

GG

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 47.959/2
DU 31 MARS 2010

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 8 mars 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées", a donné l'avis suivant :

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

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

Observations générales

1. L'auteur de l'avant-projet a établi un tableau de transposition qui permet d'appréhender quelles dispositions de l'avant-projet transposent celles de la directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007 sur la participation des actionnaires à l'assemblée générale par voie électronique (ci-après la directive) et vice-versa.

Ce tableau lu en combinaison avec le dispositif de l'avant-projet fait clairement apparaître que ce dernier excède la simple transposition de la directive dans la mesure où, dans un souci de maintien de la cohérence entre les régimes applicables ¹, les dispositions de cette directive sont également traduites dans le Code des sociétés pour d'autres formes de société que la seule société anonyme dont les actions sont admises aux négociations sur un marché visé à l'article 4 du Code des sociétés (ci-après les sociétés anonymes), à savoir notamment la société privée à responsabilité limitée (SPRL), la société coopérative et la société en commandite par actions ². En effet, les dispositions qu'il a (ou non) fallu modifier pour ce faire n'apparaissent pas dans le tableau de transposition mais sont reprises dans l'avant-projet de loi et font l'objet d'un commentaire renvoyant à celui relatif aux dispositions qui concernent les sociétés anonymes.

Certes, tel qu'il est actuellement conçu, le double tableau de transposition répond au considérant 15 de la directive. Ce tableau n'a cependant pas pour seule fonction de satisfaire le vœu de l'Union européenne; il permet également d'éclairer les parlementaires sur la portée exacte de l'avant-projet de loi en tant qu'il transpose la

(1) Voir exposé des motifs, p. 5.

(2) Voir commentaire de l'article 18 du projet.

directive mais aussi, dès lors qu'il va au-delà de cette transposition, en quoi et comment il y procède. L'auteur de l'avant-projet est en conséquence invité à compléter ce tableau de la même manière qu'il a indiqué, dans le commentaire des articles, la disposition de la directive qu'il traduit pour des sociétés autres que celles visées par celle-ci en précisant, pour ces dernières, qu'il s'agit non d'une transposition au sens strict mais de la mise en œuvre par analogie des règles de la directive. Les parlementaires seront ainsi mieux informés quant à la marge de manœuvre dont ils disposent.

2. Il n'est pas d'usage d'ajouter à la numérotation des articles l'énoncé de la disposition correspondante de la directive, comme il est fait pour la plupart des dispositions de l'avant-projet. Ces mentions doivent être omises et ce, d'autant plus qu'elles sont souvent imprécises et incomplètes.

Observations particulières

Dispositif

Articles 5 (article 270bis en projet), 8 (article 382bis en projet) et 18 (article 538bis en projet) de l'avant-projet

1. L'article 18 de l'avant-projet insère dans le Code des sociétés un article 538bis qui est la transposition de l'article 8 de la directive sur la participation des actionnaires à l'assemblée générale par voie électronique.

Cette disposition prévoit en son paragraphe 1^{er} que les statuts peuvent prévoir une telle possibilité pour les actionnaires.

Par ailleurs, au paragraphe 1^{er}, alinéa 4, le texte en projet dispose que

"Les statuts peuvent prévoir que ce moyen de communication électronique doit en outre permettre à l'actionnaire de participer aux délibérations (...)".

Le texte est ambigu dans la mesure où il semble indiquer, d'une part, que les statuts peuvent autoriser la participation des actionnaires à l'assemblée générale par voie électronique et, d'autre part, que les statuts peuvent prévoir la participation des actionnaires aux délibérations et leur droit de poser des questions.

En réalité, lorsque les statuts autorisent une participation des actionnaires à l'assemblée générale par voie électronique, ils doivent aussi leur permettre de participer aux délibérations et de poser des questions. En effet, ce droit de participation et de poser des questions est intimement lié au droit de vote car il permet à l'actionnaire d'exercer ce droit de vote en connaissance de cause.

Pour lever cette ambiguïté, la dernière phrase du paragraphe 1^{er}, alinéa 4, devrait être libellée comme suit :

"Lorsque les statuts prévoient la possibilité pour les associés de participer à distance à l'assemblée générale conformément à l'alinéa 1^{er}, ceux-ci sont aussi autorisés à participer aux délibérations et à poser des questions".

2. À l'article 538*bis*, § 1^{er}, alinéa 5, en projet, il y a lieu, conformément à l'article 5, paragraphe 3, b), de la directive, d'indiquer que la description des procédures statutaires ou établies en vertu des statuts, relatives à la participation à distance à l'assemblée générale doit être "claire et précise".

