CLAEYS & ENGELS

Loi Corporate Governance

NEWSLETTER, 29 AVRIL 2010

SOMMAIRE:

Champ d'application 2

Déclaration de gouvernement d'entreprise 2

Rapport de rémunération 3

Le comité de rémunération 6

Indemnités de depart/ parachutes dorés 7

Etalement de la rémunération variable dans le temps 8

Actions et options sur actions 9

Entreprises publiques autonomes 9

Entrée en vigueur de la loi 10

Le 6 avril 2010, la fameuse Loi Corporate Governance a finalement été promulguée. La loi a été publiée au Moniteur belge du 23 avril 2010. Cette loi a pour ambition de renforcer le gouvernement d'entreprise dans les sociétés cotées et dans les entreprises publiques autonomes.

La loi apporte au Code des Sociétés certaines modifications importantes en ce qui concerne les sociétés belges cotées en bourse : outre la transposition (partielle) de la directive européenne 2006/46/CE, qui oblige les entreprises cotées à intégrer une déclaration de gouvernement d'entreprise dans le rapport de gestion, la loi prévoit la constitution obligatoire d'un comité de rémunération et la publication d'un rapport sur les rémunérations; elle limite également les parachutes dits dorés et la rémunération variable du management exécutif.

La loi intervient après plusieurs années de discussion et de controverse, pendant lesquelles beaucoup d'autres propositions de loi ont également été examinées sans être finalement retenues.

Nous exposons ci-dessous plus en détail les lignes de force de la loi.

Bonne lecture !

Plus d' info:
www.claeysengels.be
info@claeysengels.be

Champ d'application: uniquement les entreprises belges cotées

La loi est d'application aux sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé belge ou étranger. Il s'agit en d'autres mots de sociétés *belges* cotées, peu importe qu'elles soient cotées en Belgique ou à l'étranger.

Par ailleurs, les sociétés sœurs ou filiales de sociétés étrangères cotées en bourse, qui ne sont pas elles-mêmes cotées, ne sont pas visées.

Sauf rares exceptions, les dispositions de la loi relatives au renforcement du gouvernement d'entreprise, analysées ci-dessous, concernent uniquement les sociétés dont les *actions* sont négociées sur un marché réglementé, et ne visent donc pas les sociétés dont seuls d'autres titres sont négociés (par ex. des obligations). Nous signalerons ces exceptions.

Déclaration de gouvernement d'entreprise

En exécution de la directive européenne 2006/46/CE, la loit prévoit une obligation d'inclure une déclaration de gouvernement d'entreprise dans le rapport de gestion, contenant les informations pertinentes sur les pratiques de *corporate governance* qui sont appliquées par la société.

La déclaration doit, en particulier, contenir les informations suivantes:

- la désignation du code de gouvernement d'entreprise que la société applique ainsi que l'endroit où ce code est disponible pour le public. La loi prévoit à ce sujet qu'un code de référence peut être imposé par arrêté royal. Un arrêté royal a entre-temps en effet déjà été adopté, qui désigne le Code belge de Corporate Governance (revu) de 2009, autrement connu sous le nom de Code Daems, comme le code de référence à utiliser. L'arrêté royal n'a cependant pas encore été publié. Outre la désignation du code appliqué, il faut également communiquer, le cas échéant, les informations pertinentes relatives aux autres pratiques de gouvernement d'entreprise qui sont appliquées, ainsi que le lieu de mise à disposition de cette information ;
- si la société n'applique pas intégralement le code de gouvernement d'entreprise, une indication des éléments du code de gouvernement d'entreprise auxquelles elle déroge et les raisons de cette dérogation. En d'autres termes le principe de '*comply or explain*', adopté par le Code Corporate Governance, suivant lequel les sociétés ont le choix entre communiquer l'information demandée ou expliquer pourquoi elle ne l'est pas, est maintenant également consacré par la loi ;
- une description des principales caractéristiques des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques de la société, dans le cadre du processus d'établissement de l'information financière ;
- les informations relatives à l'actionnariat (publication déjà obligatoire) ;
- la composition et le mode de fonctionnement des organes d'administration et de leurs comités.

