

Financial Law Institute

Working Paper Series

*De wet deugdelijk
Vennootschapsbestuur*

Christoph Van der Elst

*WP 2002-13
October 2002*

*The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit within the Law School of Ghent University, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.*

*The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research output of different researchers within the Financial Law Institute to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. Working papers are published in their original language (Dutch, French, English or German) and are provisional.*

*For more information and a full list of available working papers, please consult the **homepage** of the Financial Law Institute at:*

<http://www.law.rug.ac.be/fli>

© Financial Law Institute, Universiteit Gent, 2002

*De wet deugdelijk
vennootschapsbestuur*

Christoph Van der Elst

Abstract:

In July 2002, the Belgian Parliament voted a new bill to modernise corporate law and to introduce a number of “corporate governance” innovations”. These innovations include:

- *force companies to nominate an identified individual to represent the company as a board member. This individual will be liable as if he was the board member;*
- *strengthen the independence of auditors: a cooling-off period of two years has been introduced, the company’s auditor will no longer be allowed to provide a number of non-audit services for the audited firm, an independent external committee will analyse, on request, whether certain specific non-audit services impair the independence of the auditor. This bill also imposes an additional procedure if the value of the non-audit services exceeds the value of the audit service.*
- *allow public limited companies to install a particular two tier board regime;*
- *new rules to solve conflicts of interests within groups of companies;*
- *allow companies to organise a “written” general meeting;*
- *to facilitate investors to take part in general meetings by requiring shareholders to be registered at a registration date.*

This paper briefly describes the new law and focuses on some of the difficulties for the practice of the accountant and the tax consultant.

Comments to the Author:

christoph.vanderelst@rug.ac.be

To be published in:

Accountancy & Tax

De wet deugdelijk vennootschapsbestuur¹

Christoph Van der Elst²

Inleiding

1. Deugdelijk vennootschapsbestuur deed reeds zeer veel inkt vloeien, misschien te veel. Niettemin kan niemand er nu nog om heen. Sinds 2 augustus 2002 beschikt ook België, na onder meer Frankrijk over zijn wet “corporate governance”.³ Aldus wordt deze wet nu gemeenzaam genoemd, omdat de officiële benaming niet uit te spreken is: 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 overnameaanbiedingen⁴.
2. In deze bijdrage worden de belangrijkste wijzigingen aan het nochtans pas van kracht zijnde wetboek van vennootschappen aangesneden. Slechts de krachtlijnen worden belicht; de links en rechts opduikende besprekingen van deze of gene bepaling duiden aan dat over deze wet alweer ellenlange traktaten vallen te verwachten. Komen in deze bijdrage aan bod: de nieuwe regels omtrent het bestuur, deze omtrent de algemene vergadering en deze omtrent het toezicht. Tot de eerste groep regels behoren meer bepaald de bepaling over de vaste vertegenwoordiger van een rechtspersoon, het directiecomité en de belangenconflictenregeling. Telkens zal worden gepoogd – als buitenstaander – even te peilen welke de knel- en aandachtspunten voor de accountant en de belastingconsulent zijn. Over de wijziging aan artikel 166 W. Venn. waarbij een aandeelhouder zich nu niet alleen kan laten vertegenwoordigen doch ook bijstaan door een accountant, volstaat de verwijzing naar een bijdrage in een vorig nummer van dit tijdschrift.⁵

I. De nieuwe regels omtrent het bestuur

1. De vaste vertegenwoordiger

3. De cliëntèle moet er op worden gewezen dat het optreden van een rechtspersoon als bestuurder, zaakvoerder of lid van het directiecomité voortaan moet gepaard gaan met de aanduiding van een “vaste vertegenwoordiger”. Eigenlijk komt deze duiding reeds te laat.

¹ Deze bijdrage werd afgesloten op 12 oktober 2002.

² Docent Instituut Financieel Recht, Universiteit Gent en wetenschappelijk adviseur Hoge Raad voor de Economische Beroepen. Deze tekst vertolkt de standpunten van de auteur en bindt op geen enkele wijze de instellingen waarvoor hij werkzaam is.

³ La loi sur les Nouvelles Régulations Economiques (loi NRE) (n°2001-420) du 15 mai 2001, *J.O.* n° 113 16 mei 2001, 7776.

⁴ *Belgisch Staatsblad* 22 augustus 2002.

⁵ R. VAN BOVEN, “Le rôle de l’expert-comptable dans le pouvoir individuel d’investigation et de contrôle des associés (Art. 166 C. Soc.)”, *Accountancy&Tax*, 2002, nr. 2, 30-33. Zie ook R. VAN BOVEN, “Wetsontwerp ‘corporate governance’ verduidelijkt artikel 166 W. Venn.”, *IAB-Info*, nr. 14, 14 augustus 2002, 10-11.

Immers, de wet voorziet geen overgangstermijn. Alle benoemingen moeten sinds begin september 2002 aan deze voorwaarde te voldoen. De rechtspersoon die reeds een mandaat uitoefent, en derhalve eerstdaags niet meer “aangewezen” moet worden, verplicht de wet – bij een stricte lezing – tot niets. Wellicht moet worden aanbevolen dat ook deze rechtspersonen overgaan tot de aanduiding van een vaste vertegenwoordiger en moet de wet gelezen worden als “aangewezen is of wordt”. Dit is slechts één van de vele onduidelijkheden in de nieuwe wet.

“Vast” is altijd een relatief begrip. De enige rem die op de vervanging van de vaste vertegenwoordiger wordt geplaatst ligt in de verplichting bij de benoeming en beëindiging van de opdracht van de vertegenwoordiger de openbaarmakingsvereisten na te leven alsof hij zelf i.p.v. de rechtspersoon het mandaat waarneemt.⁶ Wellicht moet deze regel ook worden toegepast indien de vaste vertegenwoordiger overlijdt of als deze een werknemer is die de vennootschap verlaat. De wet behoudt daaromtrent evenwel het stilzwijgen.

Bij ontstentenis van enige verduidelijking terzake, kan er van worden uitgegaan dat de raad van bestuur of de zaakvoerder van de vennootschap die het mandaat opneemt bevoegd is de vaste vertegenwoordiger aan te duiden. Enige nuancering is vereist in het licht van de naamloze vennootschap die tevens een directiecomité heeft ingericht.⁷

4. De vennootschap waarbinnen het mandaat wordt uitgeoefend lijkt op het eerste gezicht terzake niet over een goedkeurings- of blokkeringsbevoegdheid te beschikken. De wettekst lijkt immers uit te wijzen dat de benoeming van de vaste vertegenwoordiger geschiedt nadat de rechtspersoon is aangewezen. De gewone regels zijn evenwel van toepassing. Het wordt algemeen aanvaard dat de uitoefening van mandaten van een bestuurder of een zaakvoerder en naar analogie wellicht ook directiecomitéleden aan bepaalde voorwaarden kan worden onderworpen. Te denken valt hier aan het verplicht bezit van aandelen. Niets verhindert derhalve de vennootschap waarin een rechtspersoon tot bestuurder, zaakvoerder of directiecomitélid wordt benoemd om aan de vaste vertegenwoordiger bepaalde voorwaarden op te leggen. De wettekst stelt bovendien uitdrukkelijk dat de “vertegenwoordiger aan dezelfde voorwaarden moet voldoen”. Deze voorwaarden kunnen derhalve de mogelijkheid tot aanduiding van een vaste vertegenwoordiger aanzienlijk bemoeilijken zonet de aanduiding van een rechtspersoon de facto verhinderen.
5. De vaste vertegenwoordiger moet een vennoot, zaakvoerder, bestuurder of werknemer van de rechtspersoon zijn. Voor rechtspersonen zonder vennoten of werknemers – denk maar aan de private stichting – is het keuzerecht beperkt. Ook vennootschappen die in vereffening zijn kunnen met problemen terzake geconfronteerd worden. Theoretisch verhindert niets dat deze vaste vertegenwoordiger op zijn beurt een rechtspersoon is, doch de nieuwe regeling zal hierop opnieuw van toepassing zijn. Als persoon Z bestuurder is van de NV A die bestuurder is bij de NV B die op zijn beurt bestuurder is bij de NV C, zal Z niet als vaste vertegenwoordiger kunnen aangeduid

⁶ Minder duidelijk is welke vennootschap moet instaan voor de uitvoering van deze publicatieverplichting.

⁷ Cf. infra. nr. 8 e.v.

worden voor de NV B in de NV C indien Z geen bestuurder, vennoot of werknemer is van de NV B.

6. Optreden als vaste vertegenwoordiger heeft verstrekking gevolgen: burgerrechtelijk en strafrechtelijk is men verantwoordelijk alsof men in personam het mandaat uitoefent. Bestuurders, zaakvoerders en vennoten dienen derhalve de nodige voorzorgen te treffen opdat hun gehele vermogen niet (opnieuw) op het spel wordt gezet. Opnieuw, immers de tussenplaatsing van een rechtspersoon diende vaak om de aansprakelijkheid te beperken. De vennootschap zelf blijft voor alle schade verantwoordelijk. Interne accountants en belastingconsulenten die optreden voor hun werkgever-rechtspersoon als vaste vertegenwoordiger zijn eveneens gewaarschuwd. Zij genieten volgens de voorbereidende werken als werknemer dan wel van de bescherming van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet⁸, doch de zware fout en de gewoonlijk lichte schuld alsook het bedrog brengen hun aansprakelijk in het gedrang. Bovendien, bepaalde tekortkomingen zullen hen, als professionele beroepsbeoefenaars, sneller als een zware fout worden toegerekend... De vraag kan derhalve worden opgeworpen of deze nieuwe regeling ertoe leidt dat een werknemer in de toekomst de vraag vanwege de werkgever om als vaste vertegenwoordiger een mandaat waar te nemen, kan weigeren. Wellicht dringt een genuanceerd antwoord zich op.⁹

De wetgever voorziet in een matiging van de toepassing van deze regel voor de vaste vertegenwoordiger van de rechtspersoon die bestuurder of zaakvoerder en vennoot is van de vennootschap onder firma, de twee soorten commanditaire vennootschappen en de coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid. In die gevallen is de vaste vertegenwoordiger – gelukkig – niet persoonlijk verbonden voor de verbintenissen van deze categorieën vennootschappen.

7. Een andere nieuwigheid betreft de mogelijkheid tot het benoemen van rechtspersonen als zaakvoerder van een BVBA. Voorheen was dit verboden. Bovenvermelde regeling omtrent de rechtspersoon vertegenwoordiger is derhalve onverminderd van toepassing bij de BVBA.

2. Het optionele tweeledige systeem bij de naamloze vennootschap: raad van bestuur en directiecomité

8. Wat het bestuur betreft, werd door vele juristen betoogd dat de unitaire raad van bestuur die in België verplicht was, niet meer aan de werkelijkheid beantwoordt en dat de weg moest worden geopend voor een duale bestuursstructuur.

De nieuwe wet verleent de naamloze vennootschap de mogelijkheid een tweeledig bestuur te organiseren waarbij aan het directiecomité alle bevoegdheden van de raad van bestuur worden opgedragen met uitzondering van het algemeen beleid van de vennootschap, het

⁸ Althans, indien hun overeenkomst een arbeidsovereenkomst is in de zin van de arbeidsovereenkomstenwet.

⁹ Zie voor een algemene en overzichtelijke bespreking van het “ius variandi” van de werkgever W. VAN EECKHOUTTE, *Arbeidsrecht 2001-2002*, Diegem, Kluwer/Ced.Samson, 2001, nr. 2388 e.v.

toezicht op het directiecomité en de door het Wetboek van vennootschappen aan de raad van bestuur voorbehouden bevoegdheden.

Dit regime is gebaseerd op het verslag van de Regeringscommissie Corporate Governance die een dergelijke wettelijke structuur bepleitte.¹⁰ In bepaalde rechtsleer vraagt men zich luidop af op dit nieuwe wettelijke regime met zijn bijzondere vertegenwoordigingsregeling in overeenstemming is met het Europees vennootschapsrecht.¹¹

9. Van bijzonder belang is de grote beleidsvrijheid die de wetgever de vennootschap biedt om haar bestuursstructuren te optimaliseren. Alleen de meerhoofdigheid van het comité wordt dwingend opgelegd. De voorwaarden voor de aanstelling, het ontslag, de bezoldiging, de duur van het mandaat en de werkwijze behoren tot de bevoegdheid van de algemene vergadering bij wege van statutenwijziging of van de raad van bestuur. Het is niet vereist dat de leden van het directiecomité bestuurders zijn; evenmin is dit verboden.
10. Een aanzienlijke verbetering vormt het nieuwe aansprakelijkheidsregime waarbij de leden van ieder orgaan aansprakelijk zullen zijn voor hun eigen tekortkomingen. Dit geldt enkel voor vennootschappen die opteren om het nieuwe systeem in te voeren. De oprichting van andere comités binnen de raad van bestuur laat het wetsontwerp uitdrukkelijk toe, doch onder zijn aansprakelijkheid.
11. De vraag moet worden opgeworpen of de raad van bestuur statutair de mogelijkheid bieden volledig naar eigen goeddunken het directiecomité in te richten, niet indruist tegen de algemene regels van goed ondernemingsbestuur. Vooreerst verleent deze regel immers de mogelijkheid het beginsel van de “ad nutum” ontslagbevoegdheid van de bestuurder door de algemene vergadering te omzeilen. Overigens wordt het ook mogelijk een onafzetbaar comité te installeren. Dit directiecomité kan bovendien een royale vergoeding worden toegekend zonder dat de aandeelhouder hiertegen succesvol kan ageren.¹²
12. Ten tweede rijst de vraag of een ander aspect van corporate governance, met name het transparantiebeginsel voldoende zal (kunnen) worden nageleefd. Immers, het nieuwe wetsontwerp voegt alleen een systeem met vele opties toe, en laat het oude systeem bijna ongewijzigd voortbestaan. Dit houdt in dat de vennootschappen kunnen opteren hun organisatie te behouden. Enkel de huidige directiecomités moeten op straffe van opheffing binnen het jaar na de inwerkingtreding van de nieuwe wet in regel worden

¹⁰ REGERINGSCOMMISSIE CORPORATE GOVERNANCE, *Naar een beter bestuur van de Belgische vennootschappen*, Brussel, 20 maart 2000, p. 26.

¹¹ Immers dient de onderzoeksplicht van derden inzake naar de vertegenwoordigingsbevoegdheid luidens artikel 9 van de eerste vennootschapsrichtlijn tot de identiteit van hen die vertegenwoordigingsbevoegd zijn, beperkt te worden. Aangezien derden, in voorkomend geval waarbij de vennootschap ook een directiecomité heeft ingericht, ook moeten oordelen of een rechtshandeling tot het algemeen beleid hoort of niet, wordt van derden een verdergaand onderzoek verlangd dat in strijd zou zijn met de richtlijn (E. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Deventer, Kluwer, 2000, 192). Dezelfde bevinding geldt, luidens deze rechtsleer, ook voor het dagelijks bestuur (E. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Deventer, Kluwer, 2000, 187-188).

¹² Tenzij, wat genoteerde vennootschappen betreft, stemmen met de voeten.

gesteld. Anders gesteld, derden zullen ook in de toekomst op hun hoede moeten zijn voor de draagwijdte van de bevoegdheid(sdelegaties) waarover één of ander vennootschapsorgaan beschikt. Zo zal, naar analogie met de delegatiebevoegdheid van de raad van bestuur onder het oude regime, het toegelaten zijn dat het directiecomité statutair aan één of meer leden de bevoegdheid verleent om de vennootschap alleen of gezamenlijk te vertegenwoordigen. Het betreft hier opnieuw uitsluitend de vertegenwoordigingsmacht.

13. De externe accountant en belastingconsulent zijn derhalve gewaarschuwd wanneer zij contracteren met een naamloze vennootschap. In bepaalde gevallen is slechts de raad van bestuur vertegenwoordigingsbevoegd, in andere is dit ook het directiecomité of zelfs het dagelijks bestuur. Het kan evenwel zijn dat de vennootschap rechtsgeldig vertegenwoordigd wordt door één of meer bestuurders, één of meer leden van het directiecomité of één of meer dagelijks bestuurders. Vaak zullen deze personen de medecontractant benaderen als “gedelegeerd” of “afgevaardigd” bestuurder of directie(comité)lid. Er moet nu, nog meer dan vroeger, gecontroleerd worden welke lading deze titel dekt.

Daarbovenop komen ook nog de personen die rechtsgeldig als lasthebber van de vennootschap optreden. Terloops moet worden opgemerkt dat (impliciete) volmachtverleningen dagelijkse praktijk vormen, zeker bij vennootschappen van enige omvang. Werknemers van een vennootschap gaan vaak verbintenissen aan in naam van de vennootschap. Niettemin is waakzaamheid geboden. Zo oordeelde het Hof van Beroep van Brussel dat de werknemer die een faxtoestel huurde in naam van de BVBA zonder enige vertegenwoordigingsbevoegdheid de vennootschap niet verbond.¹³

3. Belangenconflictenregeling

14. Ook de belangenconflictenregeling op groepsniveau werd door de wet “corporate governance” grondig dooreen geschud. Kortweg mag worden gesteld dat alle verrichtingen of beslissingen van een genoteerde vennootschap en die verband houden met de vennootschapsgroep aan een bijzondere procedure worden onderworpen. Ook op de lagere echelons van de vennootschapsgroep dienen belangenconflicten te worden onderzocht.¹⁴ Vrijgesteld zijn beslissingen en verrichtingen van minder belang¹⁵ alsook deze die plaatsvinden “at arm’s length”, dit is tegen de gebruikelijke marktvoorwaarden en zekerheden. Evenmin geviseerd zijn de betrekkingen tussen de controlerende aandeelhouder-natuurlijke persoon en de genoteerde vennootschap noch tussen deze laatste en een dochtervennootschap.

De procedure bestaat in de beoordeling van de verrichting of beslissing door een comité van onafhankelijke bestuurders bijgestaan door tenminste één expert waarna de raad van bestuur dient te beraadslagen en de commissaris een oordeel over de getrouwheid dient te

¹³ Brussel 18 april 1996, *A.J.T.* 1996-97, noot.

¹⁴ Zie het nieuwe artikel 524, §5 W. Venn. Sluipend integreert de Belgische wetgever elementen van groepsrecht in het vennootschapsrecht.

¹⁵ De waarde van de verrichting of beslissing is minder dan 1% van het netto-actief van de vennootschap, zoals dit blijkt uit de geconsolideerde jaarrekening. De vraag kan worden opgeworpen op welke wijze dit criterium kan worden toegepast in geval geen geconsolideerde jaarrekening moet worden opgesteld.

geven. Het jaarverslag moet aan het belangenconflict de nodige ruchtbaarheid geven. Dit is evenzeer het geval voor lasten en beperkingen – denk maar aan “corporate opportunities” – die door de moedervenootschap van de genoteerde vennootschap worden opgelegd.¹⁶

15. Om tot onafhankelijke bestuurder te kunnen worden benoemd, zal men voortaan moeten gescreend worden: men mag geen “hogere” functie in de vennootschapsgroep uitoefenen¹⁷, geen naasten hebben die in de vorige voorwaarde verkeren, geen grote – lees +10% - aandeelhouder zijn, noch een relatie onderhouden die de onafhankelijke taakuitoefening in het gedrang kan brengen; dit alles onverminderd strengere door de Koning te bepalen voorwaarden. Het benoemingsbesluit dient daaromtrent te rapporteren.
16. Aan de uitoefening van de taak van expert werden geen bijzondere voorwaarden gekoppeld. Wellicht is hier een opdracht weggelegd voor de beroepsbeoefenaars van het I.A.B.
17. Wanneer de vennootschap onrechtmatig financieel wordt benadeeld tengevolge van dergelijke verrichtingen of beslissingen zullen de bestuurders, resp. de directiecomitéleden persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn, zelfs indien bovenvermelde procedure werd nageleefd.
18. Aan de belangenconflicten die zich voordoen op het niveau van de bestuurders – denk maar aan de toekenning van inmiddels niet meer geliefde opties door de raad van bestuur aan bepaalde bestuurders - werd niet gesleuteld. De regel werd evenwel uitgebreid. Ook indien dergelijke belangenconflicten zich situeren op het niveau van het directiecomité, werd een procedure uitgewerkt.

II. De onafhankelijke commissaris

19. De nieuwe artikelen 133 en 134 W. Venn. kort bespreken, is niet mogelijk. De wijzigingen zijn zo fundamenteel en zo omvangrijk dat hieraan zonder problemen een volledig nummer van dit tijdschrift kan worden besteed.¹⁸ Deze toelichting is derhalve noodgedwongen onvolledig.
20. Om de onafhankelijkheid van de commissaris beter te kunnen garanderen, heeft de wetgever ervoor geopteerd een “afkoelingsperiode” op te nemen. Het principe van een afkoelingsperiode impliceert dat het voor de commissaris verboden is om gedurende een periode van twee jaar na het beëindigen van zijn controle-opdracht een mandaat binnen de gecontroleerde vennootschap of een entiteit in haar invloedssfeer op te nemen. Dit

¹⁶ Artikel 524, §7 W. Venn.

¹⁷ of hebben uitgeoefend tijdens twee jaar voorafgaand aan de benoeming.

¹⁸ Voor een eerste analyse ter zake zie I. DE POORTER en C. VAN DER ELST, “De onafhankelijke commissaris”, in *Financieel Recht op Zoek naar Nieuwe Evenwichten*, Instituut Financieel Recht, Intersentia, ter perse.

verhindert nochtans niet dat de ex-commissaris diensten blijft aanbieden aan de vennootschap. Een overtreding wordt strafrechtelijk gesanctioneerd.

21. De commissaris zal zich niet kunnen onafhankelijk verklaren wanneer de gecontroleerde vennootschap of een entiteit uit haar “invloedssfeer” begunstigd is geweest van één of meer prestaties zoals vastgesteld door de Koning. Deze interpretatie van het achtste lid van artikel 133 W. Venn. stemt overeen met de wil van de wetgever die de Koning de bevoegdheid heeft verleend de “verrichtingen die de onafhankelijkheidspositie van de commissaris in het gedrang brengen” te omschrijven.¹⁹ Een letterlijke tekstinterpretatie leidt immers tot de vaststelling dat er een absoluut verbod is om als commissaris nog enig consultancy werk ten gunste van de gecontroleerde vennootschap te verrichten. Deze regel geldt voor de prestaties geleverd vanaf twee jaar voorafgaand aan de benoeming tot commissaris.

Het koninklijk besluit met de lijst van de onafhankelijkheidsaantastende prestaties is op het ogenblik van de redactie van onderhavig artikel nog niet beschikbaar. Een voorlopige lijst met de prestaties die als onafhankelijkheidsaantastend zullen worden beschouwd, kan wel worden verstrekt. Immers, de Hoge Raad voor de Economische Beroepen heeft een advies verstrekt over een voorontwerp van koninklijk besluit.²⁰ Daarnaast bevat de Europese aanbeveling²¹ omtrent de onafhankelijkheid van de commissaris een lijst van met de wettelijke controle onverenigbare taken. De regering heeft te kennen gegeven de Belgische reglementering ten minste in overeenstemming te brengen met de Europese aanbeveling, voor zover geen strengere maatregelen in België van kracht zijn en er geen bijkomende maatregelen opportuun worden geacht.²² Deze lijst in het voorontwerp van koninklijk besluit bevat de volgende prestaties:

- beslissingen nemen of aan het besluitvormingsproces deelnemen;
- bijstand verlenen of deelnemen aan de voorbereiding of het voeren van de boekhouding of aan het opstellen van de jaarrekening;
- instaan voor de opstelling, de ontwikkeling of de inwerkingstelling van technologische systemen van financiële informatie;
- instaan voor het waarderen van de activa;
- tussenkomen in de interne audit;
- vertegenwoordigen bij de afwikkeling van fiscale of andere geschillen;
- tussenkomen in de recrutering van personen.

De definitieve lijst zal wellicht nog worden verfijnd om de prestaties die als onafhankelijkheidsaantastend worden beschouwd, zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven.

22. Het toepassingsgebied *ratione personae* is zeer ruim. Niet alleen de gereviseerde vennootschap doch ook een aantal andere entiteiten worden onderworpen, of anders

¹⁹ *Parl. St. Kamer 2000-2001*, nr. 1211/1, p. 14.

²⁰ HOGE RAAD VOOR ECONOMISCHE BEROEPEN, *Advies omtrent het voorontwerp van koninklijk besluit tot uitvoering van het ontwerp van artikel 133 van het wetboek van vennootschappen*, 25 januari 2002, 35 p.

²¹ Aanbeveling van de Europese Commissie van 16 mei 2002 – Onafhankelijkheid van de met de wettelijke controle belaste accountant in de EU: basisbeginselen, *PB. L.* 191, 19 juli 2002, 22-57.

²² *Parl. St. Kamer 2000-2001*, nr. 1211/1, p. 14.

gesteld de onafhankelijkheid van de commissaris wordt aangetast indien hijzelf of iemand uit zijn “invloedsfeer” de door het koninklijk besluit geïmplementeerde prestaties levert aan de “vennootschapskring”. Vallen onder het toepassingsgebied: de Belgische entiteiten in de zin van artikel 11 W. Venn. enerzijds en de buitenlandse dochtervennootschappen anderzijds.²³ Het begrip dochtervennootschap en het hiermee gelieerde begrip controlebevoegdheid wordt toegelicht in de artikelen 6 en volgende van het Wetboek van vennootschappen.

De onafhankelijkheid van de commissaris wordt niet alleen aangetast wanneer hijzelf andere prestaties levert die op de verboden lijst staan vermeld. Ook wanneer deze prestaties worden geleverd door personen met wie de commissaris een arbeidsovereenkomst heeft gesloten of met wie hij beroepshalve in samenwerkingsverband staat dan wel geleverd door de met de commissaris verbonden vennootschappen of personen zoals bepaald in artikel 11 W. Venn., is zijn onafhankelijkheid in het gedrang. Vooral het begrip “personen met wie hij beroepshalve in samenwerkingsverband staat” verdient enige nadere toelichting.

Het begrip “samenwerkingsverband” werd voor het eerst gebruikt in de parlementaire stukken die voorafgaan aan de hervorming van het bedrijfsrevisoraat in 1985. Daarin valt te lezen dat een samenwerkingsverband kan worden beschouwd als iedere vorm van “vereniging of georganiseerde professionele samenwerking” of nog een verbintenis die de verplichting inhoudt elkaar wederzijds aan te bevelen. Slechts de toevallige samenwerking wordt uitgesloten. Niettegenstaande de vaagheid van deze formuleringen, mag er reeds uit afgeleid worden dat deze vorm van “samenwerking” volgens deze regelgeving frequenter zal aanwezig zijn dan in geval van een gezamenlijke ontplooiing van activiteiten waarover het Hof van Justitie onlangs een arrest heeft geïssueerd.²⁴ Dit arrest betrof de “geïntegreerde” samenwerking tussen advocaten en revisoren.

Een verdere aanwijzing kan worden gevonden in het koninklijk besluit van 10 januari 1994 betreffende de plichten van de bedrijfsrevisoren. Artikel 1, 5° van dit besluit luidt als volgt: “*Persoon waarmee een beroepsmatig samenwerkingsverband bestaat: elke persoon waarmee de bedrijfsrevisor een georganiseerd beroepsmatig samenwerkingsverband heeft aangegaan; aan deze begripsomschrijving worden in elk geval vermoed te beantwoorden, elke vennootschap die ertoe strekt het beroep uit te oefenen, elke overeenkomst die het recht inhoudt een gemeenschappelijke benaming te gebruiken of eraan te refereren, of die een verbintenis tot wederkerige aanbeveling omvat*”. Het eerste deel van deze bepaling is vaag. Het komt er immers op neer dat een beroepsmatig samenwerkingsverband een georganiseerd beroepsmatig samenwerkingsverband is. Het venijn zit hem evenwel in de staart. Een overeenkomst die de verbintenis bevat tot wederkerige aanbeveling valt ook onder het toepassingsgebied, of tenminste voldoet aan het vermoeden. De Koning zegt niet dat een geschreven overeenkomst moet voorhanden zijn noch dat de samenwerking in een verenigings- of vennootschapsvorm moet georganiseerd worden.

²³ De bepalingen over de afkoelingsperiode maken evenwel geen onderscheid tussen de Belgische en de buitenlandse entiteiten.

²⁴ H.v.J. Zaak Wouters/Nova, 19 februari 2002, nr. C-309/99, *Jur. H.v.J.* 2002.

Uiteraard is er een bewijsprobleem. Dit vermag evenwel niet af te doen aan het feit dat revisoren en, gezien het wederkerig karakter van de overeenkomst, ook de wederpartij – denk maar aan de accountant of de belastingconsulent - rekening moet houden met de gevolgen van dit besluit. De invulling van het begrip “samenwerkingsverbanden” in de nieuwe wet zal wellicht geschieden in het uitvoeringsbesluit met de lijst van de onverenigbaarheden²⁵ en steunen op het koninklijk besluit van 1994. Gezien de vertrouwenscrisis die heerst in de sector van het commissariaat zijn slechts strengere bepalingen denkbaar. Een afzwakking van deze normen moet niet worden verwacht.

23. Dat deze bepaling verstrekkende gevolgen heeft illustreert volgend voorbeeld. Wanneer tussen een revisor en een accountant of belastingconsulent een vorm van “zachte” feitelijke samenwerking is ingericht die onder het toepassingsgebied van de nieuwe wet valt, en de accountant of belastingconsulent diensten verstrekt aan een cliënt waarvoor de bedrijfsrevisor als commissaris de wettelijke controle van de jaarrekeningen verricht, wordt de onafhankelijkheid van de commissaris aangetast. Aangezien de betrokken beroepsbeoefenaars door het beroepsgeheim gebonden zijn, weet de revisor bij de aanvaarding van zijn mandaat van commissaris niet noodzakelijk of de accountant of belastingconsulent waarmee hij samenwerkt, reeds optreedt voor de vennootschap. Andersom, wanneer de accountant of belastingconsulent wordt geconsulteerd door de gereviseerde vennootschap tijdens de uitoefening van het mandaat van de commissaris waarmee een samenwerkingsverband bestaat, is hij niet noodzakelijk gehouden zich van iedere bijstand te onthouden. Het beroepsgeheim verhindert de melding van de tussenkomst aan de commissaris. Bijstand verstrekken impliceert evenwel de aantasting van de onafhankelijkheid van de commissaris.
24. Het toezicht op de onafhankelijke werking van het commissariaat wordt door de nieuwe wet versterkt door de oprichting van een comité voor advies en controle.

De taken van het comité voor advies en controle zijn driedig.

Vooreerst zal het comité, op verzoek van de commissaris, voorafgaandelijk een advies verstrekken omtrent de verenigbaarheid van een prestatie met zijn onafhankelijke taak als commissaris. Het betreft in casu een raadgevend, niet bindend advies.²⁶ Bijgevolg zal de commissaris in geen geval worden vrijgesteld van zijn aansprakelijkheid indien achteraf zou blijken dat deze diensten niet verenigbaar waren met zijn onafhankelijke taakuitoefening. Het advies van het comité kan hierbij enkel als feitelijk gegeven worden gehanteerd.

In de tweede plaats kan het comité een zaak aanhangig maken bij het bevoegde tuchtorgaan van het Instituut der Bedrijfsrevisoren. De grondslag om een dossier aanhangig te maken moet betrekking hebben op de onafhankelijke taakuitoefening door de commissaris. Het valt wellicht te verwachten dat een dergelijke tuchtzaak zal aanhangig gemaakt worden in geval de commissaris een voorafgaandelijk advies over de

²⁵ Er mag worden verdedigd dat de Koning over de bevoegdheid beschikt om aan een “samenwerkingsverband” een definitie te geven, daar dit behoort tot de algemene economie van de wet.

²⁶ Artikel 133, lid 10, tweede zin.

verenigbaarheid van een prestatie met zijn onafhankelijke taakuitoefening naast zich neerlegt.

De derde taak van het comité voor advies en controle bestaat in het verstrekken van een advies aan de commissaris na het welke deze, met inbegrip van de “invloedssfeer” rond de commissaris, gerechtigd is om vergoedingen voor niet-revisorale diensten te ontvangen die hoger liggen dan de vergoedingen ontvangen voor zijn revisorale controle-opdracht, overeenkomstig artikel 134 W. Venn.²⁷

25. Wat het voorgaande betreft, kort het volgende. De Senaat achtte het nieuwe systeem waarbij een evenwicht werd gezocht door middel van een lijst van onverenigbare prestaties en een nieuw comité voor advies en controle, nog steeds onvoldoende.

De Senaat was van oordeel dat wanneer de commissaris of iemand uit zijn “invloedssfeer” aanzienlijke bijkomende prestaties aan een vennootschap of een entiteit uit haar “invloedssfeer” levert, een bijkomende veiligheidsmaatregel in de wet diende te worden ingebouwd. Deze veiligheidsmaatregel is van toepassing op de genoteerde vennootschappen en ondernemingen van de groep die geconsolideerde jaarrekening opstelt en publiceert.

De maatregel bevat kortweg het volgende. Zelfs wanneer diensten die niet vermeld staan op de lijst die door de Koning wordt opgesteld, door de commissaris of iemand uit zijn “invloedssfeer” worden verstrekt, dan nog stelt de wetgever een bijkomend kwantitatief toezicht voorop wanneer het totale bedrag dat met deze diensten gemoeid is, hoger ligt dan het bedrag voor de revisorale opdracht.

Wanneer de vergoeding voor de andere diensten hoger ligt dan de vergoeding voor de revisorale opdracht, moet, opdat de dienst mag worden verstrekt, een gunstig advies van het auditcomité of een gunstige beslissing van het “comité voor advies en controle” worden bekomen of een college van commissarissen zijn ingericht. De concrete toepassing van deze regels is verre van duidelijk, niet in het minst door de taalkundige verschillen van de wet. Alleen dit. De samenwerking tussen de accountant of belastingconsulent en de commissaris creëert een gespannen verhouding wanneer de eerste aan de gecontroleerde vennootschap of een verbonden entiteit prestaties verleent die ertoe leiden dat de één-één verhouding zou worden overschreden. De commissaris ziet zich dan gedwongen om de bijzondere procedure na te leven of ontslag te nemen. Hij zal derhalve de dienstverlening wellicht willen afremmen. Als de commissaris toch de procedure start en advies vraagt aan het comité voor advies en toezicht waarop een negatief advies volgt, moet hij de facto de accountant of belastingconsulent vragen de diensten niet te verstrekken of ontslag nemen op gevaar af, in het andere geval, in tucht te worden veroordeeld.

26. Het jaarverslag van een gecontroleerde vennootschap zal ook toelichting moeten verstrekken over niet-revisorale diensten die door de commissaris of iemand uit zijn “invloedssfeer” werden geleverd aan de vennootschap of entiteiten uit haar invloedssfeer. Dit houdt in dat wanneer een revisor, een accountant of een belastingconsulent

²⁷ Artikel 133, lid 6, 3° W. Venn.

samenwerken, deze laatsten aan de eerste die optreedt als commissaris gedetailleerde informatie²⁸ dienen te verstrekken over de aard van hun prestaties en de eraan verbonden vergoeding.

III. De schriftelijke algemene vergadering

27. De Regeringscommissie Corporate Governance waarop de wet steunt stelde expliciet dat zij een verhoogde participatiegraad vooropstelde bij haar gedachtewisselingen omtrent de werking van de algemene vergadering. Niettemin stelde de Commissie voor, een regeling te voorzien dat “een eenparig besluit de bijeenkomst van de aandeelhouders kan vervangen”. De wet heeft deze regeling in een aangepaste redactie overgenomen. Immers, niet alleen de Raad van State doch ook de Koninklijke Federatie van Notarissen hadden bezwaren dat niet alleen de gewone algemene vergaderingen doch ook vergaderingen waarbij de tussenkomst van de notaris vereist is, luidens het *wetsontwerp* eveneens onder dit nieuwe regime mochten vallen.

De schriftelijke besluitvorming voorafgaand aan de tussenkomst van de notaris levert evenwel een aantal praktische bezwaren op: wie is bevoegd om de beslissingen van de algemene vergadering over te maken aan de notaris, wanneer moeten de goedgekeurde beslissingen worden overgemaakt aan de notaris, binnen welke tijdspanne moeten de beslissingen worden goedgekeurd, ... en vooral wat is de rol en de positie van de notaris als juridisch raadgever terzake?

De regering heeft met deze bezwaren rekening gehouden en in een amendement werden de algemene vergaderingen die bij authentieke akte worden verleden uit het wetsontwerp gelicht. De wet stelt derhalve dat alleen gewone en bijzondere algemene vergaderingen die geen tussenkomst van de notaris vereisen, schriftelijk kunnen worden gehouden.

Een algemeen bezwaar tegen dit regime heeft betrekking op de ontstentenis van overleg en debat voorafgaand aan de beslissing die de aandeelhouder neemt. Zoals van den Hoek het stelt: “Thuis stemmende aandeelhouders ontberen niet alleen de ‘vrucht van onderling overleg’, maar ook de ‘sociale controle’ die uitgaat van een formele bijeenkomst met een voorzitter en omstanders.”²⁹

Het is heel moeilijk te toetsen of deze stelling in de praktijk wordt ontkracht of bevestigd. Van den Hoek vond terzake een indicatie. In Nederland is sinds kort stemmen op afstand mogelijk³⁰ en in de praktijk omgezet door zeven vennootschappen. Aangezien thuisstemmers niet aan de “visuele” sociale controle onderworpen zijn, kan worden verwacht dat bij hen het aantal irrationele stemmen hoger zou zijn. Uit het onderzoek blijkt dat dit niet het geval is. De uitgebrachte stemmen steunen de bestuursvoorstellen, waarbij voorstellen die de rechten van de aandeelhouders aantasten zoals

²⁸ Hoe gedetailleerd die zal moeten zijn, zal door de Koning in overeenstemming met het nieuwe artikel 134 W. Venn. worden vastgelegd.

²⁹ M. VAN DEN HOEK, “Resultaten Communicatiekanaal 2000 en 2001”, *Ondernemingsrecht*, 2002, 7.

³⁰ Voor een gedetailleerd overzicht van de aanpassingen en een aantal praktische beschouwingen: J. WINTER, “Vennootschapsrecht en moderne technologie”, in *Afscheid van papier – Handelsrecht en moderne technologie*, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, Zwolle, Tjeenk Willink, 2001, 55-137.

beschermingsconstructies, en de bezoldigingsvoorstellen het meest tegenwind krijgen. Dit wijst, zoals de auteur stelt, op een “consequent en serieus stemgedrag” van de “thuisstemmers”.³¹

Er moet ook worden opgemerkt dat stemmen bij volmacht reeds lang mogelijk is. Van een overleg en discussie voorafgaand aan de stemming is in die gevallen slechts sprake in hoofde van de vertegenwoordiger, voor zover een blanco volmacht wordt verstrekt.

Heden is het mogelijk schriftelijke gewone en bijzondere algemene vergaderingen die geen tussenkomst van de notaris vereisen te houden. Dit komt tegemoet aan de feitelijke bezwaren van voornamelijk de buitenlandse groepen die voortaan voor 100%-dochters kunnen volstaan met een schriftelijke vergadering. Voor vele kleinere vennootschappen betekent dit een legalisering van een praktijk die zij al jaren de facto toepassen.

28. Uiteraard blijven de andere verplichtingen inzake de algemene vergadering gelden en zal tenminste enige interpretatie nodig zijn omtrent de gevolgen en het totstandkomen van het schriftelijk besluit. Als voorbeeld kan worden verwezen naar de problematiek van de datum waarop de aandeelhouders recht hebben op een dividend. Wanneer de algemene vergadering beslist een deel van de winst uit te keren aan de aandeelhouders ontstaat voor deze laatsten een vorderingsrecht ten aanzien van de vennootschap. Vanaf het ogenblik van de stemming van een dividend wordt de aandeelhouder schuldeiser van de vennootschap.³² De aandeelhouder beschikt vanaf dat ogenblik over een individueel recht³³ dat door een latere algemene vergadering niet kan gewijzigd worden³⁴.

Ook zal moeten gezorgd worden dat de verplichtingen omtrent de tijdige neerlegging van het jaarverslag en de jaarrekening worden nageleefd.

Artikel 552 W. Venn. bepaalt dat de algemene vergadering moet “worden gehouden in de gemeente”. Deze bepaling vereist dat er een fysieke bijeenkomst is op één plaats. Er zou kunnen geargumenteed worden dat de wet niet vereist dat alle aandeelhouders fysiek aanwezig zijn. De regeling inzake de volmachten en het stemmen per brief wijzen evenwel uit dat de organisatie op andere wijzen niet door de wetgever wordt gewenst. Het zal nog veel “legal engineering” vergen opdat deze bepaling zich vlot zal laten samenlezen met de schriftelijke algemene vergadering. Deze bedenking kan bv. ook worden gemaakt omtrent artikel 555 W. Venn. dat toelaat aan de raad van bestuur om de algemene vergadering drie weken uit te stellen. Op welke wijze de raad moet optreden bij een schriftelijke algemene vergadering blijft vooralsnog een open vraag.

³¹ M. VAN DEN HOEK, “Resultaten Communicatiekanaal 2000 en 2001”, *Ondernemingsrecht*, 2002, 7.

³² Cass. 6 november 1956, *Pas.* 1957, I, 236; Cass. 3 januari 1957, *Pas.* 1957, I, 486; Cass. 19 juni 1962, *Pas.* 1962, I, 1193; Cass. 11 december 1962, *Pas.* 1963, I, 455; Cass. 10 september 1963, *Pas.* 1964, I, 42; Cass. 16 januari 1964, *Pas.* 1964, I, 520, *R.W.* 1964-65, 473, *R.P.S.* 1964, nr. 5203, 146; Cass. 7 februari 1967, *J.T.*, 1967 386, *Pas.* I, 698, noot GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.

³³ Dit recht werd vroeger door de portefeuillemaatschappijen wel eens miskend. In het kader van een uitgifte buiten voorkeurrecht waardoor de vennootschap een dochtervennootschap van de portefeuillemaatschappij werd, stond de portefeuillemaatschappij een verkapte dividendwaarborg toe aan de andere aandeelhouders die vertegenwoordigd waren in de raad van bestuur. Hoewel deze waarborg niet ten laste van de vennootschap kwam, trad de Bankcommissie hier tegen op omdat de gelijke behandeling van de aandeelhouders werd geschonden (Bankcommissie, *Jaarverslag 1975-76*, 113-114).

³⁴ J.-M. VAN HILLE en N. FRANCOIS, *Aandelen en obligaties*, Brussel, Bruylant, 1977, nr. 1084, 553.

Bovendien moet er op gewezen worden dat bepaalde categorieën personen hun rechten beknót zien. Immers zullen bijvoorbeeld de certificaathouders slechts van de besluiten kennis kunnen nemen, daar waar zij een feitelijke algemene vergadering met raadgevende stem kunnen bijwonen.

29. De schriftelijke vergadering kan elektronisch worden afgewikkeld. Sinds kort bestaat ook in de Belgische rechtsorde de elektronische handtekening. De wet van 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatie-diensten³⁵ en de wet van 20 oktober 2000 tot invoering van het gebruik van telecommunicatiemiddelen en van de elektronische handtekening in de gerechtelijke en buitengerechtelijke procedure³⁶ verstrekken hiervoor het wettelijk kader. Deze wetten voeren de Europese richtlijn van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen uit.³⁷
30. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat wat de genoteerde vennootschappen betreft een registratiedatum statutair kan worden vastgelegd. Deze registratiedatum laat toe de aandelen niet langer tot na afloop van de algemene vergadering te “blokkeren”, doch een datum vast te leggen op welk tijdstip een aandeelhouder in het bezit van aandelen aan toonder als aandeelhouder door de vennootschap wordt erkend en hem de mogelijkheid wordt geboden zijn stemrecht uit te oefenen. Hiermee wordt tegemoet gekomen aan het verzoek van institutionele beleggers die zeker in het huidige economische klimaat liquiditeit boven stemrecht verkiezen.

Algemeen moet worden gesteld dat het mogelijk zal zijn te stemmen met aandelen die men op het moment van de algemene vergadering niet meer heeft. De vraag moet evenwel worden opgeworpen of een persoon die niet langer aandeelhouder is op het tijdstip waarop de algemene vergadering wordt gehouden een economisch belang heeft om te stemmen. Er kan misschien worden gedacht aan een constructie waarbij de aandeelhouder tegenstemt met het oog op het negatief beïnvloeden van de koers van het aandeel om het op dat moment opnieuw te verwerven.

Dit systeem is reeds twee jaar werkzaam in Nederland en misbruiken van dit systeem zijn ons niet bekend.

IV. Besluit

31. De wet corporate governance komt ontegensprekelijk tegemoet aan bepaalde behoeften van het ondernemingsleven. Vennootschappen kunnen hun bestuurlijke inrichting verder optimaliseren, groepen en kleine vennootschappen kunnen volstaan met een papieren

³⁵ B.S. 29 september 2001. Voor een eerste analyse zie R. STEENNOT, “De wet van 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatie-diensten”, *Bank. Fin. R.* 2002, 52-54.

³⁶ B.S. 22 december 2000. Voor een bespreking van de problematiek zie B. DE GROOTE, “Het bewijs in de elektronische handel - enkele bedenkingen”, *A.J.T.* 2000-01, 881-901.

³⁷ *P.B. L.* 2000, nr. 13, 12.

algemene vergadering, de BVBA mag worden bestuurd door een rechtspersoon. De wet laat evengoed een wrang gevoel na: het in voorkomend geval ingerichte auditcomité draagt geen verantwoordelijkheid voor de bevoegdheid die de wet hem toekent, er is de ingewikkelde regeling inzake vertegenwoordigingsbevoegdheid waardoor in bepaalde gevallen de raad van bestuur, gedelegeerde bestuurder(s), het directiecomité, gedelegeerde directiecomitéleden en het dagelijks bestuur de vennootschap rechtsgeldig kunnen verbinden, de belangenconflictenregeling is heel omslachtig, de schriftelijke algemene vergadering is moeilijk in te passen in het vertrouwde wettelijke kader omtrent de algemene vergadering, Het is duidelijk: het eindpunt is nog lang niet bereikt; of het een rustpunt betreft, mag worden betwijfeld.