3. Dans le souci de maintien d'une cohérence, tel qu'envisagé par l'avant-projet, dans les régimes applicables en droit interne aux différentes formes de société, les mêmes observations valent également pour les articles 270*bis*, § 1^{er}, alinéas 4 et 5, et 382*bis*, § 1^{er}, alinéas 4 et 5, en projet.

Articles 5 (article 270bis en projet), 8 (article 382bis en projet),
18 (article 538bis en projet) et 23 (article 550 en projet) de l'avant-projet

L'article 8, paragraphe 1, de la directive que l'article 18 de l'avant-projet transpose, précise

"Les États membres autorisent les sociétés à offrir à leurs actionnaires toute forme de participation à l'assemblée générale par voie électronique, notamment une, plusieurs ou toutes les formes de participation ci-après :

- a) transmission de l'assemblée générale en temps réel;
- b) communication bidirectionnelle en temps réel permettant aux actionnaires de s'adresser à l'assemblée générale à partir d'un lieu éloigné;
- c) mécanisme permettant de voter, que ce soit avant ou pendant l'assemblée générale, sans qu'il soit nécessaire de désigner un mandataire devant être physiquement présent lors de l'assemblée".

L'article 538bis en projet permet aux sociétés anonymes de prévoir, dans leurs statuts

"la possibilité de participer à distance à l'assemblée générale grâce à un moyen de communication électronique mis à disposition par la société".

La même possibilité est ouverte pour les SPRL et les sociétés coopératives respectivement par les articles 270bis et 382bis en projet.

Ces dispositions ne semblent cependant viser, en leur paragraphe 1^{er}, alinéa 4, que les deux premières hypothèses du paragraphe 1^{er} de l'article 8 de la directive, qui concernent la participation aux assemblées générales, tandis que la troisième hypothèse, qui a trait au vote, est organisée par l'article 550 en projet et ne s'applique, partant, qu'aux sociétés anonymes.

La question se pose de savoir si, ce faisant, le souci de maintien d'une cohérence, tel qu'envisagé par l'avant-projet, dans les régimes applicables en droit interne aux différentes formes de société est effectivement rencontré.

Articles 5 (article 270bis en projet), 8 (article 382bis en projet),
18 (article 538bis en projet), 23 (article 550 en projet) et 38 de l'avant-projet

1. Les articles 538bis et 550 en projet, qui transposent les articles 8 et 12 de la directive, ont pour objet d'autoriser les sociétés anonymes à prévoir dans leurs statuts la possibilité de permettre aux actionnaires de participer aux assemblées générales et au vote par des moyens électroniques.

Aux termes de l'article 38 de l'avant-projet, les sociétés anonymes disposent d'un délai jusqu'au 1^{er} juillet 2011 pour adapter leurs statuts. À défaut d'avoir pris les dispositions statutaires requises, cet article 38 précise, en son alinéa 3, que

"les dispositions statutaires contraires à (celles de) la (...) loi sont réputées non écrites et les dispositions impératives de celle-ci seront applicables".

La question se pose de savoir quelles dispositions précises seront applicables dans ce cas de figure dès lors que la loi en projet n'organise elle-même aucun régime supplétif et ne laisse au contraire au Roi, dans son article 538bis, § 5, que le soin de "préciser la nature et les conditions d'application des moyens de communication électronique" permettant de participer à distance aux assemblées générales. Ce faisant, il n'est pas certain que le recours à ces moyens de communication sera organisé de manière à pouvoir s'appliquer techniquement aux sociétés anonymes en défaut d'avoir adapté leurs statuts à la date du 1^{er} juillet 2011. Il en ira, *a fortiori*, de même pour le droit de voter à distance pour lequel seul le contenu du formulaire est prévu par l'avant-projet (article 550, § 2, en projet) si les statuts sont muets sur ce point.

Or, il semble bien que l'organisation de la participation à distance tant aux assemblées générales qu'au vote soit une des pierres de touche de la directive. Si, dans la démarche adoptée, il apparaît conforme à cette directive de privilégier une attitude volontariste des sociétés anonymes en la matière, il n'en demeure pas moins que prévoir l'application des dispositions impératives de la loi au titre de régime supplétif sans organiser celui-ci constitue une lacune de l'avant-projet, qui devra être complété sur ce point.

2. Dans le souci de maintien d'une cohérence, tel qu'envisagé par l'avant-projet, dans les régimes applicables en droit interne aux différentes formes de société, les mêmes observations valent également pour les articles 270*bis* et 382*bis* en projet.

