PLEN: witte kaft; COM: zalmkleurige kaft)

PLEN : Plenum

COM : Commissievergadering

MOT : Moties tot besluit van interpellaties (beigekleurig papier)

Publications officielles éditées par la Chambre des représentants

Commandes :
Place de la Nation 2
1008 Bruxelles
Tél. : 02/ 549 81 60
Fax : 02/549 82 74
www.laChambre.be

Officiële publicaties, uitgegeven door de Kamer van volksvertegenwoordigers

Bestellingen :
Natieplein 2
1008 Brussel
Tel. : 02/ 549 81 60
Fax : 02/549 82 74
www.deKamer.be
e-mail : publicaties@deKamer.be

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Président de la Chambre des représentants, le 16 mai 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur une proposition de loi «modifiant l'article 528 du Code des sociétés afin d'étendre la responsabilité solidaire des administrateurs de sociétés au non-respect des prescriptions d'un code de gouvernance d'entreprise» (Doc. parl., Chambre, DOC 51 2111/001), a donné le 12 juin 2006 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 du 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, le projet appelle les observations ci-après.

Portée de la proposition de loi

La proposition de loi vise à modifier l'article 528, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés qui prévoit en son état actuel la responsabilité solidaire des administrateurs en cas d'infraction aux dispositions du Code des sociétés et des statuts sociaux. Cette responsabilité serait étendue à la violation «de tout ou partie d'un code ou de règles de gouvernance d'entreprise que la société s'est engagée à respecter».

En vertu de l'alinéa 2 de l'article 528 du Code des sociétés, cette extension de responsabilité trouverait également à s'appliquer aux membres du comité de direction.

Selon les auteurs de la proposition de loi, «la violation d'une disposition d'un code de conduite (en matière de gouvernance d'entreprise) doit pouvoir être juridiquement sanctionnée», au même titre qu'une infraction au Code des sociétés ou aux statuts.

Compétence du législateur fédéral

En vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 6 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles,

«L'autorité fédérale est, (¼), seule compétente pour: (...) 5° le droit commercial et le droit des sociétés.»

Il en résulte que le législateur fédéral est compétent pour modifier le Code des sociétés.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 16 mei 2006 door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorstel van wet «tot wijziging van artikel 528 van het Wetboek van vennootschappen teneinde de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders van vennootschappen ook te doen gelden in geval van niet-naleving van een code inzake corporate governance» (Parl. St., Kamer, DOC 51 2111/001), heeft op 12 juni 2006 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 ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

Strekking van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel strekt ertoe artikel 528, eerste lid, van het Wetboek van Vennootschappen te wijzigen, dat bij de huidige stand voorziet in de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders in geval van overtreding van bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen en van de statuten van de vennootschap. Deze aansprakelijkheid zou worden uitgebreid tot de overtreding «van alle of een deel van de regels inzake corporate governance tot de naleving waarvan de vennootschap zich heeft verbonden».

Krachtens het tweede lid van artikel 528 van het Wetboek van Vennootschappen, zou deze uitbreiding van de aansprakelijkheid eveneens toepassing vinden op de leden van het directiecomité.

Volgens de indieners van het wetsvoorstel moet «schending van een bepaling van een gedragscode (op het gebied van ondernemingsbestuur) gerechtelijk kunnen worden bestraft», evenzeer als een overtreding van het Wetboek van Vennootschappen of van de statuten.

Bevoegdheid van de federale wetgever

Artikel 6, § 1, VI, zesde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen bepaalt:

«Bovendien is alleen de (federale overheid) bevoegd voor: (...) 5° het handelsrecht en het vennootschapsrecht.»

Hieruit volgt dat de federale wetgever bevoegd is om het Wetboek van Vennootschappen te wijzigen.

Observations générales

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

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

Par ailleurs, ce débat a débouché en décembre 2004 sur la publication d'un «Code belge de gouvernance d'entreprise» qui a été élaboré par un groupe de personnalités du monde des entreprises, de la Commission bancaire, financière et des assurances, d'Euronext, du monde académique et de représentants des investisseurs institutionnels sous la présidence de M. M. Lippens d'où le nom de code Lippens ⁽¹⁾.

Ce code contient des principes libellés en termes très généraux auxquels il ne peut pas être dérogé, des dispositions ou recommandations auxquelles il peut être dérogé moyennant justification (selon la règle «comply or explain» - appliquer ou s'expliquer) et des lignes de conduite qui sont de simples recommandations et dès lors ne sont pas soumises à l'obligation de se conformer ou de s'expliquer ⁽²⁾.