La déclaration de gouvernement d'entreprise doit en principe être établie uniquement par les sociétés dont les *actions* sont admises aux négociations sur un marché réglementé. Les informations reprises sous le point 3° constituent une exception : elles doivent également être données pour les sociétés dont d'autres titres que des actions sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

Le fait de ne pas inclure de déclaration de gouvernement d'entreprise dans le rapport de gestion peut mener à la responsabilité solidaire des administrateurs, pour tout dommage qui en résulte.

Rapport de rémunération

Le rapport de rémunération doit être joint à la déclaration de gouvernement d'entreprise dont il constitue une partie spécifique.

Le rapport de rémunération doit être établi par le comité de rémunération (voyez ci-après) et comprend des informations détaillées concernant la politique de rémunération et la rémunération (individuelle) des administrateurs et du management exécutif. La loi n'utilise cependant pas l'expression «management exécutif», mais se réfère aux «administrateurs exécutifs», aux «membres du comité de direction», aux «personnes chargées de la gestion journalière de la société» et aux «autres dirigeants». Cette dernière expression vise les membres des comités de direction dits informels ou d'autres comités exécutifs. Il s'agit ici des comités de direction qui sont établis en dehors du régime légal de l'article 524bis du Code des Sociétés. En d'autres termes, ce sont tant les comités de direction formels qu'informels (ou «management» ou «executive committees) qui sont visés.

Les informations obligatoires dans le rapport de rémunération sont très largement inspirées de ce qui a été prévu à ce sujet dans le Code Daems. La loi prévoit en outre un certain nombre de domaines dans lesquels des informations doivent être données

Une différence importante par rapport à ce qui figure dans le Code daems, est en outre que la règle dite "comply or explain" n'est pas d'application à ce sujet: les informations du rapport de rémunération doivent obligatoirement être communiquées. Le non respect de cette obligation peut engager la responsabilité individuelle des administrateurs.

Vous trouverez ci-dessous un aperçu des informations obligatoires :

(Les passages indiqués en rouge correspondent aux informations complémentaires que la loi exige par rapport au Code Daems)

1. Une description de la procédure adoptée pour (i) élaborer une politique relative à la rémunération des administrateurs et du management exécutif et (ii) pour fixer la rémunération individuelle des administrateurs et du management exécutif ;

2. Une déclaration sur la politique de rémunération adoptée pour les administrateurs et le management exécutif, qui comprend au moins les données suivantes :

a. les principes de base de la rémunération, avec indication de la relation entre rémunération et prestations;

b. l'importance relative des différentes composantes de la rémunération;

c. les caractéristiques des primes de prestations en actions, options ou autres droits d'acquérir des actions;

d. des informations sur la politique de rémunération pour les deux exercices sociaux suivants

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

3. sur une base individuelle, le montant des rémunérations et autres avantages accordés directement ou indirectement aux administrateurs non exécutifs : si certains membres du management exécutif sont aussi membres du conseil d'administration, des informations sur le montant des rémunérations qu'ils reçoivent en cette qualité;

4. lorsque le management exécutif entre en ligne de compte dans le cadre de l'attribution de rémunérations liées aux prestations (sur base de prestations individuelles ou collectives), les critères pour l'évaluation des prestations au regard des objectifs, l'indication de la période d'évaluation et la description des méthodes qui sont appliquées pour vérifier s'il est satisfait aux critères de prestation. Ces informations doivent être mentionnées de manière à ne fournir aucune donnée confidentielle sur la stratégie de l'entreprise;

5. le montant des rémunérations et des autres avantages accordés directement ou indirectement au représentant principal du management exécutif, c.à.d. le CEO. A cet effet, une distinction doit être opérée entre :

a. la rémunération de base;

b. la rémunération variable : toute rémunération additionnelle liée aux critères de prestation avec indication des modalités de paiement de cette rémunération variable;

c. pension : les montants versés pendant l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion ou les coûts relatifs aux services fournis au cours de l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion, en fonction du type de plan de pension, avec une explication des plans de pension applicables;

d. les autres composantes de la rémunération, telles que les coûts ou la valeur d'assurances et d'autres avantages en nature, avec une explication des caractéristiques des principales composantes.

