

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

E-voting

JAKHIAN, Grégoire; de Villenfagne, Florence

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2002

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
JAKHIAN, G & de Villenfagne, F 2002, 'E-voting: le vote par correspondance électronique des actionnaires',
Journal des Tribunaux, numéro 6071, pp. 721-733.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



Journal des tribunaux

9 novembre 2002
121^e année - N° 6071

Bureau de dépôt : Charleroi X
Hebdomadaire, sauf juillet/août

B.U.M.P.
NAMUR

Editeurs : LARCIER, rue des Minimes, 39 - 1000 BRUXELLES

Edmond Picard (1881-1900) - Léon Hennebicq (1901-1940) - Charles Van Reepinghen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981)

35 ISSN 0021-812X

E-VOTING : LE VOTE PAR CORRESPONDANCE ÉLECTRONIQUE DES ACTIONNAIRES (*)

Le vote par correspondance électronique, encore peu introduit en Belgique, permet aux actionnaires éloignés ou indisponibles le jour de l'assemblée générale de participer à la vie sociale. Ses avantages sont supérieurs à ceux entourant le vote par correspondance traditionnel. A l'heure de la globalisation et de l'avènement de la corporate governance, il rend les sociétés belges davantage attractives pour les investisseurs étrangers, fussent-ils institutionnels. Enfin, sa légalité nous paraît acquise, malgré le laxisme des dispositions légales actuellement en vigueur.

« La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre? Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plus tôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours; et ce mouvement qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont si diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque résultat nouveau » (discours préliminaire du projet de Code civil).

1 INTRODUCTION

1. — Les récents incidents survenus lors de l'assemblée générale de Vivendi Universal et l'absentéisme des actionnaires aux assemblées générales des sociétés belges conduisent

(*) M^e Mathias Meessen a rassemblé la doctrine et la jurisprudence nécessaires à la rédaction du présent article. Qu'il en soit ici remercié.

à examiner la validité du vote par correspondance électronique à l'occasion des assemblées générales des sociétés anonymes.

Afin de mieux comprendre ses contraintes légales et techniques, il a paru nécessaire d'analyser au préalable le vote par correspondance exprimé sur un formulaire en papier.

Une attention particulière sera également portée aux développements en droit étranger de la matière considérée.



LE VOTE PAR CORRESPONDANCE

1. — Historique

2. — Le régime du vote par correspondance est introduit, dès 1935, en faveur des associés des sociétés privées à responsabilité limitée. Le législateur les autorise, sauf disposition contraire des statuts, à émettre leur vote par correspondance (1). Le vote par correspondance dans les sociétés privées à responsabilité limitée est donc un droit. Les statuts peuvent toutefois l'exclure.

Fredericq n'était pas favorable au vote par correspondance, car les associés ont un intérêt à entendre les explications des gérants et à en discuter avec les autres membres de l'assemblée (2).

Le régime applicable aux sociétés privées à responsabilité limitée n'a pas été modifié depuis lors.

3. — Jusqu'en 1991, le législateur s'était prononcé de façon claire contre le vote par correspondance au sein des assemblées générales des sociétés anonymes (3).

(1) Article 280 du Code des sociétés, anciennement article 135, alinéa 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

(2) L. Fredericq, *Traité de droit commercial belge*, t. V, éditions Fechyer, Gand, 1950, n° 657, p. 935.

(3) *Ann. parl.*, Ch. repr., séance du 19 février 1931, p. 748, cité par P. Wauwermans, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Commentaires des lois des

SOMMAIRE

- *E-voting* : le vote par correspondance électronique des actionnaires, par G. Jakhian et Fl. de Villenfagne ... 721
- Prescription - Créance à charge ou au profit de l'Etat et des provinces (Cass., 3^e ch., 9 septembre 2002) 734
- Exécution provisoire - Appel - Pouvoirs du juge d'appel (Liège, 7^e ch., 28 mars 2002) 734
- Saisie - Tiers saisi - Obligation de déclaration - Absence de déclaration ou déclaration inexacte - Sanction (Bruxelles, 9^e ch., 11 janvier 2002) ... 735
- Convention - Exécution de bonne foi - Notion (Bruxelles, ch. suppl. I, 19 décembre 2001) 736
- Voies de recours - Litiges concernant l'ordre - Délai - Point de départ : notification du jugement (Bruxelles, 9^e ch., 9 novembre 2001) . 737
- Procédure pénale - Procédure pénale militaire - Détention préventive - Mandat d'arrêt - Légalité - Motivation (Cour militaire, 27 juin 2001, observations de S. Horvat) 738
- Chronique judiciaire : Au Conseil supérieur de la justice - La vie du Palais - Bibliographie - Mouvement judiciaire - Diagonale - Echos - Dates retenues.

2002

721

LA PREUVE

3^e édition

par Dominique MOUGENOT

Cette nouvelle édition intègre tous les aspects du droit de la preuve face aux nouvelles technologies

Voyez le dépliant au centre de ce journal

Par la loi du 18 juillet 1991, cette modalité de vote a été rendue applicable aux sociétés anonymes (4). Selon les travaux préparatoires, cette modification législative visait à faciliter la participation des actionnaires à la vie de la société et à lutter contre leur absentéisme lors des assemblées générales (5).

Les deux premiers aliénés de l'article 550 du Code des sociétés sont laconiques :

« Les statuts peuvent autoriser tout actionnaire à voter par correspondance, au moyen d'un formulaire dont les mentions sont fixées dans les statuts.

» Les formulaires, dans lesquels ne seraient mentionnés ni le sens d'un vote ni l'abstention, sont nuls ».

Contrairement à la société privée à responsabilité limitée (6), la loi exige donc, pour les sociétés anonymes, que le vote par correspondance soit autorisé par les statuts.

Quant à la justification de cette différence de régime, on n'en trouve d'explication ni dans les travaux préparatoires ni dans la doctrine (7). Sans doute, le caractère mixte de la société de personnes à responsabilité limitée d'alors et son caractère fermé expliquent-ils la faculté de voter par écrit (8).

Malgré la réforme de 1991, le vote par correspondance dans les sociétés anonymes n'a pas connu de succès à ce jour en Belgique. Certes, la plupart des sociétés anonymes sont contrôlées par un ou plusieurs actionnaires de référence qui disposent seuls des majorités suffisantes. Ils ne sont pas motivés à supporter les charges administratives relatives à l'organisation du vote par correspondance (9). Cependant, cette analyse mérite d'être approfondie tant les avantages du vote par correspondance électronique nous paraissent grands. Avant de traiter du vote par correspondance électronique, nous aborderons le régime du vote par correspondance traditionnel, dont le vote électronique n'est qu'une variante.

2. — Condition légale

5. — L'article 550 du Code des sociétés dispose seulement que l'actionnaire peut voter par correspondance au moyen d'un formulaire dont les mentions sont fixées par les statuts. Le formulaire qui ne mentionne pas le sens d'un vote et l'abstention est nul.

18 mai 1873 et 22 mai 1886 et des lois modificatives subséquentes, interprétées par les travaux parlementaires, la doctrine et la jurisprudence, Bruxelles, Bruylant, 1933, p. 387.

(4) Article 550 du Code des sociétés, anciennement article 74, § 4, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

(5) *Doc. parl.* Sénat, 1990-1991, n° 1107-1, p. 31.

(6) L'article 280 du Code des sociétés dispose que les associés peuvent, sauf disposition contraire des statuts, émettre leur vote par correspondance.

(7) J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, Bruylant, 1957, t. II, n° 9581, p. 44.

(8) *Voy.* le rapport de la commission de la Chambre, *Pasin.*, 1935, p. 575, faisant état de « petites » sociétés.

(9) E. Wymeersch, in *Shareholders voting rights and practices in Europe and the U.S.*, Kluwer Law International, 1999, p. 40.

Les seules mentions rendues légalement obligatoires sont celles du sens du vote (vote positif / vote négatif) et de l'abstention au regard de la proposition de résolution reprise sur le formulaire.

La loi déclare nul le formulaire ne comprenant pas les mentions obligatoires. La conséquence en est en réalité que l'actionnaire est réputé n'avoir pas voté et que c'est donc son vote qui sera tenu pour nul et non existant.

6. — Un formulaire libre préparé par l'actionnaire mais remplissant les mentions légales obligatoires serait-il valable? Nous le pensons : la loi n'impose pas que le formulaire soit émis par la société.

Il est dès lors recommandé que les statuts prévoient que seul le formulaire émis par la société et remis conformément aux statuts (par exemple et selon les cas, à l'occasion du dépôt des titres, sur demande ou en annexe à la convocation) sera admissible.

Ainsi, le contrôle de la procédure sera renforcé tandis que sera écarté le risque que les actionnaires omettent certaines mentions légales sur le formulaire librement préparé.

7. — Le formulaire, bien qu'émanant de la société, ne doit pas contenir les mentions légales reprises à l'article 78 du Code des sociétés (à savoir la dénomination de la société, sa forme, l'adresse de son siège, son numéro d'immatriculation au registre du commerce et l'indication du siège du tribunal dans le ressort duquel elle a son siège social). En effet, seules les pièces de nature à intéresser le crédit de la société et à entraîner des obligations pour elle doivent mentionner les éléments énumérés à l'article 78 du Code des sociétés (10).

8. — Le législateur a donc consacré le principe de l'autonomie de volonté : les statuts peuvent autoriser le vote par correspondance et affiner ses conditions d'exercice, sous réserve des mentions requises de *minimis*.

Ainsi, les statuts pourraient déterminer quelles décisions sont susceptibles de faire l'objet d'un vote par correspondance ou imposer des règles de quorum ou de majorité spéciales au cas où le vote par correspondance serait admis (11). De même, les statuts peuvent également prévoir que ne peut voter par correspondance que l'actionnaire qui détient un pourcentage déterminé d'actions (12).

3. — Autres mentions

9. — D'autres mentions, même non prévues par le Code des sociétés, coulent de source et

(10) P. Wauwermans, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Bruxelles, 1924, n° 754, p. 420.

(11) Dans le même sens, G. Rauqc, « Assemblées générales d'une société ordinaire », in *Le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 394; J.-L. Seghers, in *Le nouveau droit des sociétés (s.a. et s.p.r.l.) - Droit transitoire*, Liège, C.D.V.A., 1992, p. 110.

(12) F. Hellemans, *De algemene vergadering, een onderzoek naar haar grondslagen, haar bestaansredenen, de geldigheid van haar besluiten*, Kalmthout, Biblio, 2001, n° 456, p. 506. De même, les statuts peuvent prévoir que le vote par correspondance n'est autorisé qu'à concurrence d'un nombre déterminé de voix.

il est vivement conseillé de les rendre obligatoires en vertu des statuts. Citons surtout :

— l'identité de l'actionnaire souhaitant voter par correspondance, son domicile ou siège social (à défaut, il sera impossible de s'assurer que le votant est bien actionnaire),

— le nombre de voix qu'il souhaite exprimer à l'assemblée générale,

— le type d'actions détenues,

— les numéros des actions (13),

— l'ordre du jour de l'assemblée,

— les propositions de décisions; au regard de chacune doivent figurer trois cases à remplir ou à cocher (à savoir, votes positif, négatif et abstention),

— le délai dans lequel le formulaire doit être renvoyé à la société (14),

— la signature manuscrite de l'actionnaire et l'adresse à laquelle doit être renvoyé le formulaire.

10. — Afin de réduire les contestations sur la qualité d'actionnaire du signataire du formulaire, les statuts pourraient imposer que l'original ou une copie certifiée conforme du certificat de dépôt des actions au porteur soit joint au formulaire de vote et que, si les actions sont nominatives, la signature de l'actionnaire qui fait usage du formulaire soit légalisée (15).

Dans l'hypothèse où l'actionnaire serait une personne morale, la preuve du pouvoir de représentation octroyé à la personne physique devra également être jointe au formulaire de vote.

11. — C'est le conseil d'administration et non le bureau qui doit veiller à la préparation et à la communication du questionnaire (16). Les statuts devraient le prévoir expressément. Le vote par correspondance est autorisé pour toute assemblée générale, quelle que soit sa nature (17).

12. — Enfin, toujours dans un souci de réduire toute contestation, il paraît indispensable que les statuts stipulent expressément si, après avoir voté par correspondance, l'actionnaire dispose encore ou non du droit de participer et de voter à l'assemblée générale (en y étant présent ou représenté), auquel cas son vote par correspondance ne serait évidemment pas pris en compte (18).

(13) L. Weyts, *Beraadslaging en stemming*, in *n.v. en b.v.b.a. na de wet van 18 juli 1991*, Biblio, Kalmthout, 1992, p. 207.

(14) H. Braeckmans, in *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991 - Het nieuwe recht van de n.v., b.v.b.a. en coöperatieve vennootschap na de wetten van 18 en 20 juli 1991*, Maklu, Anvers, 1991, p. 361.

(15) J. Lievens, *De nieuwe vennootschapswet*, Gand, Mys & Breesch, 1991, p. 121; H. Braeckmans et E. Wymeersch, *Het gewijzigde vennootschapsrecht*, 1991, Anvers, Maklu, 1991, p. 362.

(16) J.-L. Seghers, *op. cit.*, p. 111; *contra* : L. Weyts, *op. cit.*, p. 206.

(17) *Doc. parl.*, Sénat, *op. cit.*, p. 31. Lorsque le procès-verbal de l'assemblée doit être notarié, le vote par correspondance reste donc admis. Le notaire se fera remettre toutes les explications et informations sur l'identité de l'actionnaire qui vote par correspondance et le nombre d'actions auquel se rattache son droit de vote.

(18) Selon un auteur, le vote par correspondance serait interprété comme un mandat donné par l'action-

4. — Communication du formulaire à l'actionnaire

13. — Les statuts peuvent librement organiser la communication du formulaire de vote par correspondance à l'actionnaire. L'efficacité commande toutefois que l'actionnaire propriétaire de titres au porteur demande dès que possible au conseil l'envoi d'un tel formulaire. Il est toutefois nécessaire de subordonner l'envoi du formulaire à la preuve du dépôt des titres au porteur. L'article 533 du Code des sociétés impose expressément le recours à la lettre recommandée.

Pour les actionnaires nominatifs, le formulaire pourra utilement être joint à la convocation. L'envoi électronique de la convocation est, en l'état de notre droit, interdit et sans effet. L'article 533 du Code des sociétés impose expressément le recours à la lettre recommandée.

14. — Il est remarquable qu'afin d'éviter le blocage prolongé d'actions qui entraverait la liberté de disposition de l'actionnaire et qui réduirait ainsi l'efficacité des marchés, le Code des sociétés prévoit depuis peu la faculté d'organiser un système d'enregistrement d'actions en lieu et place de la formalité du dépôt de titres :

« Les statuts d'une société cotée peuvent prescrire que les actionnaires peuvent participer à l'assemblée générale et exercer leur droit de vote en qui concerne les actions dont ils sont détenteurs au moment de la date d'enregistrement à 24 heures, sans tenir compte du nombre d'actions dont ils sont détenteurs le jour de l'assemblée générale. Cette date d'enregistrement ne peut être fixée ni avant le quinzième jour [ouvrable] qui précède l'assemblée générale ni après le cinquième jour ouvrable qui précède l'assemblée générale. (...) Le jour de l'enregistrement ainsi que la manière dont les actionnaires peuvent se faire enregistrer sont mentionnés dans la convocation à l'assemblée générale » (19).

Pour être efficace et éviter que deux personnes votent avec les mêmes actions, le registre devra mentionner le numéro des actions visées.

Si ce système ne manquera pas de soulever des difficultés en matière d'offre publique d'acquisition (20), il n'affecte pas la validité

naire à l'assemblée générale « om met het stemgedrag van de betrokkene vennoot rekening te houden ». L'assemblée serait ainsi statutairement obligée d'accepter le mandat qui, comme tout mandat, est en principe révocable, ce qui permettrait à l'actionnaire de voter à l'assemblée générale malgré l'envoi préalable du formulaire (F. Hellemans, *op. cit.*, p. 501). Cette conception paraît critiquable. L'assemblée ne représente pas l'actionnaire qui vote par correspondance : elle se contente de prendre acte du sens du vote préalablement émis par écrit par l'actionnaire.

(19) Article 536, alinéa 3, du Code des sociétés. *Doc. parl.*, Ch., 15 juill. 2002, 1211/019. Compar., avec l'article 536, alinéa 2, du Code des sociétés qui dispose que le dépôt des titres au porteur des sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne intervient dans un délai qui ne peut être supérieur à six jours et inférieur à trois jours ouvrables avant l'assemblée et avec le nouvel article 533, alinéa 1^{er}, a et b, faisant référence, pour les seules sociétés cotées, à la date d'enregistrement comme date avant laquelle les formalités de convocation doivent être accomplies.

(20) Voy., par ex., G. Jakhian, « Les offres publiques d'acquisition », *Les Dossiers du J.T.*, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 163, p. 159.

du vote par correspondance. Tout au plus, l'actionnaire qui souhaite voter par correspondance doit-il également le signaler au conseil d'administration (et non au seul établissement financier en cas de dépôt de titres) (21). Le conseil enverra le formulaire de vote à l'actionnaire ou à l'établissement dépositaire qui le retransmettra à l'actionnaire.

5. — Expression du vote

15. — L'actionnaire qui vote par correspondance ne peut que voter en faveur ou contre une proposition. Le formulaire doit donc contenir l'énoncé clair des propositions soumises afin que l'actionnaire puisse voter en leur faveur ou non. Bien que la loi ne l'oblige pas, la convocation adressée à tous les actionnaires devrait contenir l'énoncé de ces propositions pour accorder un temps de réflexion à ceux d'entre eux qui voteraient par correspondance. Les statuts devraient dès lors être aménagés en ce sens.

L'actionnaire est aussi tenu d'exprimer un vote écrit dans un sens positif ou négatif, ou d'exprimer par écrit qu'il s'abstient (22). Des votes blancs sont nuls (23).

16. — La doctrine classique n'admet pas que l'actionnaire qui souhaite voter par correspondance puisse formuler des réserves, présenter des amendements ou soumettre son vote approubatif à une condition quelconque. Tout vote conditionnel sera considéré comme nul (24) : le vote doit être susceptible de permettre le calcul de majorité et d'être immédiatement compté et déposé. Il doit pouvoir sortir tous ses effets (25).

17. — Le formulaire de vote ne peut dès lors pas inviter l'actionnaire à faire des propositions. L'initiative de proposition conduirait en outre à méconnaître non seulement l'interdiction de délibérer sur un sujet étranger à l'ordre du jour (sauf question urgente et imprévue que la majorité de l'assemblée aura expressément

ment accepté de débattre), mais également l'usage selon lequel seuls les actionnaires présents ou représentés formulent des propositions nouvelles (26).

Les difficultés pratiques liées à une telle initiative nous paraissent non négligeables : le président devrait rendre compte de toutes les propositions écrites. Or, pour ce faire, cela suppose qu'il en ait pris connaissance avant la réunion, alors que le contenu des formulaires doit rester secret jusqu'à l'assemblée. Dès lors, le président risque, à l'avance, d'être informé des votes émis par correspondance (voy. ci-après, n° 24 et s.). De plus, l'assemblée générale serait saisie de propositions sur lesquelles les autres actionnaires absents et qui ont déjà voté par correspondance ne pourraient voter.

Par conséquent, même si la loi n'interdit pas à un actionnaire qui vote par correspondance de faire des propositions écrites, un tel droit devrait expressément être exclu statutairement. L'actionnaire qui souhaiterait faire voter une proposition ou une motion propre devrait être soit présent soit représenté.

18. — Cette délicate question n'a pas fait l'objet d'une doctrine abondante.

Un seul auteur, à notre connaissance, considère que, sous peine de créer une discrimination entre le vote par correspondance et le vote par procuration pour lequel le mandant peut donner des instructions précises de vote (27), l'actionnaire qui vote par correspondance pourrait valablement faire une proposition de résolution alternative.

De manière contrastée, mais sans explication, Loir enseigne, certes à propos des s.p.r.l., qu'il « n'est pas possible d'admettre que l'associé consulté par correspondance, puisse [...] présenter des amendements » (28).

19. — Il nous paraît que le vote par correspondance ne peut être valable que s'il est émis sur une proposition qui correspond exactement à celle qui figure sur le formulaire. A défaut, il y aura toujours un doute au sujet de l'intention de l'actionnaire et de l'émission de son vote en parfaite connaissance de cause (29).

Le vote qui n'est pas clair n'est pas pris en compte (30).

20. — Si l'actionnaire qui vote par correspondance se voit privé de son droit de faire une nouvelle proposition ou d'amender une proposition existante, l'assemblée générale et ses membres présents ou représentés conservent en revanche leur droit de modifier, en cours de séance, les propositions initiales ou d'en faire de nouvelles. L'actionnaire qui vote par correspondance « court donc nécessairement le risque, inhérent au procédé, que son vote se perde à défaut de pouvoir être adapté à la pro-

(21) L'article 536 nouveau du Code des sociétés dispose de manière peu claire que : « Il est indiqué de combien d'actions dispose chaque actionnaire (...) dans un registre désigné par le conseil d'administration ».

(22) François De Bauw, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 137.

(23) J. Lievens, *De nieuwe vennootschapswet*, Gand, Mys & Breesch, 1991, p. 122.

(24) L. Fredericq, *op. cit.*, n° 657, p. 935; dans le même sens, M. Loir, *Traité et formulaire des sociétés de personnes à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 1936, n° 268, p. 528, à propos des s.p.r.l.; « Le vote émis dans une assemblée générale ordinaire est simpliste; il résulte d'une main qui se lève. Le vote par correspondance doit pouvoir être formulé d'une manière simpliste. Du reste, on ne comprendrait pas que l'associé, consulté par correspondance, puisse formuler des réserves, présenter quelques amendements, ou soumettre son vote approubatif à une condition quelconque », J. Copper-Royer, *Les sociétés à responsabilité limitée en droit français*, Paris, Dalloz, 1931, n° 81, p. 304.

(25) Comp., F. Hellemans, *De algemene vergadering, een onderzoek naar haar grondslagen, haar bestaansredenen en de geldigheid van haar besluiten*, Kalmthout, Biblio, 2001, n° 454, p. 500 qui parle de « rechtsgevolgen » attachés au vote.

(26) L. Fredericq, *op. cit.*, n° 478, p. 673; B. Tilleman, *De geldigheid van besluiten van de algemene vergadering*, Kalmthout, Biblio, 1994, n° 338, pp. 226 et 227; F. De Bauw, *op. cit.*, n° 566 à 573).

(27) F. Hellemans, *op. cit.*, n° 455, p. 503.

(28) M. Loir, *op. cit.*, n° 268, p. 528.

(29) Ch. Resteau, *Des sociétés de personnes à responsabilité limitée*, Gand, Librairie judiciaire Pée, 1936, n° 325, p. 240.

(30) G. Keutgen, *Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, 3 déc. 1991, n° 19, p. 13.

position modifiée » (31) ou à défaut de pouvoir être exercé autrement que dans un sens positif, négatif ou abstentionniste par rapport à l'ordre du jour repris sur le formulaire de vote. Si l'actionnaire indisponible souhaite davantage de souplesse, il lui est loisible d'accorder un mandat général à son représentant.

21. — Plus délicate encore est la question de savoir comment interpréter un vote par correspondance exprimé au regard d'une proposition qui a fait l'objet, par après, d'un amendement. Faut-il tenter d'interpréter la volonté de l'actionnaire et tenter d'extrapoler son intention au regard de la nouvelle proposition ou faut-il au contraire considérer son vote comme nul? La plus grande incertitude est de mise, même si, en dernier ressort, c'est l'assemblée générale qui doit trancher toute contestation, sous le contrôle des cours et tribunaux (32). Les statuts devraient dès lors préciser, pour éviter d'interminables débats sur l'analyse de l'intention de l'actionnaire concerné, que si la proposition au regard de laquelle le vote a été émis fait par la suite l'objet d'un changement valablement décidé par l'assemblée générale, le vote émis sera considéré comme nul.

En pareille hypothèse, la nullité du vote ne paraît pas remettre en question la prise en compte des actions de l'actionnaire qui a voté par correspondance dans le calcul du quorum de présence (33).

6. — Délai de renvoi du formulaire de vote

22. — L'article 550, alinéa 3, du Code des sociétés dispose que, pour le calcul du quorum de présence, il n'est tenu compte que des formulaires de vote qui ont été reçus par la société avant la réunion de l'assemblée générale, dans les délais fixés par les statuts.

Afin de garantir que cette condition légale puisse être aisément remplie, les statuts doivent fixer le délai dans lequel les formulaires de vote par correspondance doivent être renvoyés à la société. Dans un souci de simplification de la procédure, il peut à première vue apparaître judicieux de coupler les délais de renvoi du formulaire aux règles de dépôt des titres au porteur prévues par la loi ou les statuts (34), même s'il s'agit de deux formalités spécifiques bien séparées, qui ont toutes deux leur propre raison d'existence (35). Toutefois,

(31) F. De Bauw, *op. cit.*, n° 572, p. 244.

(32) Ni le conseil d'administration, ni un quelconque comité spécial ne peuvent interpréter le sens d'un vote ou régler un contentieux lié à un vote. C'est à l'assemblée générale et à elle seule que revient cette compétence. Voy. notam. E. Wymeersch, *op. cit.*, p. 39; J. Van Ryn, *op. cit.*, n° 702, p. 439; Cass., 11 nov. 1915, *Pas.*, 1915, I, p. 482; Bruxelles, 28 juin 1995, *R.D.C.B.*, 1996, p. 168.

(33) Dans le même sens, mais implicitement : F. Bouckaert, *Notarieel vennootschapsrecht*, deel I, Bruges, Kluwer, 2000, n° 10.40, p. 419. L'article 550 du Code des sociétés est, en outre, clair : « Pour le calcul du quorum, il n'est tenu compte que des formulaires qui ont été reçus par la société avant la réunion de l'assemblée générale, dans les délais fixés par les statuts ».

(34) F. Hellemans, *op. cit.*, p. 501 ; voy. également, J. Lievens, *op. cit.*, p. 121.

(35) F. Hellemans, *op. cit.*, p. 501.

cette coïncidence dans le temps est peu recommandable : il faut laisser à l'actionnaire le plus de temps de réflexion possible.

Dès lors, rien n'interdit que les statuts imposent une date de réception du formulaire de vote qui est postérieure à la date de dépôt des titres ou d'inscription nominative. En pareille hypothèse, il conviendra de veiller au respect de l'article 536, alinéa 2, du Code des sociétés qui prévoit que le délai d'accomplissement des formalités pour participer à l'assemblée générale des sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne ne peut être supérieur à six jours ni inférieur à trois jours avant le jour de l'assemblée générale.

23. — En tout état de cause, l'actionnaire qui renvoie tardivement son formulaire n'est pas réputé s'être abstenu : son vote n'est simplement pris en compte, ni pour le calcul du quorum, ni pour celui des majorités (36). Il doit être présumé ne pas avoir participé au scrutin.

Enfin, le formulaire doit être envoyé à la personne renseignée sur le formulaire. En pratique, il s'agira du conseil d'administration ou d'une tierce personne de confiance qui transmettra les enveloppes scellées contenant les formulaires au bureau de l'assemblée, dès l'ouverture de la séance.

7. — Dépouillement et effets du vote par correspondance

24. — L'actionnaire qui vote par correspondance doit avoir la garantie que son vote ne sera pas communiqué tant que les actionnaires présents ou représentés n'ont pas effectivement voté. Son vote ne peut en effet en aucun cas être utilisé dans un sens ou dans l'autre par le conseil d'administration, la direction ou les actionnaires.

Par conséquent, ce n'est qu'en séance, au plus tôt, que le bureau de l'assemblée générale prendra connaissance des votes par correspondance contenus dans des enveloppes fermées que le conseil d'administration lui aura remises. A cet égard, il sera utile qu'avec le formulaire de vote remis à l'actionnaire qui souhaite voter par correspondance, le conseil d'administration communique aussi une enveloppe pré-imprimée reconnaissable afin d'éviter que, par erreur, le conseil n'ouvre des enveloppes contenant des bulletins de vote.

25. — Ce souci légitime de préserver jusqu'à l'assemblée le secret des votes par correspondance implique que le dépouillement de ces votes ne peut avoir lieu qu'en cours d'assemblée, ce qui risque d'entraîner d'importants retards au cas où ils seraient nombreux. Ce n'est qu'après le dépouillement de tous les votes et l'annonce de leurs résultats que l'assemblée pourra être clôturée (37).

26. — Le bureau de l'assemblée doit s'assurer que l'actionnaire qui a voté par correspondance a respecté les conditions légales et statutaires.

(36) *Contra* : J. Copper-Royer, *op. cit.*, n° 81, p. 306.

(37) F. de Bauw, *Questions particulières relatives aux assemblées générales*, Van Ham & Van Ham, 17 mai 2001, n° 131, p. 39.

res. Par vote spécial, seule l'assemblée générale tranchera les contestations relatives à la régularité du vote par correspondance (38). Seuls les formulaires reçus par la société avant la réunion de l'assemblée générale dans les délais fixés par les statuts seront pris en compte pour le calcul du quorum (39) et des majorités. Il sera prudent que le procès-verbal mentionne l'identité des votants par correspondance, le nombre d'actions qu'ils représentent ainsi que le sens précis du vote qu'ils ont exprimé au regard de chaque décision. La liste des présences annexée au procès-verbal mentionnera l'identité des actionnaires qui ont voté par correspondance, de même que les actions représentées (40).

De même, seule l'assemblée est compétente pour trancher les difficultés d'interprétation des formulaires dont le bureau lui aura fait part (par exemple des ratures, cas où l'actionnaire vote par erreur positivement et négativement à propos de la même décision).

27. — Faut-il annexer au procès-verbal les formulaires de vote valables et non valables? Malgré le silence de la loi, la réponse nous paraît être positive afin de permettre un contrôle (judiciaire ou non) postérieur (41).

Enfin, le non-renvoi d'un formulaire ne peut aucunement être interprété comme étant l'expression d'une acceptation tacite des propositions reprises sur le formulaire (42).

8. — Vote par correspondance et bulletin secret

28. — Le vote par correspondance est-il admissible pour les votes au scrutin secret (par exemple, les votes sur les questions de personnes, sur les nominations et sur les révocations) (43)? Le vote par correspondance n'offre par de garantie de secret puisque le formulaire de vote mentionne nécessairement l'identité de l'actionnaire.

Tout au plus, la garantie est relative : le sens du vote restera secret jusqu'au dépouillement. Lors du dépouillement, le lien sera fait entre le sens du vote et l'actionnaire dont le formulaire, restera annexé au procès-verbal (44).

En revanche, l'actionnaire présent ou représenté a la garantie que son vote au scrutin secret restera effectivement secret : les bulletins de vote sont en principe détruits (45).

29. — Malgré cette différence de traitement du secret du vote, un vote par correspondance sur des questions justifiant un scrutin secret paraît parfaitement valable.

En effet, l'actionnaire qui vote par correspondance accepte en connaissance de cause de s'exposer au risque que le sens de son vote ne

(38) Voy. ci-dessus n° 21.

(39) Article 550, al. 3, du Code des sociétés.

(40) F. De Bauw, *op. cit.*, n° 305, p. 143.

(41) Dans le même sens, mais sans justification : Ch. Resteau, *op. cit.*, De Bauw, *op. cit.*, n° 642 et 691, pp. 266 et 287; G. Raucq, *op. cit.*, p. 395.

(42) M. Loir, *op. cit.*, n° 268, p. 528.

(43) B. Tillemans, *Bestuur van vennootschappen*, Kalmthout, Biblio, 1996, n° 259, p. 149 et réf. cit.

(44) Voy. ci-dessus n° 27.

(45) F. De Bauw, *op. cit.*, n° 639, p. 265.

soit pas gardé secret. Sans doute, pour éviter toute contestation, le formulaire pourrait clairement rendre attentif l'actionnaire à un tel risque et stipuler que le renvoi du formulaire emporte la présomption irréfragable qu'il a renoncé à se prévaloir du défaut de secret, pour peu naturellement que le sens du vote soit effectivement gardé secret jusqu'au dépouillement.

30. — Une solution pourrait consister en la communication de deux formulaires. L'un permettrait un vote sur les questions n'appelant pas un scrutin secret et serait annexé au procès-verbal. L'autre serait utilisé pour voter sur les questions nécessitant un scrutin secret. Il serait confié, après dépouillement, à un tiers dépositaire de confiance et ne serait pas annexé au procès-verbal. Seuls les scrutateurs en auraient pris connaissance. Confier de tels formulaires à un tiers de confiance est licite. Cette pratique s'inspire d'ailleurs de celle par laquelle les bulletins secrets remplis par les actionnaires présents ou représentés ne sont pas immédiatement détruits mais remis, moyennant habilitation statutaire ou l'approbation de l'assemblée générale (46).

Par conséquent, l'interdiction d'un vote par correspondance sur des questions soumises au scrutin secret (47) ne nous paraît pas fondée.

9. — Conclusion

31. — Le vote par correspondance répond au souhait du législateur de renforcer la participation aux assemblées générales et leur fréquentation, ce qui permettra d'accroître le rôle des actionnaires minoritaires (48).

Toutefois, particulièrement pour les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, les délais de renvoi de formulaire peuvent s'avérer extrêmement courts sinon irréalistes pour les actionnaires résidant à l'étranger. De plus, surtout pour ces derniers, la preuve de la qualité d'actionnaire et les conditions entourant le dépôt préalable de titres suscitent des difficultés pratiques (les institutions financières étrangères ne sont pas nécessairement familiarisées avec la notion d'action au porteur et n'ont pas nécessairement des liens organisés permettant d'assurer l'établissement financier belge censé recueillir les preuves de dépôt que les titres de l'actionnaire étranger sont bien bloqués en sa possession) (49).

Le vote par correspondance n'a donc pas rencontré le succès espéré par le législateur (50).

(46) F. De Bauw, *op. cit.*, n° 641, p. 266.

(47) *Contra* : J. Lievens, *op. cit.*, p. 122.

(48) *Doc. parl.*, Sénat, *op. cit.*, pp. 18 et 31.

(49) F. Hellemans, *op. cit.*, n° 434, p. 477; F. De Bauw, *Les formalités préalables à l'assemblée générale et les règles relatives à sa constitution*, Van Ham & Van Ham, 27 avril 2000, n° 74, p. 29; comp. Comm. Bruxelles, 1^{er} juill. 1993, *R.P.S.*, 1994, p. 314 et note Ph. Lambrecht et réf.; Comm. Courtrai, 29 janv. 1991, *T.R.V.*, 1993, p. 566; Comm. Courtrai, 11 oct. 1985, *T.R.V.*, 1988, p. 367.

(50) E. Wymeersch et Ch. Van der Elst, « De werking van de algemene vergadering in de Belgische beursgenoteerde vennootschappen : een empirische onderzoek » *R.D.C.B.*, 1997, n° 9, p. 76; E. Wymeersch, *op. cit.*, p. 20.

Le vote par correspondance émis électroniquement offre-t-il une opportunité, voire une garantie de succès?

LE VOTE PAR CORRESPONDANCE ÉLECTRONIQUE

1. — Légalité

32. — Lors de l'adoption en 1991 de l'article 74, § 4, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (« L.C.S.C. »), devenu entre-temps l'article 550 du Code des sociétés, le législateur pensait-il à ne permettre de voter par correspondance qu'au seul moyen d'un formulaire papier?

33. — Deux arguments plaident en faveur de cette thèse. Il y a tout d'abord le fait que le terme « formulaire » est défini de façon restrictive comme une « formule où sont imprimées les questions en face desquelles la personne intéressée doit inscrire ses réponses » (51). L'utilisation du verbe « imprimer » renvoie au format papier et semble empêcher toute interprétation progressiste du texte de l'article 550 du Code civil. Ensuite, à cette époque, l'électronique existait certes, mais elle nous semble n'avoir fait son apparition que bien plus tard dans le fonctionnement organique des sociétés. Les détracteurs du vote électronique verront sans doute l'interprétation littérale (52) et historique de ce texte comme un argument péremptoire pour contester sa légalité.

34. — Il ne convient cependant pas de s'arrêter à ces interprétations trop littérales de l'article 550 du Code des sociétés en négligeant l'intention du législateur en la matière. Car lorsque le législateur de 1991 adopte l'article 74, § 4, des L.C.S.C., son intention n'est pas de définir le support (« un formulaire ») d'un vote valable. Son intention est plutôt d'insister sur le fait que le vote doit être non équivoque, qu'il faut qu'il soit positif, négatif ou qu'il y ait une abstention. Ce sont les enseignements doctrinaux consacrés à l'article 135, alinéa 3, des L.C.S.C., adopté en

(51) *Le Petit Robert*, dictionnaire alphabétique et analogique.

(52) Voy. cependant R. Dekkers, *Précis de droit civil belge*, I, 1954, p. 29 qui écrit : « [...] la loi vieillit. La loi donne au droit une forme statique, alors que la vie avance, et s'éloigne des textes mêmes qui l'ont le mieux approchée. Plus la loi vieillit, plus l'interprète est amené à y ajouter; car l'interprète [...] représente l'actualité » et W. Van Gerven, *Beginselen van privaatrecht - Algemeen deel*, 1969, p. 56, qui souligne que « de letterlijke en grammaticale uitlegging van een wettekst moet nochtans voortdurend worden gecontroleerd en zo nodig aangevuld aan de hand van de wetshistorische interpretatie, dit is door de bedoeling van de wetgever na te speuren. Gecontroleerd [...] dit is evenwel ook het geval, volgens het Hof van cassatie, wanneer de woorden van de wet een niet te verdedigen standpunt vertolken. Het Hof van cassatie poneerde dit zeer duidelijk op 9 februari 1925 : « qu'il convient parfois de rechercher ce qu'a voulu dire le législateur plutôt que ce qu'il a dit littéralement [...] ». (*Pas.*, 1925, I, p. 129) ».

1935 et applicables au vote par correspondance pour les s.p.r.l., qui ont mis en lumière cette nécessité. En 1991, le législateur s'est tout naturellement inspiré du texte relatif aux s.p.r.l. (53), en le modifiant de façon à refléter certains enseignements de la doctrine pour qui, avec raison, le vote devait être non équivoque (54). Le formulaire n'est pas l'élément essentiel de l'article 550, mais il est le support d'un contenu dont le caractère non équivoque est essentiel. Une interprétation téléologique de l'article 550 du Code des sociétés permet donc de raisonnablement inférer que le législateur n'a pas voulu exclure la forme électronique de supports (« formulaires ») qui peuvent contenir l'expression non équivoque du vote de l'actionnaire.

35. — La dernière question à se poser est de savoir si cette interprétation évolutive de l'article 550, cette acceptation, sans modification de la loi, de l'utilisation d'un formulaire électronique pour voter par correspondance est possible sans que cela ait des conséquences juridiques inacceptables. Il faut se demander si le concept de formulaire électronique ne nécessitera pas une adaptation de l'article 550 du Code des sociétés, comme celui de la signature électronique a demandé une modification, entre autres, de l'article 1322 du Code civil.

36. — Ces deux cas sont en réalité radicalement différents.

Dans le cadre de la signature électronique, la « signature », au sens de l'article 1322 (ancien) du Code civil, ne pouvait s'interpréter de façon à y inclure la signature électronique. Une telle interprétation aurait eu pour effet de donner à toutes les signatures électroniques, y compris celles qui sont peu sécurisées ou non rattachées de façon certaine à une seule personne, la même force juridique qu'une signature manuscrite. Le législateur se devait donc d'intervenir pour accorder l'équivalence juridique uniquement à des signatures électroniques remplissant des critères précis (authenticité et intégrité).

Dans le cadre de l'article 550 du Code des sociétés, en revanche, il n'y a aucun inconvénient à donner une interprétation progressiste au terme « formulaire » de façon à y inclure le formulaire électronique (55). Il n'existe en effet aucune conséquence juridique préjudiciable au principe de cette interprétation actualisée. Peu importe que le formulaire dont parle l'article 550 du Code des sociétés désigne un formulaire papier ou électronique, puisque dans les deux cas la société est libre de décrire, dans ses statuts, une procédure de vote par correspondance efficace et sûre. Pour peu que le formulaire électronique offre des garanties de sécurité au moins égales à celles des formulaires papier et que son introduction

(53) « Les associés peuvent, sauf dispositions contraires des statuts, émettre leur vote par écrit (...) ».

(54) *Voy. ci-dessus* n° 5.

(55) Au sujet de l'interprétation des lois, *Voy. également* Jean du Jardin, procureur général près la Cour de cassation qui a rappelé dans son discours à l'audience solennelle du 3 septembre de 2001 les mots de Portalis « L'interprétation par voie de doctrine consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés », *J.T.*, 2001, p. 641.

n'interfère pas avec le fonctionnement des organes de la société dans une mesure plus perturbante qu'en cas d'usage du formulaire papier, il ne peut, par principe, être exclu.

37. — Il convient donc d'entendre sous le terme formulaire tel qu'il figure à l'article 550 du Code des sociétés, les formulaires de toutes sortes, qu'ils soient en format électronique ou papier.

2. Conditions légales

a. Principes

38. — La loi ne paraît pas pouvoir empêcher l'utilisation d'un formulaire électronique pour voter par correspondance à l'assemblée générale des actionnaires lorsque les statuts de la société anonyme le prévoient.

39. — La liberté statutaire a une limite : les statuts qui autorisent le vote par correspondance ne peuvent contraindre l'actionnaire à recourir à la seule voie électronique, à l'exclusion de la voie postale traditionnelle. Une telle contrainte risquerait de rompre l'égalité entre les actionnaires, surtout dans les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, certains ne disposant pas nécessairement de moyens informatiques. Si le vote par correspondance est statutairement autorisé, il doit pouvoir s'exprimer soit par la voie postale, soit électroniquement (56).

40. — Le vote par correspondance électronique n'est en outre qu'une variante du vote par correspondance traditionnel. A ce titre, les conditions légales d'un vote valable sont rigoureusement identiques à celles qui doivent être remplies pour un vote par correspondance traditionnel.

Comme pour ce dernier, les statuts pourraient fort bien énumérer limitativement les questions susceptibles de faire l'objet d'un vote électronique ou réserver un tel vote à des actionnaires déterminés (par ex., les actionnaires résidant en dehors de l'Union européenne, ceux qui détiennent plus ou moins qu'un pourcentage déterminé d'actions).

De plus, le formulaire électronique doit reprendre toutes les mentions énumérées aux n^{os} 5 et suivants ci-dessus, c'est-à-dire les mentions rendues légalement obligatoires (le sens du vote ou l'abstention) ainsi que les mentions statutairement obligatoires (par ex., l'identité de l'actionnaire, le nombre de voix qu'il désire exprimer ou encore sa signature). Il faudra néanmoins que ces mentions soient adaptées à la lumière de la technique utilisée : un formulaire électronique ne peut en effet pas être renvoyé ou signé de la même manière qu'un formulaire papier.

Enfin, les contraintes entourant le vote par correspondance traditionnelle sont également présentes en cas de vote électronique. Ainsi, au procès-verbal de l'assemblée devront être annexés les formulaires de vote électronique dûment complétés. Le système informatique

devra donc permettre une impression de ces formulaires et conserver les signatures en mémoire. Notons que l'impression desdits formulaires rend inopérant l'argument de texte des partisans d'une interprétation littérale de l'article 550 du Code des sociétés (57).

b. Preuves

41. — Ceci nous amène au cœur du problème soulevé par l'adoption d'un système de vote électronique : la procédure mise en place — et décrite dans les statuts — doit pouvoir assurer [i] que l'émetteur du vote électronique a bien la qualité d'actionnaire et [ii] qu'il est bien celui qu'il prétend être.

42. — Dans un environnement papier et en cas d'actions au porteur, on l'a vu, ces questions peuvent être résolues en prévoyant dans les statuts l'obligation [i] d'envoyer l'original ou une copie certifiée conforme du certificat délivré par l'établissement auprès duquel les actions au porteur sont déposées et [ii] de signer personnellement le formulaire que l'émetteur du vote ne reçoit que lorsque sa qualité d'actionnaire a été prouvée. Cette signature remplit la double fonction attendue d'une signature manuscrite : elle permet l'identification de son auteur (l'émetteur du vote) et elle confirme l'adhésion de celui-ci au contenu du formulaire (58).

43. — Dans un environnement électronique, il convient donc de répondre à ces deux questions.

L'on peut imaginer, en cas d'actions au porteur, à titre d'exemple (*scénario I*), un système [i] où la qualité d'actionnaire est vérifiée par l'établissement dépositaire qui délivre alors un certificat électronique et envoie ensuite électroniquement un formulaire à l'actionnaire et [ii] où l'identification de l'émetteur du vote est vérifiée grâce à une signature électronique apposée sur le formulaire rempli. Il faudrait pour cela qu'une technique sécurisée et fiable de signature électronique soit utilisée. Celle-ci devra en effet permettre l'identification certaine de l'auteur de la signature, en d'autres mots, son authentification. Or, les techniques de signatures électroniques sont extrêmement nombreuses (cela va de la restitution électronique de l'image de la signature manuscrite [*scanning*], à l'utilisation d'un code personnel, de techniques biométriques ou d'une signature digitale), mais toutes ne permettent pas d'identifier l'auteur de façon certaine.

L'on pourrait également imaginer (*scénario II*) qu'à la place d'un certificat électronique, l'établissement dépositaire délivre des codes d'accès personnels qui permettront à l'actionnaire d'accéder à un site web sur lequel il pourra exercer son vote. Nous y reviendrons plus en détail. Mais avant cela, la société devra mettre en place un système électronique permettant d'apporter non seulement la preuve de la qualité d'actionnaire de l'émetteur du vote mais aussi la preuve de l'identité de l'émetteur du vote électronique.

b.1. Preuve de la qualité d'actionnaire

44. — Lorsque les statuts permettent le vote par correspondance, que ce soit dans un environnement papier ou électronique, il est essentiel que ces mêmes statuts décrivent également la façon dont le vote peut valablement avoir lieu, et particulièrement de quelle façon la société accepte la preuve de la qualité d'actionnaire.

45. — Dans le cadre du vote par correspondance classique, cette preuve de la qualité d'actionnaire se fait usuellement par le dépôt des actions au porteur auprès de l'institution financière désignée dans la convocation. Une ou plusieurs institutions financières dépositaires, établies en Belgique, et même à l'étranger (si les actions sont cotées ou détenues à l'étranger) sont désignées dans la convocation. Une pratique s'est toutefois installée, qui déroge au principe du dépôt et de l'immobilisation physique des titres à l'endroit indiqué dans la convocation. Lorsque les actions sont physiquement déposées (59) auprès d'une institution belge ou étrangère (l'« Institution ») autre que l'établissement qui a été désigné dans la convocation (l'« Etablissement »), le dépôt est présumé valablement effectué dès que l'Etablissement reçoit l'assurance de l'Institution qu'elle détient et immobilise les actions jusqu'à la clôture de l'assemblée. Pour autant que l'Etablissement fasse confiance en l'Institution, l'actionnaire qui se trouve à l'étranger pourra utiliser ce système pour que sa qualité d'actionnaire lui soit reconnue sans effectivement déposer ses titres auprès de l'Etablissement. Dans un environnement papier, c'est en effet lorsque l'Etablissement est convaincu de cette qualité, qu'il enverra à l'actionnaire au porteur un certificat de dépôt valant carte d'entrée à l'assemblée et, à la demande de l'actionnaire, le formulaire lui permettant de voter valablement par correspondance.

46. — Dans un scénario de vote par correspondance électronique, un système similaire peut légalement être mis en place. L'Etablissement, rassuré par les déclarations de l'Institution et convaincu de la qualité d'actionnaire du candidat au vote et de l'immobilisation de ses actions, enverra à l'actionnaire qui l'aura demandé (60), soit un certificat de dépôt et un formulaire électroniques (*scénario I*), soit des codes d'accès à un site web de vote par correspondance électronique (*scénario II*). Concrètement, le terme « codes » signifie un nom d'utilisateur et un mot de passe qui, utilisés de manière combinée, permettront l'accès au site sécurisé et au formulaire électronique personnel publié sur celui-ci. Afin d'éviter tout risque de fraude, ces codes seraient envoyés de manière séparée à l'actionnaire : le nom d'utilisateur pourrait être envoyé à l'Institution dépositaire qui le transmettra à l'actionnaire, et le mot de passe pourrait être envoyé directement à l'actionnaire (61).

(59) Ou créditées sur un compte titres auprès d'une telle institution.

(60) Cet actionnaire aura laissé toutes ses coordonnées à l'Institution ou à l'Etablissement selon le cas.

(61) Si l'actionnaire a déposé ses titres auprès de l'Etablissement, le nom d'utilisateur pourrait être envoyé par fax et le mot de passe par voie électronique, par exemple.

(56) Dans le même sens, Y. Guyon, *Traité des contrats - Les sociétés*, Paris, L.G.D.J., 5^e éd., 2002, n^o 86-1, p. 161.

(57) Voy. ci-dessus n^o 33.

(58) P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, Bruxelles, P.U.B., vol. 5, 1997-1998, p. 73.

47. — Une fois que la qualité d'actionnaire du candidat au vote a été établie et que le formulaire lui a été communiqué, il convient d'établir avec certitude que le vote émis l'a bien été par l'actionnaire reconnu comme tel.

Le caractère impalpable et invisible des nouvelles technologies provoque en effet une grande méfiance, les risques de fraude, de manipulation, de fausse identité apparaissant plus grands.

48. — Dans le cadre du vote par correspondance traditionnel, cette certitude est obtenue par la vérification de la signature manuscrite du formulaire et du certificat de dépôt envoyé en même temps que le formulaire. En informatique, il convient de trouver un moyen qui permette l'authentification de l'émetteur et la non-répudiation de ce qu'il envoie. Plusieurs techniques permettent à l'heure actuelle d'atteindre ce but. La société désirant mettre en place un système de vote électronique est libre d'adopter la technique qui correspond le mieux à ses critères de sécurité et de confiance.

49. — La société peut ainsi prévoir dans les statuts la force probante de la signature utilisée. Les articles du Code civil concernant la preuve en droit civil sont en effet unanimement considérés comme étant d'ordre supplétif (62). Les statuts peuvent dès lors prévoir que tel type de signature a la même valeur qu'une signature manuscrite, sans pour autant qu'il soit recommandé d'adopter des systèmes peu fiables ou trop peu sécurisés et de leur accorder une valeur probante importante. Le conseil prendra soin de faire vérifier et certifier par un tiers expert le bon fonctionnement et la sécurité du système mis en place.

c. Exemples

50. — Afin d'éclairer notre propos, nous décrivons deux solutions possibles parmi de nombreuses autres, s'agissant toujours d'actions au porteur déposées auprès d'une Institution et non de l'Etablissement (voy. la définition au n° 45). La première a l'avantage d'utiliser une technique qui se répand de plus en plus dans le monde et qui bénéficie d'un cadre juridique plus ou moins harmonisé au sein de l'Union européenne. La seconde a l'avantage — tant que la première n'est pas encore utilisée de façon régulière — de mettre en place un système qui, certes lourd pour la société, demande peu de démarches pour l'émetteur du vote. Le but du vote par correspondance étant de faire participer un maximum d'actionnaires au vote, ce deuxième système nous semble actuellement plus adéquat aujourd'hui.

(62) « Si la réglementation légale de la preuve ne protège que des intérêts privés, les parties peuvent évidemment régler entre elles la question de la preuve selon leurs convenances ou leurs intérêts (...) » De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, 1967, n°s 735 et 737; Voy. aussi, P. Van Omme-slaghe, *op. cit.*, p. 25; W. Van Gerven, *op. cit.*, p. 369; D. Gobert et E. Montero, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 115.

51. — Une première solution de vote électronique par correspondance part du postulat que les différents protagonistes (personnes physiques et personnes morales) possèdent une signature électronique dite « signature électronique avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçu au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique » (63). Depuis l'adoption de la loi du 9 juillet 2001, ce type de signature électronique bénéficie des mêmes effets juridiques que ceux reconnus à la signature manuscrite : elle est recevable comme preuve en justice et bénéficie de la même force probante qu'une signature manuscrite.

52. — La technologie la plus répandue répondant aux critères de ce type de signature est la signature digitale basée sur une technique de chiffrement asymétrique. Sans entrer dans les détails de son fonctionnement, il est utile de signaler que cette technologie est basée sur une combinaison de deux clés liées entre elles : une clé publique, connue de tous et publiée dans des annuaires électroniques accessibles via Internet, et une clé privée, secrète, qui est conservée par le titulaire de la signature et qui ne peut être utilisée que par lui. Pour signer électroniquement un message, le titulaire utilise sa clé privée (64) qu'il « applique » au message. Le message reste lisible par tous, mais il est signé. Pour vérifier cette signature, le destinataire lui « appliquera » la clé publique du titulaire et analysera le contenu du certificat électronique « qualifié » du titulaire de la signature qui lui est envoyé en même temps que le message. Ce certificat contient des mentions relatives à ce titulaire : ses nom et prénoms, date de naissance, sa clé publique, la période de validité du certificat, le nom de la société que la personne est en droit de représenter (lorsqu'il s'agit de la signature d'une personne morale), etc. Il est délivré par un prestataire de service de certification et est fourni uniquement à des personnes dont l'identité (et éventuellement le pouvoir de représentation) a été minutieusement vérifiée.

53. — Partant donc du principe que l'actionnaire au porteur, la société, l'Etablissement et l'Institution possèdent une signature électronique ayant la même valeur qu'une signature manuscrite, les différentes étapes du vote

(63) Voy., l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification. Cet article consacre l'équivalence entre la signature manuscrite et la signature électronique avancée répondant à certains critères techniques. Pour plus de détails sur le régime juridique de la signature électronique, nous vous renvoyons à l'étude de D. Gobert et E. Montero, *op. cit.*, pp. 114 et s.; voy. aussi, L. Guinotte, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, pp. 553 et s.

(64) La clé privée, algorithme mathématique, est conservée sur le disque dur de l'ordinateur du titulaire de la signature ou sur une carte à puce ou tout autre moyen de stockage adéquat. Pour signer, le titulaire « applique » sa clé privée au message à signer en introduisant son mot de passe (si la clé est stockée sur le disque dur), ou, en introduisant sa carte à puce dans un lecteur *ad hoc* avant d'introduire son mot de passe (si la clé est stockée sur ce type de support).

électronique par correspondance peuvent se résumer comme il suit :

a) l'actionnaire désirant voter dépose ses actions auprès de l'Institution qui notifie (par courrier électronique signé) à l'Etablissement le dépôt des actions et leur immobilisation. L'actionnaire communique également son adresse électronique.

Il est essentiel que l'Etablissement acquière la conviction que le message électronique émane bien de l'Institution (ou de l'actionnaire en cas de dépôt d'actions auprès de l'Institution). L'utilisation par l'Institution d'une « signature électronique avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçu au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique » permettra d'atteindre ce but. Le message signé au moyen de ce type de signature est un acte sous seing privé, authentique et intègre, qui est recevable en justice et possède la même force probante qu'un document signé de façon manuscrite.

Aucun problème ne se pose lorsque l'Institution (ou l'actionnaire) a obtenu son certificat qualifié auprès d'un prestataire de service de certification situé dans l'Union européenne (65). Sa signature, liée au certificat qualifié, sera acceptée en Belgique au même titre qu'une signature basée sur un certificat délivré par une autorité de certification belge. En revanche, lorsque le certificat est délivré par une autre autorité de certification étrangère, la loi belge, conformément à la directive européenne, détermine plusieurs critères qui doivent être remplis pour que la signature ait la même valeur juridique que celle pour laquelle un certificat aurait été délivré par une autorité de certification européenne (66).

b) Après avoir vérifié la légalité de l'accomplissement de la formalité de dépôt, l'Etablissement introduira dans son système informatique tous les détails concernant l'actionnaire (nom, nombre de titres, adresse électronique, etc.). A partir de ce moment, le système de vote par correspondance peut être quasi entiè-

(65) La loi belge est en effet basée sur une directive européenne (directive 1999/93/C.E. sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, 13 déc. 1999, *J.O.C.E.*, n° L 013, 19 janv. 2000, pp. 0012 à 0020) tendant à harmoniser le cadre juridique en cette matière dans tous les pays de l'Union.

(66) Voy. l'article 16 de la loi belge du 9 juillet 2000 qui stipule que : « Les certificats délivrés à titre de certificats qualifiés à l'intention du public par un prestataire de service de certification établi dans un pays tiers sont reconnus équivalents, sur le plan juridique, aux certificats délivrés par un prestataire de service de certification établi en Belgique : a) si le prestataire de service de certification remplit les conditions visées par sa réglementation nationale transposant la directive 99/93/C.E. du Parlement et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques et a été accrédité dans le cadre d'un régime volontaire d'accréditation établi dans un Etat membre de l'Espace économique européen; ou b) si un prestataire de service de certification établi dans la Communauté européenne, qui satisfait aux exigences visées par la réglementation nationale transposant la directive 99/93/C.E. du Parlement et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, garantit le certificat; ou c) si le certificat ou le prestataire de service de certification est reconnu en application d'un accord bilatéral ou multilatéral entre la Communauté européenne et des pays tiers ou des organisations internationales.

rement automatisé. L'Établissement envoie le formulaire par courrier électronique signé à l'adresse indiquée par l'actionnaire.

Il n'est plus nécessaire que l'Établissement joigne au formulaire un certificat électronique de dépôt de titres. Ce document, que l'émetteur du vote était tenu de renvoyer — en même temps que le formulaire papier — pour attester de sa qualité d'actionnaire, n'est plus nécessaire dans un environnement électronique. Dans cet environnement, le système de l'Établissement peut vérifier automatiquement, lors de la réception du formulaire dûment complété et signé, que la personne qui a signé ce formulaire correspond à la personne dont la qualité d'actionnaire a été vérifiée et enregistrée lors de la phase a) décrite ci-dessus.

Si le formulaire et son contenu doivent rester confidentiels, l'Établissement chiffrera le message en inversant l'utilisation des clés qui servent à le signer (67).

Il chiffre le message en utilisant la clé publique de l'actionnaire. Dès lors seul le détenteur de la clé privée correspondante (l'actionnaire) est en mesure de déchiffrer le message (68).

c) Après avoir rempli le formulaire, l'actionnaire le signe électroniquement et le renvoie par courrier électronique chiffré à l'Établissement.

d) L'Établissement ne déchiffrera les messages à l'aide de sa clé privée qu'au jour de l'assemblée (ou avant, mais alors, il doit garantir sans réserve que les résultats ne seront connus que de lui et qu'ils ne seront divulgués à personne d'autre, même pas au conseil d'administration de la société ou au bureau de son assemblée). Les statuts devraient le prévoir expressément. A ce stade, le système admettra uniquement les formulaires valablement remplis et les formulaires dont les signatures correspondent aux actionnaires valablement admis à voter électroniquement lors des phases a) et b) décrites ci-dessus.

e) Les résultats des votes sont calculés automatiquement et ajoutés aux résultats des votes émis lors de l'assemblée. Lorsque des propositions de décision ont été modifiées lors de l'assemblée plénière, les votes par correspondance sur ces propositions seront éliminés. Rappelons que c'est l'assemblée qui est seule compétente pour régler les contentieux.

SCENARIO II

54. — En raison de la difficulté de mettre en place le premier scénario tant que l'utilisation de la signature électronique avancée n'est pas plus répandue, une autre solution peut être envisagée. Celle-ci est certes plus lourde pour la société mais elle permet, non seulement de pallier l'obligation de l'actionnaire à avoir une signature électronique ayant la même valeur qu'une signature manuscrite, mais en

plus de développer un système qui peut être réutilisé facilement à chaque assemblée, sans frais supplémentaires importants.

Comme pour le premier scénario, la procédure commence par la reconnaissance de la qualité d'actionnaire de la personne souhaitant exprimer son vote par correspondance. De façon chronologique, les étapes à franchir sont les suivantes :

a) Voy. étape a) du premier scénario.

b) Après avoir vérifié la qualité d'actionnaire du candidat au vote et après avoir enregistré les détails relatifs à son identité, ses titres et toutes ses coordonnées, le système informatique de l'Établissement générera deux messages : un premier message électronique, mentionnant le nom d'utilisateur de l'actionnaire et un second message, contenant le mot de passe. Les deux seront envoyés séparément (par courrier électronique, par l'entremise de l'Institution ou même par voie postale) à l'actionnaire s'il a déposé ses actions auprès de l'Établissement.

L'envoi du nom d'utilisateur et du mot de passe par deux canaux différents se fait bien évidemment pour des raisons de sécurité : l'interception d'un des deux messages ne suffit pas à pouvoir se substituer frauduleusement à l'actionnaire.

c) Lorsque l'actionnaire est informé de son nom d'utilisateur et de son mot de passe, il possède les deux codes qui lui permettront de voter électroniquement.

Ces codes lui donnent accès au site sécurisé construit par la société pour les besoins du vote et permettent au système de reconnaître l'actionnaire qui a demandé de pouvoir voter de façon électronique lors de l'étape a) décrite ci-dessus.

d) L'actionnaire remplit le formulaire publié sur le site et le renvoie. Au moment du renvoi, le système demande à l'émetteur du vote d'introduire une nouvelle fois son mot de passe.

C'est l'introduction du mot de passe, couplé au nom d'utilisateur qui a été introduit au moment de l'accès au site sécurisé, qui sert de signature. Ce type de signature n'a pas de *iure* la même valeur juridique qu'une signature manuscrite (puisque'il ne s'agit pas d'une « signature électronique avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique »). Néanmoins, depuis la modification de l'article 1322 du Code civil (69), si cette technique peut être considérée comme étant un ensemble de « données électroniques pouvant être imputées à une personne déterminée » (condition d'authenticité) et « établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte » (condition d'intégrité), elle paraît « satisfaire à l'exigence d'une signature » pour l'application de l'article 1322 du Code civil. En d'autres termes, contrairement à la signature électronique avancée dont la valeur juridique est légalement assimilée à celle de la signature manuscrite, la valeur juridique des autres types de signatures électroniques dépend de la libre appréciation du juge. Si elles sont recevables en justice

(70), leur force probante dépendra de la conviction du juge à voir remplies les conditions d'authenticité et d'intégrité formulées à l'article 1322 du Code civil.

Il ne peut pourtant être question de mettre en place un système qui laisse une telle incertitude quant à la valeur probante du formulaire signé électroniquement. Conformément à l'enseignement de De Page selon lequel « si la réglementation légale de la preuve ne protège que des intérêts privés, les parties peuvent évidemment régler entre elles la question de la preuve selon leurs convenances ou leurs intérêts » (71), la solution peut être trouvée dans une convention entre parties portant sur la valeur juridique du formulaire signé au moyen de la technique mise en place. Les parties concernées étant respectivement la société et ses actionnaires, les statuts régleront cette question probatoire.

Les étapes e) et f) du premier scénario sont à partir d'ici applicables *mutatis mutandis*.

d. Actions nominatives

55. — Dans le cas des actions nominatives, l'article 533 du Code des sociétés dispose que la convocation à l'assemblée doit être faite par lettre missive adressée quinze jours avant l'assemblée, ou, lorsque toutes « les actions, obligations, droits de souscription ou certificats émis avec la collaboration de la société » sont nominatifs, les convocations doivent obligatoirement être faites par lettres recommandées (72). Bien que des systèmes de plis recommandés électroniques se mettent peu à peu en place, en l'absence d'équivalence légalement consacrée, la convocation ne peut être électronique compte tenu de la précision de l'article 533 du Code des sociétés. En revanche, afin de gagner un maximum de temps, un formulaire de vote par correspondance pourrait être glissé systématiquement dans l'enveloppe envoyée à chaque actionnaire en nom.

De même, une solution hybride peut être imaginée : la convocation continuerait à se faire par voie recommandée mais, en plus des mentions obligatoires prévues à l'article 533 du Code des sociétés, un nom d'utilisateur et un mot de passe y figureraient (par souci de sécurité, il est toutefois préférable d'envoyer le mot de passe dans un pli séparé). Ces deux codes personnels permettraient ainsi à l'actionnaire en nom d'accéder au site de vote électronique et d'y enregistrer son vote. De cette manière, l'actionnaire bénéficierait d'un maximum de temps pour voter (le temps de renvoi du formulaire serait réduit à quelques dixièmes de secondes, contre plusieurs jours pour un formulaire papier).

3. — Avantages du vote électronique par rapport au vote par correspondance traditionnel

a. Limites

56. — L'évolution technologique n'implique pas nécessairement un progrès ou un allègement des contraintes et des risques.

(67) L'article 533 *in fine* du Code des sociétés dispose toutefois que pour les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne l'ordre du jour public doit contenir les propositions de décision.

(68) Par conséquent, il est possible de signer et chiffrer un message en utilisant sa propre clé privée (pour signer) et la clé publique du destinataire (pour chiffrer). Celui-ci utilisera sa clé privée (pour déchiffrer le message) et la clé publique de l'émetteur (pour vérifier la signature).

(69) Loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire.

(70) Article 4, § 5, de la loi du 9 juillet 2001, *op. cit.*

(71) Voy. ci-dessus n° 49.

(72) Article 533 du Code des sociétés.

Le mode électronique du vote n'efface en rien les risques inhérents au vote traditionnellement émis par correspondance.

57. — Quel que soit le mode de vote retenu par l'actionnaire, les risques auxquels il s'expose en votant par correspondance ou électroniquement sont identiques : risque que le vote n'arrive pas au destinataire, risque que le vote soit intercepté et secrètement falsifié, risque que le vote ne soit pas dépouillé ou soit omis du décompte final, risque que le signataire du formulaire ne soit pas l'actionnaire, risque que le vote soit communiqué au conseil d'administration ou à un actionnaire avant l'ouverture de l'assemblée générale, voire à un tiers. De même la contrainte liée au vote par correspondance se retrouve pour le vote électronique : l'actionnaire qui a voté électroniquement ne peut s'exprimer sur une nouvelle proposition qui serait faite à l'assemblée et il ne peut davantage formuler une nouvelle proposition ou amender celle qui lui est soumise.