Articles 6 (article 274 en projet), 9 (article 412 en projet)
et 19 (article 540 en projet) de l'avant-projet

1. L'article 19 de l'avant-projet apporte des modifications à l'article 540 du Code des sociétés. Il transpose l'article 9 de la directive relatif au droit de poser des questions.

Le texte en projet permet, en application de l'alinéa 2 de cet article ainsi modifié, de ne pas répondre à une question si "la communication de données ou de faits (...) est de nature à porter gravement préjudice à la société, aux associés et au personnel de la société".

Il restreint la directive dans la mesure où celle-ci permet de refuser de répondre si "la protection de la confidentialité et des intérêts commerciaux des sociétés" l'exige, alors que, selon le Code des sociétés, il faut que la fourniture de renseignements porte "gravement" préjudice à la société, aux associés ou au personnel.

Par ailleurs, il restreint la directive en prenant en compte également le préjudice causé aux associés et au personnel, alors que le texte de la directive se limite à considérer les seuls intérêts de la société.

Le texte devrait dès lors être revu de manière à se conformer pleinement aux prescriptions de la directive.

2. Dans le souci de maintien d'une cohérence, tel qu'envisagé par l'avant-projet, dans les régimes applicables en droit interne aux différentes formes de société, la même observation vaut également pour les modifications apportées par les articles 6 et 9 de l'avant-projet à l'alinéa 2 des articles 274 et 412 en projet du Code des sociétés.

Article 13 de l'avant-projet (article 553bis en projet)

1. L'article 13 de l'avant-projet transpose l'article 5 de la directive en insérant un article 553bis dans le Code des sociétés.

L'article 553bis, § 1^{er}, 3/, prévoit que la convocation à l'assemblée générale doit contenir l'information suivante :

"(...), notamment le délai dans lequel l'actionnaire doit indiquer son intention de participer à l'assemblée (...)".

La portée juridique de l'expression "l'intention de participer à l'assemblée" n'apparaît pas clairement. En effet, la participation à l'assemblée générale n'est pas subordonnée à la proclamation de cette intention mais "à l'enregistrement comptable des actions au nom de l'actionnaire le quatorzième jour qui précède l'assemblée générale" (article 536, § 2, en projet du Code des sociétés ajouté par l'article 17 de l'avant-projet).

2. La question se pose par ailleurs de savoir si cette date est fixée de manière unique pour toutes les sociétés anonymes, comme semble le révéler le tableau figurant à la suite du commentaire de l'article 17 de l'avant-projet, et si elle correspond ainsi au délai prévu à l'article 550, § 3, en projet qui s'applique à la manifestation de volonté de l'actionnaire de voter sous forme électronique ³.

(3) Un même délai est également prévu lorsque l'actionnaire recourt à une procuration donnée à un mandataire en application de l'article 547bis, § 2, alinéa 3, en projet.

3. Les auteurs du projet devraient clarifier la disposition sur ces deux points en tenant compte des obligations imposées par la directive ⁴.

Article 21 de l'avant-projet (article 547 en projet)

L'article 21 de l'avant-projet constitue la transposition des articles 10 et 11 de la directive.

L'alinéa 2 ajouté à l'article 547 du Code des sociétés dispose qu'

"un tel pouvoir (de représentation) ne peut être donné pour un nombre illimité d'assemblées ou pour une période illimitée".

Selon l'exposé des motifs, cette règle

"se dégage de la jurisprudence de la Cour de Cassation, à savoir l'interdiction de désigner un mandataire pour un nombre illimité d'assemblées ou pour une période illimitée (voy. Cass. 13 avril 1989)".

Les termes "nombre illimité" et "période illimitée", qui risquent d'être source de conflits, ne correspondent pas à l'article 10, paragraphe 2, de la directive, qui permet aux États membres de limiter la désignation d'un mandataire à une seule assemblée générale ou aux assemblées tenues durant une période déterminée, ce que fait l'article 547*bis* en projet inséré par l'article 22 de l'avant-projet qui indique qu'une procuration ne peut en règle être donnée par un actionnaire que pour une assemblée générale.

Il y aurait dès lors lieu de clarifier l'alinéa 2 de l'article 547 en projet à la lumière de l'article 547*bis* en projet.

⁽⁴⁾ Notamment en son article 7.

Article 22 de l'avant-projet (article 547bis en projet)

1. Cet article, qui constitue la transposition en droit belge des articles 10 et 11 de la directive, insère dans le Code des sociétés un nouvel article 547bis.