Il constitue «un code de conduite auquel ses destinataires sont invités à adhérer, en sorte que le non respect du code, même de celles de ses règles élevées au rang de «principes», n'est pas susceptible d'une autre sanction que celle du marché» ⁽³⁾. La sanction du marché se traduit surtout dans le fait que le non respect des règles de gouvernance d'entreprise peut conduire les investisseurs à se détourner de la société en question avec notamment des conséquences au niveau de la valeur des titres de la société.

⁽¹⁾ Les développements de la proposition de loi se réfèrent au code dit «Lippens». Il faut cependant relever qu'il y a aussi des «Recommandations à l'attention des entreprises non cotées en bourse» élaborées par une commission présidée par M. P. Buysse, d'où le nom de code Buysse.

⁽²⁾ Code Lippens, p. 8, préambule 4.

⁽³⁾ X. Dieux, La responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme: questions de principes, Actualités en droit des sociétés, ULB - Barreau de Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 111.

Algemene opmerkingen

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

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

Bovendien heeft dit debat in december 2004 geleid tot de publicatie van een «Belgische Corporate Governance Code», die is uitgewerkt door een groep prominenten uit de bedrijfs-wereld, de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen, Euronext, de academische wereld en vertegenwoordigers van de institutionele beleggers onder het voorzitterschap van de heer M. Lippens, vanwaar de benaming code-Lippens ⁽¹⁾.

In deze code zijn in zeer algemene bewoordingen beginselen vervat waarvan niet mag worden afgeweken, alsmede bepalingen of aanbevelingen waarvan mag worden afgeweken mits een verantwoording wordt gegeven (volgens het «comply or explain»- principe - «pas toe of leg uit»-systeem) en gedragslijnen die loutere aanbevelingen vormen en waarvoor derhalve niet de verplichting geldt om ze na te leven of uit te leggen ⁽²⁾.

Hij vormt «een gedragscode waarbij degenen voor wie deze bestemd is verzocht worden zich aan te sluiten, zodat niet-naleving van deze code, zelfs van bepalingen ervan die tot «principes» verheven zijn, niet van die aard is dat een andere sanctie dan controle door de markt mogelijk is» ⁽³⁾. De sanctie van controle door de markt laat zich vooral gevoelen door de omstandigheid dat het niet-naleven van de corporate governance-regels investeerders ertoe kan brengen zich van de bewuste vennootschap af te keren, wat inzonderheid gevolgen heeft voor de waarde van de vennootschapseffecten.

⁽¹⁾ In de toelichting bij het wetsvoorstel is sprake van de zogenaamde «code-Lippens». Er dient echter op te worden gewezen dat er ook «aanbevelingen voor niet-beursgenoteerde ondernemingen» bestaan, die uitgewerkt zijn door een commissie voorgezeten door de heer P. Buysse, vanwaar de benaming code-Buysse.

⁽²⁾ Code-Lippens, blz. 8, preambule 4.

⁽³⁾ X. Dieux, La responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme: questions de principes, Actualités en droit des sociétés, ULB - Barreau de Bruxelles, Bruylant, 2006, blz. 111.

Le code Lippens prévoit aussi un contrôle de son application par les actionnaires d'une part, et par la Commission bancaire, financière et des assurances, (CBFA) d'autre part ⁽⁴⁾. Le contrôle de la CBFA se situe au niveau de la publicité recommandée par le code Lippens et de la vérification de l'application du principe «comply or explain».

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

Le juge peut en effet sanctionner sa violation sur la base de l'article 1382 du Code civil dès lors qu'il considère que la norme du code est le reflet d'un usage ou d'une coutume ou lorsqu'il estime qu'elle concerne une règle de comportement que tout professionnel normalement diligent se doit de respecter ⁽⁵⁾.

Par ailleurs, les dispositions du code Lippens peuvent revêtir une forme contractuelle et lier les parties au titre de l'article 1134 du Code civil. C'est le cas par exemple des contrats de financement avec des institutions financières qui prévoient souvent le respect des dispositions du code Lippens ⁽⁶⁾.

3. La technique du code de «corporate governance» relève de ce que l'on qualifie traditionnellement d'autorégulation, c'est-à-dire de la «soft law» par opposition à la «hard law» qui est constituée des règles élaborées par les organes de l'État.

L'étanchéité entre ces deux types de normes n'est toutefois pas absolue. En effet, le législateur peut reprendre à son compte une norme de la «soft law» et lui conférer un caractère juridiquement contraignant. C'est ce qu'il a fait notamment par la loi susmentionnée du 2 août 2002, dite de

De code-Lippens voorziet ook in toezicht op de naleving ervan door de aandeelhouders enerzijds en de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA) anderzijds ⁽⁴⁾. Het toezicht door de CBFA behelst de openbaarmaking die in de code-Lippens wordt aanbevolen en het toezicht op de naleving van het «comply or explain»-principe.