En cas de modification importante de cette rémunération par rapport à l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion, celle-ci doit être particulièrement mise en évidence.

.

6. globalement, le montant des rémunérations et autres avantages qui ont été accordés directement ou indirectement aux autres membres du management exécutif. A cet effet, une distinction doit à nouveau être opérée entre :

a. la rémunération de base;

b. la rémunération variable : toute rémunération additionnelle liée aux critères de prestation avec indication des modalités de paiement de cette rémunération variable;

c. pension : les montants versés pendant l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion ou les coûts relatifs aux services fournis au cours de l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion, en fonction du type de plan de pension, avec une explication des plans de pension applicables;

d. les autres composantes de la rémunération, telles que les coûts ou la valeur d'assurances et d'autres avantages en nature, avec une explication des caractéristiques des principales composantes

En cas de modification importante de cette rémunération par rapport à l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion, celle-ci doit être particulièrement mise en évidence;

7. individuellement, pour le management exécutif, le nombre et les caractéristiques clés des actions, des options sur actions ou de tous autres droits d'acquérir des actions accordés, exercés ou venus à échéance au cours de l'exercice social ;

8. individuellement, pour le management exécutif, les dispositions relatives à l'indemnité de départ ;

9. en cas de départ des membres du management exécutif, la justification et la décision du conseil d'administration, sur proposition du comité de rémunération, relatives à la question de savoir si la personne concernée entre en ligne de compte pour une indemnité de départ, et la base de calcul de cette indemnité ;

10. pour le management exécutif, la mesure dans laquelle un droit de recouvrement de la rémunération variable attribuée sur la base d'informations financières erronées est prévu au bénéfice de la société.

Le conseil d'administration doit également communiquer le rapport de rémunération au conseil d'entreprise ou, à défaut, aux représentants des travailleurs au comité de prévention et de protection au travail ou, à défaut, à la délégation syndicale.

Le rapport de rémunération doit en outre être approuvé par vote séparé de l'Assemblée Générale. Un rejet du rapport de rémunération ne porte pas préjudice aux dispositions contractuelles existantes, mais entraîne l'obligation pour le conseil d'administration de revoir sa politique de rémunération. Il s'agit également d'un signal adressé au conseil d'administration afin de modifier d'un commun accord les conditions contractuelles actuelles.

Le comité de rémunération

Les sociétés dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé doivent constituer un comité de rémunération au sein du conseil d'administration. La constitution du comité de rémunération et ses compétences sont ici encore largement inspirés du Code Daems, si ce n'est que le comité est obligatoire, alors que le Code Daems prévoyait des dérogations via le principe du « comply or explain ».

La constitution du comité de rémunération n'est pas obligatoire pour les sociétés répondant, sur une base consolidée, à au moins deux des trois critères suivants :

- nombre moyen de salariés inférieur à 250 personnes sur l'ensemble de l'exercice concerné ;
- total du bilan inférieur ou égal à 43.000.000 EUR ;
- chiffre d'affaire net annuel inférieur ou égal à 50.000.000 EUR.

Dans ce cas, les fonctions attribuées au comité de rémunération sont exercées par le conseil d'administration dans son ensemble, à condition que ces sociétés disposent d'au moins un administrateur indépendant.

La loi prévoit également que le comité de rémunération doit être composé uniquement de membres non exécutifs du conseil d'administration et composé d'au moins une majorité d'administrateurs indépendants au sens de l'article 526*ter* du Code des Sociétés. Par ailleurs, et ceci constitue une nouveauté par rapport au Code Daems, le comité de rémunération doit disposer de « l'expertise nécessaire en matière de politique de rémunération ». Selon l'exposé des motifs de la loi, il suffit à cet égard qu'au moins un membre soit détenteur d'un diplôme d'études supérieures et dispose au moins de trois années d'expérience en matière de management du personnel ou dans le domaine de la rémunération des administrateurs et des membres du personnel de direction. Le CEO participe avec voix consultative aux réunions du comité de rémunération lorsque celui-ci se prononce sur la rémunération des autres membres du management exécutif.

Sans préjudice des tâches et responsabilités du conseil d'administration dans son ensemble, le comité de rémunération est au moins chargé des tâches suivantes :

1. le comité de rémunération formule des propositions au conseil d'administration sur la politique de rémunération des administrateurs et des membres du management exécutif et, s'il y a lieu, sur les propositions qui en découlent et qui doivent être soumises par le conseil d'administration aux actionnaires ;
2. le comité de rémunération formule des propositions au conseil d'administration sur la rémunération individuelle des administrateurs et des membres du management exécutif, y compris la rémunération variable et les primes de prestation à long terme, liées ou non à des actions, octroyées sous forme d'options sur actions ou autres instruments financiers, et les indemnités de départ, et, s'il y a lieu, sur les propositions qui en découlent et qui doivent être soumises par le conseil d'administration aux actionnaires ;
3. le comité de rémunération prépare le rapport de rémunération qui est inséré par le conseil d'administration dans la déclaration de gouvernement d'entreprise ;
4. le comité de rémunération commente le rapport de rémunération lors de l'assemblée générale annuelle des actionnaires.

Le comité de rémunération fait régulièrement rapport au conseil d'administration. Il se réunit au moins deux fois par an et chaque fois qu'il l'estime nécessaire pour l'exécution de ses missions.

Indemnités de départ/ parachutes dorés

Un des aspects de la loi qui a particulièrement donné lieu à controverse est la limitation des indemnités de départ ou parachutes dorés.

Dans le Code Daems, le principe selon lequel les indemnités de départ pour les membres du management exécutif ne pouvaient plus être supérieures à 12 mois de la rémunération fixe et variable, éventuellement portées à 18 mois en cas d'avis motivé du comité de rémunération, était déjà de mise. Ce principe est consacré dans la loi et rendu obligatoire pour toutes les sociétés dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé, avec toutefois une nuance importante : le contrat avec un membre du management exécutif peut quand même prévoir une indemnité plus importante, pour autant que cette disposition dérogatoire soit expressément approuvée par la première assemblée générale ordinaire suivante. A défaut, la disposition dérogatoire sera nulle de plein droit. La loi vise aussi bien les contrats conclus lors de la nomination que ceux conclus durant le mandat ou à l'occasion de sa cessation.

L'approbation doit faire l'objet d'un point particulier à l'ordre du jour de l'assemblée générale. L'approbation du rapport de rémunération dans son ensemble n'est donc pas suffisante. De plus, la demande relative à l'attribution d'une indemnité de départ plus importante doit être communiquée au préalable au conseil d'entreprise (ou à défaut au comité pour la protection et la prévention au travail, ou, à défaut, à la délégation syndicale) pour que celui-ci dispose de la possibilité de donner son avis. Cet avis doit être publié sur le site internet de la société.

La notion « indemnité de départ » doit être interprétée de manière très large, conformément à l'exposé des motifs de la loi. Il ne s'agit pas ici seulement de l'indemnité de départ sensu stricto mais également des éventuelles clauses de non-concurrence qui devraient être payées, tout comme les avantages en nature et les versements au fonds de pension à l'occasion de la cessation.

L'application pratique de la loi est relativement claire lorsqu'il s'agit des membres du management exécutif qui ont un statut d'indépendant. Lorsqu'il s'agit de salariés, la situation est beaucoup moins évidente. L'exposé des motifs indique que l'approbation préalable de l'assemblée générale n'est pas exigée si cette formalité porte préjudice aux droits issus de la loi relative aux contrats de travail, par exemple concernant les indemnités de préavis minimales pour les travailleurs. Cela étant, une convention avec un travailleur/membre du management exécutif accordant une indemnité de préavis supérieure à l'indemnité de préavis légale et supérieure respectivement à 12 et 18 mois, doit en principe bel et bien faire l'objet d'une telle approbation. Il en va de même s'agissant des fonctionnaires des entreprises publiques autonomes si les normes minimales légales s'appliquant à leur statut de fonctionnaire leur donnent droit à une indemnité de préavis plus importante.

En cas de silence du contrat de travail concernant l'indemnité de préavis, la situation est incertaine. Dans ce cas, il est souvent fait application - dans la pratique - de la formule Claeys, et ce tant par l'employeur que par les juridictions du travail. La question est de savoir si l'entreprise peut conclure, sur base de la formule Claeys et sans l'accord explicite de l'assemblée générale, un accord après licenciement accordant une indemnité supérieure aux 12 ou 18 mois cités. Si l'on répond par la négative, l'employeur aura dans la pratique le choix entre soit (a) demander une dérogation à l'assemblée générale, ou (b) assurer sa défense dans le cadre d'une procédure judiciaire que le membre du personnel de direction concerné ne manquera certainement pas d'initier auprès du Tribunal du Travail. Dans l'attente d'une prise de position claire des tribunaux et/ou de la CBFA, la prudence est recommandée.

La loi ambitionne t-elle d'inciter les juridictions du travail à réduire les indemnités de rupture des membres salariés du management exécutif ? La réponse est tout aussi incertaine.

Etalement dans le temps de la rémunération variable

La loi prévoit par ailleurs un étalement obligatoire dans le temps de la rémunération variable attribuée au management exécutif. On vise ici toute rémunération qui est attribuée sur base des « critères de prestation ». Une indemnité liée à des actions, couplée à un critère de prestation constitue par conséquent une rémunération variable.

La loi dispose que, lorsque la part de la rémunération variable s'élève à plus d'un quart de la rémunération totale, et sous réserve d'une disposition statutaire contraire ou d'un accord explicite de l'assemblée générale, au moins un quart de la rémunération variable pour le management exécutif doit être basée sur des critères de prestation mesurables sur une période d'au moins 2 ans. Un autre quart de la rémunération variable doit être basé sur une période d'au moins 3 ans. Les critères de prestation doivent en plus être définis à l'avance et mesurables objectivement.

Schématiquement, cela se compose comme suit :

Si rémunération variable > ¼ rémunération totale
maximum 50% sur base du critère de l'année comptable en cours minimum 25% sur base de critères mesurables sur 2 ans au moins minimum 25% sur base de critères mesurables sur 3 ans au moins
Sauf disposition contraire des statuts ou approbation de l'assemblée générale

Pour vérifier si les proportions susmentionnées sont respectées pour une année donnée, il faut tenir compte de l'*enjeu* (le montant espéré) de la rémunération variable (les 'targets'), et pas du *résultat* final (montant effectivement mérité) sur base des critères de prestation. Chaque année il conviendra donc d'examiner si la proportion est correcte, sur base des critères de prestation fixés sur 1, 2, 3 ans ou plus. S'il apparait ultérieurement que les critères de prestation fixés sont dépassés, alors la rémunération finale variable peut être plus importante que les pourcentages maximaux qui sont prévus dans la loi.

La loi prévoit en outre que les critères déterminant l'attribution d'une rémunération au management exécutif doivent être expressément mentionnés dans le contrat de l'intéressé. Le paiement de la rémunération variable n'est autorisé que si les objectifs relatifs à la période prévue sont atteints. Les rémunérations variables qui seraient attribuées en méconnaissance de ces dispositions ne peuvent, selon la loi, être prises en considération pour le calcul de l'indemnité de préavis.

Enfin, la loi prévoit que, lorsqu'une rémunération variable est prévue dans une convention avec un administrateur indépendant, cette disposition contractuelle doit être préalablement approuvée - sous peine de nullité - par la première assemblée générale suivante, comme en matière d'indemnité de départ.

Actions et options sur actions

La loi prévoit que - sauf dispositions statutaires contraires ou accord explicite de l'assemblée générale – les actions ou options sur actions et tous les autres droits de nature similaire attribués au management exécutif ne peuvent être définitivement acquis, ou exercés, qu'au terme d'une période d'au moins trois ans à dater de leur attribution.

De cette manière, le législateur souhaite inciter le management exécutif à avoir également en vue l'intérêt de la société à plus long terme.

La période d'attente de trois ans est déjà relativement habituelle en Belgique dans la mesure où il s'agit d'une condition pour la division par deux de l'impôt prélevé lors de l'attribution des options.

Entreprises publiques autonomes

L'obligation de rédiger un rapport de rémunération, ainsi que les limitations relatives aux indemnités de départ, à la rémunération variable et à l'attribution d'actions et d'options sur actions, sont d'application *mutatis mutandis* aux entreprise publiques autonomes au sens de la loi du 21 mars 1991.

Entrée en vigueur de la loi

Enfin, l'entrée en vigueur de la loi est également importante. Toutes les obligations de la loi n'entrent pas en vigueur en même temps. Ci-dessous, une vue d'ensemble :

- l'obligation de rédiger la déclaration de gouvernement d'entreprise (moins le rapport de rémunération) : application immédiate pour l'année comptable en cours ;
- l'obligation de rédiger le rapport de rémunération : pour la première fois à partir de l'année comptable débutant après la publication de la loi au Moniteur Belge ;
- la constitution du comité de rémunération : pour la première fois à partir de l'année comptable débutant après la publication de la loi au Moniteur Belge ;
- la limitation des indemnités de départ : pour la première fois d'application pour les accords conclus ou prolongés 10 jours après la publication au Moniteur Belge ;
- la réglementation concernant l'attribution d'une rémunération variable et des (options sur) actions : à partir de l'année comptable postérieure au 31 décembre 2010 (pour ce qui concerne les entreprises publiques autonomes, ceci est d'application à partir de l'année comptable qui commence après la publication de la loi au Moniteur Belge).

CLAEYS & ENGELS

Bruxelles
280, boulevard du Souverain
1160 Bruxelles
Tel.: 02 761 46 00
Fax: 02 761 47 00

Liège
boulevard Frère Orban 25
4000 Liège
Tel.: 04 229 80 11
Fax: 04 229 80 22

Anvers
Commodity House
Generaal Lemanstraat 74
2600 Anvers
Tel.: 03 285 97 80
Fax: 03 285 97 90

Gand
Ferdinand Lousbergkaai 103 bus 4-5
9000 Gand
Tel.: 09 261 50 00
Fax: 09 261 55 00

Courtrai
Ring Bedrijvenpark
Brugsesteenweg 255
8500 Courtrai
Tel.: 056 26 08 60
Fax: 056 26 08 70

Hasselt
Luikersteenweg 227
3500 Hasselt
Tel.: 011 24 79 10
Fax: 011 24 79 11

Nos newsletters sont destinées à vous procurer une information générale relative à des sujets d'actualité et à certains développements législatifs ou jurisprudentiels. Nous veillons bien entendu à la fiabilité de cette information. Cependant, nos newsletters ne contiennent aucune analyse juridique et ne peuvent en aucun cas engager notre responsabilité. N'hésitez pas à prendre contact avec nos avocats pour toute question complémentaire.

Ius Laboris | Global Human Resources Lawyers