Celui-ci prévoit en son paragraphe 3 que le mandataire est tenu de voter conformément aux instructions qu'il a reçues. Pour contrôler le respect de cette règle, le mandataire doit conserver un registre des instructions de vote qu'il a reçues et à la demande de l'actionnaire lui confirmer qu'il les a exécutées.

Le paragraphe 4, 1/, de l'article 547bis en projet énonce des règles à respecter "en cas de conflits d'intérêts potentiels", par exemple l'obligation pour le mandataire de "divulguer les faits précis qui sont pertinents pour permettre à l'actionnaire d'évaluer le risque que le mandataire puisse poursuivre un intérêt autre que l'intérêt de l'actionnaire".

Les règles concernant les conflits d'intérêts ne peuvent trouver à s'appliquer que si le mandataire n'a pas reçu d'instruction de la part de l'actionnaire.

En effet, s'il reçoit des instructions, il ne dispose d'aucune liberté de vote et doit les suivre scrupuleusement, sans pouvoir s'en écarter.

Pour éviter tout doute en la matière, il y aurait lieu de préciser cette restriction du champ d'application de la règle de conflit d'intérêts dans l'exposé des motifs.

2. L'article 547bis en projet ne règle pas le sort des procurations données avant qu'un ordre du jour complété soit publié (article 533ter, § 3, en projet).

Ces procurations antérieures peuvent avoir été données avec instructions de vote : qu'en est-il dans ce cas pour les nouveaux points et résolutions à l'ordre du jour de l'assemblée générale ?

Ces procurations antérieures peuvent également avoir été données sans instructions de vote, le mandant donnant toute liberté à son mandataire : cette liberté de vote vaut-elle également pour les nouveaux points à l'ordre du jour que le mandant ne connaissait pas au moment où il a établi la procuration ?

Pour éviter toute insécurité juridique, l'auteur de l'avant-projet devrait aussi régler les différentes situations décrites ci-avant.

Article 23 de l'avant-projet (article 550 en projet)

L'article 12 de la directive que transpose l'article 550 en projet, dispose :

"Les États membres autorisent les sociétés à offrir à leurs actionnaires la possibilité de voter par correspondance avant l'assemblée générale. Le vote par correspondance ne peut être soumis qu'à des exigences et contraintes nécessaires à l'identification des actionnaires, et uniquement dans la mesure où elles sont proportionnées à la réalisation de cet objectif".

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'expliquer comment la règle de la proportionnalité est traduite en droit belge, à défaut d'être précisée dans la disposition à l'examen.

La chambre était composée de

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

Les rapports ont été présentés par M. J.-L. PAQUET, premier auditeur.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

B. VIGNERON

Y. KREINS

GG

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 47.959/2
VAN 31 MAART 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede kamer, op 8 maart 2010 door de Minister van Justitie verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders van genoteerde vennootschappen", heeft het volgende advies gegeven :

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

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

Algemene opmerkingen

1. De steller van het voorontwerp heeft een omzettingstabel opgemaakt waaruit kan worden afgeleid welke bepalingen van het voorontwerp bepalingen omzetten van richtlijn 2007/36/EG van 11 juli 2007 over de deelneming van de aandeelhouders aan de algemene vergadering langs elektronische weg (hierna de richtlijn) en vice versa.

Uit deze tabel, gelezen in samenhang met het dispositief van het voorontwerp, blijkt duidelijk dat het voorontwerp verder gaat dan het louter omzetten van de richtlijn in zoverre, ter wille van het behoud van de coherentie tussen de geldende stelsels ¹, de bepalingen van deze richtlijn ook worden omgezet in het Wetboek van Vennootschappen voor andere vennootschapsvormen dan alleen de naamloze vennootschap waarvan de aandelen zijn toegelaten tot de verhandeling op een markt als bedoeld in artikel 4 van het Wetboek van Vennootschappen (hierna de naamloze vennootschappen), te weten inzonderheid de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA), de coöperatieve vennootschap en de commanditaire vennootschap op aandelen ². De bepalingen die men daartoe al dan niet heeft moeten wijzigen komen immers niet voor in de omzettingstabel, maar zijn opgenomen in het voorontwerp van wet; in de commentaar erbij wordt verwezen naar die betreffende de bepalingen inzake de naamloze vennootschappen.

⁽¹⁾ Zie memorie van toelichting blz. 5.

⁽²⁾ Zie de commentaar bij artikel 18 van het voorontwerp.

Zoals de tweeledige omzettingstabel zich thans aandient, voldoet ze uiteraard aan overweging 15 van de richtlijn. Deze tabel heeft evenwel niet als enige functie te voldoen aan de wens van de Europese Unie; ze maakt het ook mogelijk de parlementsleden nader in te lichten over de juiste strekking van het voorontwerp van wet in zoverre het de richtlijn omzet, maar, aangezien het ontwerp verder gaat dan die omzetting, ook in welke zin en op welke wijze het zulks doet. De steller van het voorontwerp wordt bijgevolg verzocht deze tabel aan te vullen op dezelfde wijze als hij, in de artikelsgewijze commentaar, de bepaling van de richtlijn heeft vermeld die hij omzet voor andere vennootschappen dan die welke daarin worden vermeld, waarbij voor deze laatstgenoemden wordt gepreciseerd dat het niet gaat om een omzetting in strikte zin, doch om het uitvoeren bij analogie van de regels van de richtlijn. De parlementsleden zullen zodoende beter ingelicht zijn omtrent de speelruimte waarover ze beschikken.

2. Het is niet gebruikelijk aan de nummering van de artikelen de verwijzing van de overeenstemmende bepaling van de richtlijn toe te voegen, zoals voor het merendeel van de bepalingen van het voorontwerp het geval is. Deze vermeldingen moeten vervallen, te meer daar ze vaak onduidelijk en onvolledig zijn.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikelen 5 (ontworpen artikel 270bis), 8 (ontworpen artikel 382bis)
en 18 (ontworpen artikel 538bis) van het voorontwerp.

1. Artikel 18 van het voorontwerp voegt in het Wetboek van Vennootschappen een artikel 538bis in dat dient tot omzetting is van artikel 8 van de richtlijn over de deelneming van de aandeelhouders aan de algemene vergadering langs elektronische weg.

Paragraaf 1 van deze bepaling schrijft voor dat de statuten in die mogelijkheid kunnen voorzien voor de aandeelhouders.

.../...

Paragraaf 1, vierde lid, van de ontworpen tekst bepaalt bovendien het volgende :

"De statuten kunnen bepalen dat het elektronische communicatiemiddel de vennoot bovendien in staat moet stellen om deel te nemen aan de beraadslagingen (...)".

De tekst is dubbelzinnig in zoverre hij enerzijds lijkt op te wijzen dat de statuten kunnen toestaan dat de aandeelhouders langs elektronische weg aan de algemene vergadering deelnemen en anderzijds dat de statuten kunnen bepalen dat de aandeelhouders deelnemen aan de beraadslagingen en hun recht om vragen te stellen uitoefenen.

In feite moeten de statuten, wanneer ze de aandeelhouders toestaan deel te nemen aan de algemene vergadering langs elektronische weg, hen ook toestaan deel te nemen aan de beraadslagingen en vragen te stellen. Dit recht op deelneming en op het stellen van vragen is immers nauw verbonden met het stemrecht, daar het de aandeelhouder in de mogelijkheid stelt dit stemrecht met kennis van zaken uit te oefenen.

Om deze dubbelzinnigheid op te heffen zou de laatste zin van paragraaf 1, vierde lid, als volgt moeten luiden :

"Wanneer de statuten voorzien in de mogelijkheid voor de aandeelhouders om, overeenkomstig het eerste lid, op afstand deel te nemen aan de algemene vergadering, zijn de aandeelhouders ook gerechtigd om deel te nemen aan de beraadslagingen en om vragen te stellen".

2. In het ontworpen artikel 538bis, § 1, vijfde lid, dient overeenkomstig artikel 5, lid 3, b), van de richtlijn, te worden vermeld dat de beschrijving van de statutaire of krachtens het statuut vastgestelde procedures met betrekking tot het deelnemen op afstand aan de algemene vergadering "helder en nauwkeurig" moet zijn.

3. Ter wille van het behoud van de coherentie, zoals die met het voorontwerp wordt beoogd, tussen de regelingen die in het interne recht van toepassing

.../...

zijn op de verschillende vennootschapsvormen, gelden dezelfde opmerkingen eveneens voor de ontworpen artikelen 270*bis*, § 1, vierde en vijfde lid, en 382*bis*, § 1, vierde en vijfde lid.

Artikelen 5 (ontworpen artikel 270*bis*), 8 (ontworpen artikel 382*bis*),
18 (ontworpen artikel 538*bis*) en 23 (ontworpen artikel 550) van het voorontwerp

Artikel 8, lid 1, van de richtlijn, dat bij artikel 18 van het voorontwerp wordt omgezet, bepaalt het volgende :

"De lidstaten staan vennootschappen toe hun aandeelhouders in de gelegenheid te stellen om langs elektronische weg aan de algemene vergadering deel te nemen, met name deelname in één of alle van de volgende vormen :

- a) een realtimetransmissie van de algemene vergadering;
- b) een realtimecommunicatie in twee richtingen die aandeelhouders in staat stelt zich vanaf een andere locatie tot de algemene vergadering te richten;
- c) een mechanisme voor het uitbrengen van stemmen, hetzij voorafgaand aan, hetzij tijdens de algemene vergadering, zonder een volmachthouder te hoeven aanwijzen die lijfelijk bij de vergadering aanwezig is".
- d)

Het ontworpen artikel 538*bis* stelt de naamloze vennootschappen in de mogelijkheid in hun statuten te voorzien in

"de mogelijkheid om op afstand deel te nemen aan de algemene vergadering, door middel van een door de vennootschap ter beschikking gesteld elektronisch communicatiemiddel".

Dezelfde mogelijkheid wordt geboden aan de BVBA's en de coöperatieve vennootschappen, respectievelijk in de ontworpen artikelen 270*bis* en 382*bis*.

Het laat zich evenwel aanzien dat deze bepalingen, meer bepaald paragraaf 1, vierde lid ervan, alleen doelen op de eerste twee gevallen vermeld in lid 1 van artikel 8 van de richtlijn, die betrekking hebben op de deelneming aan de algemene vergaderingen, terwijl het derde geval, dat betrekking heeft op de stemming geregeld wordt in het ontworpen artikel 550 en bijgevolg alleen van toepassing is op de naamloze vennootschappen.

De vraag rijst of zodoende aan de wil om de met het voorontwerp beoogde coherentie te bewaren tussen de regelingen die in het interne recht van toepassing zijn op de verschillende vennootschapsvormen, daadwerkelijk wordt tegemoet gekomen.

Artikelen 5 (ontworpen artikel 270bis), 8 (ontworpen artikel 382bis), 18 (ontworpen artikel 538bis), 23 (ontworpen artikel 550) en 38 van het voorontwerp.

1. De ontworpen artikelen 538bis en 550, die de artikelen 8 en 12 van de richtlijn omzetten, hebben tot doel de naamloze vennootschappen te machtigen om in hun statuten [te voorzien] in de mogelijkheid voor de aandeelhouders om langs elektronische weg deel te nemen aan de algemene vergaderingen en de stemming.

Luidens artikel 38 van het voorontwerp hebben de naamloze vennootschappen tot 1 juli 2011 de tijd om hun statuten aan te passen. Indien de vereiste statutaire bepalingen niet zijn vastgesteld, bepaalt het derde lid van dit artikel 38 dat

"de statutaire bepalingen die strijdig zijn met deze wet, voor niet geschreven (worden) gehouden en (...) de dwingende bepalingen van deze wet van toepassing (zullen) zijn".

De vraag rijst welke bepalingen juist van toepassing zullen zijn in dat geval, aangezien de ontworpen wet zelf niet voorziet in enige suppletieve regeling en artikel 538bis, § 5, ervan integendeel aan de Koning alleen opdraagt om "de aard en de toepassingsvoorwaarden van de in § 1 bedoelde elektronische communicatiemiddelen (te) verduidelijken" die het mogelijk maken om op afstand deel te nemen aan de algemene vergaderingen. Het is zodoende niet zeker dat het aanwenden van deze communicatiemiddelen zo zal worden geregeld dat het uit technisch oogpunt toepassing zal kunnen vinden op de naamloze vennootschappen die hun statuten niet hebben aangepast per 1 juli 2011. Zulks zal *a fortiori* het geval zijn voor het recht om op afstand te stemmen, waarvoor alleen de inhoud van het formulier wordt vastgesteld in het voorontwerp (ontworpen artikel 550, § 2) als daarover niets wordt gezegd in de statuten.

Het laat zich nochtans aanzien dat de organisatie van de deelneming op afstand aan zowel de algemene vergaderingen als de stemming, een van de hoekstenen is van de richtlijn. Hoewel het in het kader van de gekozen handelwijze conform deze

.../...

richtlijn lijkt een voluntaristische houding van de naamloze vennootschappen in dezen op de voorgrond te stellen, neemt zulks niet weg dat het voorzien in de toepassing van dwingende bepalingen van de wet bij wijze van suppletieve regeling, zonder deze concreet te regelen, een leemte vormt in het voorontwerp, die op dat punt moet worden aangevuld.

2. Ter wille van het behoud van de coherentie, zoals die met het voorontwerp wordt beoogd, tussen de regelingen die in het interne recht van toepassing zijn op de verschillende vennootschapsvormen, gelden dezelfde opmerkingen eveneens voor de ontworpen artikelen 270*bis* en 382*bis*.

Artikelen 6 (ontworpen artikel 274), 9 (ontworpen artikel 412)
en 19 (ontworpen artikel 540) van het voorontwerp

1. Artikel 19 van het voorontwerp brengt wijzigingen aan in artikel 540 van het Wetboek van Vennootschappen. Het voorziet in de omzetting van artikel 9 van de richtlijn betreffende het recht om vragen te stellen.

De ontworpen tekst maakt het, overeenkomstig het aldus gewijzigde tweede lid van dit artikel, mogelijk om niet te antwoorden op een vraag als "de mededeling van gegevens of feiten (...) van dien aard is dat zij ernstig nadeel zou berokkenen aan de vennootschap, de aandeelhouders of het personeel van de vennootschap".

Hij gaat verder dan de richtlijn doordat deze het mogelijk maakt te weigeren om te antwoorden als "de bescherming van de vertrouwelijkheid en de zakelijke belangen van vennootschappen " zulks vereisen, terwijl luidens het Wetboek van Vennootschappen het verstrekken van inlichtingen "ernstig" nadeel zou moeten berokkenen aan de vennootschap, de aandeelhouders of het personeel van de vennootschap.

Hij gaat bovendien verder dan de richtlijn door eveneens rekening te houden met het nadeel dat wordt berokkend aan de aandeelhouders en het personeel,

terwijl de tekst van de richtlijn zich ertoe bepaalt alleen de belangen van de vennootschap in aanmerking te nemen.

De tekst zou bijgevolg moeten worden herzien om volledig in overeenstemming te worden gebracht met de voorschriften van de richtlijn.

2. Ter wille van het behoud van de coherentie, zoals die met het voorontwerp wordt beoogd, tussen de regelingen die in het interne recht van toepassing zijn op de verschillende vennootschapsvormen, geldt dezelfde opmerking eveneens voor de wijzigingen die bij de artikelen 6 en 9 van het voorontwerp aangebracht worden in het tweede lid van de ontworpen artikelen 274 en 412 van het Wetboek van Vennootschappen.

Artikel 13 van het voorontwerp (ontworpen artikel 553bis)

1. Artikel 13 van het voorontwerp voorziet in de omzetting van artikel 5 van de richtlijn door een artikel 553bis in te voegen in het Wetboek van Vennootschappen.

Artikel 553bis, § 1, 3/, bepaalt dat de oproeping voor de algemene vergadering de volgende informatie moet bevatten :

"(..) met name de termijn waarbinnen de aandeelhouder zijn voornemen om deel te nemen aan de vergadering kenbaar moet maken (...)".

De juridische strekking van de uitdrukking "voornemen om deel te nemen aan de vergadering" is niet duidelijk. Het deelnemen aan de algemene vergadering wordt immers niet afhankelijk gesteld van het bekendmaken van dat voornemen, maar "van de boekhoudkundige registratie van de aandelen op naam van de aandeelhouder op de veertiende dag vóór de algemene vergadering" (ontworpen artikel 536, § 2, van het Wetboek van Vennootschappen, toegevoegd bij artikel 17 van het voorontwerp).

2. De vraag rijst bovendien of deze datum eenmalig wordt vastgesteld voor alle naamloze vennootschappen, zoals blijkt uit de tabel die opgenomen is na de

.../...

commentaar bij artikel 17 van het voorontwerp, en of hij aldus overeenstemt met de termijn bepaald in het ontworpen artikel 550, § 3, dat van toepassing is op het kenbaar maken van de wens van de aandeelhouder om elektronisch te stemmen ³.

3. De stellers van het ontwerp zouden de bepaling op deze twee punten moeten verduidelijken rekening houdend met de bij de richtlijn opgelegde verplichtingen ⁴.

Artikel 21 van het voorontwerp (ontworpen artikel 547)

Artikel 21 van het voorontwerp voorziet in de omzetting van de artikelen 10 en 11 van de richtlijn.

Het tweede lid dat wordt toegevoegd aan artikel 547 van het Wetboek van Vennootschappen bepaalt :

"Deze machtiging kan niet worden gegeven voor een onbeperkt aantal vergaderingen of voor een onbeperkte periode".

Volgens de memorie van toelichting kan deze regel "uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie (...) worden afgeleid, namelijk dat het verboden is een volmachthouder aan te wijzen voor een onbeperkt aantal vergaderingen of voor een onbeperkte periode (zie Cass. 13 april 1989)".

De woorden "onbeperkt aantal", en "onbeperkte periode", die geschillen, zouden kunnen doen ontstaan, stemmen niet overeen met artikel 10, lid 2, van de richtlijn, op grond waarvan "de lidstaten de aanwijzing van een volmachthouder kunnen beperken tot één vergadering of tot de vergaderingen gedurende een bepaalde periode", hetgeen bepaald wordt in het ontworpen artikel 547bis, dat wordt ingevoegd bij artikel 22 van het

(3) Er wordt eveneens voorzien in eenzelfde termijn wanneer de aandeelhouder volmacht verleent aan een mandataris met toepassing van het ontworpen artikel 547bis, § 2, derde lid.

(4) Inzonderheid artikel 7 ervan.

voorontwerp, en waarin staat dat een aandeelhouder in de regel slechts een volmacht mag geven voor één algemene vergadering.

Het tweede lid van het ontworpen artikel 547 zou bijgevolg moeten worden verduidelijkt in het licht van het ontworpen artikel 547*bis*.

Artikel 22 van het voorontwerp (ontworpen artikel 547*bis*)

1. Dit artikel voorziet in de omzetting in het Belgische recht van de artikelen 10 en 11 van de richtlijn en voegt een nieuw artikel 547*bis* in in het Wetboek van Vennootschappen.

Paragraaf 3 ervan bepaalt dat de volmachthouder zijn stem uitbrengt overeenkomstig de instructies die hij heeft gekregen. Om te kunnen controleren of deze regel in acht wordt genomen, moet de volmachthouder een register bewaren met de steminstructies die hij heeft ontvangen en op verzoek van de aandeelhouder bevestigen dat hij zich aan die instructies heeft gehouden.

In paragraaf 4, 1/, van het ontworpen artikel 547*bis* worden regels gesteld die moeten worden in acht genomen "in geval van een potentieel belangenconflict", bijvoorbeeld de verplichting voor de volmachthouder om "de precieze feiten bekend (te) maken die voor de aandeelhouder van belang zijn om te beoordelen of er gevaar bestaat dat de volmachthouder enig ander belang dan het belang van de aandeelhouder nastreeft".

De regels met betrekking tot de belangenconflicten kunnen alleen toepassing vinden als de volmachthouder geen instructies heeft gekregen van de aandeelhouder.

Als hij instructies krijgt, heeft hij immers geen vrijheid van stemming en moet hij die regels nauwgezet opvolgen en kan hij er niet van afwijken.

Om elke twijfel daaromtrent weg te nemen, zou deze beperking van de werkingssfeer van de regel inzake belangenconflicten in de memorie van toelichting moeten worden verduidelijkt.

2. Het ontworpen artikel 547*bis* regelt niets in verband met de volmachten die verleend zijn voordat een aangevulde agenda bekendgemaakt is (ontworpen artikel 533*ter*, § 3).

Deze vroegere volmachten kunnen verleend zijn met instructies voor de stemming : wat moet er in dat geval geschieden met de nieuwe punten en resoluties op de agenda, van de algemene vergadering ?

Deze vroegere volmachten kunnen eveneens verleend zijn zonder instructies voor de stemming, waarbij de volmachtgever zijn volmachthouder volledig vrij laat : geldt deze vrijheid van stemming eveneens voor de nieuwe punten op de agenda, welke de volmachtgever niet kende toen hij de volmacht heeft gegeven ?

Om elke rechtsonzekerheid te voorkomen zou de steller van het voorontwerp ook de verschillende hierboven beschreven situaties moeten regelen.

Artikel 23 van het voorontwerp (ontworpen artikel 550)

Artikel 12 van de richtlijn dat bij het ontworpen artikel 550 wordt omgezet, bepaalt :

"De lidstaten staan vennootschappen toe hun aandeelhouders de mogelijkheid te bieden om per brief te stemmen voordat de algemene vergadering plaatsvindt. Stemmen per brief mag alleen onderhevig zijn aan vereisten en beperkingen die noodzakelijk zijn voor het waarborgen van de identificatie van de aandeelhouders en die in verhouding staan tot de beoogde doelstelling".

Het staat aan de steller van het voorontwerp uit te leggen hoe de evenredigheidsregel in het Belgische recht wordt omgezet, daar zulks niet wordt gepreciseerd in de voorliggende bepaling.

De kamer was samengesteld uit

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

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

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

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

B. VIGNERON

Y. KREINS