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

De rechter kan immers aan de overtreding ervan een rechtsgevolg verbinden op basis van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, daar hij ervan uitgaat dat de norm die in de code wordt gehanteerd de weerspiegeling is van een gebruik of gewoonte, of wanneer hij van oordeel is dat de norm een gedragsregel betreft die iedere normaal naarstige beroepsbeoefenaar moet eerbiedigen ⁽⁵⁾.

Bovendien kunnen de bepalingen van de code-Lippens een contractuele vorm aannemen en de partijen binden in de zin van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek. Dit is bijvoorbeeld het geval met de financieringsovereenkomsten met financiële instellingen, waarin vaak voorzien wordt in de naleving van de bepalingen van de code-Lippens ⁽⁶⁾.

3. De techniek van de «corporate governance»-code houdt verband met wat traditioneel zelfregulering wordt genoemd, dit wil zeggen met de zogenaamde soft law, in tegenstelling tot de «hard law», die bestaat uit de regels die door de staatsorganen zijn uitgewerkt.

De scheiding tussen deze twee types van normen is evenwel niet absoluut. De wetgever kan immers een norm van de «soft law» overnemen en ze juridisch afdwingbaar maken. Dit heeft hij meer bepaald gedaan door middel van de bovenvermelde wet van 2 augustus 2002, de zogenaamde

⁽⁴⁾ Code Lippens, p. 9, préambule 6.

⁽⁵⁾ Voir également l'avis 40.372/1/2/3/4, donné le 8 mai 2006, sur un avant-projet de «loi-programme», dans lesquels sous l'article 14 de l'avant-projet «relatif à la responsabilité solidaire des dirigeants d'entreprise en cas de défaut de paiement du précompte professionnel ou de la taxe sur la valeur ajoutée dus par la société», la section de législation du Conseil d'État a rappelé que «(...) sous le régime actuel, il est unanimement admis que les administrateurs et gérants de sociétés qui commettent une faute aquilienne, autre qu'une simple faute de gestion, dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, peuvent être tenus personnellement responsables vis-à-vis des tiers auxquels cette faute a causé préjudice. Ce principe a été récemment consacré par la Cour de cassation dans un arrêt du 20 juin 2005 (n° C.03.0105.F), conformément à une doctrine unanime».

⁽⁶⁾ Ch. Van der Elst, De Belgische Corporate governance code en regelgeving: twee handen op een buik? Financial Law Institute U. Gent, Working Paper Series, mars 2006, p. 12; du même auteur: De Code Lippens versus Code Buysse: van degelijk besturen over naleven of uitleggen tot afdwingen?, Working Paper Series, mars 2006, p.8 et E. Leroux, De Code Lippens: juridisch afdwingbaar?, TRV, 2005, pp. 517 et suiv.

⁽⁴⁾ Code-Lippens, blz. 9, preambule 6.

⁽⁵⁾ Zie eveneens advies 40.372/1/2/3/4, gegeven op 8 mei 2006, over een voorontwerp van «programmawet», waarin in verband met artikel 14 van het voorontwerp «betreffende de hoofdelijke aansprakelijkheid van bedrijfsleiders in geval van niet-betaling van de door de vennootschap verschuldigde bedrijfsvoorheffing of belasting over de toegevoegde waarde» de afdeling wetgeving van de Raad van State eraan herinnerd heeft dat «In de huidige regeling (...) immers algemeen (wordt) aanvaard dat bestuurders en zaakvoerders van vennootschappen die in de uitoefening van hun functie een aquiliaanse fout maken, die geen tekortkoming in het bestuur is, persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld jegens derden aan wie deze fout schade heeft berokkend. Dit beginsel is onlangs bevestigd door het Hof van Cassatie in een arrest van 20 juni 2005 (nr. C.03.0105.F), overeenkomstig de rechtsleer, die unaniem is».

⁽⁶⁾ Ch. Van der Elst, De Belgische Corporate governance- code en regelgeving: twee handen op een buik? Financial Law Institute U. Gent, Working Paper Series, maart 2006, blz. 12; van dezelfde auteur: de Code Lippens versus Code Buysse: van degelijk besturen over naleven of uitleggen tot afdwingen?, Working Paper Series, maart 2006, blz. 8, en E. Leroux, De Code Lippens: juridisch afdwingbaar?, TRV, 2005, blz. 517 en volgende.

«corporate governance». Il pourrait aussi par exemple rendre obligatoire pour certaines sociétés la constitution d'un comité d'audit ou d'un comité de rémunération, de même qu'il pourrait, moyennant certaines conditions ⁽⁷⁾, obliger certaines sociétés à publier les rémunérations de leurs dirigeants.