58. — Toutefois, le vote électronique peut offrir des assurances accrues en termes de sécurité et d'intégrité du vote émis par rapport au vote par correspondance. Les programmes informatiques développés en vue de l'exercice du vote par correspondance requièrent l'intervention d'un gestionnaire professionnel extérieur à la société et mettent en œuvre des techniques de sécurité (par ex., cryptographie, banques de données distinctes, contrôle des identités) au moins aussi performantes qu'une enveloppe fermée confiée à la poste. A supposer que le programme retenu offre de telles assurances de sécurité, le vote électronique présente des avantages certains sur le vote par correspondance traditionnel. Son opportunité doit cependant être rigoureusement appréciée en fonction de la nature, des besoins et des moyens de chaque société.

Examinons à présent en quoi consistent de tels avantages.

b. Gain de temps

59. — Le vote électronique offre davantage de temps à tous les acteurs de la procédure.

Il évite les retards liés à la lourdeur du dépouillement manuel des formulaires écrits renvoyés à la société. A l'expiration du délai de vote électronique, le dépouillement est immédiatement effectué par le système informatique. Les résultats seront connus instantanément, proposition par proposition, et mentionneront combien de votes positifs et négatifs et combien d'abstentions se rapportent à chaque proposition. Ils seront communiqués lors du vote des propositions concernées par les actionnaires présents ou représentés.

60. — L'instantanéité du dépouillement électronique exclut tout risque que le conseil d'administration ou le bureau de l'assemblée soit tenté de dépouiller à l'avance les votes afin de ne pas le faire en cours d'assemblée, ce qui retarderait très considérablement sa clôture. Rappelons que les votes doivent être comptés ou dépouillés au cours de l'assemblée et que leur résultat doit être annoncé à l'assemblée avant sa clôture.

61. — L'actionnaire qui vote par correspondance doit renvoyer par la poste son formulai-

re dans un délai déterminé. Ce délai est souvent de plusieurs jours ouvrables avant la tenue de l'assemblée. Il faut en effet permettre que le formulaire soit physiquement acheminé à l'adresse indiquée dans la convocation avant la tenue de l'assemblée. Ce délai est souvent insuffisant lorsque l'actionnaire qui confie le formulaire à la poste réside à l'étranger, *a fortiori* sur un autre continent.

Il arrive même que lorsque le délai statutaire de dépôt de titre est trop proche de l'assemblée générale, l'actionnaire résidant à l'étranger ne dispose matériellement pas du temps nécessaire pour renvoyer son formulaire. De même, l'actionnaire résidant à l'étranger déposera ses actions auprès d'un établissement étranger qui n'est pas l'institution financière reprise dans la convocation, ce qui occasionnera du retard dans l'émission du certificat de dépôt de titres, véritable passe-droit pour qu'un formulaire de vote par correspondance puisse être remis à l'actionnaire au porteur.

Le vote électronique, par la quasi-immédiateté de son émission, permet à l'actionnaire de voter plus tardivement. Les statuts pourraient dès lors prévoir que le vote électronique pourrait encore être valablement émis 24 heures (voire moins selon le degré de performance du système informatique sélectionné et la composition de l'actionnariat) avant la tenue de l'assemblée.

62. — Plus essentiellement encore, ce rallongement du délai de vote offre à l'actionnaire un délai de réflexion allongé.

Enfin, le vote électronique allège considérablement la charge administrative et les besoins en ressources humaines nécessaires au dépouillement du vote par correspondance traditionnel.

c. Réduction des contestations

63. — L'actionnaire qui remplit par écrit son formulaire de vote pourrait, par mégarde, rendre son vote ininterprétable (par ex., il cocherait la case du vote positif mais aussi celle du vote négatif pour une même proposition; il placerait sa croix entre deux cases).

Le formatage du vote électronique peut éviter ce type d'erreur : le système signalera l'existence d'un vote contradictoire voire exclura pour des raisons techniques tout vote équivoque. Par ailleurs, un formatage approprié permet d'exclure toute adjonction ou modification de propositions voire toute insertion de conditions liées au vote, ce qui évitera les contestations sur le sort à réserver à de telles initiatives de l'actionnaire et sur le sens à donner à de telles intentions. Le vote sera nécessairement non équivoque (73).

64. — Enfin, le vote électronique empêche le renvoi de formulaires de vote libres (ou de formulaires illégaux, comme par exemple un formulaire en langue étrangère initialement mis à disposition des actionnaires à des seules fins d'information) comme en cas de vote par correspondance.

(73) J. Van Houtte, *Traité des sociétés de personnes à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larciér, 1962, n° 201, p. 277.

d. Votes successifs

65. — L'allongement du délai de vote par correspondance rendu possible par la technique du vote électronique est propice à susciter des réflexions nouvelles et approfondies de l'actionnaire. Celui-ci, après avoir voté une première fois électroniquement, pourrait changer d'avis et revoir le sens de son vote. De même, cet allongement offre à l'actionnaire de prendre en compte des éléments nouveaux qui seraient apparus depuis qu'il a voté une première fois électroniquement (par ex., dans le cas d'une o.p.a., l'actionnaire pourrait adapter le sens de son vote en fonction de l'évolution des prises de position des uns et des autres et des informations rendues publiques).

Le programme informatique peut permettre l'envoi de votes successifs et en sens différents par un même actionnaire.

En pareille hypothèse, le dernier vote exprimé prévaudra. Le gestionnaire du programme, en cas de votes successifs, préviendra l'actionnaire qu'il a déjà voté, lui rappellera le sens de ses votes précédents et sollicitera une confirmation expresse de sa part que ses votes antérieurs seront remplacés par son dernier vote.

Par contraste avec le vote successif par correspondance, le vote successif électronique ne laisse planer aucun doute sur l'ordre des votes et exclut le comptage cumulé de tous les votes successifs d'un même actionnaire.

e. Démocratisation accrue de l'assemblée générale - Corporate governance

66. — Le législateur a autorisé le vote par correspondance pour lutter contre l'absentéisme (74). Pour peu que le vote électronique offre à des actionnaires un moyen de manifestation sans lequel leurs voix n'auraient pas été exprimées, son utilité est en soi démontrée.

Dans les sociétés cotées, même contrôlées par un ou plusieurs actionnaires de référence, le vote électronique des actionnaires minoritaires tracera de manière plus nuancée les limites de ce contrôle. Pour les sociétés cotées et non cotées, le vote électronique évitera à certains actionnaires un déplacement lointain et permettra à d'autres, indisponibles le jour de l'assemblée, de malgré tout voter de manière efficace et rapide.

Le vote électronique devrait contribuer à l'accroissement du taux de participation aux assemblées. Celles-ci seront dès lors davantage représentatives et démocratiques, au sens étymologique, pour paraphraser la Commission bancaire et financière (75).

67. — Il évite également à l'actionnaire, qui se sait indisponible le jour de l'assemblée, de faire choix d'un mandataire (souvent difficile à trouver) et réduit les ravages des sollicitations publiques de procuration (76).

68. — Il facilite l'appel de capitaux en rendant plus attractive une participation étrangère

(74) Voy., ci-dessus n° 3.

(75) Commission bancaire et financière, Rapport annuel, 1991-1992, p. 86.

(76) Voy., ci-dessus n° 20 sur les limites du vote par correspondance.

dans une société belge (77). Ainsi des investisseurs institutionnels américains pourraient aisément voter électroniquement aux assemblées générales, sans encourir des frais de déplacement ou recourir à des mandataires, ce qui les rendra davantage comptables à l'égard de leurs propres associés ou membres envers lesquels ils ont souvent des obligations fiduciaires. Remarquons à cet égard que le vote électronique incitera la société belge à faire parvenir électroniquement à ses actionnaires étrangers des formulaires de vote avec l'indication d'un site sur lequel des traductions sont consultables en permanence, mais de manière séparée (78).

69. — En permettant au plus grand nombre d'actionnaires de s'exprimer, surtout si l'actionariat est éclaté en nombre (par ex., à la suite d'une cotation du titre ou de la mise en œuvre de plans d'intéressement en faveur du personnel) ou géographiquement, l'assemblée luttera avec plus d'efficacité contre la politique du fait accompli que lui imposerait le conseil d'administration (79). Le rôle de l'assemblée générale, en matière de *corporate governance*, est notamment de désigner les administrateurs et les auditeurs, en toute liberté, serait-on tenté d'ajouter (80).

70. — La fréquence de ces réunions pourrait aussi être augmentée sans inconvénient pour les actionnaires. Ce que l'actionnaire perdra en contacts avec ses homologues et en délibération, il le gagnera par sa participation impliquée et active dans la vie sociale (81).

71. — Enfin, le recours au vote électronique sera l'occasion de développer les modes de communication électronique au sein de la société et rendra plus efficace la transmission

(77) *Doc. parl.*, Ch., 4 avril 2002, doc. 1211/014, Réaction du représentant du ministre de la Justice, p. 201. Le vote envoyé de l'étranger devra, nous semble-t-il, également respecter le droit de l'Etat étranger concerné (*locus regit actum*).

(78) « L'un des grands problèmes auxquels les investisseurs institutionnels sont confrontés réside dans le fait qu'ils ne disposent pas, *a fortiori* dans la langue qui convient, de l'information ni de la documentation nécessaires concernant les sociétés belges », audition de M. E. Wymersch, président de la Commission bancaire et financière, in *Doc. parl.*, Ch., 4 avril 2002, 1211/014, p. 99.

(79) L'assemblée générale étant la « grande absente » dans le débat sur le *corporate governance* (K. Geens, in *Doc. parl.*, Ch., 4 avril 2002, 1211/014, Avis, p. 190; G. Keutgen, *Propos sur le « corporate governance » en Belgique*, in *Liber amicorum Yvette Merckers*, Bruges, Die Keure, 2001, pp. 560 à 562); voy. égal., K. Geens « Quelques réflexions sur la composition et le fonctionnement du conseil d'administration dans le système moniste », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 12, pp. 423 et 424.

(80) Recommandations de l'autorité de marché de la Bourse de Bruxelles élaborées par la commission Belge du *corporate governance*.

(81) Son souci de prendre en considération la passivité et l'absentéisme des actionnaires a d'ailleurs conduit le gouvernement à insérer un quatrième alinéa à l'article 536 du Code des sociétés : « Les actionnaires peuvent, à l'unanimité, prendre par écrit toutes les décisions qui relèvent du pouvoir de l'assemblée générale, à l'exception de celles qui doivent être passées par un acte authentique (...) ». Voy., *Doc. parl.*, Ch., 15 juillet 2002, 1211/019. Mieux vaut une assemblée « dans l'encrier » que pas d'assemblée.

d'informations aux actionnaires (par exemple, dans le cadre de l'article 535 du Code des sociétés).

f. Compétitivité et dynamisme

72. — Les sociétés belges ne peuvent rester insensibles aux développements légaux à l'étranger en matière de vote électronique.

73. — L'O.C.D.E. encourage les sociétés à offrir à leurs actionnaires la possibilité de voter, qu'ils soient présents ou non à l'assemblée, en utilisant les nouvelles technologies (82).

Ainsi l'International Corporate Governance Network (I.C.G.N.), constitué en 1995 par des investisseurs institutionnels a adopté en 1998 des principes en matière de vote par les actionnaires, partant du postulat que le vote effectif par les actionnaires permet un contrôle effectif des sociétés. Or, l'I.C.G.N. constate que l'éclatement géographique des actionnaires crée le besoin d'un système de vote transfrontalier sous peine de contraindre au silence les actionnaires pour des raisons légales, pratiques, administratives ou économiques. Plusieurs des principes de l'I.C.G.N. encouragent l'adoption du vote par correspondance électronique afin d'assurer l'égalité des actionnaires devant le vote (*equal and fair voting rights*) et d'allonger les périodes de vote (*voting deadlines*). En plus du vote électronique, sont également recommandées toutes les formes d'expressions disponibles, comme le téléphone, le télécopieur et S.W.I.F.T. (83).

74. — Par conséquent, pour attirer des investisseurs étrangers, qui apprécient la souplesse du vote électronique par correspondance à l'occasion d'autres participations, les sociétés belges qui recherchent des capitaux internationaux permettront à leurs actionnaires le vote par correspondance électronique, mais aussi, de manière plus large, le recours aux nouvelles technologies comme, par exemple, les retransmissions en direct par Internet ou conférences vidéo des assemblées générales permettant aux actionnaires non physiquement présents de voter en direct à distance à partir de leur ordinateur. Les techniques nouvelles de télécommunication en direct permettent des délibérations entre tous les actionnaires présents ou techniquement reliés à l'assemblée (84).

75. — L'adoption du vote par correspondance électronique sera souvent la première mesure prise afin d'introduire l'électronique dans la

(82) Principes de l'O.C.D.E. relatifs au gouvernement d'entreprise, 29 avril 1999, SG/CG (99)5, p. 14.

(83) I.C.G.N. Global Share Voting Principles, 10 juillet 1998, San Francisco. Comp. : *Euroshareholders Corporate Governance Guidelines 2000*, février 2000, encourageant le vote, par correspondance ou non, exprimé à l'aide de moyens électroniques (page 2), The UK Company Law Review Steering Group, *Modern Company Law For a Competitive Economy*, Final Report, juin 2001, p. 155 et Association of Unit Trusts and Investment Funds, *Code of Good Practice, Institutional Investors and Corporate Governance*, p. 4, encourageant également de manière générale le vote électronique.

(84) Voy., G. Ponds Kobler, « Shareholder Voting Over the Internet : A Proposal for Increasing Shareholder Participation in Corporate Governance », <http://www.law.uu.edu/lawreview/Kobler.htm>, pp. 12 et s.; E. Wymersch, *op. cit.*, p. 53.

vie organique d'une société. Elle permettra aisément à la société d'en apprécier les mérites. Aujourd'hui facultative et à usage limité, l'électronique sera indispensable et généralisée à bref délai dans la société.

La mise en œuvre d'un système de vote électronique techniquement au point, que ce vote soit exprimé par correspondance, voire à distance, dans le cadre d'une retransmission en direct d'une assemblée, garantira l'efficacité de toute la procédure : les votes non admissibles seront instantanément repérés. Un système électronique centralisé traitera en temps réel toutes les informations recueillies à la suite du dépôt de titres au porteur, de l'inscription dans le registre des actions nominatives, du dépôt de l'attestation du teneur de comptes d'actions dématérialisées, de l'inscription dans le registre *ad hoc* (porté par le nouvel article 536 du Code des sociétés) pour les sociétés cotées, de l'émission de formulaire de vote par correspondance, du vote par procuration (dans le cadre ou non d'une sollicitation publique de procuration) ou du vote en assemblée par les actionnaires présents. Ainsi, par exemple, les anomalies suivantes seront immédiatement détectées :

— l'actionnaire qui a déjà voté par correspondance se présente à l'assemblée;

— l'actionnaire d'une société cotée qui s'est inscrit dans le registre *ad hoc* vend par après ses actions à un tiers qui remplit les formalités d'admission et qui se présente à l'assemblée pour voter alors que c'est l'actionnaire vendeur qui conserve légalement le droit de voter.

76. — L'électronique n'est qu'un moyen. Le but à atteindre est celui fixé par le législateur. Or, la formalité du dépôt de titres n'a jamais pour seul objectif que de faciliter la tenue de l'assemblée et de s'assurer de la qualité d'actionnaire des personnes présentes ou représentées (85). L'électronique peut également atteindre ce but.

77. — L'extension du domaine de l'électronique touche également d'autres matières du droit des sociétés. Ainsi, le 3 juin 2002, la Commission européenne a présenté une proposition de modifier la première directive C.E./68/151 pour rendre les informations des sociétés plus accessibles au public et pour simplifier leurs obligations de publication. Les sociétés pourront déposer électroniquement tous leurs documents publics.

Le gouvernement semble être sensible à la nécessité de favoriser le recours aux nouvelles techniques de l'information et de communication en droit des sociétés afin, notamment, d'attirer les investisseurs institutionnels étrangers » (86).

78. — Dans le même ordre d'idées, dans la perspective de la mise en œuvre prochaine de la société européenne, la possibilité offerte, en droit belge, aux actionnaires de voter par correspondance de manière électronique pourrait contribuer à la localisation en Belgique de sociétés européennes (87).

(85) J. Ronse, « De depotsbepaling en het vraagrecht », *T.R.V.*, 1988, p. 319.

(86) *Doc. parl.*, Ch., 4 avril 2002, Rapport, 1211/014, pp. 201 et 202.

(87) L'article 53 du règlement (C.E.) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la

4. — Participation des actionnaires aux assemblées générales par Internet - Paradoxe

79. — L'actionnaire qui vote à l'avance électroniquement par correspondance ne participe pas à l'assemblée générale : son statut est rigoureusement identique à celui de l'actionnaire qui vote traditionnellement par correspondance en envoyant par la poste son formulaire de vote.

80. — Il est toutefois une situation différente : celle dans laquelle l'actionnaire vote électroniquement à distance mais en direct. Il n'est physiquement pas présent à l'assemblée mais suit son cours en direct sur Internet ou par des moyens de visioconférence ou de télécommunication. Bien qu'étrangère à notre propos initial, cette participation à distance mérite une attention particulière, mais brièvement développée ci-après, parce qu'elle illustre les mérites de la technique moderne pour l'actionnaire, minoritaire ou non, belge ou étranger, personne physique ou morale, au même titre que le vote par correspondance électronique.

Les techniques modernes rencontrent l'objectif essentiel de l'assemblée : à savoir permettre l'échange d'opinions entre actionnaires et la prise de décisions collégiales sans qu'ils soient tous physiquement réunis au même moment dans un même endroit. Par conséquent, moyennant habilitation statutaire expresse, la participation à une assemblée générale sur Internet paraît valable en droit belge (88). Tous les actionnaires peuvent-ils s'abstenir de se rendre au lieu de la convocation et se contenter de se joindre à l'assemblée par des moyens techniques modernes? Cela paraît possible sur la base et dans les limites de l'alinéa 4 du nouvel article 536 du Code des sociétés (89).

Une fois les questions d'identification et de droit à l'image réglées, l'actionnaire suit en direct et intégralement les débats de l'assemblée auxquels il peut se joindre en s'exprimant à distance par supports électroniques interposés. Le président de séance doit toutefois être en mesure d'assurer techniquement et effectivement la police de l'assemblée. La liste de présence devra être établie en fonction des connexions et de leur durée.

En raison du caractère privé de l'assemblée, le système de transmission devra éviter que des tiers se connectent d'initiative ou que les actionnaires puissent les connecter.

Reste la question du vote en direct : le système doit permettre que les actionnaires connectés puissent voter en même temps que ceux physiquement présents, dans des conditions de scrutin absolument équivalentes.

81. — L'engouement des actionnaires à participer via Internet aux assemblées générales

société européenne dispose que l'organisation et le déroulement de l'assemblée générale ainsi que les procédures de vote sont régis par la loi de l'Etat membre du siège statutaire de la société européenne applicable aux sociétés anonymes.

(88) Dans le même sens, F. De Bauw, *op. cit.*, pp. 35 et s.

(89) Cet alinéa doit « être partiellement lu dans le cadre des nouvelles technologies de l'information qui, d'un point de vue pratique, n'empêchent plus d'intervenir à distance dans le processus de prise de décisions », *Doc. parl.*, Ch., 4 avril 2002, Rapport, 1211/014, p. 201.

est certes un gage de démocratie et d'activisme actionnarial mais illustre paradoxalement les limites de cette ouverture imprégnée de *corporate governance* : le nombre de participants risque d'être à ce point important qu'il rendra pratiquement impossible le déroulement de l'assemblée et les délibérations de ses membres. Une participation massive d'actionnaires non disciplinés paralysera ou, moins gravement, ralentira le cours de l'assemblée.

Ce paradoxe rend toute son importance au vote électronique par correspondance qui équilibre les tensions entre, d'une part, les besoins de pragmatisme et d'efficacité et, d'autre part, le souci d'impliquer le plus grand nombre d'actionnaires.

LE DROIT COMPARÉ

A titre d'exemple et de référence, les dispositions légales de trois pays seront examinées ci-après (90).

1. — Allemagne

82. — Le mouvement du *corporate governance* n'est pas passé inaperçu en Allemagne non plus. Plusieurs rapports ont été établis et rendus publics dont on peut résumer la portée sur le fonctionnement de l'assemblée générale comme il suit : il est souhaitable que les convocations aux assemblées (et tous les documents y relatifs, comme les rapports, comptes annuels, etc.) soient envoyées électroniquement aux actionnaires qui ont fait une demande expresse à cet égard (91). La société devrait également permettre aux actionnaires de suivre le déroulement de l'assemblée générale moyennant l'utilisation de moyens de communication modernes (par ex., Internet) (92). Finalement, une étape supplémentaire fut franchie dans un autre rapport qui suggère l'introduction du vote électronique (93).

83. — Récemment, la législation allemande a été modifiée sur certains points afin de partiellement tenir compte de l'évolution des nouvelles technologies.

Dans une loi intitulée « Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Simmrechtsausübung », entrée en vigueur le 25 janvier 2001, le législateur allemand a introduit deux concepts nouveaux dans le « Aktiengesetz » :

— D'une part, une action d'une société allemande peut dorénavant être enregistrée dans un registre des actions nominatives tenu élec-

troniquement (94) et, par conséquent, la société pourra contacter directement l'actionnaire et lui fournir des informations relatives à la société. L'objectif du législateur réside dans la volonté de réduire l'intervention très considérable des banques allemandes (couramment appelée « Depotbanken ») dans le processus de dépôt et de blocage des titres au porteur et dans l'exercice du droit de vote moyennant le recours au mécanisme de la procuration. L'un des objectifs de cette modification législative est de rendre plus transparentes les relations entre la société et ses actionnaires minoritaires.

— D'autre part, le « proxy e-voting » fut introduit en droit allemand (95). Par ce mécanisme, un actionnaire peut donner des instructions de vote par *e-mail* à des mandataires présents physiquement à l'assemblée générale. Ces mandataires (par ex., un employé de la société, une société externe spécialisée en ce domaine, un organisme financier ou même un tiers), proposés par la société, seront désignés par l'actionnaire (pratique dite de la « Verwaltungsvollmacht »). Il va de soi que la société ayant recours à un tel type d'exercice du droit de vote devra prendre des mesures de télécommunication efficaces pour que l'actionnaire puisse suivre la transmission simultanée de l'assemblée et que le représentant de l'actionnaire puisse recevoir pendant l'assemblée des instructions de vote de la part de l'actionnaire.

84. — Une pratique extralégale couramment utilisée par les sociétés cotées allemandes et majoritairement acceptée par la doctrine est la transmission simultanée de l'assemblée sur Internet et sur des écrans vidéo situés à des endroits autres qu'au lieu de l'assemblée (96).

Une autre pratique, pas davantage contestée, est la mise à disposition de documents tels que des rapports, des bilans, etc., sur la page web de la société.

La législation allemande actuelle requiert toujours qu'une assemblée générale des actionnaires d'une société soumise au droit allemand ait lieu physiquement (97).

La doctrine allemande recommande unanimement aux organes de gestion des sociétés de veiller à ce que les procédés d'utilisation des moyens technologiques modernes dans la vie des sociétés soit expliqués de façon détaillée en vertu des statuts dans les hypothèses où la législation est muette quant à la manière de procéder (98).

2. — France

85. — De façon générale et comme en Belgique, les études sur le *corporate governance* en France n'ont abordé que de façon limitée le déroulement des assemblées générales. Le

(90) Voy. également, Weil, Gotschal & Langes, *Comparative Study of Corporate Governance Codes Relevant to the European Union And Its Member States*, Final Report On Behalf of The European Commission, In consultation with E.A.S.D. and E.C.G.N., janv. 2002, pp. 79 et s.

(91) G. Cromme, *Deutscher Corporate Governance Kodex*, rendu public le 26 février 2002, <http://corporate-governance-code.de/index.html>, sect. 2.3.2.

(92) G. Cromme, *op. cit.*, sect. 2.3.4.

(93) *German Code of Corporate Governance*, établi par le « Berliner Initiativkreis », www.gccg.de, sect. 1.5.

(94) §§ 67 et 68 Aktiengesetz.

(95) §§ 121 et s. Aktiengesetz.

(96) K. Hasselbach et St. Schumacher, « Hauptversammlung im Internet », *Z.G.R.*, 2000, pp. 261 et s.

(97) § 188, AB.S., 1 Aktiengesetz (« Die Aktionäre üben ihre Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft in der Hauptversammlung aus »).

(98) K. Hasselbach et St. Schumacher, *op. cit.*, p. 275; Noack, « Möglichkeiten und Grenzen der Hauptversammlung im Internet », <http://www.jura.uni-duesseldorf.de/service/HV/daihv.htm>, p. 2, p. 6.

rapport, communément appelé « rapport Hellebuyck », a formulé une recommandation selon laquelle il serait souhaitable d'introduire le vote électronique tout en utilisant le système le plus rapide et le plus fiable et en assurant aux actionnaires le degré le plus élevé de confidentialité (99).

Par ailleurs, le rapport d'un groupe de travail de l'Association nationale des sociétés par actions (« A.N.S.A. ») (100) conclut que les nouveaux moyens de télétransmission deviendront progressivement un vecteur essentiel de la communication entre les sociétés et leurs actionnaires et que ces moyens intéresseraient prioritairement les sociétés cotées et principalement celles qui ont un nombre très important d'actionnaires géographiquement dispersés.

86. — Le vote électronique a été introduit dans le droit français par l'article 115 de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques (101). Ce mode de votation doit être prévu par les statuts mais les statuts ne sauraient l'imposer, de telle sorte que, même s'il est organisé, l'actionnaire peut participer physiquement à l'assemblée ou voter par correspondance postale. Ce procédé permet aux actionnaires non seulement de voter mais également de participer aux délibérations, soit par visioconférence, soit par télécommunication (102). Les conditions d'application du vote électronique sont déterminées par le décret n° 2002-803 du 3 mai 2002 (le « Décret ») (103).

87. — Le Décret dispose que les sociétés dont les statuts permettent aux actionnaires de voter aux assemblées par des moyens électroniques de télécommunication doivent aménager un site exclusivement consacré à ces tiers (104).

L'actionnaire qui souhaite recourir à la télécommunication électronique en lieu et place d'un envoi postal doit envoyer au préalable son accord écrit sur ce mode de communication et indiquer son adresse électronique. Il peut à tout moment revenir au vote par correspondance postale (105).

Il est remarquable que la convocation à l'assemblée générale puisse être transmise par un moyen électronique de communication à

l'adresse électronique de l'actionnaire (106), mais également que les actionnaires disposent de la possibilité de demander l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour par télécommunication électronique (107).

Le droit français organise, par ailleurs, la participation des actionnaires aux assemblées générales par des moyens de visioconférence ou de télécommunication. Dès réception de la convocation, l'actionnaire peut demander par écrit de lui adresser, électroniquement ou non, un formulaire de vote à distance. Le formulaire de vote électronique à distance doit respecter les règles existantes en matière de formulaire de vote par correspondance (108).

Les moyens de visioconférence utilisés doivent satisfaire à des caractéristiques techniques garantissant la participation effective de l'assemblée, dont les délibérations sont retransmises de façon continue et dont les membres ont dû s'être identifiés au moyen d'un code préalablement fourni (109).

Dans les sociétés anonymes, la tenue d'une assemblée reste obligatoire. En revanche, la loi précitée du 15 mai 2001 a assoupli cette exigence (110). L'assemblée doit toujours se réunir, mais elle peut se limiter aux membres du bureau, car, si les statuts le prévoient, les autres actionnaires peuvent participer à l'assemblée par visioconférence ou télécommunication (111).

3. — Etats-Unis (112)

88. — De façon générale, la Securities and Exchange Commission (« S.E.C. ») est favorable à l'utilisation des nouvelles technologies de la communication par les sociétés américaines. En revanche, la S.E.C. a encore récemment rappelé ces préoccupations primordiales : assurer une information complète et équitable en faveur des investisseurs, promouvoir l'intérêt public (y compris la participation des investisseurs) ainsi que la concurrence et la formation du capital et maintenir des marchés financiers équitables et bien structurés (113).

Deux législations étatiques méritent notre attention, celles des Etats du Delaware et de New York.

1) Delaware

89. — A peu près 300.000 sociétés, dont plus de 60% des sociétés du « Fortune 500 », ont leur siège social dans l'Etat du Delaware. La matière du droit des sociétés y est régie par la « Law of Corporation and Business Organizations » (ci-après la « Delaware Corporation Law »).

90. — La législation concernée fut amendée à plusieurs reprises en 1997 et en 2000 afin de donner un statut légal à ces pratiques régulièrement utilisées dans la vie sociale des sociétés du Delaware. Voici un bref survol des modifications essentielles en la matière :

a) Les convocations aux assemblées générales des actionnaires peuvent se faire électroniquement (114).

b) Même si, en vertu des statuts, le conseil d'administration de la société est autorisé à déterminer le lieu de la réunion de l'assemblée générale, le conseil peut, néanmoins décider que l'assemblée n'aura pas lieu à un endroit déterminé, mais en ayant recours à des moyens de communication à distance (115). Les actionnaires et les mandataires qui n'assistent pas physiquement à l'assemblée générale peuvent, moyennant l'utilisation de moyens de communication à distance, participer à une telle réunion d'actionnaires. Ils sont censés être présents en personne à l'assemblée et peuvent voter, dans le « cyberspace » et non à un quelconque endroit (116).

Néanmoins, certaines conditions doivent être remplies :

(i) la société doit mettre en place des mesures raisonnables permettant de vérifier que chaque personne autorisée à voter à distance lors de l'assemblée est véritablement actionnaire ou mandataire;

(ii) elle doit également mettre en place des mesures raisonnables afin de donner aux actionnaires et mandataires une opportunité raisonnable de participer à l'assemblée et de voter à propos des points figurant à l'ordre du jour (y inclus l'opportunité de lire ou d'écouter ce qui se passe lors de cette réunion); et

(iii) une copie du vote exercé par l'actionnaire doit être conservée par la société.

Les deux paragraphes précédents nous amènent à formuler les constats suivants :

— L'assemblée générale pourra, du moins théoriquement, entièrement avoir lieu « entre absents ».

— Grâce à cette modification législative, la règle selon laquelle une assemblée générale d'une société soumise au droit du Delaware doit avoir lieu sur le territoire de l'Etat est abrogée.

— La société dispose donc d'une large marge de manœuvre quant à la formulation de dispositions statutaires permettant de respecter les conditions légalement fixées.

(114) Article 222 Delaware Corporation Law.

(115) Article 211 (a) (1) Delaware Corporation Law.

(116) Article 211 (a) (2) Delaware Corporation Law; J. Holzman et Th. Mullen, « A new Technology Frontier for Delaware Corporations », *Delaware Law Review*, 2001, 60

(99) A.F.G.-A.S.F.F.I., Commission on Corporate Governance, Recommendations on Corporate Governance, www.ecgi.org/codes/country_documents/france/afg_asffi_amended_2001.pdf.

(100) Pour de plus amples renseignements, voy., Rapport du groupe de travail de l'A.N.S.A., « L'utilisation des moyens de télétransmission et les assemblées générales d'actionnaires », <http://www.ansa.asso.fr/site/rap2.htm>.

(101) Voy., article L. 225-107 du Code de commerce.

(102) Y. Guyon, *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., Paris 2002, p. 161.

(103) Ce décret porte application de la troisième partie de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

(104) Article 20 du décret modifiant l'article 119 du décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales.

(105) Article 21 du décret modifiant l'article 120-1 du décret du 23 mars 1967.

(106) Article 22 du décret complétant l'article 124 du décret du 23 mars 1967.

(107) Article 28 du décret modifiant l'article 129 du décret du 23 mars 1967.

(108) Articles 32 et 37 du décret modifiant les articles 131-1 et 134 du décret du 23 mars 1967.

(109) Article 40 du décret complétant l'article 145 du décret du 23 mars 1967.

(110) Voy., article L. 225-107-II du Code de commerce.

(111) Y. Guyon, *op. cit.*, pp. 217 et 218.

(112) Nous remercions M^e Camp (Cadwalader, Wickersham & Taft à Washington) et M^e Chamberlain (Bingham McCutchen à New York) pour avoir réuni l'essentiel de l'importante littérature juridique existante.

(113) Voy., par ex., U.S. Securities and Exchange Commission, « S.E.C. Interpretation : Use of Electronic Media », www.sec.gov/rules/interp/34-42728.htm, p. 4; S. Sperber et E. Kolodner, « S.E.C. permits internet-only communication », *I.F.L.R.*, avril 2002, p. 46.

— Ces dispositions sont applicables tant aux assemblées générales annuelles qu'aux assemblées générales extraordinaires.

— Finalement, on constate que l'expression « communication à distance » (« remote communication ») est délibérément conçue de façon très large et vise davantage que les seules transmissions électroniques.

c) Un actionnaire peut envoyer électroniquement sa procuration à l'attention du mandataire à la condition que cette communication électronique contienne des informations spécifiques permettant de vérifier que la communication électronique a été autorisée par le mandant (117).

d) Toute notification faite par la société aux actionnaires sera valable si le moyen de communication à distance a été approuvé par l'actionnaire auquel la notification est adressée (118). Une telle approbation est toujours révocable.

e) La liste des actionnaires d'une société doit être consultable pendant 10 jours précédant l'assemblée générale des actionnaires soit à l'endroit où elle aura lieu soit à un endroit dans la ville dans laquelle elle aura lieu. Dorénavant, une telle liste peut être placée sur un réseau électronique raisonnablement accessible (119). Dans une telle hypothèse, la société peut prendre des mesures raisonnables afin de s'assurer que la liste sera exclusivement mise à la disposition des actionnaires de la société.

La Delaware Corporation Law donne donc la faculté aux sociétés de prévoir des dispositions statutaires permettant l'utilisation de moyens modernes de télécommunication dans le cadre des relations entre la société et les actionnaires.

2) New York

91. — La matière du droit des sociétés y est régie par la « Business Corporation Law » qui introduit de manière surprenante et limitée le recours aux nouvelles technologies dans le fonctionnement de l'assemblée générale.

a) Les convocations aux assemblées générales des actionnaires peuvent être faites soit par écrit, soit électroniquement. Si la convocation est réalisée de manière électronique, elle est censée être donnée au moment où elle sera envoyée à l'adresse électronique de l'actionnaire telle que celui-ci l'a communiquée à la société ou autrement adressée à l'actionnaire en fonction des instructions données par ce dernier (120).

b) Une renonciation par l'actionnaire à son droit d'être convoqué peut être faite soit par écrit, soit électroniquement. Dans le cas où la renonciation serait faite électroniquement, elle doit contenir des informations dont on peut déduire de façon raisonnable que la communication électronique était autorisée par l'actionnaire (121).

c) Tout actionnaire peut autoriser une autre personne d'agir pour le compte de l'actionnaire comme mandataire en envoyant l'autorisation par tout moyen de transmission électronique à la personne qui sera le bénéficiaire de la

(117) Article 212 (a) (2) Delaware Corporation Law.

(118) Article 232 Delaware Corporation Law.

(119) Article 219 Delaware Corporation Law.

(120) § 605 (a) Business Corporation Law.

(121) § 606 Business Corporation Law.

procuration à condition de contenir des informations précises dont on peut déduire de façon raisonnable que la communication électronique était autorisée par l'actionnaire (122).

Le droit de l'Etat de New York est donc moins innovateur que celui du Delaware puisqu'il ne permet toujours pas le vote électronique (123).

92. — En revanche, un projet de loi relatif à une modification de la loi technologique (« technology law ») new-yorkaise fut introduit les 11 avril et 10 mai 2001 devant respectivement le Sénat et l'Assemblée de l'Etat de New York. Il vise à introduire le vote électronique pour toutes les entités privées dont, entre autres, les sociétés commerciales (124). Selon ce projet de loi, le vote électronique serait applicable à toutes sortes d'élections de personnes en vue de l'exercice de mandats au sein d'entités privées ou à tout type de décisions réglementaires régissant la vie sociale de telles entités (125).

Ce projet de loi impose des conditions minimales à respecter quant au vote électronique telles qu'un accès raisonnable et facilement compréhensible au système de vote électronique, des exigences relatives à l'authentification des actionnaires votant électroniquement, des garanties permettant à l'actionnaire de voter à distance, etc. (126). Néanmoins, le projet de loi prévoit explicitement que le vote électronique sera seulement une faculté offerte par le législateur étatique et nullement une obligation (127).



93. — Le vote par correspondance doit être encouragé. Il rencontre les objectifs fixés par les promoteurs d'une *corporate governance*

(122) § 609 (i) (2) Business Corporation Law.

(123) Le régime de l'Etat de New York semble proche de celui en vigueur en Angleterre qui incite les sociétés à recourir aux modes de communication électroniques. Ainsi, elles peuvent (« no compulsion principle ») envoyer des convocations, les informations financières, les comptes par voie électronique à leurs actionnaires qui, eux, peuvent leur envoyer les procurations en vue d'être représentés à l'assemblée générale (Companies Act de 1985 – Electronic Communications - Order 2000, SI 2000 n° 3373; Institute of Chartered Secretaries and Administrators Best Practices Guide - Electronic Communication with Shareholders). Toutefois, l'écrit (c'est-à-dire le support papier) reste obligatoire notamment dans le cas où l'actionnaire se voit offrir un droit de préemption légal, reçoit des communications de l'auditeur démissionnaire ou dont le mandat prend fin. Il est également intéressant de relever que le United Kingdom Listing Authority a publié en janvier 2001 des nouvelles règles de cotation permettant aux sociétés cotées de communiquer avec les actionnaires publics à l'aide de moyens de communications électroniques.

(124) Voy. <http://assembly.state.ny.us/leg/?bn=S04357&SH=t>

(125) Voy. sect. 202 du projet de loi.

(126) Voy. sect. 205 du projet de loi.

(127) Voy. sect. 206 du projet de loi.

responsable en offrant au plus grand nombre de participer à l'assemblée générale pour qu'elle puisse effectivement exercer ses prérogatives et son contrôle légalement organisés. Bien mis techniquement en œuvre, il allège la charge de travail du conseil d'administration et du bureau de l'assemblée tout en offrant des garanties de sécurité, de fiabilité et de transparence.

Le vote par correspondance électronique ne devrait être qu'une première étape, aisément franchissable, d'une électronique grandissante et internationalisée du fonctionnement organique des sociétés, surtout de celles ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne.

Grégoire JAKHIAN
et Florence de VILLENFAGNE

TABLE DES MATIÈRES

Pages

I. — Introduction.....	721
II. — Le vote par correspondance.....	721
1. — Historique.....	721
2. — Condition légale.....	722
3. — Autres mentions.....	722
4. — Communication du formulaire à l'actionnaire.....	723
5. — Expression du vote.....	723
6. — Délai de renvoi du formulaire de vote.....	724
7. — Dépouillement et effets du vote par correspondance.....	724
8. — Vote par correspondance et bulletin secret.....	724
9. — Conclusion.....	725
III. — Le vote par correspondance électronique.....	725
1. — Légalité.....	725
2. — Conditions légales.....	726
a. Principes.....	726
b. Preuves.....	726
b.1. Preuve de la qualité d'actionnaire.....	726
b.2. Preuve de l'identité de l'émetteur du vote électronique.....	727
c. Exemples.....	727
d. Actions nominatives.....	728
3. — Avantages du vote électronique par rapport au vote par correspondance traditionnel.....	728
a. Limites.....	728
b. Gain de temps.....	729
c. Réduction des contestations.....	729
d. Votes successifs.....	729
e. Démocratisation accrue de l'assemblée générale - <i>Corporate governance</i>	729
f. Compétitivité et dynamisme.....	730
4. — Participation des actionnaires aux assemblées générales par Internet - Paradoxe.....	731
IV. — Le droit comparé.....	731
1. — Allemagne.....	731
2. — France.....	731
3. — Etats-Unis.....	732
V. — Conclusion.....	733

2002

733