Dans d'autres matières que le droit des sociétés, le législateur habilite dans certains cas expressément le Roi à donner un effet obligatoire à des normes élaborées dans le cadre d'organismes qu'il met en place, dont Il détermine la composition et les règles de fonctionnement. C'est le cas par exemple des conventions collectives du travail dans les conditions prévues par la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires (voir notamment les articles 28 et s.) ou des normes techniques dans les conditions prévues par la loi du 3 avril 2003 relative à la normalisation (voir notamment l'article 17, alinéa 5). Dans ces deux cas, il s'agit d'un droit négocié entre les parties intéressées auquel il appartient au Roi de conférer un effet juridiquement contraignant.

4. La proposition de loi considérée procède d'une autre technique. Elle attache des conséquences juridiques importantes au non respect de «tout ou partie d'un code ou de règles de gouvernance d'entreprise que la société s'est engagée à respecter». Le législateur sanctionne ainsi la violation de règles sur lesquelles il n'a aucune maîtrise. En effet, la proposition de loi ne se prononce pas sur le contenu du code ou des règles de gouvernance d'entreprise et ne prévoit pas davantage de mécanisme pour en examiner le contenu avant de lui conférer éventuellement une valeur juridique.

En d'autres termes, le législateur s'en remet totalement à des codes ou à des règles élaborés par des opérateurs économiques privés dans une optique qui peut répondre à des préoccupations des marchés financiers, mais pas nécessairement à celles d'un législateur soucieux de la protection des associés et des tiers.

Le Conseil d'État s'interroge sur le bienfondé 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 ⁽⁸⁾. 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.

⁽⁷⁾ Avis 38.823/2/V, donné le 30 août 2005, sur les amendements n^{os} 7, 8 et 9 au projet de loi «complétant le Code des sociétés par des dispositions relatives à la publicité des rémunérations des administrateurs et des dirigeants de sociétés cotées en bourse et des sociétés de droit public» (Doc. parl., Chambre, DOC 51 1502/004).

⁽⁸⁾ Comparez avec la proposition de résolution relative au Code de gouvernance d'entreprise spécialement, pp. 8 et 10 (Doc. parl., Chambre, DOC 51 1670/001).

«corporate governance»-wet. Ook zou hij bijvoorbeeld voor sommige vennootschappen de oprichting van een auditcomité of van een remuneratiecomité kunnen opleggen, alsmede, mits aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan ⁽⁷⁾, sommige vennootschappen verplichten de bezoldigingen van hun bestuurders openbaar te maken.

In andere aangelegenheden dan het vennootschapsrecht, wordt in sommige gevallen de Koning door de wetgever uitdrukkelijk gemachtigd bindende kracht te verlenen aan regels die uitgewerkt zijn in het kader van instellingen die Hij opricht, waarvan Hij de samenstelling en de nadere regels voor de werkwijze vaststelt. Dit is bijvoorbeeld het geval met collectieve arbeidsovereenkomsten op de voorwaarden bepaald in de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités (zie inzonderheid de artikelen 28 en volgende) of met de technische normen op de voorwaarden bepaald bij de wet van 3 april 2003 betreffende de normalisatie (zie inzonderheid artikel 17, vijfde lid). In de beide gevallen gaat het om een recht waarover wordt onderhandeld tussen de betrokken partijen, waaraan de Koning een juridisch afdwingbaar gevolg behoort te verlenen.

4. Met het beschouwde wetsvoorstel wordt een andere techniek gehanteerd. Het hecht belangrijke rechtsgevolgen aan het niet-naleven van «alle of een deel van de regels inzake corporate governance tot de naleving waarvan de vennootschap zich heeft verbonden». De wetgever maakt aldus de schending van regels waarop hij geen vat heeft afdwingbaar. In het wetsvoorstel wordt immers geen gewag gemaakt van de inhoud van de corporate governance-code of dito voorschriften en het voorziet evenmin in een mechanisme om de inhoud ervan te onderzoeken alvorens aan de code eventueel rechtswaarde te verlenen.

Met andere woorden, de wetgever verlaat zich volledig op codes of op regels die uitgewerkt zijn door particuliere marktdeelnemers met een doel dat kan beantwoorden aan het streven van financiële markten, maar niet noodzakelijkerwijs aan dat van een wetgever die vennoten en derden wenst te beschermen.

De Raad van State plaatst vraagtekens 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 ⁽⁸⁾. 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.

⁽⁷⁾ Advies 38.823/2/V, gegeven op 30 augustus 2005, over de amendementen nrs. 7, 8 en 9 bij het ontwerp van wet «tot aanvulling van het Wetboek van Vennootschappen met bepalingen betreffende de openbaarmaking van bezoldigingen van bestuurders en van leidinggevende personen van genoteerde vennootschappen en vennootschappen van publiek recht» (Gedr. St., Kamer, zitting 2004-2005, DOC 51 1502/004).

⁽⁸⁾ Vergelijk met het voorstel van resolutie betreffende de code inzake corporate governance, inzonderheid blz. 8 en 10 (Gedr. St., Kamer, DOC 51 1670/001).

5. Il paraît difficile d'assimiler la violation «d'un code ou de règles de gouvernance» à une infraction aux statuts sociaux.

En effet, les statuts des sociétés anonymes sont soumis de par le Code des sociétés à des règles contraignantes: ainsi ils doivent être établis par acte authentique (article 66, alinéa 2, du Code des sociétés); leur modification nécessite une assemblée générale extraordinaire soumise à des conditions de quorum et de majorité renforcées (article 558 du Code des sociétés); au niveau de la publicité des statuts qui conditionne leur opposabilité aux tiers, une expédition de l'acte authentique doit être déposée au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel la société a son siège social (article 67, § 1^{er}, du Code des sociétés) et un extrait de l'acte constitutif doit être publié au Moniteur belge (article 76 du Code des sociétés). Les statuts doivent aussi contenir certaines mentions obligatoires (article 69 du Code des sociétés) et ils sont conservés dans un dossier tenu au nom de chaque société, dans une version mise à jour après chaque modification des statuts (article 75, 2°, du Code des sociétés).

En revanche, l'élaboration ou les modifications d'«un code» ou «de règles de gouvernance d'entreprise» ne sont soumises à aucune règle particulière sinon celles que s'imposent volontairement leurs auteurs. Le législateur n'a sur base de la proposition de loi examinée aucune emprise à cet égard.

6. L'article 528 du Code des sociétés concerne toutes les sociétés anonymes.

En revanche, le code Lippens a vocation à s'appliquer aux sociétés cotées même s'il peut également servir de cadre de référence pour les autres sociétés ⁽⁹⁾.

Ce faisant, il entend essentiellement répondre aux exigences des marchés financiers internationaux et se mesurer aux standards appliqués en la matière dans les autres pays.

Le Conseil d'État se demande si l'aggravation de la responsabilité découlant de l'addition proposée à l'article 528 du Code des sociétés n'est pas hors proportion avec les infractions qui peuvent être commises par des sociétés non cotées ⁽¹⁰⁾. Les auteurs de la proposition devraient s'expliquer à ce propos.

⁽⁹⁾ Code Lippens, p. 10, préambule 8.

⁽¹⁰⁾ Voir dans le même sens l'avis 38.823/2/V, précité.

5. Het lijkt moeilijk schending van «de regels inzake corporate governance» met schending van de statuten van de vennootschap gelijk te stellen.

De statuten van naamloze vennootschappen zijn immers door het Wetboek van Vennootschappen onderworpen aan dwingende regels: zo moeten ze worden opgesteld bij authentieke akte (artikel 66, tweede lid, van het Wetboek van Vennootschappen); de wijziging ervan vergt een buitengewone algemene vergadering waarvoor strengere voorwaarden inzake quorum en meerderheid gelden (artikel 558 van het Wetboek van Vennootschappen); wat betreft de openbaarmaking van de statuten waarvan de tegenwerpbaarheid aan derden afhankelijk is gesteld, moet een expeditie van de authentieke akte worden neergelegd ter griffie van de rechtbank van koophandel van het rechtsgebied waarbinnen de vennootschap haar zetel heeft (artikel 67, § 1, van het Wetboek van Vennootschappen) en moet een uittreksel uit de oprichtingsakte in het Belgisch Staatsblad worden bekendgemaakt (artikel 76 van het Wetboek van Vennootschappen). De statuten moeten eveneens bepaalde verplichte vermeldingen bevatten (artikel 69 van het Wetboek van Vennootschappen) en worden bewaard in een dossier dat op naam van elke vennootschap wordt bijgehouden, waarvan de versie na elke wijziging van de statuten wordt bijgewerkt (artikel 75, 2°, van het Wetboek van Vennootschappen).

Daarentegen is het opstellen of wijzigen van «een code of van regels inzake corporate governance» aan geen enkele bijzondere regel onderworpen, tenzij aan de regels die de opstellers ervan zich vrijwillig opleggen. De wetgever heeft op basis van het onderzochte wetsvoorstel geen enkel gezag wat dit betreft.

6. Artikel 528 van het Wetboek van Vennootschappen betreft alle naamloze vennootschappen.

De code-Lippens daarentegen is bedoeld om toepassing te vinden op genoteerde vennootschappen, zelfs al kan hij ook dienst (...) doen als referentiekader voor alle andere vennootschappen ⁽⁹⁾.

Dusdoende wil hij hoofdzakelijk voldoen aan de vereisten van de internationale financiële markten en zich meten met de standaarden die in dezen in andere landen worden toegepast.

De Raad van State vraagt zich af of de grotere aansprakelijkheid die het gevolg is van de voorgestelde toevoeging in artikel 528 van het Wetboek van Vennootschappen, niet buiten verhouding staat tot de overtredingen die door niet-genoteerde vennootschappen kunnen worden begaan ⁽¹⁰⁾. De indieners van het voorstel zouden hierover nadere uitleg moeten verschaffen.

⁽⁹⁾ Code-Lippens, blz. 11, preambule 8.

⁽¹⁰⁾ Zie in dezelfde zin het voormelde advies 38.823/2/V.

7. C'est sous le bénéfice des observations générales qui précèdent que sont formulées les observations particulières suivantes.

Observations particulières

1. La sanction de l'article 528, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés trouverait à s'appliquer en cas de violation «de tout ou partie d'un code ou de règles de gouvernance d'entreprise que la société s'est engagée à respecter».

Compte tenu des conséquences juridiques importantes liées à cette violation - la responsabilité solidaire d'une part, des membres du conseil d'administration et d'autre part, des membres du comité de direction - il est important de déterminer avec précision quand une société «s'est engagée» au respect d'un code ou de règles de gouvernance. Cette déclaration doit-elle répondre à certaines exigences de forme et de publicité ou peut-elle être simplement déduite de ce que la société applique en pratique un code? Par ailleurs, pour éviter toute insécurité juridique, il est recommandé de préciser l'organe qui doit prendre l'engagement de respecter le code. En effet, différents organes peuvent engager, dans leurs compétences respectives, la société: le conseil d'administration, le comité de direction et l'administrateur délégué. Cette précision est d'autant plus souhaitable qu'il peut y avoir divergence de vues, par exemple entre le conseil d'administration et le comité de direction, quant à l'opportunité de prendre un tel engagement.

2. La responsabilité solidaire des administrateurs et des membres du comité de direction s'applique en cas de violation «(des dispositions) d'un code ou des règles de gouvernance d'entreprise».

La distinction qui est faite dans le texte français entre un «code» et «des règles de gouvernance» n'est pas claire. Selon les développements, on pourrait penser que le «code» est élaboré par une instance extérieure à la société et ensuite adopté par celle-ci, tandis que «les règles de gouvernance» seraient des normes que la société s'impose volontairement à elle-même. Les auteurs devraient s'expliquer à ce propos.

Par ailleurs, lorsque les auteurs de la proposition de loi parlent de «code» ils envisagent, selon les développements, en particulier le code Lippens.

Toutefois, faute d'autre précision il peut s'agir de tout «code» de gouvernance d'entreprise quelconque, celui-ci pouvant émaner de n'importe quel groupe de personnes privées ou morales, représentatives ou non, et être élaboré de manière unilatérale ou après consultation des catégories d'intérêts concernés.

Telle que libellée la proposition de loi laisse le choix à la société entre des codes de gouvernance d'entreprise dont le contenu peut être très variable et la comparabilité réduite.

7. Onder voorbehoud van de voorgaande algemene opmerkingen worden de volgende bijzondere opmerkingen gemaakt.

Bijzondere opmerkingen

1. De bepalingen van artikel 528, eerste lid, van het Wetboek van Vennootschappen zouden gelden in geval van schending van «alle of een deel van de regels inzake corporate governance tot de naleving waarvan de vennootschap zich heeft verbonden».

Gelet op de grote juridische gevolgen die verbonden zijn aan die schending - de hoofdelijke aansprakelijkheid van, ten eerste, de leden van de raad van bestuur en van, ten tweede, de leden van het directiecomité - komt het erop aan nauwkeurig te bepalen wanneer een vennootschap «zich heeft verbonden» tot de naleving van een code of regels inzake corporate governance. Moet die verklaring voldoen aan bepaalde vereisten qua vorm en bekendmaking of kan ze gewoon worden afgeleid uit het feit dat de vennootschap in de praktijk een code toepast? Om alle rechtsonzekerheid te voorkomen, wordt overigens voorgesteld te bepalen welk orgaan de verbintenis tot het naleven van de code moet aangaan. Verschillende organen kunnen immers, binnen hun respectieve bevoegdheden, verbintenissen aangaan die op de vennootschap wegen: de raad van bestuur, het directiecomité en de gedelegeerd bestuurder. Die precisering is des te wenselijker daar de raad van bestuur en het directiecomité bijvoorbeeld een andere kijk kunnen hebben op de opportuniteit van het aangaan van zulk een verbintenis.

2. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders en van de leden van het directiecomité geldt in geval van schending «van (bepalingen van) een code of van de regels inzake corporate governance».

Het onderscheid dat in de Franse tekst gemaakt wordt tussen een «code» en «règles de gouvernance» is niet duidelijk. Door de toelichting ontstaat de indruk dat de «code» opgesteld wordt door een instantie die losstaat van de vennootschap en dat de code vervolgens door de vennootschap wordt overgenomen, terwijl de regels inzake corporate governance normen zouden zijn die de vennootschap uit eigen beweging aan zichzelf oplegt. De indieners van het voorstel zouden daarover uitleg moeten verschaffen.

Wanneer de indieners van het wetsvoorstel over «code» spreken, verwijzen zij volgens de toelichting overigens in het bijzonder naar de code-Lippens.

Bij gebrek aan nadere precisering zou het evenwel kunnen gaan om welke «code» ook inzake corporate governance, die zou kunnen uitgaan van ongeacht welke groep privé- of rechtspersonen, al dan niet representatief, en zou die eenzijdig kunnen worden opgesteld of na raadpleging van de categorieën van geïnteresseerden in kwestie.

Zoals het wetsvoorstel geredigeerd is, wordt aan de vennootschap de keuze gelaten tussen codes inzake corporate governance waarvan de inhoud sterk kan verschillen en die bezwaarlijk onderling te vergelijken zijn.

Ici aussi, une clarification s'avère nécessaire compte tenu de la sanction juridique liée au non respect des dispositions du «code».

3. L'article 528, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés envisage la violation «du présent Code ou des statuts sociaux», tandis que la proposition de loi y ajoute la violation «de tout ou partie d'un code ou des règles de gouvernance d'entreprise que la société s'est engagée à respecter».

Cet ajout semble indiquer que, contrairement au Code des sociétés ou aux statuts sociaux qui doivent être respectés dans toutes leurs dispositions, pour ce qui concerne le code ou les règles de gouvernance d'entreprise, la société pourrait s'engager à en respecter seulement certaines parties. Si tel est le cas, le texte appelle deux observations:

- d'une part, il risque d'être source d'insécurité juridique, car il faudra dans chaque cas particulier, vérifier la portée exacte de l'engagement pris par la société;
- d'autre part, cette approche va à l'encontre de la règle «comply or explain» (appliquer ou s'expliquer) qui est le fondement de quasiment tous les codes en matière de gouvernance d'entreprise ⁽¹¹⁾. En effet, cette règle signifie que tout le code doit être appliqué, au moins dans ses éléments essentiels, mais qu'il est toujours possible à chaque société de s'écarter de l'une ou l'autre de ses dispositions moyennant une explication adéquate.

⁽¹¹⁾ La règle «comply or explain» permet d'une part, d'épouser la diversité des situations qui peuvent se présenter et d'autre part, de tenir compte du caractère évolutif des situations, de sorte qu'une règle appliquée aujourd'hui peut ne plus l'être demain si les circonstances ont changé. Cette approche est consacrée par la recommandation de la Commission européenne du 15 février 2005: «Les États membres sont invités à prendre les mesures nécessaires pour introduire au niveau national, soit par une approche du type «se conformer ou s'expliquer», soit par voie législative (¼) une série de dispositions relatives au rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance, ainsi qu'aux comités du conseil d'administration ou de surveillance, à l'intention des sociétés cotées» (Recommandation 2005/162/CE du 15 février 2005, JOCE - L - 52, 25 février 2005, p. 54, 1.1, alinéa 1^{er}). Dans certains pays, le législateur a expressément consacré la règle «comply or explain». Voir par exemple aux Pays-Bas, l'article 3 du Besluit du 23 décembre 2004 «tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag» et en Allemagne, § 161 Aktiengesetz. Sur la difficulté de la règle «comply or explain, d'intégrer purement et simplement l'ensemble des principes du code Lippens dans le Code des sociétés, voir le rapport de la Commission de la Chambre chargée des problèmes de droit commercial et économique, spécialement pp. 35 et s. (Doc. parl., Chambre, DOC 51 1502/009).

Ook hier blijkt een verduidelijking noodzakelijk, gelet op het rechtsgevolg dat verbonden wordt aan de niet-naleving van de bepalingen van de «code».

3. In artikel 528, eerste lid, van het Wetboek van Vennootschappen is sprake van de schending «van dit wetboek of van de statuten van de vennootschap», terwijl bij het wetsvoorstel daaraan de schending wordt toegevoegd «van alle of een deel van de regels inzake corporate governance tot de naleving waarvan de vennootschap zich heeft verbonden».

Door die toevoeging wordt blijkbaar aangegeven dat, in tegenstelling tot het Wetboek van Vennootschappen en tot de statuten van de vennootschap, waarvan alle bepalingen moeten worden nageleefd, de code of de regels inzake corporate governance slechts ten dele hoeven te worden nageleefd door de vennootschap volgens de verbintenis die ze heeft aangegaan. Als zulks het geval is, geeft de tekst aanleiding tot twee opmerkingen:

- ten eerste dreigt de tekst tot rechtsonzekerheid te leiden, aangezien in elk specifiek geval zal moeten worden nagegaan wat de juiste reikwijdte is van de verbintenis die de vennootschap heeft aangegaan;
- ten tweede is die aanpak strijdig met de regel «comply or explain» (pas toe of leg uit), die ten grondslag ligt aan nagevoeg alle codes inzake corporate governance ⁽¹¹⁾. Die regel betekent immers dat de volledige code moet worden toegepast, althans de essentiële bestanddelen ervan, maar dat elke vennootschap de mogelijkheid behoudt om af te wijken van deze of gene bepaling ervan mits ze daarvoor een passende uitleg geeft.

⁽¹¹⁾ De regel «comply or explain» maakt het mogelijk in te spelen op de diverse situaties die zich kunnen voordoen en rekening te houden met de veranderlijkheid van de situaties, zodat een regel die vandaag wordt toegepast morgen misschien niet meer wordt toegepast omdat de omstandigheden veranderd zijn. Die aanpak is verankerd in de aanbeveling van de Europese Commissie van 15 februari 2005: «De lidstaten nemen alle nodige maatregelen om hetzij door middel van het beginsel «naleven of motiveren», hetzij door middel van wetgeving ... een geheel van bepalingen vast te stellen met betrekking tot de taken van niet bij het dagelijks bestuur betrokken bestuurders of commissarissen en van de comités van de raad van bestuur/raad van commissarissen, welke bepalingen door beursgenoteerde ondernemingen ten uitvoer moeten worden gelegd» (Aanbeveling 2005/162/EG van 15 februari 2005, Publicatieblad van de Europese Unie L-52, 25 februari 2005, blz. 54, 1.1, eerste alinea). In sommige landen heeft de wetgever de regel «comply or complain» uitdrukkelijk bekrachtigd. Zie bijvoorbeeld Nederland, artikel 3 van het Besluit van 23 december 2004 «tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag» en Duitsland, § 161 Aktiengesetz. In verband met de moeilijkheid om de regel «comply or complain» of alle principes van de code-Lippens gewoon in het Wetboek van Vennootschappen op te nemen, zie het verslag van de (Kamercommissie) belast met de problemen inzake handels- en economisch recht, inzonderheid blz. 35 e.v. (Gedr. St., Kamer, DOC 51 1502/009).

4. En entendant modifier l'article 528, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés, les auteurs de la proposition de loi soumettent au même régime de responsabilité solidaire en cas d'infraction au code ou aux règles de gouvernance d'entreprise les administrateurs et les membres du comité de direction.

Le Conseil d'État s'interroge sur la pertinence de cette extension à l'égard des membres du comité de direction, dans la mesure où les neuf principes qui constituent les piliers du code Lippens et auxquels les auteurs de la proposition de loi font expressément référence dans les développements de leur texte concernent uniquement le conseil d'administration, voire l'assemblée générale des actionnaires.

La chambre était composée de

Messieurs

Y. KREINS, président de chambre,

J. JAUMOTTE,

Madame

M. BAGUET, conseillers d'État,

Monsieur

G. KEUTGEN, assesseur de la section de législation,

Madame

A.-C. VAN GEERSDAELE, greffier.

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

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

LE GREFFIER ,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS

4. De indieners van het wetsvoorstel, die artikel 528, eerste lid, van het Wetboek van Vennootschappen willen wijzigen, onderwerpen aldus de bestuurders en de leden van het directiecomité aan dezelfde regeling van hoofdelijke aansprakelijkheid in geval van schending van de code of van de regels inzake corporate governance.

De Raad van State heeft vragen bij de zin van die uitbreiding ten aanzien van de leden van het directiecomité, doordat de negen principes die de pijlers van de code-Lippens vormen en waarnaar de indieners van het wetsvoorstel uitdrukkelijk verwijzen in de toelichting bij hun tekst, alleen betrekking hebben op de raad van bestuur of zelfs de algemene vergadering van aandeelhouders.

De kamer was samengesteld uit

de Heren

Y. KREINS, kamervoorzitter,

J. JAUMOTTE,

Mevrouw

M. BAGUET, staatsraden,

de Heer

G. KEUTGEN, assessor van de afdeling wetgeving,

Mevrouw

A.-C. VAN GEERSDAELE, 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. J. JAUMOTTE.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS