

Chronique - Kroniek

Droit des sociétés - Vennootschapsrecht 2017-2018

Henri Culot et - en Dirk Van Gerven^①

Inhoud

I. Algemeen

Nieuwe wetgeving (nrs. 1-4)

Bestanddelen van de vennootschap

Affectio societatis, gelijke behandeling van vennoten en verbod van leeuwenbeding (nrs. 5-6)

II. De vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid

Maatschap (nr. 7)

Tijdelijke handelsvennootschap (nr. 8)

Optreden in rechte (nr. 9)

III. Bepalingen gemeenschappelijk aan de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid

Rechtspersoonlijkheid

Eén- en meerhoofdigheid (nr. 10)

Wettelijke specialiteit (nrs. 11-12)

Bescherming van persoonsgegevens (nr. 13)

Vennootschap in oprichting (nr. 14)

Naam (nr. 15)

Internationaal privaatrecht

Vrijheid van vestiging (nrs. 16-17)

Buitenlandse vennootschappen (nr. 18)

Openbaarmaking (nr. 19)

Organen en vertegenwoordiging

Besluitvorming - nietigverklaring (nr. 20)

Vertegenwoordiging (nr. 21)

Transparantie en controle

Jaarrekening (nr. 22)

Boekhouding (nr. 23)

Jaarverslag (nr. 24)

Commissaris (nr. 25)

Lasthebber ad hoc (nr. 26)

Deskundigenonderzoek (nr. 27)

Ontbinding en vereffening

Sommaire

I. Généralités

Nouvelle législation (n° 1-4)

Caractéristiques de la société

Affectio societatis, égalité de traitement des associés et interdiction des clauses léonines (n° 5-6)

II. Sociétés sans personnalité juridique

Société de droit commun (n° 7)

Société momentanée (n° 8)

Action en justice (n° 9)

III. Dispositions communes aux sociétés dotées de la personnalité juridique

Personnalité juridique

Uni- et pluripersonnalité (n° 10)

Spécialité légale (n° 11-12)

Protection des données personnelles (n° 13)

Société en formation (n° 14)

Dénomination (n° 15)

Droit international privé

Liberté d'établissement (n° 16-17)

Sociétés étrangères (n° 18)

Publicité

Organes et représentation

Prise de décision - annulation (n° 20)

Représentation (n° 21)

Transparence et contrôle

Comptes annuels (n° 22)

Comptabilité (n° 23)

Rapport annuel (n° 24)

Commissaire (n° 25)

Mandataire ad hoc (n° 26)

Expert-vérificateur (n° 27)

Dissolution et liquidation

1. De auteurs wensen Jasper Van Eetvelde en Bram Van Baelen te danken voor hun hulp bij het opzoeken van rechtspraak en rechtsleer.

Gerechtelijke ontbinding wegens wettige redenen (nr. 28)
Gerechtelijke ontbinding van slapende vennootschappen (nr. 29)
Benoeming vereffenaar (nr. 30)
Opzegging krediet (nr. 31)
Deficitaire vereffening (nr. 32)
Afsluiting van de vereffening (nr. 33)
Strafrechtelijke verantwoordelijkheid
Algemeen (nr. 34-37)
Lasthebber ad hoc (nrs. 38-40)
De vennootschap in proces
Bevoegde rechtbank - scheidsgerecht (nrs. 41-42)
Internationale bevoegdheid (nr. 43)
Betekening (nr. 44)
Gegevens in de dagvaarding (nr. 45)
Optreden in rechte - mandaat ad litem (nr. 46)
Optreden in rechte - Raad van State (nr. 47)
Inschrijving in de KBO (nr. 48)
Taal (nr. 49)

IV. De vennootschap onder firma (VOF), de gewone commanditaire vennootschap (GCV), de landbouwvennootschap (LV) en het (Europees) economisch samenwerkingsverband ((E)ESV)

Hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten van de VOF (nr. 50)
Algemene vergadering en beslissing tot uitsluiting in de VOF (nrs. 51-52)
Overdracht van aandelen in de VOF (nrs. 53-54)

V. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA)

Algemeen
Statuut van vennoot en zaakvoerder (nr. 55)
Oprichting - kapitaal
Inbreng in kapitaal en volstorting (nrs. 56-57)
Financieel plan (nr. 58)
Verlies van kapitaal (nr. 59)
Effecten
Toetreding, overdracht en koop-verkoopovereenkomsten (nrs. 60-63)
Overdracht en volstorting (nr. 64)
Bestuur
Bezoldiging (nr. 65)
Belangenconflicten (nr. 66)

VI. De coöperatieve vennootschap (CVOA, CVBA en SCE)

CVOA
Hoofdelijke aansprakelijkheid en overdracht van aandelen (nr. 67)

VII. Naamloze vennootschap (NV)

Effecten (nrs. 68-73)
Kapitaal
Kapitaalverhoging (nrs. 74-75)

Dissolution judiciaire pour justes motifs (n° 28)
Dissolution judiciaire des sociétés inactives (n° 29)
Nomination du liquidateur (n° 30)
Dénonciation d'un crédit (n° 31)
Liquidation déficitaire (n° 32)
Clôture de la liquidation (n° 33)
Responsabilité pénale
Généralités (n° 34-37)
Mandataire ad hoc (n° 38)
La société en justice
Tribunal compétent - arbitrage (n° 41-42)
Compétence internationale (n° 43)
Signification (n° 44)
Mentions de la citation (n° 45)
Action en justice - mandat ad litem (n° 46)
Action en justice - Conseil d'État (n° 47)
Inscription à la BCE (n° 48)
Langue (n° 49)

IV. Société en nom collectif (SNC), société en commandite simple (SCS), société agricole et groupement (européen) d'intérêt économique (G(E)IE)

Responsabilité solidaire des associés de la SNC (n° 50)
Assemblée générale et décision d'exclusion dans la SNC (n° 51)
Transfert de parts d'une SNC (n° 53-54)

V. Société privée à responsabilité limitée (SPRL)

Généralités
Statuts d'associé et de gérant (n° 55)
Constitution - capital
Apport en capital et libération (n° 56-57)
Plan financier (n° 58)
Pertes du capital (n° 59)
Titres
Admission, transfert et contrats d'achat et de vente (n° 60-63)
Transfert et libération (n° 64)
Gestion
Rémunération (n° 65)
Conflits d'intérêts (n° 66)

VI. Société coopérative (SCRI, SCRL ET SCE)

SCRI
Responsabilité solidaire et transfert de parts (n° 67)

VII. Société anonyme (SA)

Titres (n° 68-73)
Capital
Augmentation de capital (n° 74-75)

Kapitaalvermindering (nrs. 76-77)
Verlies van kapitaal (nrs. 78-79)
Raad van bestuur
Statuut van bestuurder (nrs. 80-82)
Bevoegdheden (nr. 83)
Dagelijks bestuur (nrs. 84-85)
Algemene vergadering (nrs. 86-88)
Voorlopige maatregelen (nrs. 89-90)

VIII. Aansprakelijkheid van oprichters, vennoten en bestuurders

Collectieve schade (nrs. 91-93)
Gerechtelijke bevoegdheid (nr. 94)
Oprichtersaansprakelijkheid (nrs. 95-96)
Bestuursaansprakelijkheid
Bestuursfout (nrs. 97-98)
Schending van de wet of van de statuten (nr. 99)
Zijdelingse vordering (nr. 100)
Kennelijk grove fout die tot het faillissement bijdraagt (nrs. 101-102)
Co-existentie van aansprakelijkheden (nr. 104)
Aansprakelijkheid voor fiscale schulden (nrs. 105-109)
Aansprakelijkheid van vereffenaar (nr. 110)
Verjaring (nrs. 111-112)
Collectieve vordering (nr. 113)
Strafrechtelijke verantwoordelijkheid
Misbruik van vennootschapsgoederen (nr. 114)

IX. Geschillenbeslechting

Algemeen (nrs. 115-116)
Waardebepaling (nrs. 117-118)

X. Fusies, splitsingen, inbreng van algemeenheid en van bedrijfstak

Fusie na faillissement (nr. 119)
Gevolgen (nr. 120)
Pauliaanse vordering (nr. 121)
Grensoverschrijdende fusie (nr. 122)

Réduction de capital (n° 76-77)
Perte du capital (n° 78-79)
Conseil d'administration
Statut de l'administrateur (n° 80-82)
Pouvoirs (n° 83)
Gestion journalière (n° 84-85)
Assemblée générale (n° 86-88)
Mesures provisoires (n° 89-90)

VIII. Responsabilité des fondateurs, des associés et des administrateurs

Préjudice collectif (n° 91-93)
Compétence juridictionnelle (n° 94)
Responsabilité des fondateurs (n° 95-96)
Responsabilité des administrateurs et gérants
Faute de gestion (n° 97-98)
Violation de la loi ou des statuts (n° 99)
Action oblique (n° 100)
Faute grave et caractérisée ayant entraîné la faillite (n° 101-103)
Coexistence de responsabilités (n° 104)
Responsabilité pour dettes fiscales (n° 105-109)
Responsabilité du liquidateur (n° 110)
Prescription (n° 111-112)
Action collective (n° 113)
Responsabilité pénale
Abus de biens sociaux (n° 114)

IX. Résolution des conflits

Généralités (n° 115-116)
Évaluation des titres (n° 117-118)

X. Fusions, scissions, apport d'universalité et de branche d'activité

Fusion après faillite (n° 119)
Effets (n° 120)
Action paulienne (n° 121)
Fusion transfrontalière (n° 122)

I. Algemeen

Nieuwe wetgeving

1. De hervorming van het Wetboek van vennootschappen die wordt voorbereid door het Belgisch Centrum voor Vennootschapsrecht (BCV)/Centre belge du droit des sociétés (CBS), onder het voorzitterschap van Guy Horsmans, en onder impuls van de minister van Justitie, Koen Geens, ook redactielid van *TRV-RPS*, werd ondertussen door de Ministerraad goedgekeurd, en bij het Parlement ingediend (Wetsontwerp van 4 juni 2018, *Parl.St.* Kamer 2017-

18, nr. 54-3119/002 en memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/001). Voor een eerste bespreking van de algemene beginselen, kan de lezer terecht bij D. BRULOOT, H. DE WULF en K. MARESCEAU, "Hervorming vennootschapsrecht", *NjW* 2018, 414. Het overgangsrecht wordt besproken in M. ROELANTS, "Hervorming vennootschapsrecht : welk wetboek vanaf wanneer van toepassing", *Balans* 2018, nr. 809, 1-3 en "Réforme du droit des sociétés : quel code à partir de quand ?", *Bilan* 2018, nr. 787, 1-3). Ondertussen zijn er amendementen ingediend en werd een tweede advies van de Raad van State gevraagd dat in september werd gegeven.

Zie voor een kritiek op de grote lijnen van de hervorming en een voorstel om via het insolventierecht de schuldeisers alsnog beter te beschermen, J. VANANROYE en G. LINDEMANS, “Schuldeisersbescherming tegen misbruik van rechtspersonen : het insolventierecht geeft en het vennootschapsrecht neemt ?”, *DAOR* 2017/123, 4.

In aanloop hierop werden een aantal wetswijzigingen doorgevoerd. Sommige worden in de volgende randnummers besproken, andere komen elders in de kroniek ter sprake.

2. De wet van 11 augustus 2017 (*BS* 11 september 2017) heeft de faillissementswetgeving en de wetgeving inzake gerechtelijke reorganisatie overgeheveld naar het Wetboek van economisch recht (Titel XX). Het insolventierecht wordt uitgebreid naar alle ondernemingen, met inbegrip van de vennootschappen met burgerlijk doel, VZW's en stichtingen.

Bij die gelegenheid werden de aansprakelijkheidsgronden voor kennelijke grove fout in geval van faillissement uit het Wetboek van vennootschappen naar het WER overgebracht en werd het regime grondig hervormd. De regeling kan worden teruggevonden in hoofdstuk XX. De oude regeling van aansprakelijkheid voor geheel of een deel van het passief in geval van kennelijke grove fout die tot het faillissement heeft bijgedragen zal voor alle vennootschappen (en trouwens voor alle rechtspersonen die failliet kunnen worden verklaard) gelden, en niet meer enkel voor de vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (art. XX.225 WER). Deze aansprakelijkheidsgrond is een letterlijke overname van de artikelen 265 (BVBA), 409 en 986 (CVBA en SCE) en 530 en 921 (NV, Comm.VA en SE) van het oude Wetboek van vennootschappen. Het was de bedoeling van de wetgever deze aansprakelijkheidsgrond toepasselijk te maken op alle rechtspersonen die failliet kunnen worden verklaard zonder de inhoud te wijzigen (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/1, 103). Zij geldt overigens ook voor de bestuurders van de maatschap die failliet wordt verklaard (zoals blijkt uit art. XX.224 WER). Bijgevolg blijft de oude rechtspraak van belang voor de toepassing van deze bijzondere bestuursaansprakelijkheid. De insolventierechtbank is uitsluitend bevoegd om kennis te nemen van deze vordering (art. XX.228 WER). De bijzondere aansprakelijkheid voor kennelijk grove fout geldt niet voor vennootschappen die over de drie boekjaren voor het faillissement, of, indien de vennootschap sedert minder dan drie jaar is opgericht, alle boekjaren voor het faillissement, een gemiddelde omzet van minder van 620.000 euro (excl. BTW), heeft verwezenlijkt en wanneer het totaal van de balans bij het einde van het laatste boekjaar niet hoger was dan 370.000 euro

(art. XX.225, § 2 WER). Hiermee wordt de uitzondering voor kleine BVBA's en CVBA's (art. 265 en art. 409 oud W.Venn.) veralgemeend (*Parl.St.* Kamer 20-2017, nr. 2407/1, 103).

Bovendien kunnen bestuurders persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden verklaard jegens de boedel voor het geheel of een deel van de vennootschapsschulden ten belope van het tekort mits aan de volgende voorwaarden is voldaan : (1) indien op een gegeven ogenblik voorafgaand aan het faillissement, de bestuurder wist of behoorde te weten dat er kennelijk geen redelijk vooruitzicht was om de onderneming of haar activiteiten te behouden en een faillissement te vermijden; (2) de bestuurder op dat ogenblik bestuurder was of een daarmee gelijkgestelde hoedanigheid had (zie hierna); en (3) de bestuurder vanaf dat ogenblik niet heeft gehandeld zoals een normaal voorzichtig en zorgvuldig bestuurder in dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld (art. XX.227, § 1 WER). Deze bijzondere aansprakelijkheidsgrond is de wettelijke vertaling van de gevestigde rechtspraak. De wet van 11 augustus 2017 wilde de rechtspraak hernemen en bevestigen inzake de aansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders die ten onrechte een reddeloos verloren onderneming verder voeren (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/1, 105).

Ten slotte kunnen bestuurders persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gehouden voor het geheel of een deel van alle op het ogenblik van de uitspraak van faillissement verschuldigde sociale bijdragen met inbegrip van de verwijlinteressen, indien zij in de loop van de periode van vijf jaar voorafgaand aan de faillietverklaring, betrokken zijn geweest bij minstens twee faillissementen of vereffeningen van ondernemingen waarbij schulden ten aanzien van een inningsorganisme van de socialezekerheidsbijdragen onbetaald zijn gebleven voorzover ze bij die eerder failliet verklaarde of vereffende ondernemingen ten tijde van de faillietverklaring, ontbinding of aanvang van de vereffening tevens bestuurder of gewezen bestuurder waren (art. XX.226 WER). Deze aansprakelijkheidsgrond is door de wet van 11 augustus 2017 overgeheveld van het oude W.Venn. (art. 265, § 2, art. 409, § 2 en art. 530, § 2) naar het WER. Zij geldt ook voor de bestuurders van de maatschap die failliet wordt verklaard (art. XX.224 WER). De grove fout die in deze bepalingen van het Wetboek van vennootschappen was opgenomen, is niet overgenomen omdat ze is opgenomen in artikel XX.227 WER (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/1, 104; zie de vorige alinea). Worden met (gewezen) bestuurders gelijkgesteld, zaakvoerders, dagelijkse bestuurders, leden van een directiecomité of directieraad of van een raad van toezicht, de feitelijke bestuurders ofte-

wel de personen die ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad. Deze wetsbepaling creëert een onweerlegbaar aansprakelijkheidsvermoeden voor deze bestuurders (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/1, 104). Dit vermoeden kan niet worden ingeroepen om de andere bestuurders op grond van artikel XX.225 WER (zie hoger) aan te spreken; voor deze laatste wetsbepaling moet een kennelijke grove fout die tot het faillissement heeft bijgedragen, worden aange-toond. De vordering kan worden ingesteld door de curator of de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid. Zij moet voor de insolventierechtbank worden gebracht (art. XX.228 WER). Indien naast deze vordering van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, een vordering wegens kennelijk grove fout (op grond van artikel XX.225 WER) is ingesteld, wordt het bedrag dat op grond van artikel XX.225 WER aan de Rijksdienst wordt toegekend, toegerekend op het bedrag van de veroordeling op grond van artikel XX.226 WER (art. XX.226, tweede lid WER).

Deze nieuwe regeling trad in werking op 1 mei 2018.

3. Bij wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht (*BS* van 27 april 2018) worden de daad van koophandel en het statuut van handelaar afgeschaft (zie voor een eerste bespreking, J. STUYCK, “De begrafenis van de koopman : enkele inleidende beschouwingen over de nieuwe wet tot hervorming van het ondernemingsrecht”, *TBH* 2018, 315). Deze wet treedt ten laatste op 1 november 2018 in werking tenzij een KB de inwerkingtreding vroeger plaatst. Ze is een volgende stap in de uitbouw van een eenvormig statuut voor de ondernemingen, ongeacht of ze handel drijven, een vrij beroep uitoefenen of zich in de belangeloze sector bevinden. Een groot deel van het Wetboek van koophandel van 1807 wordt afgeschaft; het wetboek krijgt een nieuwe hoofding : Wetboek van bepaalde voorrechten op zeeschepen en diverse bepalingen, en wordt aldus in de kast opgeborgen als een bijzondere wet. Het bewijsrecht voor handelaars wordt vervangen door een bewijsrecht voor ondernemingen opgenomen in artikel 1348*bis* van het Burgerlijk Wetboek. De rechtbank van koophandel wordt omgedoopt in ondernemingsrechtbank, bevoegd voor geschillen tussen ondernemingen (gewijzigd art. 573, 1° Ger.W.). De ondernemingsrechtbank zal onder meer bevoegd zijn voor “*geschillen ter zake van een vereniging met rechtspersoonlijkheid, stichting of vennootschap, met uitzondering van een vereniging van mede-eigenaars, evenals van geschillen die ontstaan tussen hun voormalige, actuele of toekomstige vennoten of leden met betrekking tot de betrokken vennootschap, stichting of vereniging*” (nieuw art. 574, 1° Ger.W.).

Het onderscheid tussen vennootschappen met handelsdoel en andere, wordt afgeschaft. De tijdelijke handelsvennootschap en de stille handelsvennootschap gaan voortaan door het leven als tijdelijke vennootschap en stille vennootschap (tot hun afschaffing door het toekomstige Wetboek van vennootschappen en verenigingen). De maatschap die vandaag in het Frans wordt aangemerkt als *société de droit commun* wordt als *société simple* aangeduid, in het vooruitzicht van het nieuwe wetboek. Het bewijs van de vennootschap wordt al naargelang de aard van de partij tegen wie het bewijs wordt geleverd, aangebracht overeenkomstig de regels van het burgerlijk of het ondernemingsrecht (art. 49 W.Venn.). Bij inwerkingtreding van deze wet, zullen maten van een maatschap altijd hoofdelijk aansprakelijk zijn, ongeacht het doel (art. 52 W.Venn.). De exceptie van niet-ontvankelijkheid wanneer de vennootschap niet rechtsgeldig in de KBO is ingeschreven of haar ondernemingsnummer niet vermeldt in het deurwaardersexploot, blijft niet meer beperkt tot de handels- en ambachtsonderneming, maar geldt voor elke rechtspersoon (art. III.26 WER).

De wet van 29 maart 2018 tot registratie van de dienstverleners aan vennootschappen (*BS* van 2 mei 2018) legt de verplichting zich te registreren bij de Algemene Directie KMO-beleid van de FOD Economie op aan natuurlijke personen en rechtspersonen die beroepsmatig één van de volgende diensten aan derden aanbiedt : (1) deelnemen aan de aan- of verkoop van aandelen van een vennootschap (met uitzondering van deze van een beursgenoteerde vennootschap), (2) een maatschappelijke zetel aan een onderneming, een rechtspersoon of een soortgelijke juridische constructie verschaffen; of (3) een bedrijfs-, administratief of correspondentieadres en andere daarmee samenhangende diensten verschaffen aan een onderneming, een rechtspersoon of een soortgelijke juridische constructie. Voor de registratie gelden enkele voorwaarden zoals een strafblad zonder bepaalde zwaardere straffen (art. 6).

Deze wet treedt ten laatste in werking op 1 november 2018, tenzij bij KB een vroegere datum van inwerkingtreding wordt bepaald.

4. In het kader van de omzetting van de EU-Richtlijn 2015/849 van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, werd door de wet van 18 september 2017 tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten (*BS* 6 oktober 2017) de verplichting ingevoerd in het Wetboek van vennootschappen om de uiteindelijke begunstigde van

vennootschappen kenbaar te maken. Het vennootschapsbestuur wordt verplicht om toereikende, accurate en actuele informatie over wie hun uiteindelijke begunstigden zijn, in te winnen en bij te houden. De inlichtingen betreffen ten minste de naam, geboortedatum, nationaliteit en adres van de uiteindelijke begunstigde alsmede de aard en omvang van het door de uiteindelijke begunstigde gehouden economisch belang. Een uiteindelijke begunstigde is de natuurlijke persoon die de uiteindelijke eigenaar is van, of zeggenschap heeft over, de vennootschap. Dit is meer in het bijzonder elke natuurlijke persoon die rechtstreeks of onrechtstreeks een toereikend percentage van de stemrechten of van het eigendomsbelang in deze vennootschap houdt. Een deelneming van 25 % van de stemrechten of de aandelen is een indicatie daarvan (art. 4, 27° Wet 18 september 2017).

Het bestuur maakt deze gegevens binnen de maand te rekenen van de datum waarop de informatie betreffende de uiteindelijke begunstigde gekend of gewijzigd is, via elektronische weg over aan het Register van uiteindelijke begunstigden (UBO) (nieuw art. 14/1 W.Venn.). Het bestuur dat aan deze verplichting tekortkomt, kan strafrechtelijk worden gesanctioneerd (art. 14/2 W.Venn.). Deze nieuwe verplichting geldt sinds 16 oktober 2017.

Bestanddelen van de vennootschap

Affectio societatis, gelijke behandeling van vennoten en verbod van leeuwenbeding

5. Twee geneesheren die in een ziekenhuis samenwerken, hun privékantoor aldaar uitbaten en financiële afspraken hebben met betrekking tot de verdeling van erelonen en kosten vormen geen vennootschap als er geen *affectio societatis* aanwezig is (Gent 10 januari 2011, *JDSC* 2017, 3, noot M. COIPEL, “La qualification d’un accord de collaboration comme société de droit commun”).

6. Een beding (verkoopoptie) waarbij een vennot ten aanzien van zijn vennot zich ertoe verbindt om, op vraag van deze laatste, diens aandeel over te nemen tegen een prijs gelijk aan of hoger dan de inbreng die dat aandeel vertegenwoordigt in het kapitaal of, bij een latere aankoop, tegen een prijs die gelijk of hoger is dan de aankoopprijs, is een verboden leeuwenbeding in strijd met artikel 32 W.Venn. want de titularis van de verkoopoptie loopt geen risico.

Een zuivere verkoopoptie onder voormelde voorwaarden verstoort het evenwicht in de vennoot-

schapsovereenkomst gewaarborgd door het verbod van leeuwenbeding.

Een verkoopoptie die dat evenwicht niet verstoort, vormt geen verboden leeuwenbeding. Aldus indien de vennot van zijn medevennot een verkoopoptie bedingt die uitoefenbaar is bij slechte afloop van de voorgenomen gerechtelijke reorganisatie tegen de betaling van 90.000 euro, terwijl hij een schuldvordering heeft van 500.000 euro die door de opening van de gerechtelijke reorganisatie dreigt verloren te gaan (Gent 26 juni 2017, *DAOR* 2017/124, 33).

In het hangende wetsontwerp wordt dit luik van artikel 32 W.Venn. afgeschaft, zodat het mogelijk zal zijn een vennot van de deelname in het verlies uit te sluiten. Wel moet hij nog kunnen deelnemen in de winst.

II. De vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid

Maatschap

7. Er kan maar een vennootschap ontstaan indien de volgende bouwstenen aanwezig zijn : (1) een inbreng; (2) een bepaald doel en een oogmerk; (3) een deelname aan winst en verlies; (4) een *affectio societatis*. De bouwstenen zijn constitutief. Indien één van de voormelde bouwstenen niet aanwezig is, dan ontstaat geen vennootschap. Aldus moet het bewijs worden aangebracht dat de partijen de winst wilden delen. In een commerciële maatschap wordt dit bewijs aangebracht overeenkomstig het handelsrecht (Antwerpen 2 februari 2017, *TRV-RPS* 2017, 752, noot M. ROELANTS, “De samenwerking die een maatschap blijkt te zijn - een korte reflectie”). Het bewijsrecht in handelszaken laat toe het bewijs met alle middelen aan te brengen, met inbegrip van getuigen en vermoedens (art. 25 Wetb. Kh.; Cass. 6 december 1985, *Pas.* 1986, I, 439; Cass. 21 januari 1988, *RW* 1988-89, 119). Het bewijs door getuigen en vermoedens is toegelaten tegen en boven de inhoud van geschriften (Cass. 6 februari 1961, *Pas.* 1961, I, 607; Cass. 7 mei 1908, *Pas.* 1908, I, 174).

Twee personen die samenwerken en tezamen eenzelfde activiteit uitbaten onder dezelfde handelsnaam, waarin de ene een concessie en de andere een handelszaak heeft ingebracht om daarmee winst te maken, vormen een maatschap. Als het doel commercieel is, is de maatschap dat ook en zijn de vennoten hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsverbintenissen (Liège 2 juni 2016, *DAOR* 2018/125-126, 125).

Tijdelijke handelsvennootschap

8. De tijdelijke handelsvennootschap heeft geen rechtspersoonlijkheid; zij heeft één of meer bepaalde handelsverrichtingen tot doel die ze zonder een gemeenschappelijke of firmanaam verricht (art. 47 W.Venn.). Wanneer namens een tijdelijke handelsvennootschap een overeenkomst (met de vennoten) wordt aangegaan, moeten de vennoten de nakoming hiervan vorderen. De vennootschap kan dit niet. Dit kan door alle vennoten of door één van hen krachtens een volmacht. Maar ook elke vennoot kan in eigen naam ten belope van zijn deel in rechte optreden (Cass. 6 mei 2016, *TRV-RPS* 2017, 1038, noot V. SIMONART, “L’exercice par un seul associé d’une action en justice intéressant une société momentanée”; *RW* 2017-18, 1661; aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 704, nr. 6; zie ook de vorige kroniek, *TRV* 2015, 513, nr. 9). De wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht heeft de tijdelijke handelsvennootschap in tijdelijke vennootschap omgedoopt die geen handel tot doel moet hebben (randnr. 3).

De vennoten van een tijdelijke vennootschap kunnen na de ontbinding slechts betaling vorderen van hun aandeel in de schuldvorderingen van de vennootschap (Cass. 28 september 2015, *JDSC* 2017, 342; besproken in de vorige kronieken, *TRV-RPS* 2017, 704, nr. 6 en *TRV-RPS* 2016, 711-712, randnr. 14).

Optreden in rechte

9. Een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid kan niet in rechte optreden; zij moet via alle vennoten of de lasthebber van de vennoten optreden; dit kan het bestuur zijn als de statuten dit bepalen (deze kroniek, *TRV-RPS* 2016, 711, nr. 13; Antwerpen 31 mei 1994, *TRV* 1996, 572, noot J. VANANROYE). Om in rechte op te treden moet de lasthebber aangeven dat hij namens de vennoten optreedt en hun identiteit in de dagvaarding vermelden, op straffe van nietigheid indien hierdoor de belangen van de andere procespartijen worden geschaad (art. 861 en art. 864 Ger.W.). Er is geen benadeling als uit het exploit blijkt wie de vennoten zijn (Rb. Mons 28 april 1982, *Entr. et dr.* 1984, 1).

De wet van 15 april 2018 brengt hierin verandering door artikel 703 Ger.W. te wijzigen. Voortaan zal een vennootschap (zoals elke groepering) zonder rechtspersoonlijkheid namens haar vennoten in rechte kunnen optreden door de vermelding van haar naam en de zetel die in de KBO zijn opgenomen, waarin ze is ingeschreven. Indien de KBO ook de gegevens vermeldt van een algemeen lasthebber, zoals de

bestuurders, kan de vennootschap in rechte optreden door tussenkomst van deze lasthebber. Indien geen lasthebber werd aangesteld kan elke vennoot krachtens artikel 36, 1° W.Venn. de vennootschap minstens als verwerende partij vertegenwoordigen (nieuw art. 703, § 2 Ger.W. dat ten laatste in werking treedt op 1 november 2018).

III. Bepalingen gemeenschappelijk aan de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid

Rechtspersoonlijkheid

Eén- en meerhoofdigheid

10. Een vennootschap met rechtspersoonlijkheid kan rechtsgeldig met één vennoot worden opgericht, of later na de oprichting kunnen alle aandelen in één hand terecht komen. Deze toestand is niet meer onverzoenbaar met de vennootschap met rechtspersoonlijkheid (S. DECLERCQ en J. DE LANDSHEERE, “With a little help from my friends : over de zin en onzin van meerhoofdigheidsregels”, *DAOR* 2017/1, 23). In het toekomstige Wetboek van vennootschappen en verenigingen zal trouwens, met enkele uitzonderingen, volledig worden afgestapt van de overeenkomst als uitgangspunt voor de vennootschap met rechtspersoonlijkheid waarvan de eenhoofdige rechtspersoon de uitzondering vormt.

Wettelijke specialiteit

11. De vennootschap heeft als wettelijk doel of oogmerk aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te verschaffen. Een handeling gesteld door de vennootschap die niet met dit winstoogmerk gebeurt, is strijdig met de wettelijke specialiteit en absoluut nietig. Daarbij is van geen belang dat de handeling wel het belang van de groep waartoe de vennootschap behoort, dient. Aldus is een kwijtschelding van een schuld uit rekening-courant die enkel in het belang is van een vennoot die zijn aandelen overdraagt, nietig (Antwerpen 15 juni 2017, *Limb.Rechtsl.* 2018, 22, noot H. VAN GOMPEL en M. ORHAY, “Het wettelijk specialiteitsbeginsel vervat in artikel 1 W.Venn. : principe, sanctie en toepassingen”). Bijzonder in deze zaak is dat de verzaking kadert in de verkoop van aandelen, waarbij tussen koper en verkoper is overeengekomen dat de vennootschap (waarvan de aandelen worden overgedragen) afstand zal doen van de schuldvordering uit rekening-courant ten laste van de verkoper, en deze laatste in ruil afstand doet van enige schuldvordering ten laste van de vennootschap waarvan de aandelen

worden overgedragen. Daar de koop-verkoopovereenkomst de vennootschap niet verbindt, doet deze in een afzonderlijke overeenkomst afstand van haar vorderingen tegen de verkoper en een aantal verbonden vennootschappen. In deze afzonderlijke overeenkomst is er geen sprake van een afstand van schuldvordering van de verkoper ten voordele van de vennootschap. De rechter meende, na een onderzoek van de feiten van de zaak, dat deze overeenkomst de vennootschap die ondertussen werd failliet verklaard, zelf geen enkel onrechtstreeks vermogensvoordeel opleverde: *“er blijkt nergens uit dat de regeling ook in het belang van de gefailleerde was noch dat het om een “strategische keuze” ging in het kader van het voortbestaan van de vennootschap”*. De afstand van schuldvordering van de verkoper opgenomen in de koop-verkoopovereenkomst kan niet aan de vennootschap en haar curator worden tegengeworpen omdat ze niet in de overeenkomst met de vennootschap is opgenomen.

Of er geen onrechtstreeks vermogensvoordeel is, hangt natuurlijk van een feitelijke appreciatie van de rechter af. De bewijslast ligt bij diegene die beweert dat de afstand in het belang van de vennootschap is.

Bij een verkoop is het dus van belang dat indien afstand wordt gedaan van de wederzijdse schuldvorderingen tussen verkoper en de vennootschap waarvan de aandelen worden overgedragen, dit gebeurt in dezelfde overeenkomst, en als deze wederzijdse schuldvorderingen niet ten belope van hetzelfde bedrag zijn, hiervoor een verantwoording wordt gegeven in het belang van de vennootschap.

12. Sinds de wet van 15 februari 2006 betreffende de uitoefening van het beroep van architect in het kader van een rechtspersoon, kan een architect zijn beroep in een vennootschap met rechtspersoonlijkheid uitoefenen. De verbintenissen uit de architectenovereenkomst worden door de architectenvennootschap aangegaan. Het is de vennootschap, en niet de architect, die aansprakelijk is voor de slechte uitvoering van het aan haar toevertrouwde werk. Vóór deze wet oefende de architect het beroep noodzakelijkerwijze uit in zijn eigen naam, zij het eventueel voor rekening van de vennootschap. Ook nu nog is dit het geval voor vennootschappen die niet voldoen aan de voorwaarden van de wet (S. DE COSTER, *Architect en vennootschap. Een privaatrechtelijke analyse*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 7). Dat de architect toentertijd persoonlijk het werk uitvoerde, was van openbare orde. Hij was ook persoonlijk aansprakelijk. Dit neemt niet weg dat, als de overeenkomst, in strijd met voornoemde regel van openbare orde, met de vennootschap wordt gesloten, de vennootschap voor de foutieve uitvoering van de overeenkomst kan

worden aangesproken (Cass. 9 september 2016, *TRV-RPS* 2017, 738, noot S. DE COSTER, “Aansprakelijkheid van een architectenvennootschap die het beroep van architect zelf niet uitoefent”).

Bescherming van persoonsgegevens

13. Een vennootschap heeft recht op eerbiediging van haar ‘huis’ en briefwisseling (gewaarborgd door art. 8 EVRM, alsook art. 15 en 22 Gw.). Haar huis of woning omvat de maatschappelijke zetel en andere professionele lokalen; zakengeheimen kunnen genieten van de bescherming van het privéleven (GwH 19 september 2007, *JLMB* 2007, 1498). De vennootschap heeft in het algemeen recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (EHRM 16 april 2002, nr. 3791/97, *Rec.* 2002, III, 133; HvJ 21 september 1989, *Hoechst/Commissie*, C-46/87 en C-227/88, *Jur.* 1989, 2859). Wel worden rechtspersonen van het toepassingsgebied van de Europese Algemene Verordening Gegevensbescherming van 27 april 2016 uitgesloten; dit wordt terecht in vraag gesteld (M. ROELANTS, “De GDPR en de bescherming van de persoonsgegevens van de rechtspersoon”, *TRV-RPS* 2018, 255).

Vennootschap in oprichting

14. Voor de verwerving van onroerende goederen en rechten is nodig dat bij de overschrijving op het hypotheekkantoor melding van de aankoop voor de vennootschap in oprichting wordt gemaakt opdat dit gegeven aan derden kan worden tegengeworpen. Bij overneming van de aangegane overeenkomst, gaan de rechtshandelingen in hun geheel over, met alle daaraan verbonden excepties en zekerheden. Bij de overneming van de aankoop van een onroerend goed vervallen de beslagen die ondertussen zijn gelegd wegens schulden van de promotor die niet worden overgenomen, op voorwaarde dat duidelijk is gemaakt bij de overschrijving op het hypotheekkantoor dat het onroerend goed voor een vennootschap in oprichting is gekocht (Cass. 8 mei 2015, *RABG* 2018, 302, noot F. MEUWISSEN, “Het lot van het beslag van schuldeisers van een promotor *pendente conditione* gelegd op een onroerend goed verworven in naam van een vennootschap in oprichting”; dit arrest werd aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 705, nr. 13).

Naam

15. De handelsnaam moet worden onderscheiden van de vennootschapsnaam. De handelsnaam put zijn bescherming uit de erkenning als intellectueel

recht door artikel 8 van het Unieverdrag van Parijs van 20 maart 1883. Dit intellectueel recht ontstaat uit het eerste openbaar gebruik zonder dat het moet worden gedeponeerd of in een register ingeschreven. De inschrijving in de KBO is geen voorwaarde. Originaliteit is niet vereist (Brussel 12 februari 2013, *Ann.prat.marché* 2013, 453; *Ing.Cons.* 2013, 192; *JDSC* 2017, 37). Wel kan een courant gebruikt woord, zoals dakbedekking, niet op zich bescherming genieten (Brussel 22 maart 2016, *JDSC* 2017, 49, dat Kh. Brussel 31 december 2014, besproken in deze kroniek, *TRV* 2016, 714, nr. 22, gedeeltelijk hervormt).

In geval van verwarring met een andere naam, die in concreto, rekening gehouden met de marktomstandigheden en aangeboden producten of diensten, moet worden beoordeeld, kan bij de voorzitter van de rechtbank van koophandel een stakingsvordering op grond van artikel VI.104 WER worden ingeleid (art. XVII.1 WER).

De activiteiten moeten niet identiek zijn, en de latere gebruiker moet zelf geen concurrent zijn; het volstaat dat ze in dezelfde sector actief zijn. De rechter beoordeelt het risico vanuit het oogpunt van het publiek en in functie van de betrokken activiteit. Hij brengt in rekening het onderscheidend karakter van de gebruikte handelsnamen, de karakteristieken van de sector waarin de ondernemingen actief zijn, de betrokken activiteiten, de geografische nabijheid en de kenmerken van de consument (Brussel 12 februari 2013, *hiervoor aangehaald*).

Internationaal privaatrecht

Vrijheid van vestiging

16. De vennootschap opgericht in een EU-lidstaat die de incorporatieleer huldigt, kan haar bestuur en dus haar werkelijke zetel verplaatsen naar een ander land in de Europese Unie dat de werkelijke zetelleer huldigt, zonder dat dit enig gevolg mag hebben op haar bestaan. Zij moet door het land van aankomst worden erkend zonder dat ze in dat land opnieuw moet worden opgericht (HvJ 5 november 2002, *Überseering*, C-208/00, *Jur.* 2002, I-9943, *TRV* 2003, 189, noot; K. MARESCAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 182 e.v.). Dat volgens het recht van deze andere lidstaat (waar de vennootschap haar activiteit gaat uitoefenen) de verplaatsing van deze activiteit tot gevolg heeft dat de vennootschap ook aan haar recht is onderworpen, doet daaraan niets af (HvJ 16 december 2008, *Cartesio*, C-210/06, *Jur.* 2008, I-9641; *TRV* 2009, 578, noot

F. JENNE). Aldus kan het Duitse insolventierecht en de daaraan verbonden bestuursaansprakelijkheid opgenomen in de Duitse vennootschapswetgeving worden toegepast op een vennootschap afkomstig uit Wales (HvJ 10 december 2015, *Kornbaas*, C-594/14, *TBH* 2016, 463, noot H. DE WULF; *TRV-RPS* 2016, 589, noot A. VAN HOE, “Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen door een vennootschapsrechtelijke bril”; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 714, nr. 25). Deze laatste auteur merkt daarbij terecht op dat de vrijheid van vestiging niet wordt aangetast door de toepassing van nationaal recht, zoals het insolventierecht, na aankomst in de andere lidstaat.

De verplaatsing van de werkelijke zetel en de statutaire zetel mag niet worden belemmerd, op voorwaarde dat de vennootschap zich omzet in een vennootschap van de lidstaat waarnaar ze migreert indien de verplaatste zetel het toepasselijk recht bepaalt. Vennootschappen genieten immers niet van het primair vestigingsrecht, d.w.z. zij zijn niet vrij om hun zetel te verplaatsen zonder juridische gevolgen, daar ze zijn opgericht volgens het recht van een bepaalde lidstaat. Ze moeten zich dus schikken naar het nieuwe toepasselijke recht wanneer ze de aanknopingsfactor wijzigen door de relevante zetel te verplaatsen naar een andere lidstaat; deze aanknopingsfactor wordt bepaald door de lidstaten (HvJ 27 september 1988, *Daily Mail and General Trust*, C-81/87, *Jur.* 1988, 5505; *TRV* 1989, 194, noot J. STUYCK, “Zetelverplaatsing en vrije vestiging van vennootschappen in de EEG”; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Intersentia, Antwerpen, 2017, 170-171; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 1119). Aldus mag een vennootschap, ongeacht of ze is gevestigd in een land dat de werkelijke zetelleer aanhangt, beslissen zich om te vormen in een rechtsvorm van een andere lidstaat door haar statutaire zetel in dat laatste land te vestigen; het land van herkomst mag deze keuze niet belemmeren (HvJ 25 oktober 2017, *Polbud*, C-106/16, *TRV-RPS* 2018, 401; *RABG* 2018, 309; *Rev. Soc.* 2018, 48, noot G. PARLEANI, “La notion européenne fondamentale de ‘transformation’”; J. MEEUSEN, “Het Polbud-arrest van het Hof van Justitie : Europese vennootschapsmobiliteit op nieuwe wegen”, *RW* 2017-18, 602; I. CORBISIER, “Arrêt *Polbud* de la CJUE : de la créature de droit national au sujet de droit de l’Union européenne”, *TRV-RPS* 2018, 153; M. FALLON en E.-J. NAVEZ, “La transformation transfrontalière d’une société par transfert du siège statutaire après l’arrêt *Polbud*”, *TRV-RPS* 2018/5, 349). Deze zaak betreft de omvorming van een Poolse vennootschap in een Luxemburgse door de enkele verplaatsing van de statutaire zetel, terwijl deze vennootschap haar werkelijke zetel in Polen behoudt; Polen huldigt de

werkelijke zetelleer. De vennootschap vroeg vervolgens bij het Poolse handelsregister haar schrapping aan, wat werd geweigerd omdat ze niet was ontbonden. Dit werd door het Hof van Justitie beschouwd als een onaanvaardbare belemmering. Uit dit arrest volgt dat een vennootschap, ongeacht of ze is gevestigd in een land dat de werkelijke zetelleer aanhangt, mag beslissen zich om te vormen in een rechtsvorm van een andere lidstaat door haar statutaire zetel daar te vestigen. Het land van herkomst mag deze keuze niet belemmeren.

17. De procesbekwaamheid van een buitenlandse vennootschap en de bevoegdheid van haar organen om voor de Belgische rechtbanken in rechte op te treden worden bepaald door het recht van toepassing op de vennootschap (*lex societatis*) (art. 111, § 1, 4° en 5° WIPR). Aldus zal het recht, van toepassing op de vennootschap, bepalen of ze de rechtspersoonlijkheid heeft om in rechte op te treden (Rb. EU 6 april 2017, *TRV-RPS* 2018, 101, noot G. DE PIERPONT, “L’effet de la liquidation sur le maintien de la personnalité juridique d’une société commerciale”).

Buitenlandse vennootschappen

18. Een vennootschap is, naar Belgische maatstaven, buitenlands, wanneer ze wordt opgericht in een ander land en aldaar haar voornaamste vestiging heeft (art. 110 WIPR). In dat land zijn opgericht volstaat niet; ze moet aan beide voorwaarden voldoen (Cass. 16 november 2015, *RW* 2017-18, 704).

Openbaarmaking

19. De openbaarmaking van de vennootschapsakten is opgelegd als voorwaarde voor de tegenwerpelijheid aan derden (art. 76 W.Venn.). Deze voorwaarde geldt enkel in de relatie tussen de vennootschap en derden die met de vennootschap handelen. Anderen vallen terug op het gemeen recht (art. 1165 BW; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 484 e.v.). Dit werd recentelijk nogmaals bevestigd door het Hof van Cassatie. Derden die op de vennootschap een vordering uit onrechtmatige daad of, zoals de fiscus, uit kracht van de wet hebben, genieten niet van deze tegenwerpelijheidsregeling; voor hen geldt het gemeen recht (Cass. 2 september 2016, *TRV-RPS* 2018, 54, noot B. VANSTAEN en F. HOOGENDIJK, “Ceci n’est pas un tiers - De fiscus is geen derde in de zin van de bepalingen omtrent de tegenwerpelijheid van akten van vennootschappen met rechtspersoonlijkheid”; *RABG* 2018, 293; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 706-707, nr. 17; en

ook besproken in randnr. 54). Ook het Hof van Justitie heeft de gelegenheid te baat genomen om dit standpunt bij te treden met betrekking tot de openbaarmaking geregeld door de Europese richtlijnen (HvJ 9 maart 2017, *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce t. Salvatore*, C-398/15, *TRV-RPS* 2017, 912, noot E. CRUYSMANS en E. MARIQUE, “Quand l’oubli s’immisce en droit des sociétés : vers une limitation de l’accès aux données contenues dans les registres des sociétés ?”). Het Hof van Justitie wees er in dit arrest in het licht van de Europese Richtlijn van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, verder op dat het aan de lidstaten is te beslissen of natuurlijke personen mogen verzoeken aan de lokale registers, zoals de KBO, om op basis van een beoordeling per geval na te gaan of het, om zwaarwegende en gerechtvaardigde redenen die verband houden met hun bijzondere toestand, bij wijze van uitzondering gerechtvaardigd is om, na verloop van een voldoende lange termijn na de ontbinding van een vennootschap, de toegang tot in dat register over hen opgenomen persoonsgegevens te beperken tot derden die een aantoonbaar belang hebben om van deze gegevens kennis te nemen.

Organen en vertegenwoordiging

Besluitvorming - nietigverklaring

20. Zodra organen worden bemand door meer personen, zijn ze collegiale organen. De inrichting van een orgaan veronderstelt een wettelijke of statutaire bepaling in die zin (D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 555). Collegialiteit houdt in dat de leden van het orgaan de bevoegdheid gezamenlijk uitoefenen : ze beslissen na beraadslaging bij meerderheid. Dit betekent niet dat steeds moet worden beraadslaagd; wel dat er ruimte is voor beraadslaging indien gevraagd door een lid van het orgaan (KG Kh. Namur 16 oktober 2017, *TRV-RPS* 2018, 234; ook besproken in randnr. 89). In dit vonnis wordt ook bevestigd dat het orgaan overeenkomstig de statuten moet handelen, en zich hieraan niet kan onttrekken.

Vertegenwoordiging

21. De leden van de organen zijn niet persoonlijk gebonden door de verbintenissen die zij in naam en voor rekening van de vennootschap aangaan (art. 61, § 1 W.Venn.). Dit is enkel anders indien het lid van een orgaan in eigen naam handelt. Hij kan als mede-

schuldenaar worden aangesproken als hij in eigen naam toetreedt tot een overeenkomst met de vennootschap (Cass. 27 januari 2017, *TRV-RPS* 2018, 127, noot H. CULOT en C. DELFORGE, “*Bis repetita placet : faut-il signer deux fois un contrat conclu en une double qualité ?*”; *RABG* 2018, 288, noot L. VANDER PITTE, “De spelregels van de orgaantheorie nader toegelicht”; *RW* 2017-18, 1301, noot).

Onrechtmatige daden, begaan door de organen in uitvoering van hun opdracht, zijn begaan door de vennootschap en worden haar aangerekend (op grond van art. 1382 en 1383 BW). Dit is onder meer zo voor oneerlijke handelspraktijken (Brussel 30 juni 2017, *TBH* 2017, 998, noot O. VANDEN BERGHE, “Pratiques du marché déloyales par des organes - Action en cessation contre l'organe ou la société ?”; Brussel 21 april 2016, *TBH* 2017, 973, noot).

Transparantie en controle

Jaarrekening

22. Op het bestuur rust de verplichting om de jaarrekening binnen zes maanden na afsluiting van het boekjaar aan de algemene vergadering ter goedkeuring voor te leggen (art. 92 W.Venn.), om ze vervolgens binnen dertig dagen na goedkeuring en ten laatste zeven maanden na de afsluiting van het boekjaar bij de Nationale Bank van België openbaar te maken (art. 98 W.Venn.). Het opstellen van de jaarrekening is de verantwoordelijkheid en de bevoegdheid van het bestuursorgaan. Het kan deze bevoegdheid niet aan de algemene vergadering of een ander vennootschapsorgaan overdragen, en ook niet doorschuiven naar een buitenstaander zoals de accountant (Liège 20 april 2017, *Dr.pén.ent.* 2017, 297).

Een goedgekeurde jaarrekening is definitief. Maar indien een vergissing in de boekhouding is gemaakt kan de jaarrekening worden gecorrigeerd. Dit kan als gevolg hebben dat de belastingaangifte moet worden aangepast. Dat de vergissing bewust is gemaakt, doet aan het voorgaande geen afbreuk. Dit is enkel anders als de boeking het gevolg is van een beleidsbeslissing binnen de grenzen van de wet die een keuze laat. Boeking en waarderingen die het gevolg zijn van een eerder genomen beleidsbeslissing zijn dan definitief, ook al zijn ze onoordeelkundig of lichtzinnig genomen (zie de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 708, randnr. 22). Bijgevolg als de algemene vergadering een jaarrekening goedkeurt, waarin bepaalde kosten van privégebruik van een bedrijfswagen door een bestuurder ten laste van de vennootschap worden genomen, en aan de bestuurder kwijting verleent, kan de vennootschap hier nadien niet op

terugkomen en de kosten alsnog aan de bestuurder aanrekenen (ook al is dat volgens de fiscus nodig om de aanslag wegens geheime commissielonen te vermijden) (Gent 14 december 2015, *DAOR* 2018/125-126, 57). Ook is het niet meer mogelijk om de aftrek van notionele interesten te vervangen door een aftrek van een investeringsreserve (Liège 9 juni 2017, *RGCF* 2018, 185).

Uit de goedkeuring van de jaarrekening kan een buitengerechtelijke bekentenis worden afgeleid in hoofde van de vennoten, die deze hebben goedgekeurd, voor verbintenissen van deze vennoten die daarin zijn opgenomen (Liège 9 juni 2017, *RGCF* 2018, 185). Dit is ook zo voor de bestuurders die het ontwerp van jaarrekening hebben opgesteld. Dit geldt onder meer voor een vordering ten laste van de zaakvoerder die hij in de jaarrekening laat opnemen (Gent 19 juni 2017, *DAOR* 2017/123, 96; ook besproken in randnr. 65).

Boekhouding

23. De regelmatig gevoerde boekhouding levert bewijs van handelsverrichtingen op tussen vennootschappen (art. 20 Wetb. Kh.; dit wetsartikel wordt met ingang op 1 november 2018 vervangen door artikel 1348bis BW dat het bewijsrecht tussen en tegen ondernemingen regelt (zie randnr. 3)). Immers, aan een boeking in de boekhouding in één vennootschap moet omtrent een transactie tussen beide vennootschappen een corresponderende boeking in de boekhouding van de andere vennootschap beantwoorden (G.L. BALLON, “De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming” in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Handels- en Economisch Recht, Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, XIII, IA, Mechelen, Kluwer, 2011, 620). Een niet-handelaar kan zich ten aanzien van de vennootschap op de door deze laatste in haar boekhouding opgenomen boeking beroepen; ze kan als een buitengerechtelijke bekentenis worden uitgelegd, daar de boekhouding van de vennootschap uitgaat, behoudens voor feitelijke vergissingen. Maar als de boekhouding een fout bevat, is de vennootschap gerechtigd dit aan te tonen en de informatie opgenomen in de boekhouding te ontkrachten; de bewijslast ligt bij de vennootschap. In geval van betwisting weegt de rechter alle bewijselementen tegen elkaar af (Brussel 23 december 2016, *DAOR* 2018/125-126, 119). Het hof oordeelt terecht dat een boeking geen gerechtelijke bekentenis is; tegenbewijs is toegelaten.

Jaarverslag

24. De Europese Richtlijn 2014/95 van 22 oktober 2014 met betrekking tot de bekendmaking van de niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen (*Pb.L.* 15 november 2014, afl. 330) heeft de Jaarrekeningenrichtlijn 2013/34 van 26 juni 2013 gewijzigd om de rapportering van sociale informatie en milieu-informatie voor ondernemingen te verbeteren. Dit is niet-financiële informatie. Daartoe werd een artikel 19*bis* in de Jaarrekeningenrichtlijn ingevoegd.

De EU-lidstaten moesten Richtlijn 2014/95 ten laatste op 6 december 2016 omzetten. Zij kadert in een streven naar een grotere transparantie met het oog op een versterking van de sociale verantwoordelijkheid van vennootschappen (W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel. Veertig jaar later* in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, I, 2010, 488-489; R. AYDOGDU, “La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l’Etat”, *TRV-RPS* 2016, 893).

Dit is in België gebeurd door de wet van 3 september 2017 betreffende de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote vennootschappen en groepen (*BS* 11 september 2017).

Over de niet-financiële informatie die ingevolge de wet van 3 september 2017 in het jaarverslag moet worden opgenomen, kan de lezer terecht bij D. SZAFRAN, “Les informations non financières dans le rapport annuel et le rôle des administrateurs en matière de développement durable”, *TRV-RPS* 2018, 176; J.-M. GOLLIER, “Publication d’informations non financières. Commentaire de la loi du 3 septembre 2017”, *JT* 2018, 241.

Commissaris

25. In een vennootschap met een ondernemingsraad wordt de commissaris op voordracht van de ondernemingsraad benoemd; de ondernemingsraad komt samen op initiatief van het bestuursorgaan dat één of meer kandidaten voorstelt; de ondernemingsraad beslist over de voordracht van een kandidaat met een meerderheid van de stemmen uitgebracht door de leden, benoemd door de vennootschap, en met een meerderheid van de stemmen uitgebracht door de leden, benoemd door de werknemers; deze procedure wordt ook bij hernieuwing van de opdracht gevolgd (art. 156, eerste lid W.Venn.). De procedure

die wordt toegepast, staat uitgeschreven in de artikelen 185 tot en met 190 KB W.Venn. Een andere procedure inzake de voordracht binnen de ondernemingsraad kan worden overeengekomen (art. 184, § 1 KB W.Venn.). De in het KB uitgeschreven procedure bepaalt dat de ondernemingsraad twee maanden voor de benoeming moet zijn samengekomen om te beraadslagen over de voorgedragen kandidaten (art. 185 KB W.Venn.). Van deze termijn zou kunnen worden afgeweken door middel van een verzakingsbrief vanwege de ondernemingsraad; dit standpunt laat toe om snel van commissaris te wisselen in het kader van een controlewijziging (J. LOOSEN, “Hoe strikt is de termijn van twee maanden vooropgesteld door artikel 158 KB W.Venn.?”, *TRV-RPS* 2017, 1022).

Lasthebber ad hoc

26. Indien ten gevolge van onenigheid tussen de vennoten geen meerderheid kan worden gevonden om de jaarrekening af te werken en goed te keuren kan in kort geding een lasthebber *ad hoc* worden aangesteld om de jaarrekening af te werken, een algemene vergadering bijeen te roepen voor de goedkeuring en de jaarrekening neer te leggen (KG Kh. Gent 15 november 2017, *DAOR* 2018/125-126, 104; ook besproken in nr. 90; zie ook nr. 87).

Deskundigenonderzoek

27. Het Wetboek van vennootschappen heeft voor alle vennootschapsvormen een regeling uitgewerkt die de vennoten, die een minimaal percentage van aandelen bezitten, toelaten om zich, in geval van gevaar voor de vennootschap, tot de rechtbank te richten. Op verzoek van één of meer vennoten, die ten minste 1 % vertegenwoordigen van het geheel van de stemmen of die effecten, die een gedeelte van het kapitaal gelijk aan ten minste 1.250.000 euro vertegenwoordigen, aanhouden, kan de rechtbank van koophandel (binnenkort ondernemingsrechtbank genaamd) één of meer deskundigen aanstellen om de boeken en de rekeningen van de vennootschap na te zien (art. 168 W.Venn.). De curator van de gefailleerde vennootschap die 25 % aanhoudt in een andere vennootschap, heeft belang om de aanstelling van een deskundige te verzoeken (Liège 10 mei 2016, *TRV-RPS* 2017, 1049, note A. HANNOUILLE “L’action en dissolution pour perte du capital et l’action en désignation d’un expert-vérificateur introduites par un actionnaire-administrateur de la société poursuivie”; *DAOR* 2017/122, 64; ook aangehaald in randnr. 78).

Ontbinding en vereffening

Gerechtelijke ontbinding wegens wettige redenen

28. Een vennoot kan de ontbinding van de vennootschap vorderen wegens wettige redenen (art. 45 W.Venn.). De wettige redenen zijn niet in de wet omschreven. De rechter oordeelt in functie van de omstandigheden van het geschil. Het is een *ultimum remedium*, als niets anders de vennootschap kan redden. Dit doet zich voor wanneer een diepgaand en permanent conflict tussen vennoten de vennootschap op haar grondvesten doet daveren en een normale werking onmogelijk maakt. Indien echter de bestuursorganen normaal werken, is er geen reden om de ontbinding uit te spreken (Kh. Liège 11 januari 2017, *JDSC* 2017, 337, noot M. LEMAL, “La dissolution d’une société pour de justes motifs est une mesure subsidiaire”).

Gerechtelijke ontbinding van slapende vennootschappen

29. Artikel 182 W.Venn. dat de ontbinding van slapende vennootschappen regelt, werd herschreven door de wet van 17 mei 2017 tot wijziging van diverse wetten met het oog op de aanvulling van de gerechtelijke ontbindingsprocedure van vennootschappen (*BS* 12 juni 2017).

In de nieuwe regeling kan een vennootschap worden ontbonden zodra ze nalaat haar jaarrekening binnen de zeven maanden na afloop van het boekjaar neer te leggen. In de oude regeling was ontbinding enkel mogelijk indien ze nalaat haar jaarrekening neer te leggen gedurende drie opeenvolgende boekjaren (art. 182 W.Venn.; art. 574, 10° Ger.W.). Onder de oude regeling was de gerechtelijke ontbinding geen sanctie, wel deel van een schoonmaakoperatie, omdat wordt vermoed dat de vennootschap niet meer actief is. Indien wordt aangetoond dat zij niet meer slaapt, kan de rechter de ontbinding niet uitspreken. Indien een vordering tot ontbinding wordt ingeleid, kan de vennootschap, lopende het proces, haar toestand in orde brengen; de ontbinding wordt niet uitgesproken indien dit vóór de uitspraak is gebeurd (art. 182, § 1 W.Venn.). De rechter die lopende het proces vaststelt dat regularisatie nog mogelijk is, spreekt geen ontbinding uit. De regularisatie is immers mogelijk tot de dag van de uitspraak. Het mag worden aangenomen dat het opruimen van inactieve vennootschappen nog altijd de beweegreden is voor de mogelijkheid van ontbinding wegens niet-neerlegging van de jaarrekening. Regularisatie is daarom nog steeds aangewezen als de vennootschap blijkt actief te zijn. Zij draagt dan wel de kosten van de procedure.

Voor een bespreking van de wijzigingen, kan de lezer terecht bij D. BLONDEEL, “La ‘nouvelle’ procédure de dissolution judiciaire des sociétés”, *TRV-RPS* 2018, 77; J. VAN EETVELDE, “Slapende vennootschappen : nachtmerrie van het organisatierecht?”, *DAOR* 2017/124, 4 en J.-P. LEBEAU, “La loi du 17 mai 2017 ‘modifiant diverses lois en vue de compléter la procédure de dissolution des sociétés’ : le législateur fait le choix de la dissolution judiciaire pour enrayer les abus de la personne morale”, *TBH* 2017, 665.

Tegen de gerechtelijke ontbinding kan de vennoot (en bestuurder) van de ontbonden vennootschap derdenverzet aantekenen. Indien een vereffenaar werd aangesteld, wordt het derdenverzet rechtsgeldig aan hem betekend; indien geen vereffenaar werd aangesteld en de vereffening onmiddellijk werd afgesloten, dan gebeurt dit rechtsgeldig bij eenzijdig verzoekschrift (Kh. Hainaut (afd. Tournai) 2 januari 2018, *JT* 2018, 117).

Benoeming vereffenaar

30. De benoeming van de vereffenaar door de algemene vergadering moet worden bevestigd door de voorzitter van de rechtbank van koophandel (art. 184, § 2, eerste lid W.Venn.). De voorzitter heeft als opdracht na te gaan of de benoemde vereffenaar, voor de uitoefening van zijn opdracht, alle waarborgen van rechtschapenheid biedt (art. 184, § 2, tweede lid W.Venn.). Indien de persoon die wordt benoemd tot vereffenaar, failliet werd verklaard zonder rehabilitatie te hebben verkregen, moet hij door de voorzitter worden gehomologeerd; anders kan hij het mandaat niet opnemen. Homologatie houdt in dat de benoeming nog geen uitwerking heeft en de instemming van de rechtbank vereist om in werking te treden. Een homologatie is ook nodig als de voorgedragen kandidaat werd veroordeeld tot een gevangenisstraf (al dan niet met uitstel) wegens één van de strafbare feiten, opgenomen in artikel 1 van het KB nr. 22 van 24 oktober 1934 betreffende het beroepsverbod, wegens een inbreuk op de bepalingen inzake de boekhouding, opgenomen in Hoofdstuk 2, Titel 3 van Boek III van het Wetboek van economisch recht (WER) of één van zijn uitvoeringsbesluiten, of wegens een inbreuk op de fiscale wetgeving (art. 184, § 2, vijfde lid W.Venn.). De rechter moet niet enkel nagaan of er wettelijke onverenigbaarheden aanwezig zijn die eventueel door middel van een homologatie terzijde kunnen worden geschoven. Hij moet ook nagaan of de nodige waarborgen van rechtschapenheid voor de uitoefening van de vereffeningsoptocht aanwezig zijn. Dit houdt geen beoordeling van de opportuniteit van de benoeming in, maar een nazicht of de benoeming problematisch is of zou kunnen zijn voor de uit-

oefening van de vereffeningsofdracht. De bevestiging van de benoeming wordt geweigerd indien er ernstige redenen zijn dat de voorgestelde vereffenaar de vereffening niet in het belang van de vennootschap zal voeren maar enkel om zich te beschermen tegen zijn persoonlijke aansprakelijkheid als gewezen bestuurder van de ontbonden vennootschap (Liège 27 september 2016, *DAOR* 2017/1, 134; *JDSC* 2017, 354, noot M. LEMAL, “Quand le juge doute de la probité du liquidateur...”; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 710, nr. 26).

De voorgestelde vereffenaar voldoet niet als hij bij het gerecht bekendstaat voor handelingen met frauduleus of deloyaal karakter (Voorz. Kh. Liège (afd. Liège) 18 oktober 2016, *DAOR* 2017/1, 134; *JDSC* 2017, 351; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 710, nr. 26). Indien een vennoot zich verzet tegen de bevestiging van de benoeming omwille van voormelde redenen, moet hij het bewijs ervan aanbrengen (Voorz. Kh. Liège (afd. Liège) 24 november 2015, *DAOR* 2017/1, 133; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 710, nr. 26).

Indien de voorzitter de vereffenaar niet bevestigt of niet homologeert, wijst hij één van de door de vennootschap voorgestelde kandidaat-vereffenaars als vereffenaar aan, waarbij hij rekening houdt met de volgorde, door de algemene vergadering bepaald. De rechter kan deze kandidaten enkel terzijde schuiven en zijn eigen kandidaat benoemen, als de voorgestelde kandidaten niet voldoen (H. BRAECKMANS, “Nieuwe wijzigingen bij vereffening van vennootschappen : de wet van 19 maart 2012”, *RW* 2012-13, 1486). De voorzitter kan geen voorkeur geven aan een kandidaat die geen homologatie behoeft, enkel en alleen om de reden dat homologatie nodig is voor de eerst voorgestelde kandidaat. Indien geen van de kandidaten voldoet, dan kan de voorzitter op eigen initiatief een vereffenaar aanstellen (art. 184, § 2, zesde lid W.Venn.) (Voorz. Kh. Liège (afd. Liège) 18 oktober 2016, *hiervoor aangehaald*). In dat geval kan de rechter de bevoegdheden van de vereffenaar vaststellen (Liège 27 september 2016, *hiervoor aangehaald* in dit randnummer).

Opzegging krediet

31. De algemene voorwaarden van een kredietovereenkomst bepalen dat de kredietverlener de overeenkomst kan opzeggen in geval van invereffeningstelling. De uitoefening van dit recht kan zoals bij elk recht met misbruik gebeuren. Dit is in casu het geval als de in vereffening gestelde vennootschap solvabel is, en haar liquiditeit en kredietwaardigheid niet in het gedrang zijn, en zij nooit enige betalingsmoeilijk-

heden had. Ook de omzetting van een hypothecaire volmacht in een hypotheek maakt in zulke omstandigheden rechtsmisbruik uit (Gent 28 juni 2017, *DAOR* 2017/124, 55).

Deficitaire vereffening

32. De vennootschap is in staat van faillissement indien de vennootschap haar opeisbare schulden niet onmiddellijk of op korte termijn kan betalen, de schuldeisers weigeren een uitstel van betaling of een vermindering van hun schuldvordering toe te staan, en de vennootschap geen nieuw krediet kan bekomen. Voor aangifte van faillissement moeten twee voorwaarden zijn vervuld : de vennootschap is op duurzame wijze opgehouden met betalen en haar krediet is geschokt (art. XX.99 WER).

De tweede voorwaarde, het wankelen van het krediet, wordt ingevuld rekening houdend met de houding van de schuldeisers. Indien de vereffening het vertrouwen heeft van alle of een zeer belangrijk deel van de schuldeisers en op een correcte en voor de schuldeisers transparante wijze zonder fraude wordt afgewikkeld - zodat hun vertrouwen niet wordt beschaamd - wankelt het krediet niet (Brussel 5 mei 2017, *DAOR* 2017/123, 59).

Afsluiting van de vereffening

33. Door de afsluiting van de vereffening verdwijnt de rechtspersoon. Wel is het nog mogelijk tot verjaring van de vorderingen door vijf jaar, zich tegen de vereffenaar *qualitate qua*, dit is in zijn hoedanigheid van vereffenaar van de vennootschap, te keren. De vordering moet dan uitdrukkelijk tegen de vereffenaar ‘als zodanig’ of *qualitate qua* worden gericht, bij gebreke van vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Dit is onder meer zo voor een belastingaanslag of dwangbevel (Antwerpen 27 juni 2017, *RABG* 2017, 1485 en 1488).

De vereffenaar kan niet meer namens de vennootschap optreden. Indien bepaalde formaliteiten om de overdracht of de bestemming te verwezenlijken niet werden vervuld, zal de vereffenaar dat niet meer kunnen, want aan zijn opdracht is een einde gekomen. In zulk geval wendt de belanghebbende zich tot de rechtbank met het verzoek een lasthebber *ad hoc* aan te stellen met als opdracht deze formaliteiten te vervullen; dat kan de oude vereffenaar zijn (Kh. Antwerpen 4 oktober 2016, *RABG* 2018, 284).

Indien er geen activa overblijven, kan de schuldeiser niet uitvoeren op het persoonlijk vermogen van de

vereffenaar. Hij kan dan nog enkel de nietigverklaring van de afsluiting vorderen wegens bedrog of de pauliaanse vordering instellen om de verdeling uit de vereffening hem niet tegenwerpelijk te horen verklaren (Gent 18 april 2016, *RW* 2017-18, 1663; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 712, nr. 31).

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid

Algemeen

34. Krachtens artikel 5 Sw. kan een rechtspersoon strafrechtelijk verantwoordelijk worden gehouden voor misdrijven die hetzij een intrinsiek verband hebben met de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen, of voor misdrijven die, zoals blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening werden gepleegd (art. 5 Sw.). Bovendien moet schuld (onachtzaamheid of opzet) worden aangetoond. Dit is het moreel bestanddeel.

Het strafbare feit toegerekend aan een vennootschap, is dat niet *ipso facto* in hoofde van de natuurlijke persoon die heeft gehandeld, en omgekeerd ook niet. In hoofde van beide moeten telkens de constitutieve bestanddelen van het misdrijf worden aangetoond. Het beginsel *non bis in idem* kan bijgevolg niet door een bestuurder worden ingeroepen om een strafsancie te ontlopen omdat de vennootschap reeds voor het strafbare feit werd veroordeeld (HvJ 5 april 2017, *Orsi en Baldetti*, C-217/15 en C-350-15, *TRV-RPS* 2017, 1027, noot M. FERNANDEZ-BERTIER en N. KALUMA, “*Stating the obvious* : la CJUE rejette l’application du principe *non bis in idem* en matière fiscale pour défaut d’identité de personne entre une personne morale et son représentant légal”).

35. Indien de rechtspersoon uitsluitend wegens het optreden van een nader bepaalde natuurlijke persoon verantwoordelijk wordt gehouden, wordt enkel diegene aan wie de zwaarste fout wordt toegeschreven, veroordeeld (dus ofwel de rechtspersoon, ofwel de natuurlijke persoon). Dit is een grond tot strafuitsluiting ten voordele van de persoon die de minst zware fout heeft gepleegd. Indien de natuurlijke persoon het misdrijf wetens en willens heeft gepleegd, geldt de strafuitsluitingsgrond niet, en kunnen beiden samen worden veroordeeld (art. 5, tweede lid Sw.).

Door deze strafuitsluitende verschoningsgrond toe te passen, aanvaardt de rechter dat de begunstigde ervan een strafbaar feit heeft gepleegd, en dus schuldig is aan het hem ten laste gelegde misdrijf; hij zal dus worden veroordeeld tot de kosten van de strafvordering (Cass. 29 juni 2016, *RW* 2017-18, 1051, noot).

De voormelde (de)cumulregeling wordt afgeschaft door de wet van 11 juli 2018 (*BS* 20 juli 2018). Deze wet is 10 dagen na haar publicatie in werking getreden. Deze wet schaft ook de principiële immunititeit van publieke rechtspersonen af.

Volgens de nieuwe regeling kunnen natuurlijke personen al dan niet samen met rechtspersonen worden gestraft, ongeacht of het misdrijf wetens en willens werd gepleegd door de natuurlijke persoon (art. 5, eerste lid Sw., zoals gewijzigd). De strafuitsluiting van de persoon die de minst zware straf heeft gepleegd wordt afgeschaft omdat deze regeling te complex was, aanleiding gaf tot tal van praktische moeilijkheden en overigens niet bekend is in de buurlanden (*Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 816/3). Het zal nu mogelijk zijn zowel de rechtspersoon als de natuurlijke persoon die het misdrijf hebben gepleegd te vervolgen ook al heeft deze laatste het misdrijf niet wetens en willens gepleegd. In de wet wordt voor alle duidelijkheid bepaald : “*de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersonen sluit die van de natuurlijke personen, die daders zijn van dezelfde feiten of eraan hebben deelgenomen, niet uit*”. Wel moeten in hoofde van de natuurlijke persoon, zoals trouwens in hoofde van de rechtspersoon, alle constitutieve bestanddelen van het misdrijf zijn vastgesteld.

Indien het bestuur van een BVBA in feite in handen is van een andere persoon dan de zaakvoerder, en deze niet is betrokken in het door deze andere feitelijke bestuurder gepleegde misdrijf, kan de zaakvoerder niet strafrechtelijk worden vervolgd (Corr. Luxembourg (afd. Arlon) 4 mei 2017, *JDSC* 2017, 305).

36. De strafrechtelijke verantwoordelijkheid kleeft aan de persoon (art. 20 VT.Sv.). Zij vervalt bij het verdwijnen van de persoon hetzij door overlijden hetzij, voor de vennootschap, door gerechtelijke ontbinding, ontbinding zonder vereffening of anders door afsluiting van de vereffening. Ontbinding zonder vereffening ziet op de ontbinding in het kader van een fusie of splitsing (art. 682 W.Venn.; *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 2093/5, 38; Cass. 11 oktober 2017, *JT* 2017, 681, noot). Wel kan de strafvervolging worden verdergezet indien de invereffeningstelling, de gerechtelijke ontbinding of de ontbinding zonder vereffening tot doel heeft te ontsnappen aan de vervolging of indien de vennootschap overeenkomstig artikel 61*bis*, eerste lid Sv., vóór het verlies van de rechtspersoonlijkheid, door de onderzoeksrechter in verdenking is gesteld (art. 20 VT.Sv.). Het is aan het Openbaar Ministerie om aan te tonen aan de hand van de stukken van het dossier dat de vennootschap werd ontbonden met het doel te ontsnappen aan de strafvervolging (Cass. 11 oktober 2017, *l.c.*, noot).

37. De volgende straffen kunnen worden opgelegd : de geldboete, de bijzondere verbeurdverklaring, de ontbinding, het tijdelijk of definitief verbod een werkzaamheid te verrichten, de tijdelijke of definitieve sluiting van één of meer inrichtingen en de bekendmaking of verspreiding van de gerechtelijke uitspraak waarbij de straf wordt opgelegd (art. 7bis en 35 t.e.m. 37bis Sw.). De geldboete is de hoofdstraf; er is geen vervangende straf ingesteld. Indien de strafwet een gevangenisstraf oplegt, wordt deze in een geldboete omgezet om ze op een vennootschap toe te passen volgens de regels opgenomen in art. 41bis Sw. De bewoordingen van artikel 41bis brengen met zich mee dat wanneer voor een bepaald misdrijf een gevangenisstraf en een geldboete worden opgelegd of één van deze straffen alleen, voor de omzetting in de geldboete die geldt voor de rechtspersoon, de rechter enkel rekening houdt met de gevangenisstraf (en dus niet met de voor dat misdrijf bepaalde geldboete). Dat dit aanleiding kan geven tot een verschillende behandeling van natuurlijke en rechtspersonen stoort het Grondwettelijk Hof niet (GwH 18 januari 2018, *TBH* 2018, 306).

Lasthebber ad hoc

38. In overeenstemming met artikel 2bis van de Voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, wordt, in geval van een belangenconflict tussen de vennootschap en de personen die haar bestuursorgaan bemannen omdat ze ook worden vervolgd, een lasthebber *ad hoc* aangesteld als dezelfde of samenhangende feiten worden verweten aan de vennootschap en de natuurlijke persoon die bevoegd is om deze rechtspersoon in rechte te vertegenwoordigen. Indien er echter geen risico is van belangentegenstelling is er geen reden om een lasthebber *ad hoc* aan te stellen.

De lasthebber is alleen bevoegd om namens de vennootschap alle rechtsmiddelen aan te wenden met inbegrip van het cassatieberoep, en afstand te doen van de tegen de vennootschap ingestelde rechtsmiddelen. Dat hij een rechtsmiddel instelt, moet blijken uit de stukken van het dossier (Cass. 31 januari 2017, *RABG* 2018, 1044). Hij wordt niet ontlast van zijn mandaat bij faillietverklaring; hij blijft aan, en kan als enige de memorie van antwoord in cassatie neerleggen; de curator kan dat niet. Uit de memorie van antwoord voor het Hof van Cassatie moet blijken dat de raadsman die de memorie ondertekende door de lasthebber *ad hoc* werd aangesteld (Cass. 7 februari 2017, *RABG* 2018, 1058, noot P. WAETERINCKX en L. MEIRENS, “Verdere verfijningen in de cassatierechtspraak betreffende het aanwenden van rechtsmiddelen door de lasthebber *ad hoc* tegen de achter-

grond van een wellicht te ruime interpretatie van diens beslissingsbevoegdheid”; zie ook Cass. 15 juni 2016, *Dr.pén.entr.* 2017, 119, noot J. CASTIAUX, “Le rôle et les pouvoirs du mandataire *ad hoc*”; *Rev.dr.pén.crim.* 2017, 295, noot V. TRUILLET, “Le mandataire *ad hoc*, représentant incontournable de la personne morale poursuivie”, reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 713-714, nr. 35).

De Staat is ertoe gehouden te zorgen voor de vergoeding van lasthebbers *ad hoc* die vennootschappen vertegenwoordigen die insolvent zijn; zo niet zijn deze vennootschappen niet in staat om zichzelf te verdedigen. De Staat moet een mechanisme van kosteloze rechtsbijstand uitwerken; de beperking van de juridische bijstand tot natuurlijke personen (art. 508/1 Ger.W.) strijdt met het gelijkheidsbeginsel (GwH 17 november 2016, *JDSC* 2017, 308, noot M.A. DELVAUX, “Le droit des personnes morales indigentes à l’aide juridique de deuxième ligne dans le cadre de leur défense pénale : un (grand) pas en avant !”; reeds vermeld in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 714, nr. 35).

39. De lasthebber *ad hoc* wordt aangesteld door de rechtbank die bevoegd is om van de strafvordering kennis te nemen (art. 2bis Sv.). De onderzoeksrechter kan dit ook; hiervoor kan steun in de wetsgeschiedenis worden gevonden (Cass. 17 oktober 2017, *RW* 2017-18, 1499).

40. De lasthebber *ad hoc* treedt niet op als advocaat. Bijgevolg in het geval dat hij beslist om de procedure van voorafgaande erkenning van schuld overeenkomstig artikel 216 Sv., ingevoerd door de wet van 5 februari 2016, toe te passen om alzo te genieten van een lagere straf en een onmiddellijke afhandeling, moet hij een beroep doen op een advocaat. Deze wetsbepaling verplicht immers dat de voorafgaande erkenning wordt afgelegd in aanwezigheid van een advocaat en deze moet samen met de beklaagde worden gehoord (art. 216, § 3 en 4 Sv.). Ook al is de lasthebber ad-hocadvocaat, toch treedt hij niet op als raadsman van de vervolgte vennootschap maar als diens orgaan. Het is van belang dat een advocaat die als raadsman de zaken op objectieve wijze doorneemt hem bijstaat (vgl. M.A. DELVAUX, “Le mandataire *ad hoc* dans le cadre de la reconnaissance préalable de culpabilité” (noot onder corr. Brussel 21 december 2016), *JDSC* 2017, 322-323). Artikel 216, § 4 Sv. legt op dat de beklaagde samen met zijn advocaat wordt gehoord. Dit wijst erop dat de beklaagde die ook advocaat is of de rechtspersoon die door een lasthebber *ad hoc* wordt vertegenwoordigd die ook advocaat is, zich hoe dan ook moet laten bijstaan door een raadsman. De strafrechter die kennisneemt van het verzoek tot voorafgaande erkenning ziet er

bijgevolg op toe dat de lasthebber *ad hoc* door een advocaat wordt bijgestaan.

De vennootschap in proces

Bevoegde rechtbank - scheidsgerecht

41. Geschillen ter zake van een vennootschap worden door de rechtbank van koophandel beslecht. Zij wordt vanaf 1 november 2018 herdoopt in ondernemingsrechtbank (randnr. 3). Zij is alleen bevoegd, zelfs indien de partijen handelaar noch onderneming zijn, voor “*geschillen ter zake van een vennootschap die beheerst wordt door het Wetboek van vennootschappen, evenals van geschillen die ontstaan tussen de vennoten van een dergelijke vennootschap, met uitzondering van de geschillen waarbij een van de partijen een vennootschap is die werd opgericht met het oog op de uitoefening van het beroep van advocaat, notaris of gerechtsdeurwaarder*” (art. 574, 1° Ger.W.). Vanaf 1 november 2018 zal de nieuwe ondernemingsrechtbank bevoegd zijn voor “*geschillen ter zake van een vereniging met rechtspersoonlijkheid, stichting of vennootschap, met uitzondering van een vereniging van mede-eigenaars, evenals van geschillen die ontstaan tussen hun voormalige, actuele of toekomstige vennoten of leden met betrekking tot de betrokken vennootschap, stichting of vereniging*” (nieuw art. 574, 1° Ger.W.; zie randnr. 3).

Aansprakelijkheidsvorderingen tegen bestuurders omwille van fouten gepleegd in het bestuur zijn ter zake van de vennootschap en behoren dus tot de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel. De rechtsgrond is daarbij van geen belang. De rechtbank van koophandel is niet alleen bevoegd als aansprakelijkheidsvordering tegen de bestuurder steunt op artikel 528 W.Venn., maar ook als men zich baseert op artikel 1382 BW (anders, maar ten onrechte, Arrondb. Limburg 21 december 2015, *Limb.Rechtsl.* 2017, 162; ook besproken in randnr. 94).

Een geschil omtrent aandelen in het kader van een vereffening-verdeling van een huwelijksvermogen ingevolge een echtscheiding is geen geschil ter zake van een vennootschap (Gent 12 oktober 2017, *RABG* 2018, 175, noot S. BROUWERS, “In een EOT moet de regelingsakte alomvattend zijn”).

De aansprakelijkheidsvordering wegens herhaalde niet-betaling van belasting- en BTW-schulden ex artikel 442^{quater} WIB 1992 en artikel 93^{undecies}C BTW-Wetboek is ter zake van de vennootschap en wordt dus door de rechtbank van koophandel beslecht (Arrondb. Antwerpen 13 november 2015, *JDSC* 2017, 184, noot M.A. DELVAUX, “La juridiction compétente

pour connaître des litiges relatifs à la responsabilité solidaire des dirigeants de société en matière de pré-compte professionnels et de T.V.A.”; al aangehaald in de vorige kroniek *TRV-RPS* 2017, 715, nr. 39).

42. De exclusieve bevoegdheid vermeld in het vorige randnummer wordt onderscheiden van de algemene bevoegdheid van de rechtbank van koophandel zoals bepaald in artikel 573, 1° Ger.W. Deze rechtbank neemt in het algemeen kennis van “*de geschillen tussen ondernemingen, namelijk tussen alle personen die op duurzame wijze een economisch doel nastreven, die betrekking hebben op een handeling welke is verricht in het kader van de verwezenlijking van dat doel en die niet onder de bijzondere bevoegdheid van andere rechtscolleges vallen*”.

De bestuurder is onder het huidige recht geen ondernemer zodat de rechtbank van koophandel niet uit dien hoofde op grond van artikel 573, 1° Ger.W. bevoegd is (Arrondb. Limburg 5 februari 2016, Arrondb. Limburg 16 november 2015, en Arrondb. Limburg 12 oktober 2015, aangehaald door P. VANHELMONT, “Rechtspraak in kort bestek Arrondissementsrechtbank Limburg (2014-2016)”, *Limb.Rechtsl.* 2017, 161; Arrondb. Antwerpen 10 maart 2015, *JDSC* 2017, 121, reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 715, nr. 38; P. VANHELMONT, “De wet natuurlijke rechter : de eerste rechtspraak”, *Limb.Rechtsl.* 2017, 10). Het is de vennootschap die als ondernemer naar buiten treedt in het rechtsverkeer door een economische activiteit te voeren en dus als onderneming kwalificeert (zie de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 715, nr. 38). Het begrip ‘ondernemer’ werd herschreven door de wet van 15 april 2018 (randnr. 3) en omvat nu elke natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent (art. I.1, 1°(a) WER). Dit is ieder die van een beroepsactiviteit “*hoofdzakelijk of gewoon, zijn gewoon beroep maakt*” (*Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/4, 32). Dit houdt in dat een bestuurder een ondernemer is indien hij van de uitoefening van bestuursopdrachten zijn beroep maakt. Het mag worden aangenomen dat het bestuur van vennootschappen in elk geval een beroepsactiviteit is (zoals aangegeven in de memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/1, 10). De uitoefening van een bestuursopdracht is geen eenmalige activiteit, maar kadert in het jaarlijkse bestuur van een vennootschap. De bezoldiging is geen vereiste. Deze nieuwe definitie van ondernemer geldt ook voor de bepaling van de bevoegdheid van de nieuwe ondernemingsrechtbank (J. STUYCK, “De begrafenis van de koopman : enkele inleidende beschouwingen over de nieuwe wet tot hervorming van het ondernemingsrecht”, *TBH* 2018, 321).

Om dezelfde reden is de meewerkende vennoot van een BVBA die niet in eigen naam optreedt, geen onderneming (Kh. Antwerpen (afd. Tongeren) 13 oktober 2017, *Limb.Rechtsl.* 2018, 168). Maar de beheerende vennoot van een gewone commanditaire vennootschap is dat wel omwille van de onbeperkte aansprakelijkheid waardoor zijn activiteit het verlengde is van dat van de vennootschap (Cass. 22 juni 2018, C.17.0587/F/3). In een vorige kroniek hebben we er reeds op gewezen dat deze gevolgtrekking in twijfel mag worden getrokken gezien de eigen rechtspersoonlijkheid van de vennootschap (deze kroniek, *TRV-RPS* 2016, 722-723, nr. 52).

Internationale bevoegdheid

43. In de Europese Unie, voor geschillen omtrent de geldigheid, de nietigheid of de ontbinding van vennootschappen met plaats van vestiging in een EU-lidstaat, dan wel van besluiten van hun organen zijn de gerechten van de lidstaat waar de vennootschap is gevestigd uitsluitend bevoegd; om de plaats van vestiging te bepalen, past het gerecht de regels van het voor hem geldende internationaal privaatrecht toe (art. 24(2) van de Europese Verordening nr. 1215/2012 van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX-Verordening)).

Ook al sluit het nationaal recht (van Tsjechië) de mogelijkheid uit om de nietigheid van het besluit van de algemene vergadering waarbij een minderheid wordt verplicht om haar aandelen aan de meerderheid over te dragen en de prijs hiervoor wordt bepaald, te vorderen, toch behoort de controle van de redelijkheid van de prijs die de algemene vergadering heeft vastgesteld tot de bevoegdheid van de rechter van het land waar de vennootschap haar zetel heeft in toepassing van artikel 24(2) van de EEX-Verordening. De gerechtelijke controle van de redelijkheid van de prijs betreft immers de gedeeltelijke geldigheid van een besluit van de algemene vergadering. De redelijkheid van de prijs beoordelen houdt in dat de geldigheid van deze prijsvaststelling door de algemene vergadering wordt beoordeeld. Bijgevolg komt dit geschil onder artikel 24(2) (HvJ 7 maart 2018, *E.ON Czech Holding/M.D, P.S en P.S*, C-560/16, *Jur.* 2018, 167, concl. adv.-gen. WATHELET, *TRV-RPS* 2018, 534; dit arrest werd gewezen met betrekking tot artikel 22(2) van de EEX-Verordening van 22 december 2000, vervangen door de EEX-Verordening van 12 december 2012; artikel 22(2) was in dezelfde bewoordingen als het huidige artikel 24(2) opgesteld, zie voor een bespreking in hetzelfde nummer van dit tijdschrift : A. COIBION et

G. VISEUR, “Les règles de compétence en matière de conflits internes aux sociétés : histoire d’un raccourci” (noot onder HvJ 7 maart 2018), *TRV-RPS* 2018, 535).

Betekening

44. Als de betekening van een dagvaarding niet aan de persoon kan worden gedaan, gebeurt ze rechtsgeldig op de vennootschapszetel of de administratieve zetel, of als die er niet is aan de persoon of op de woonplaats van de bestuurders of zaakvoerders (art. 42 Ger.W.); ze kan op de zetel worden afgegeven aan een dienstbode of aangestelde (art. 35 Ger.W.). De dienstbode of aangestelde ziet op elke persoon die bevoegd is om boodschappen te ontvangen voor de geadresseerde vennootschap; het afschrift wordt geldig ter hand gesteld telkens er tussen de geadresseerde van het exploit en de persoon die het afschrift ervan ontvangt, zulke verhouding bestaat dat redelijkerwijze kan worden verondersteld dat deze het afschrift aan de geadresseerde zal overhandigen (Cass. 2 mei 2017, *RW* 2017-18, 1176; Cass. 2 november 2017, *RABG* 2018, 342). Dat de betekening niet aan de persoon kan worden gedaan, moet niet op het exploit worden vermeld wanneer ze op de zetel gebeurt. Discordantie betreffende de vermelding van de identiteit van deze persoon tussen het afschrift en het origineel van het exploit leidt niet tot nietigheid van de akte omdat enkel van belang is dat de persoon die het afschrift ontvangt voor rekening van de betekende vennootschap werkt (Cass. 9 februari 2017, *Ius & Actores* 2017, 173)

Gegevens in de dagvaarding

45. In de dagvaarding wordt de identiteit van de vennootschap die in rechte ageert vermeld, met name de vennootschapsnaam, de rechtsvorm en het adres van de vennootschapszetel (art. 703, tweede lid Ger.W.; door de wet van 15 april 2018 (randnr. 3) gewijzigd in artikel 703, § 1, tweede lid Ger.W.). Het ontbreken van de vermeldingen, vereist door het Gerechtelijk Wetboek, kan aanleiding geven tot nietigheid van de proceshandeling (art. 43 en 702 Ger.W.), indien het gemis de belangen van de partij schaadt die de exceptie van nietigheid opwerpt (art. 861 Ger.W.), met name dat zij niet in staat is de eisende vennootschap te identificeren of op een andere wijze de verwerende partij heeft gehinderd in de uitoefening van haar rechten, en op voorwaarde dat ze voor elk ander middel wordt opgeworpen (art. 864 Ger.W.) (Vred. Westerlo 16 maart 2016, *T.Vred.* 2018, 312).

Optreden in rechte - mandaat ad litem

46. De vennootschap wordt in rechte door een advocaat of haar organen vertegenwoordigd (art. 703, eerste lid Ger.W.). Dit geldt zowel in burgerlijke als in strafzaken, in arbitrage en bemiddeling. In de gevallen waarin toegelaten is dat een lasthebber wordt aangesteld om een proceshandeling te stellen, mag dit geen zaakwaarnemer zijn (art. 728, § 4 Ger.W.; Liège 18 december 2014, *P&B* 2015, 218).

Het geldt ook voor het administratief beroep inzake provincie- of gemeentebelastingen ingesteld bij de provinciegouverneur respectievelijk het schepencollege voorafgaand aan een gerechtelijke procedure; het KB van 12 april 1999 tot bepaling van de procedure voor de gouverneur of voor het college van burgemeester en schepenen inzake bezwaarschrift tegen een provincie- of gemeentebelasting bepaalt dat dit bezwaarschrift ook door een advocaat kan worden ingesteld, zonder uitdrukkelijk een bijzondere volmacht te vereisen (Liège 30 november 2016, *JLMB* 2017, 1960, noot L. MARECHAL, “La fin du quasi-monopole ?”). Volgens het hof van beroep strekt het mandaat *ad litem* bedoeld in artikel 440 Ger.W. zich uit tot deze administratieve procedures ingevolge artikel 2 Ger.W.; dit wetsartikel bepaalt dat de regels van het Gerechtelijk Wetboek gelden voor alle rechtsplegingen; dit zou dus volgens het hof ook op de administratieve rechtspleging zien tenzij een bijzondere wet die deze rechtspleging regelt hiervan afwijkt. Dit is in overeenstemming met de rechtsleer (J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk recht*, Intersentia, Antwerpen, 2008, 62-63; G. DE LEVAL en F. GEORGES, *Droit judiciaire. Institutions judiciaires et éléments de compétence*, tome 1, Brussel, Larcier, 2014, 114; J. STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Kluwer, Antwerpen, 1997, 392). Het hof merkt verder op dat het mandaat, dat stilzwijgend kan zijn, moet vaststaan. Daartoe is vereist dat wordt aangetoond dat een bevoegd orgaan van de rechtspersoon beslist heeft om het bezwaarschrift tegen de belasting in te dienen. Dit bewijs wordt niet aangebracht. Wel is bekrachtiging mogelijk, maar dan moet dit gebeuren door het bevoegde orgaan voordat de belanghebbende derde rechten heeft verworven. Dit was in casu het geval doordat de termijn voor bezwaar was verstreken vóór de bekrachtiging.

Voor het mandaat *ad litem* volstaat dat de advocaat de vennootschap die hij vertegenwoordigt voldoende identificeert door de opgave van de vennootschapsnaam, de rechtsvorm en het adres van de vennootschapszetel. Het is aan de tegenpartij om aan te tonen dat de advocaat geen mandaat heeft om de

vennootschap te vertegenwoordigen (art. 848 *in fine* Ger.W.). Het vermoeden wordt weerlegd indien wordt aangetoond dat de beslissing om de akte van rechtspleging te stellen niet is goedgekeurd door het bevoegde vennootschapsorgaan (Cass. 12 februari 2016, *RW* 2017-18, 1177).

Opdat de vennootschap in rechte kan optreden is vereist dat het bevoegde orgaan daartoe een beslissing neemt. Als niet duidelijk is wie de bevoegde organen zijn omdat ten gevolge van een geschil tussen aandeelhouders niet duidelijk is wie tot bestuurder werd benoemd of dat nog is, dan kan niet worden uitgemaakt of de beslissing rechtsgeldig werd genomen. Het staat dan ook niet vast of de vennootschap de vereiste hoedanigheid heeft om de vordering in te stellen (Vred. Westerlo 7 maart 2018, *RW* 2017-18, 1592). De hoedanigheid houdt de macht in om een proceshandeling te stellen (A. FETWEISS, *Manuel de procédure civile*, Fac. Dr. Liège, Liège, 1987, 48). Dit is een vereiste voor de ontvankelijkheid van de vordering (art. 17 Ger.W.).

De vennootschap verschijnt in persoon door haar organen. Zij moet hiervoor geen advocaat aanstellen. Wel moet ter zitting duidelijk zijn dat de persoon die verschijnt namens de vennootschap het orgaan vormt dat bevoegd is om de betrokken vordering in te stellen. Als de statuten van een NV bepalen dat de vennootschap in rechte door twee bestuurders wordt vertegenwoordigd of binnen het dagelijks bestuur door de persoon belast met het dagelijks bestuur, moet de persoon die verschijnt aantonen dat hij regelmatig als persoon belast met het dagelijks bestuur werd aangesteld. De benoemingsakte en de bekendmaking in de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad werden niet voorgelegd; de vrederechter beval de heropening van de debatten om de voorlegging van deze stukken mogelijk te maken (Vred. Charleroi 2 juni 2017, *T.Vred.* 2018, 264; ook besproken in randnr. 83).

Optreden in rechte - Raad van State

47. De Raad van State is de mening toegedaan dat enkel het bestuursorgaan kan beslissen tot het instellen van een annulatieberoep; deze beslissing behoort niet tot het dagelijks bestuur (RvS 25 februari 2016, *JDSC* 2017, 125, noot M. COIPEL, “Le point sur la question de la représentation d’une SA ou d’une ASBL pour introduire un recours en annulation devant le Conseil d’Etat”). Dit is constante rechtspraak (RvS 17 mei 2011, *RPS* 2012, 231, noot R. AYDOGDU en O. CAPRASSE, “La représentation des SA devant le Conseil d’Etat”; RvS 8 maart 2010, *JDSC* 2011, 175, noot M. COIPEL, “Le Conseil d’Etat

reste fermé à certaines subtilités du droit des sociétés”; RvS 12 januari 2010, *JDSC* 2012, 131, noot W. DAVID, “Le Conseil d’Etat et les pouvoirs du délégué à la gestion journalière”; *TBP* 2010, 339).

Inschrijving in de KBO

48. De vordering van de vennootschap die een handels- en ambachtsonderneming uitbaat, wordt afgewezen indien ze niet is ingeschreven voor de activiteit waarop de vordering is gesteund of deze activiteit niet binnen het vennootschapsdoel valt waarvoor ze is ingeschreven (art. III.26, § 2 WER). De rechter kan de vordering enkel afwijzen indien de tegenpartij dit in het begin van het geding opwerpt (art. III.26, § 2 *in fine* WER). Deze regel geldt insgelijks voor de tegenvordering die in de loop van het geding bij conclusie wordt ingesteld (art. III.26, § 2 WER). Ze geldt niet als voorwaarde voor een rechtsgeldig verweer, zoals een rechtsmiddel tegen een faillietverklaring, ingesteld door middel van hoger beroep of een derdenverzet (Cass. 2 januari 2017, *RW* 2017-18, 1261, noot). Deze regeling geldt ten laatste vanaf 1 november 2018 voor alle ondernemingen, ongeacht de aard van hun activiteit of, voor vennootschappen, hun doel (art. 59 van de wet van 15 april 2018 wijzigt artikel III.26 WER op dit punt (randnr. 3)).

De exceptie van niet-ontvankelijkheid moet vóór elke andere exceptie of verweermiddel, dus *in limine litis*, worden opgeworpen. Zoniet is ze gedekt. Dit betekent echter niet dat de exceptie noodzakelijkerwijze voor de eerste rechter moet zijn opgeworpen. Ze moet in de eerste procedurele handeling worden opgeworpen. Als de verwerende partij in eerste aanleg niet is verschenen noch heeft geconcludeerd heeft zij geen procedurele handeling voor de eerste rechter gesteld; zij moet de exceptie dan opwerpen in de eerste procedurele handeling in hoger beroep (Cass. 15 juni 2017, *Ius & Actores* 2017, 183). Een antwoord op een ingebrekestelling voor de inleiding van de vordering in rechte is geen procedurele handeling (Vred. Gent 17 mei 2016, *DCCR* 2017, 108).

Deze sanctie geldt ook voor de vennootschap waarvan de activiteit waarop de vordering is gesteund niet valt binnen het maatschappelijk doel waarvoor de onderneming op die datum is ingeschreven (art. III.26, § 2 WER). De exceptie kan enkel worden opgeworpen voor de handelsactiviteit waarvoor de vennootschap niet is ingeschreven; ze moet voor elke andere exceptie worden opgeworpen (Cass. 9 januari 2017, *RABG* 2018, 299; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 716, randnr. 44).

Taal

49. De partij die in het gerechtelijk arrondissement Brussel in een taal wordt gedagvaard die zij niet meester is, is gerechtigd om *in limine litis* en onder de voorwaarden van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, een wijziging van de taal van rechtspleging aan te vragen. De rechter kan weigeren om in te gaan op deze vraag indien uit de elementen van de zaak blijkt dat de verwerende partij een toereikende kennis bezit van de taal waarin het proces wordt ingeleid (art. 4, § 2). Dat zij dat niet heeft, blijkt als het dossier enkel stavingsstukken in de andere taal bevat (Kh. Brussel Nl. 16 oktober 2017, *TRV-RPS* 2018, 68).

IV. De vennootschap onder firma (VOF), de gewone commanditaire vennootschap (GCV), de landbouwvennootschap (LV) en het (Europees) economisch samenwerkingsverband ((E)ESV)

Hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten van de VOF

50. De vennoten zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap onder firma (art. 204 W.Venn.). De vennootschapsschuld-eiser moet de vennoten dagvaarden op wie hij de schuldvordering wil verhalen om een uitvoerbare titel op hen persoonlijk te verwerven, zo niet kan de vennoot zich verzetten tegen uitvoering op zijn persoonlijk vermogen. De vennoot die niet werd gedagvaard kan derdenverzet aantekenen tegen de veroordeling van de vennootschap (art. 1122 Ger.W.); hij is immers een derde ten aanzien van de veroordeling van de vennootschap (en eventuele andere vennoten) (Cass. 13 april 2018, C.17.0486.F).

De voormelde verhouding tussen vennoten en VOF speelt ook bij het verzoek tot opening van een gerechtelijke reorganisatie. Dit verzoek kan door de VOF worden ingediend. Maar het kan niet tegelijkertijd voor de vennoten worden neergelegd. Immers de VOF moet eerst worden veroordeeld (Kh. Antwerpen 29 september 2017, *DAOR* 2018/125-126, 128).

Algemene vergadering en beslissing tot uitsluiting in de VOF

51. In de VOF en de Comm.V is de algemene vergadering geen verplicht orgaan. De vennoten kunnen

wel een algemene vergadering instellen. Ze regelen de oproeping en besluitvorming in de statuten. De besluiten kunnen worden nietig verklaard voor één van de gronden vermeld in artikel 64 W.Venn. (Kh. Gent (afd. Ieper) 12 oktober 2015, *JDSC* 2017, 71; reeds aangehaald in de vorige kronieken, *TRV-RPS* 2017, 717-718, nr. 49; *TRV-RPS* 2016, 723-724, nr. 55).

52. In voormeld vonnis werd verder beslist dat de uitsluiting van een vennoot uit een VOF kan worden toegelaten mits een statutaire regeling in die zin. Artikel 370 W.Venn. dat de uitsluiting van een vennoot van een coöperatieve vennootschap wegens gegronde redenen mogelijk maakt, is niet van toepassing op de VOF.

Overdracht van aandelen in de VOF

53. De overdracht van aandelen in een VOF en een Comm.V vergt de instemming van alle vennoten, tenzij de statuten anders bepalen (art. 209 W.Venn.). Bij die gelegenheid worden de openstaande schulden van de overdragende vennoot bij voorkeur geregeld. Indien dit niet gebeurt, zal de vennootschap moeten bewijzen dat er nog een vordering uitstaat van voor de overdracht als de overdrager dit betwist (Gent 16 oktober 2017, *DAOR* 2018/125-126, 127).

54. Wanneer een vennoot zijn aandeel in de vennootschap overdraagt, verdwijnt hij uit de vennootschap. Deze overdracht is pas aan derden tegenwerpelijk vanaf de openbaarmaking van de overdracht in de *Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad* (art. 209 W.Venn.). Om de overdracht aan de vennootschap tegen te werpen, wordt deze aan haar ter kennis gebracht of door haar erkend (art. 1690 BW *jo.* art. 209 W.Venn.). Deze tegenwerpelijkheid beschermt de derden die met de vennootschap wegens haar bestaan hebben gehandeld. Derden die uit hoofde van een onrechtmatige daad of wettelijke verplichting een vordering hebben op de vennootschap, zoals de fiscus op grond van de onbetaalde bedrijfsvoorheffing, behoren hier niet toe; voor hen geldt het gemeen recht (Cass. 2 september 2016, *TRV-RPS* 2018, 54, noot B. VANSTAEN en F. HOOGENDIJK, "Ceci n'est pas un tiers - De fiscus is geen derde in de zin van de bepalingen omtrent de tegenwerpelijkheid van akten van vennootschappen met rechtspersoonlijkheid"; *RABG* 2018, 293; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 717, nr. 47; ook besproken in randnr. 19).

V. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA)

Algemeen

Statuut van vennoot en zaakvoerder

55. De vennoot van een BVBA drijft geen handel in eigen naam. Zo ook de zaakvoerder die als orgaan namens de vennootschap optreedt. Zij zijn derhalve uit dien hoofde geen handelaar. Bijgevolg kunnen ze als natuurlijke personen een vordering tot collectieve schuldenregeling instellen die overeenkomstig artikel 1675/2 Ger.W. voorbehouden is aan niet-handelaars (de wet heeft het over zij die geen koopman zijn) (Cass. 2 mei 2016, *JDSC* 2017, 15). Vanaf 1 november 2018, zal de term koopman als onderneming worden begrepen (art. 254 Wet 15 april 2018; randnr. 3). Vanaf dan wordt de omschrijving van onderneming ook gewijzigd, en omvat deze onder meer iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent (nieuw art. I.1, 1°(a) WER). Bijgevolg is de zaakvoerder wel een onderneming (zie randnr. 42). De vennoot van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, zoals een BVBA, niet, omdat hij als vennoot niet de activiteit van de vennootschap uitoefent en het aanhouden van aandelen op zich geen beroepsactiviteit is tenzij men hiervan een gewoon beroep maakt.

Oprichting - kapitaal

Inbreng in kapitaal en volstorting

56. De inbreng in kapitaal van een goed dat onmiddellijk wordt volgestort houdt in dat de vennootschap vanaf dat ogenblik de houder van alle eigendomsrechten op dit goed wordt en er vrij over kan beschikken. Dit is op het ogenblik van de oprichting of nadien bij een kapitaalsverhoging op de dag waarop de algemene vergadering tot kapitaalsverhoging beslist waarbij het goed wordt ingebracht. Deze beslissing wordt bij authentieke akte vastgesteld. Bij inbreng van een pachtovereenkomst, zal de vennootschap vanaf dat ogenblik alle rechten onder de pachtovereenkomst kunnen uitoefenen; de inbreng en de verwerving door de vennootschap van de hoedanigheid van verpachter zijn onmiddellijk tegenwerpelijk aan de pachter; de bekendmaking door neerlegging ter griffie en bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* is hiervoor niet vereist omdat een inbreng in natura bij inschrijving moet worden volgestort (art. 305 W.Venn.) en de vennootschap vanaf dat ogenblik eigenaar is geworden. De vennootschap kan dus vóór de bekendmaking de pachtovereenkomst opzeggen (Cass. 1 februari 2016, *JDSC* 2017, 10, noot

M. COIPEL, “Que deviendra l'article 9, alinéa 5, de la loi sur le bail à ferme si le projet de nouveau Code des sociétés et associations est adopté?”, *JDSC* 2017, 29, noot H. CULOT, “Apport en nature, bail à ferme et portée de la publication des actes de sociétés”, *JDSC* 2017, 301; ook reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 718, nr. 51).

57. Een vennoot kan niet beslissen om zijn aandelen te volstorten zonder dat het bestuursorgaan de volstorting heeft gevraagd. Het niet-volgestorte deel van het kapitaal is een schuld op termijn. Als de statuten geen termijn bepalen, komt het aan het bestuursorgaan toe om te beslissen over de datum van volstorting. Het hof van beroep te Gent oordeelt dat de vennoot wel kan volstorten voordat het bestuur de volstorting vraagt, en dus voor de vordering tot volstorting opeisbaar is. Dit zou inhouden dat een vennoot voordien kan volstorten (Gent 7 november 2016, *DAOR* 2017/1, 135). Het verwijst daarbij naar een arrest van 25 juni 2007 van hetzelfde hof dat ingaat tegen de meerderheidsvisie en een groot deel van de rechtspraak (Gent 25 juni 2007, *TBH* 2008, 731, met kritische noot van R. HOUBEN, “Schuldvergelijking met de volstortingsvordering bij samenloop” waarin de rechtsleer wordt aangehaald). De vordering is niet opeisbaar zolang geen volstorting wordt gevraagd door het bevoegde vennootschapsorgaan (Mons 13 november 2006, *JLMB* 2007, 969). De vennoot kan niet vrijwillig overgaan tot volstorting (M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, Kalmthout, Biblo, 1995, 352; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 523). De aldus door de vennoot betaalde gelden moeten als onverschuldigde betaling worden geboekt. Als de vennoot een opeisbare schuld heeft ten aanzien van de vennootschap kunnen de gelden eventueel worden aangewend tot aanzuivering van deze schuld. Het saldo vordert de vennoot terug als onverschuldigde betaling (art. 1377 BW). De vrijwillige betaling kan, in geval van een volstorting onder tijdsbepaling, niet worden gezien als een verzaking aan een termijn (art. 1186 BW), omdat de termijn in geval van volstorting is bepaald in het voordeel van de vennootschap (Mons 28 april 2009, *JLMB* 2010, 1382). In geval van faillissement vóór terugbetaling valt zijn vordering in de samenloop. Het standpunt van het hof van beroep van Gent staat niet alleen. Dit hof van beroep heeft dit standpunt consequent aangehouden (zie benevens voormelde arresten, Gent 10 oktober 2001, *TRV* 2002, 454, kritische noot R. TAS; Gent 25 september 1991, *RW* 1991-92, 614), en wordt ook wel bijgetreden door andere rechtscollèges (Brussel 18 oktober 2005, *TRV* 2007, 688; zie ook in die zin, H. CULOT, “La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques” in J. MALHERBE et É.-J. NAVEZ (eds.), *Droit des affaires et sociétés -*

Actualités et nouveaux enjeux, Limal, Anthemis, 2013, p. 107-111).

De hoofdelijke aansprakelijkheid van de oprichters (art. 229, eerste lid, 2° W.Venn.) wanneer niet is voldaan aan de wettelijke volstortingsplicht brengt enkel met zich mee dat de oprichters hoofdelijk aansprakelijk zijn tot betaling van het deel van het kapitaal tot aan de minimale volstortingsgrens (bepaald in artikel 223 W.Venn.) dat niet is volgestort; ze zijn niet aansprakelijk voor de volstorting van het volledig geplaatste kapitaal (Gent 7 november 2016, *DAOR* 2017/1, 135).

Financieel plan

58. Bij de oprichting moeten de oprichters een financieel plan aan de notaris overhandigen waarin ze het bedrag van het maatschappelijk kapitaal bij oprichting verantwoorden (art. 215 W.Venn.). De notaris houdt dit plan bij, en in geval van faillissement binnen de drie jaar na de oprichting zal de rechter nagaan of het maatschappelijk kapitaal kennelijk ontoereikend was voor de normale uitoefening van de voorgenomen bedrijvigheid over ten minste twee jaar. Indien dit zo is, kan hij de oprichters aansprakelijk houden voor de verbintenissen van de vennootschap naar een verhouding die hij vaststelt (art. 229, 5° W.Venn.).

Bij de beoordeling van het financieel plan moet de rechter zich plaatsen op de dag van de oprichting. Onvoorzienbare factoren die nadien opduiken, komen niet in de weegschaal. De wet legt op dit ogenblik geen vormelijke of inhoudelijke vereisten op aan het financieel plan (behalve voor de Starter-BVBA). Het werd nochtans beslist dat de verantwoording van het maatschappelijk kapitaal een beschrijving vereist van de vooropgestelde activiteit, een schatting van de te behalen omzet, een rentabiliteitsstudie en op basis hiervan een berekening van de noodzakelijke investeringen als kost, het bedrag van de kredieten en de eventuele zekerheids- en borgstellingen. Daarbij wordt niet enkel rekening gehouden met het statutaire kapitaal maar ook met andere middelen die de vennootschap ter beschikking heeft. Al deze gegevens zouden in het financieel plan moeten zijn opgenomen (Kh. Brussel Nl. 19 juli 2017, *DAOR* 2017/123, 100). Dit vonnis kan niet volledig worden bijgetreden. De voorgestelde activiteit blijkt uit het maatschappelijk doel en moet dus niet in het financieel plan worden opgenomen. Verder kan niet worden aanvaard dat de rechter bij de beoordeling van de oprichtersaansprakelijkheid enkel rekening houdt met hetgeen in het financieel plan is opgenomen. Financiële middelen die in praktijk vanaf de

oprichting ter beschikking staan van de vennootschap moeten ook in rekening worden gebracht ook al zijn ze niet opgenomen. Anders oordelen is de werkelijkheid miskennen.

Verlies van kapitaal

59. Indien het nettoactief daalt tot beneden het bedrag van 6.200 euro, kan iedere belanghebbende de ontbinding van de vennootschap vorderen, met dien verstande dat de rechtbank een termijn kan toestaan om de toestand in regel te brengen. Deze bepaling geldt niet voor een Starter-BVBA (art. 333 W.Venn.). Met belanghebbende wordt niet enkel verwezen naar een schuldeiser. Anderen, zoals het openbaar ministerie of een concurrent kunnen eveneens belang hebben om de ontbinding te vorderen (zie de vorige kronieken, *TRV-RPS* 2017, 724, nr. 56; *TRV-RPS* 2016, 724, nr. 56; *TRV* 2015, 527, nr. 52 *TRV* 2014, 577, nr. 62; *TRV* 2012, 581, nr. 42; *TRV* 2011, 487, nr. 64). Een derde die geen schuldeiser is, kan een belang hebben; aldus de kredietinstelling die de bouw van een onroerend goed heeft gefinancierd en die de ontbinding vordert van de vennootschap-huurder van het goed, die in gebreke blijft om de huurgelden te betalen aan de vennootschap-schuldenaar van de kredietinstelling (Mons 12 september 2016, *JDSC* 2017, 245, noot M.A. DELVAUX; aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 724, nr. 56).

Effecten

Toetreding, beslag, overdracht en koop-verkoopovereenkomsten

60. Bij verkoop wordt rekening gehouden met de wettelijke overdraagbaarheidsbeperkingen opgenomen in het Wetboek van vennootschappen. Dit geldt ook voor de overdracht bij uitvoerend beslag (J. HEIRMAN en H. GELDOLF, “Beslag op aandelen - onbekend is onbemind of onwerkbaar instrument?”, *TRV-RPS* 2018, 263-264).

61. Een koop-verkoop komt slechts tot stand als er overeenstemming is over de prijs en het voorwerp, zijnde de aandelen (art. 1582 BW). In onderhandelingen tussen vennootschappen wordt vaak gestipuleerd dat een overeenkomst wordt aangegaan onder de voorwaarde (of onder het voorbehoud) van goedkeuring door het bestuursorgaan. Indien hiermee wordt aangegeven dat de vennootschap namens wie de onderhandelaar handelt, nog moet instemmen, dan is dit geen opschortende voorwaarde maar een vereiste van instemming van de vennootschap, met name de noodzaak van een bevestiging door het

bevoegde vennootschapsorgaan om toe te treden tot de overeenkomst, omdat de onderhandelaar niet bevoegd is om die stap te zetten (A. DE BOECK, “Onderhandelen met de rem op : het gebruik van voorbehoudmechanismen in de precontractuele fase”, *TBBR* 2018, 3 e.v.; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 430-431).

De doorverkoop van de aandelen aan een derde is nietig, want de koper kon de aandelen niet doorverkoop daar ze hem niet toebehoorden. De derde-koper kan schadevergoeding vragen indien hij niet wist of behoorde te weten dat de aandelen onder ontbindende voorwaarde aan de verkoper toebehoorden (art. 1599 BW) (Cass. 15 september 2011, *Pas.* 2011, 1948; *RW* 2011-2012, 1515, noot N. VAN HIMME, “Verkoop van andermans zaak : een kwestie van geldigheid of van wanprestatie ?”). Hij moet wel schade en causaal verband aantonen (Gent 30 september 2013, *TRV-RPS* 2018, 144, noot). Een vordering uit hoofde van een garantieverklaring die deel is van een overeenkomst die *ex tunc* nietig werd verklaard, is ongegrond want de overeenkomst sorteert geen rechtsgevolgen (Gent 7 januari 2013, *TRV-RPS* 2018, 135, noot A. TOLPE, “Over een onzorgvuldige koper van andermans zaak die met lege handen achterblijft en het belang van geldige vertegenwoordiging”).

62. De koop-verkoopovereenkomst van aandelen is onderworpen aan de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek inzake wilsgebreken. De wilsgebreken zien op het gebrek in de toestemming de aandelen te kopen. Bedrog veronderstelt kunstgrepen door de tegenpartij die van dien aard zijn dat zonder deze kunstgrepen klaarblijkelijk de overeenkomst niet of aan gunstigere voorwaarden zou zijn aangegaan door de partij die het slachtoffer van het bedrog is (art. 1116 BW). Voor bedrog toont de koper aan dat de kunstgrepen gebeurden met de bewuste bedoeling om hem te misleiden en aan te zetten tot contracteren. Het bedrog kan zien op andere essentiële voorwaarden van de koop-verkoop dan de aandelen, als die mede de prijs bepalen. Het kan positieve handelingen betreffen, zoals het bewust geven van verkeerde informatie. Het aanhechten aan de overeenkomst van een klantenlijst die niet aan de werkelijkheid beantwoordt, vormt bedrog; dat een klantenbestand altijd in beweging is, is geen excuus voor het verstrekken van verkeerde informatie. Wel moet het bewijs hiervan door de koper worden aangebracht, wat in casu niet gebeurde (Kh. Gent (afd. Kortrijk) 31 oktober 2016, *RW* 2017-18, 632).

De bedrieglijke kunstgrepen kunnen zowel op positieve handelingen zien, zoals het bewust geven van

verkeerde informatie, als het verzwijgen van informatie met voormelde bedoeling betreffen. De verkoper heeft geen informatieplicht; opdat verzwijgen van informatie bedrog uitmaakt, is vereist dat er in hoofde van de koper een spreekplicht bestaat (Rb. Brussel 14 april 2015, *DAOR* 2017/1, 86; *JDSC* 2017, 56). Dit is in lijn met de vaste rechtspraak (Cass. 28 april 1961, *Pas.* 1961, I, 925, noot R.H.).

Er is geen bedrog als mag worden aangenomen dat de koper van de informatie op de hoogte was. Er wordt rekening gehouden met de beroepsbezigheid en de bekwaamheid van de koper, alsmede met de bijstand van deskundige raadgevers die hem op bepaalde informatie kunnen wijzen (Rb. Brussel 14 april 2015, *DAOR* 2017/1, 86; *JDSC* 2017, 56).

Indien het bedrog bepalend was voor de instemming van de koper, kan deze de nietigverklaring of een schadevergoeding vorderen. Dit is bijvoorbeeld het geval, als de verkoper de koper ten onrechte voorhield dat de vennootschap een aantal klanten had en hem met deze informatie ertoe heeft gebracht om de aandelen te kopen. Indien dit niet doorslaggevend was, kan hij enkel vergoeding vorderen voor de schade die bestaat in het verschil in prijs en andere voorwaarden, die hij zou hebben onderhandeld indien hij van de juiste informatie op de hoogte was. De koper bepaalt zelf of hij hoofdbedrog inroept, dan wel enkel schadevergoeding vordert (Rb. Brussel 14 april 2015, *DAOR* 2017/1, 86; *JDSC* 2017, 56; zie ook randnr. 69).

Bij overlijden moeten de erfgenamen worden aanvaard door het bevoegde bestuursorgaan om vennoot te kunnen worden. Bij weigering wordt de waarde van de aandelen aan de erfgenamen uitbetaald (art. 252 W.Venn.). In de statuten kan dit nader worden geregeld. Aldus kan worden bepaald dat de weigering van aanvaarding binnen een bepaalde termijn na overlijden moet worden bekendgemaakt. Deze termijn zal pas lopen van zodra de erfgenamen zich kenbaar hebben gemaakt. Indien de waardebeoordeling volgens de statuten gebeurt aan de hand van de laatste balans dan wordt bedoeld de balans van het boekjaar dat de overdracht wegens overlijden voorafgaat. Er moet geen rekening worden gehouden met de verrichtingen van na 31 december van dat boekjaar (Liège 3 mei 2017, *DAOR* 2018/125-126, 126).

63. De nieuwe rechtspraak van het Hof van Cassatie waarin feitenrechters de mogelijkheid wordt gelaten om de omvang van een niet-concurrentiebeding dat in tijd of ruimte of in haar voorwerp te ver gaat, te matigen als dit niet tegen de wil van de partijen ingaat (besproken in de vorige kroniek, *TRV-RPS*

2016, 725, randnr. 60, en aangehaald in de kroniek *TRV-RPS* 2017, 719-720, nr. 57), vond bevestiging in een nieuw arrest van het Hof van Cassatie (Cass. 14 september 2017, *TRV-RPS* 2018, 123, noot B. BELLEN, “Geldigheidsvoorwaarden voor niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten”). In dit arrest oordeelde het hoge gerechtshof dat een concurrentiebeperking onredelijk is wanneer deze naar voorwerp, territorium of duur verder reikt dan noodzakelijk om de concurrentie tegen te gaan. Qua activiteiten wordt rekening gehouden met de activiteiten die rechtstreeks verband houden met de voorheen uitgeoefende activiteiten (Kh. Gent (afd. Veurne) 1 maart 2017, *DAOR* 2017/123, 55; ook besproken in randnr. 71).

Deze rechtspraak vond ondertussen ook toepassing in de praktijk. Aldus werd geoordeeld dat het beding dat concurrentie verbiedt in een hele provincie daar waar de overgedragen vennootschap enkel actief is in enkele gemeenten, qua territorium tot deze gemeenten moet worden beperkt rekening houdend met de aard van de vennootschapsactiviteit. De rechter vond in de omstandigheden van het geschil voldoende aanwijzingen dat dit beantwoordde aan de bedoeling van de partijen. De geldigheidsduur van drie jaar werd als een geldige beperking aanzien (Kh. Gent (afd. Veurne) 1 maart 2017, hoger in dit randnr. aangehaald). De duur van drie jaar is standaard in de M&A praktijk (B. BELLEN en F. WIJCKMANS, “De nieuwe Belgische M&A index”, *TRV* 2013, 228; B. BELLEN en F. WIJCKMANS, “De Belgische M&A index”, *TRV* 2010, 114).

Gezien het openbare orde-karakter van de vrijheid van economische activiteit kunnen te vergaande beperkingen niet als geldig worden aanzien enkel en alleen om de reden dat de partijen in het verleden de beperkingen redelijk vonden (Gent 11 mei 2015, *JDSC* 2017, 65; *TGR* 2015, 257 en 2016, 186).

Overdracht en volstorting

64. In vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid is de vennoot enkel tot volstorting van zijn inbreng gehouden. De vennootschap moet pas rekening houden met de overdracht wanneer de voorwaarden zijn vervuld om ze aan haar tegen te werpen; voordien mag ze ervan uitgaan dat de overdrager nog steeds vennoot is. Indien de vennootschap de volstorting vraagt vóórdat de overdracht aan haar kan worden tegengeworpen, blijft de overdragende vennoot gehouden tot betaling (Cass. 29 maart 1900, *Pas.* 1900, I, 192, concl. conf. adv.-gen. MELOT). Zo niet, keert de vennootschap zich tegen de overnemer. Nadien kan de overdrager niet meer worden

aangesproken (Cass. 9 maart 2017, *TRV-RPS* 2017, 932, noot D. LAMBRECHT, “La cession de parts non entièrement libérées d’une SPRL libère totalement le cédant : la Cour de cassation se prononce enfin”; *DAOR* 2017/124, 26). Hiermee wordt definitief een einde gesteld aan de oneensgezindheid in de rechtsleer omtrent in welke mate de regeling die geldt voor de NV (hoofdelijke aansprakelijkheid) *per analogiam* op de BVBA (en de CVBA) moet worden toegepast (zie de vorige kronieken, *TRV* 2015, 528, nr. 55; *TRV* 2010, 464, nr. 42; *TRV* 2008, 484, nr. 58). De volstoringsverplichting gaat mee over op de overnemer; er is geen instemming van de algemene vergadering vereist (Kh. Antwerpen (afd. Tongeren) 19 april 2017, *DAOR* 2017/124, 65).

Deze regel geldt in beginsel ook voor de derde, zoals de curator van de gefailleerde vennootschap (Gent 30 juni 2014, *JDSC* 2015, 70, noot M. COIPEL; *DAOR* 2014/112, 145). Zolang niet tegenwerpelijk, kan de curator zich in beginsel tegen zowel de verkoper als de koper keren voor de volstorting van de aandelen (Kh. Hasselt 22 september 2009, *JDSC* 2011, 112, noot M. COIPEL; *RW* 2010-11, 502).

Bestuur

Bezoldiging

65. Indien is overeengekomen dat de zaakvoerder zijn mandaat onbezoldigd uitoefent, zijn de vergoedingen die aan hem worden uitgekeerd onverschuldigde betalingen die de curator kan terugvorderen. De algemene vergadering kan tijdens het mandaat beslissen om een vergoeding toe te kennen (Gent 7 december 2015, *RABG* 2018, 295; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 720, nr. 62).

De beslissing van de algemene vergadering kan blijken uit een goedkeuring van de jaarrekening. Niets verzet er zich tegen dat een zaakvoerder waarvan het mandaat onbezoldigd is behoudens andersluidende beslissing van de algemene vergadering gelden opneemt en deze boekt in rekening-courant. De vennootschap heeft dan wel een vordering op hem (Gent 19 juni 2017, *DAOR* 2017/123, 96; ook besproken in randnr. 22).

Belangenconflicten

66. In geval van een belangenconflict moet de zaakvoerder de procedure van artikel 259 W.Venn. toepassen. Doet hij dit niet, dan kan de vennootschap de nietigverklaring van de beslissing of verrichting vorderen als de wederpartij op de hoogte is van de

overtreding van de procedure of hiervan op de hoogte had moeten zijn (art. 259, § 2 W.Venn.). Dit is een relatieve nietigheid die enkel door de vennootschap kan worden gevorderd; een vennoot kan dat niet (Cass. 1 juni 2018, C.17.0642.F).

VI. De coöperatieve vennootschap (CVOA, CVBA en SCE)

CVOA

Hoofdelijke aansprakelijkheid en overdracht van aandelen

67. De vennoten van een CVOA zijn persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapschulden (art. 352 W.Venn.).

De vennoot van een CVOA moet bij de inschrijving van zijn aandeelhouderschap in het aandelenregister tekenen met de in zijn hand geschreven woorden “goed voor onbeperkte en hoofdelijke verbintenis”; de inschrijving gebeurt op grond van “documenten met bewijskracht, die gedagtekend en ondertekend” zijn (art. 357, § 3 W.Venn.). Het bewijs hiervan ligt bij de schuldeiser die de vennoot tot betaling van vennootschapsschulden aanspreekt. Het dwangbevel voor een fiscale schuld van de vennootschap kan niet tegen de vennoten van een CVOA worden uitgevoerd als het aandelenregister niet voorligt en niet blijkt dat deze vermelding zou zijn aangebracht in het aandelenregister (Rb. Brussel Fr. 22 februari 2017, *RGCF* 2017, 329).

VII. Société anonyme (SA)

Titres

68. Lorsque les actions sont nominatives, le registre des actions constitue une preuve de la propriété. Mais il ne s’agit que d’un moyen de preuve, qui n’est d’ailleurs pas exclusif. Les actionnaires peuvent invoquer d’autres preuves de leur droit de propriété sur les actions, éventuellement à l’encontre des mentions du registre. La présomption de l’article 2279 du Code civil ne s’applique qu’aux biens corporels, ce que sont les actions au porteur mais non les actions nominatives (Gent 24 octobre 2016, *RPS-TRV* 2018, 222, note B. VAN BAELEN, “Show me the title - Over eigendomsaanspraken op aandelen op naam en aandelen aan toonder”).

Cet arrêt rappelle aussi qu’une cession d’actions se prouve conformément au droit commun applicable à l’opération. Par exemple, s’il s’agit d’une vente entre

personnes civiles, les articles 1341 et 1325 du Code civil sont applicables. Un autre arrêt se fonde sur les mêmes principes à propos d'une prétendue donation (Antwerpen 25 octobre 2017, *T. Not.* 2018, 33).

69. Le dol est assez fréquemment invoqué dans les litiges consécutifs à des conventions de cession d'actions ou de parts. Il peut s'agir d'un dol principal entraînant l'annulation du contrat ou d'un dol incident conduisant à une réduction du prix. Le dol peut résulter de la transmission d'informations fausses ou de la rétention d'informations que le vendeur était tenu de communiquer. Le tribunal tient compte des circonstances de l'espèce, notamment de la *due diligence* effectuée par l'acheteur et ses conseillers et des informations qu'un acheteur normalement avisé aurait dû demander (TPI Bruxelles 14 avril 2015, *DAOR* 2017/1, 86; *JDSC* 2017, 56; voy. égal. n° 62).

70. Les déclarations et garanties habituellement incluses dans un contrat de cession d'actions doivent s'interpréter en tenant compte du texte de la convention et des exigences de la bonne foi. C'est à la lumière de ces deux concepts que le juge détermine si les éléments qui étaient connus de l'acheteur au moment de la vente sont ou non couverts par les garanties. De la même manière que le cessionnaire ne doit pas démontrer une faute du cédant pour activer les garanties, le cédant ne peut pas invoquer une faute du cessionnaire pour refuser de payer les indemnités prévues par le contrat de cession (Gent 18 février 2013, *RPS-TRV* 2018, 329, note T. HERREMANS, "Kennis van de koper van aandelen : pacta sunt servanda vs. bona fides"). Si l'existence et le montant d'un compte courant sont reconnus dans une convention de cession d'actions conclue après avoir effectué une *due diligence*, le compte courant ne peut plus être contesté ultérieurement (Comm. Gent (div. Veurne) 1er mars 2017, *DAOR* 2017/123, 55).

71. Une convention de cession d'actions peut contenir une clause de non-concurrence interdisant au cédant de poursuivre ou de recommencer des activités économiques similaires à celles exercées par la société dont les actions sont vendues. Mais l'interdiction doit être limitée dans le temps, dans l'espace et dans la nature des activités, afin de ne pas attenter de manière déraisonnable à la liberté d'entreprendre (Comm. Gent (div. Veurne) 1er mars 2017, *DAOR* 2017/123, 55; voy. égal. n° 64).

72. Lorsqu'un contrat de cession d'actions est annulé, le cessionnaire est tenu d'une obligation de restitution qui s'exécute en principe en nature, s'il est toujours propriétaire des actions cédées. Le fait que la valeur de ces actions ait diminué, même fortement, n'y change rien : en raison de la rétroactivité de l'an-

nulation, le cédant est en effet censé être resté propriétaire des actions, et subit par conséquent le risque économique lié à la baisse de valeur (comme il bénéficierait en d'autres circonstances d'une augmentation de la valeur). Si le cessionnaire n'est plus propriétaire des actions, il doit payer une indemnité correspondant à la valeur de ces actions au moment où l'indemnité est liquidée, de sorte que, dans ce cas également, le cédant supporte le risque de variation de valeur des actions (Cass. 13 janvier 2017, *RPS-TRV* 2018, 44, note F. PEERAER, "De financiële crisis en de wrange nasmaak van de gevolgen van de nietigheid van een overeenkomst tot overdracht van aandelen"). Cette solution, apparemment conforme aux principes juridiques mais qui peut avoir des effets économiques difficiles à justifier, ne semble pas tenir compte du fait que, si le cédant était (réellement et non fictivement) resté propriétaire des titres, il aurait pu les revendre au moment opportun, ce qui n'était pas possible avant l'aboutissement de l'action en nullité. Qu'elle ait un effet rétroactif n'évite pas que, tant qu'elle n'est pas déclarée fondée, le cédant est contraint de courir le risque de perte sans pouvoir le limiter par une vente des titres à un moment opportun.

73. Lauréat du Prix annuel de la *RPS-TRV*, T. VOS publie dans cette revue le texte remanié de son mémoire de master, consacré au squeeze-out dans une perspective comparée (T. VOS, "Uitstoting van minderheidsaandeelhouders uit genoteerde vennootschappen. Rechtsvergelijkende en rechtseconomische analyse", *RPS-TRV* 2017, 975-994). G. DAVIGNON, premier accessit du même prix, publie une recherche sur les actions à droit de vote multiple (G. DAVIGNON, "Les actions à droit de vote multiple : une opportunité pour les sociétés anonymes belges", *RPS-TRV* 2017, 995-1011). Ce type de titres connaîtra probablement un regain d'attention dans un avenir proche, puisque le projet de Code des sociétés et des associations, s'il est adopté, les autorisera à nouveau dans les SA et les SRL.

Capital

Augmentation de capital

74. R. COPPENS et F. JORENS consacrent un article aux différents mécanismes, légaux et conventionnels, qui sont (ou pourraient être) utilisés pour prévenir la dilution des actionnaires anciens, en particulier dans les sociétés dites de *venture capital* qui, en raison de leur croissance rapide, nécessitent souvent d'importantes augmentations de capital (R. COPPENS et F. JORENS, "Anti-dilutiebescherming in venture capital : zin en onzin", *RPS-TRV* 2018, 155-175).

75. En cas d'augmentation de capital en numéraire, les fonds apportés doivent, à concurrence au moins du minimum à libérer, être déposés préalablement à l'acte sur un compte bancaire au nom de la société, qui reste bloqué jusqu'à la décision d'augmentation du capital. Se pose la question de savoir ce que deviennent les fonds si la société est déclarée en faillite après le versement mais avant l'augmentation de capital. Selon S. Loosveld, il faut, même dans ce cas, respecter la condition figurant dans la loi : si l'augmentation de capital n'est pas intervenue dans les trois mois, les fonds doivent être restitués à ceux qui les ont versés (S. LOOSVELD, "Het lot van de gelden op een bijzondere rekening geopend met het oog op een kapitaalverhoging in geval van faillissement van de vennootschap", *RPS-TRV* 2017, 844-846).

Réduction de capital

76. En cas de réduction de capital par remboursement aux actionnaires, le président du tribunal de commerce peut ordonner qu'une sûreté soit accordée à un créancier. L'existence d'une contestation, même sérieuse, du montant de la créance, ne l'exclut pas. La créance résultait en l'espèce d'une action en retrait qui avait été déclarée fondée dans son principe contre la société ayant décidé de réduire son capital (en tant qu'elle était associée d'une autre société), sans que le prix des parts qu'elle était condamnée à acquérir ait encore été déterminé définitivement (Prés. Comm. Gent (div. Dendermonde) 22 décembre 2016, *RPS-TRV* 2017, 1070, note J. VAN RIEL, "Kapitaalvermindering als bron van (on)zekerheden"). Rappelons, en matière de réduction de capital, la décision du président du tribunal de commerce de Bruxelles du 18 février 2016, précédemment épinglée (Prés. Comm. Bruxelles 18 février 2016, *RPS-TRV* 2016, 1150, note G. DE PIERPONT, "Réduction de capital par remboursement aux actionnaires - la protection des créanciers à tout prix"; *JDSC* 2017, 289, note G. DE PIERPONT, "Comment les créanciers sont-ils protégés en cas de réduction de capital ?"; cette chronique 2017, *RPS-TRV* 2017, 724, n° 77).

77. Il est possible de réaliser une réduction de capital en nature, en attribuant aux actionnaires un bien (par exemple un immeuble) appartenant à la société. Ceci suppose toutefois le respect de l'égalité des actionnaires prévue par l'article 612 du Code des sociétés. Cette opération, licite quoiqu'atypique, peut soulever des questions fiscales particulières (Y. DESMYTTERE, "Kapitaalvermindering in natura door uitbreng van onroerende goederen uit de vennootschap. Vennootschapsrechtelijke en fiscale aspecten", *Not. Fisc. M.* 2018, 2-16).

Perte du capital

78. Le curateur de l'actionnaire (en faillite) d'une société a qualité pour demander la dissolution de cette société sur la base de l'article 634 du Code des sociétés. Le juge doit apprécier la situation des fonds propres de manière purement mathématique, mais il doit se baser sur une comptabilité régulière (Liège 10 mai 2016, *RPS-TRV* 2017, 1049, note A. HANNOUILLE "L'action en dissolution pour perte du capital et l'action en désignation d'un expert-vérificateur introduites par un actionnaire-administrateur de la société poursuivie"; *DAOR* 2017/122, 64; aussi évoqué au n° 27). Il ne suffit donc pas de comptes approuvés par l'assemblée générale. La Cour prononce une réouverture des débats pour que les parties s'expliquent sur des opérations comptables qui semblent avoir indûment "embelli" le bilan.

Cela étant, la sonnette d'alarme doit être activée dès que la perte du capital est constatée ou devrait l'être "en vertu des obligations légales ou statutaires", même si des comptes annuels n'ont pas encore été établis ou approuvés (Cass. 24 mai 2018, C.17.0290.N). Assez logiquement, le retard pris à établir ou à faire approuver les comptes ne permet pas de s'exonérer de la responsabilité corrélative.

79. Le délai de prescription de l'action en responsabilité pour violation de l'article 633 du Code des sociétés commence à courir le jour où les dirigeants auraient dû convoquer l'assemblée générale. La Cour d'appel de Bruxelles fait donc courir le délai deux mois après l'approbation, par l'assemblée générale, des comptes faisant apparaître la perte de capital (Bruxelles 10 mars 2017, *JDSC* 2017, 169, note M.A. DELVAUX, "Succès puis revers d'un travailleur salarié qui s'attaque aux dirigeants de son employeur"). La Cour de cassation rejette le pourvoi contre cet arrêt, indiquant que "le manquement des administrateurs à leur obligation de réunir l'assemblée générale dans les deux mois à dater du moment où la perte a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales ou statutaires est consommé dès l'instant où ce délai est expiré", de sorte que c'est à ce moment que la prescription commence à courir (Cass. 4 mai 2018, C.17.0410.F).

Conseil d'administration

Statut de l'administrateur

80. Les règles de nomination des administrateurs sont généralement bien connues et ne conduisent guère à des décisions judiciaires. Mais les sociétés cotées sont à cet égard soumises à des normes particulières,

résultant de la loi mais aussi, du Code de gouvernance d'entreprises. C. VAN DER ELST rappelle ces règles, mais il analyse surtout la pratique des sociétés cotées du BEL 20 et du BEL-Mid, en fournissant des statistiques très intéressantes au sujet des désignations d'administrateurs au cours des années 2010 à 2016 (C. VAN DER ELST, "Empirisch onderzoek naar de benoeming van bestuurders van genoteerde vennootschappen", *RPS-TRV* 2017, 621-638).

La Cour d'appel d'Anvers a statué sur le cas d'une personne assignée en responsabilité en tant qu'administrateur, mais qui niait l'être. Bien que la nomination ait été publiée aux Annexes du Moniteur belge, la Cour retient le fait que le défendeur n'a pas signé le procès-verbal de l'assemblée générale au cours de laquelle il avait été nommé, qu'il n'a pas pris part à la publication de sa désignation, qu'il ne s'est jamais comporté comme un administrateur et qu'il n'est pas démontré qu'il ait reçu des avantages liés à cette fonction. Dans ces circonstances, l'action en responsabilité est déclarée non fondée (Antwerpen 1er mars 2018, *RPS-TRV* 2018, 319, note N. SOMERS, "Toezicht als mantra of toch niet? Toetsing van de controletaak van de raad van bestuur"). L'incidence de l'article 77 du Code des sociétés ne semble pas avoir été examinée.

81. L'administrateur reste en fonction jusqu'à ce qu'il soit remplacé (Cass. 12 mai 2014, *RPS-TRV* 2017, 219, note G. DE VliegHER, "Que se passe-t-il quand le terme du mandat d'un administrateur prend fin mais qu'il n'a pas été pourvu à son remplacement? Quels éclaircissements nous apportent les arrêts du 12 mai 2014 et du 27 juin 2014 à ce sujet?"; *JDSC* 2015, 95, obs. W. DAVID, "Les pouvoirs d'un dirigeant d'entreprise après l'échéance de son mandat"; *RABG* 2016, 415; *RDC* 2015, 414, note D. WILLERMAIN, "La poursuite des fonctions des administrateurs et gérants de sociétés après la fin de leur 'mandat'"; Cass. 27 juin 2014, *RPS-TRV* 2017, 214; O. MATIYCHUK, "La responsabilité de l'administrateur entre sa démission et la publication de celle-ci", *DAOR* 2016/118, 14; cette chronique 2015, *TRV*, 2015, 542, n° 96; cette chronique 2016, *RPS-TRV* 2016, 733, n° 75; cette chronique 2017, *RPS-TRV* 2017, 725, n° 82). Pendant ce temps, il doit assumer toutes les tâches de l'administrateur, notamment faire établir les comptes et convoquer l'assemblée générale lorsque les conditions de l'article 633 sont réunies; à défaut, l'administrateur engage sa responsabilité (Liège 1er octobre 2015, *JLMB* 2016, 1517; *JDSC* 2017, 162).

82. On trouve dans la jurisprudence publiée quelques exemples d'application de la procédure de conflit d'intérêts. Pour la Cour d'appel de Liège, un administrateur a des intérêts patrimoniaux (indirectement) opposés à ceux de la société qu'il dirige lorsque la

société concède un droit de superficie à une société dans laquelle ses parents sont associés (Liège 8 février 2017, *DAOR* 2017/123, 99 (somm.)). Il en va de même de l'administrateur qui accepte au nom de la société une cession de créance ayant pour effet de réduire la dette en compte courant de son père à l'égard de la société; le père, qui était le représentant permanent d'un administrateur personne morale de la société, est également visé (Liège 16 juin 2016, *DAOR* 2017/122, 68). La violation de la procédure entraîne la responsabilité de l'administrateur sur la base de l'article 528 du Code des sociétés (ou la responsabilité du gérant, sur la base de l'article 263 du même Code) s'il existe un dommage en lien causal avec la faute (Liège 8 décembre 2016, *DAOR* 2017/124, 23; Liège 8 février 2017, *DAOR* 2017/123, 99 (somm.)).

Toujours en matière de conflit d'intérêts, le jugement du Tribunal de commerce de Liège du 21 avril 2015, déjà évoqué dans une précédente chronique (cette chronique 2016, *RPS-TRV* 2016, 733, n° 77), est publié et commenté à nouveau (Comm. Liège (div. Liège) 21 avril 2015, *RPS-TRV* 2016, 279, note C. DEVESELEER, "Les conditions d'application de la procédure en conflit d'intérêts et la mise en cause de la responsabilité des administrateurs en cas de non-respect de l'article 523 du Code des sociétés"; *JDSC* 2017, 263, note M.A. DELVAUX, "Conflit d'intérêts et responsabilité des administrateurs : une valse (hésitation) à trois temps (art. 527, 528 et 529 du Code des sociétés) ?").

Pouvoirs

83. Si les statuts d'une société anonyme indiquent qu'elle est représentée en justice et vis-à-vis des tiers par deux administrateurs agissant conjointement, la requête introductive d'instance signée par une seule personne n'indiquant pas sa qualité paraît irrecevable. Mais il pourrait en aller autrement si l'objet du litige relevait de la gestion journalière et que la requête était signée par le délégué à cette gestion, ou si la requête émanait d'un mandataire. Dans ce type de cas, une réouverture des débats s'impose pour clarifier la situation (J.P. Charleroi 2 juin 2017, *JJP* 2018, 264; égal. mentionnée au n° 46).

Gestion journalière

84. Auteure d'une thèse de doctorat consacrée à la gestion journalière et soutenue à l'Université d'Anvers en juin 2017, N. SOMERS a publié un ouvrage contenant le fruit de ses recherches (N. SOMERS, *Dagelijks bestuur in de NV*, Intersentia, 2017, 450 p.). Dans un

article subséquent, elle se montre critique vis-à-vis de l'arrêt de la Cour de cassation du 26 février 2009 et plaide pour une suppression du délégué à la gestion journalière ou, au minimum, pour une modification légale qui lui accorderait des pouvoirs plus larges, correspondant aux besoins de la vie des affaires (N. SOMERS, "Organisatie van de dagelijkse leiding in de NV", *RW* 2018, 1483-1495). Le projet de Code des sociétés et des associations opte pour la seconde proposition.

85. Le Conseil d'État réaffirme sa jurisprudence selon laquelle l'introduction d'un recours en annulation d'un acte administratif ne relève pas de la gestion journalière. Dans une SA, la décision d'introduire un recours doit donc être prise par le conseil d'administration (C.E. 25 février 2016, n° 233.947, *Vigotekatherm*, *JDSC* 2017, 125, note M. COIPEL, "Le point sur la question de la représentation d'une SA ou d'une ASBL pour introduire un recours en annulation devant le Conseil d'État"; aussi évoquée au n° 47).

Assemblée générale

86. Le tribunal d'Amsterdam rejette la demande d'actionnaires d'une société cotée, de convoquer une assemblée générale ayant à son ordre du jour la révocation du président du conseil des commissaires. Le tribunal examine la demande au regard de "l'intérêt raisonnable" que doivent démontrer les actionnaires et conclut qu'elle est prématurée dès lors qu'une assemblée générale a été convoquée et doit se tenir quelques semaines après le prononcé de la décision, même si le point demandé ne figure pas à son ordre du jour (Trib. Amsterdam 10 août 2017, *RABG* 2018, 322).

87. Pour le président du tribunal de commerce d'Anvers, le droit des actionnaires d'exiger la convocation d'une assemblée générale et de mettre des points à l'ordre du jour, fût-il d'ordre public, doit être apprécié à la lumière de l'intérêt social et non de l'intérêt individuel des actionnaires demandeurs. Le droit de ces derniers n'est pas absolu et ils ne peuvent l'exercer de manière abusive. Dans les circonstances de l'espèce, le président estime justifié de désigner un mandataire *ad hoc* chargé de convoquer et de présider l'assemblée générale et d'en rédiger le procès-verbal. Dès lors qu'il estime que la révocation des administrateurs nuirait aux intérêts de la société, le président suspend le point de l'ordre du jour consacré à cette question, dans l'attente de décisions de

justice à intervenir au sujet d'un contrat de licence d'intérêt capital pour la société (Prés. Comm. Antwerpen (div. Antwerpen) 4 novembre 2016, *DAOR* 2018/125-126, 98; voy. égal. n° 26).

88. Le tribunal de commerce de Gand⁽²⁾ rappelle à juste titre que les actionnaires peuvent se faire accompagner d'un avocat pour assister à l'assemblée générale. Ils ont en effet le droit d'être éclairés, tant en fait qu'en droit, avant de prendre des décisions, d'autant plus quand la société est dirigée par trois administrateurs provisoires dont deux sont avocats (Comm. Gent (div. Veurne) 17 avril 2017, *RW* 2018, 1673). Une note indique que la tierce opposition contre cette décision a été déclarée non fondée.

Mesures provisoires

89. Tout actionnaire, même très minoritaire et même s'il est menacé d'exclusion (il s'agissait en l'espèce d'une SCA), a qualité et intérêt pour demander la désignation d'un administrateur provisoire lorsqu'il démontre une (apparence de) violation des statuts. Dans sa décision, le Président du tribunal de commerce de Liège (division Namur) rappelle opportunément, d'une part, les conditions d'intervention du juge des référés et, d'autre part, que les statuts de la société s'imposent à ses organes, qui ne peuvent donc pas valablement décider de s'en écarter (Prés. Comm. Liège (division Namur) 16 octobre 2017, *RPS-TRV* 2018, 234; égal. évoquée au n° 20).

90. Dans une SPRL détenue à parts égales par deux associés, un conflit entre eux (à propos notamment des comptes courants d'associés) conduisant à l'impossibilité de finaliser et d'approuver les comptes annuels constitue une circonstance urgente permettant au juge des référés de désigner un mandataire *ad hoc* chargé de recueillir les remarques des associés sur le projet de comptes, de finaliser ceux-ci avec l'aide du comptable de la société, de convoquer une assemblée générale avec leur approbation à l'ordre du jour et de déposer les comptes approuvés à la centrale des bilans de la BNB (Prés. Comm. Gent 15 novembre 2017, *DAOR* 2018/125-126, 104; égal. discutée au n° 26). Cette décision ne permet pas de résoudre le problème qui résulterait de l'absence, lors de l'assemblée générale, d'une majorité suffisante pour adopter la résolution d'approbation des comptes. Mais elle montre l'étendue des pouvoirs du juge des référés et, face à une jurisprudence globalement réticente à la désignation d'un administrateur

2. La publication de la décision indique qu'elle émane du tribunal de commerce, mais le contenu laisse penser qu'il s'agit plutôt d'une décision du président de ce tribunal.

provisoire évinçant complètement les organes normaux de la société, l'utilité de demander la désignation d'un mandataire dont la mission est clairement limitée.

VIII. Responsabilité des fondateurs, des associés et des administrateurs

Préjudice collectif

91. Dans l'édition précédente de cette chronique, nous signalions un arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 2017 (P.16.1021.F) qui refusait de casser un arrêt de la Cour d'appel de Mons selon lequel le dommage subi par un actionnaire d'une société déclarée en faillite résultait directement des investissements qu'il avait consentis, et non de sa qualité d'actionnaire (comme les autres) de la société en faillite (cette chronique 2017, *RPS-TRV* 2017, 727-728, n° 91).

Un arrêt de la Cour d'appel de Gand, publié et commenté antérieurement, rejette la demande d'un associé d'une SCRI dissoute, au motif que le dommage allégué n'est pas personnel car il résulte d'une diminution de la valeur du patrimoine de la société. Dans ce cas de figure, c'est la société qui a subi un dommage et seul le liquidateur est fondé à en demander la réparation. La Cour rappelle qu'un associé n'est pas - en tant que tel - créancier de la société, de sorte qu'il ne peut exercer une action oblique, et que le mécanisme de l'action minoritaire n'existe pas dans les sociétés coopératives à responsabilité illimitée (Gent 6 janvier 2014, *RW* 2017-18, 1669; *DAOR* 2014/111, 111; *RABG*, 2015, 324, noot V. CIERS, "Vertretpunt van de verjaringsstermijn voor een vordering wegens bestuursaansprakelijkheid"; *TRV* 2015, 388, noot SDD; cette chronique 2015, *TRV* 2015, 545 n° 109, 550, n° 121).

92. Dans un arrêt du 17 décembre 2015, la Cour de cassation considère que le non-paiement du précompte professionnel est un préjudice individuel du fisc, qui peut donc agir en responsabilité contre les dirigeants de la société ayant négligé de payer le précompte (Cass. 17 décembre 2015, *JDSC* 2017, 211, note M.A. DELVAUX, "Le créancier d'une société en faillite peut-il agir individuellement en responsabilité contre les dirigeants ?").

93. Le curateur peut exercer, au nom de la société en faillite, une action en responsabilité visant à réparer le dommage subi par la société. Il ne s'ensuit pas qu'il ne peut agir qu'en cette qualité : il est aussi le représentant de la masse des créanciers et peut demander une réparation au nom de la masse. Le

jugement du tribunal de commerce d'Anvers du 7 juillet 2015, évoqué dans cette chronique 2016, qui semble indiquer le contraire, est publié à nouveau (Comm. Antwerpen (div. Antwerpen) 7 juillet 2015, *RPS-TRV* 2016, 449, note C. BERCKMANS, "Bestuursaansprakelijkheid op hete kolen. Over samenloop, coëxistentie en quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent"; *JDSC* 2017, 133, note M.A. DELVAUX; cette chronique 2016, *RPS-TRV* 2016, 741, n° 93). Un arrêt de la Cour d'appel de Liège, en revanche, reçoit la demande du curateur agissant en tant que représentant des créanciers (Liège 1er octobre 2015, *JLMB* 2016, 1517; *JDSC* 2017, 162).

Compétence juridictionnelle

94. D'après le tribunal d'arrondissement du Limbourg, une action en responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil, introduite par un créancier d'une société contre le gérant de celle-ci, ne relève pas de la compétence spéciale du tribunal de commerce. Il ne s'agirait en effet ni d'une contestation découlant des procédures d'insolvabilité (art. 574, 2° C.jud.), ni d'un litige pour raison d'une société régie par le Code des sociétés (art. 574, 1° C.jud.). Le différend est donc confié au tribunal de première instance (Trib. arr. Limburg 21 décembre 2015, *Limb.Rechtsl.* 2017, 162 (somm.)). La faute alléguée découlait de l'absence de publication des comptes annuels. Il n'est pas certain que la conclusion aurait été la même si les demandeurs avaient, pour qualifier les mêmes faits, invoqué une violation du Code des sociétés ou, *a fortiori*, si les demandeurs avaient été des associés ou des dirigeants de la société. À notre avis, le tribunal eût été mieux avisé de requalifier la demande en se référant à son fondement juridique spécifique, à savoir une violation par le gérant d'une obligation résultant du Code des sociétés (art. 263, al. 1er C.soc.), ce qui l'aurait conduit à reconnaître la compétence du tribunal de commerce (voir aussi n° 41).

Responsabilité des fondateurs

95. Le contentieux de la responsabilité des fondateurs repose principalement sur un examen en fait. Les juridictions rappellent cependant régulièrement les grands principes en la matière : l'insuffisance du capital s'apprécie en tenant compte de toutes les sources de financement, dont les prêts d'actionnaires et les financements bancaires; il faut tenir compte de l'activité projetée par la société, et donc des spécificités du secteur économique dans lequel elle opère; le plan financier est certes un élément d'appréciation, mais le fait que les moyens financiers n'aient pas été appor-

tés dans la forme qu'il prévoyait ne suffit pas à rendre les fondateurs responsables; il faut apprécier les prévisions des fondateurs sur la base des éléments connus au moment de la constitution, sans tenir compte d'événements ultérieurs imprévisibles à ce moment (cette chronique 2017, *RPS-TRV* 2017, 92; Comm. Brussel Nl. 19 juillet 2017, *DAOR* 2017/123, 100 (somm.); voir aussi n° 58).

96. La responsabilité des fondateurs pour capital insuffisant est engagée lorsque la structure financière de la société est "déséquilibrée" au point que la faillite de la société était inéluctable dès le départ, indépendamment de la manière dont la société a été gérée (Liège 20 décembre 2016, *DAOR* 2017/124, 64 (somm.)). La cour rappelle à cette occasion que la responsabilité des fondateurs ne suppose pas que des fautes de gestion soient démontrées, ce qui est évident dès lors que les fondateurs ne sont pas (en cette qualité) chargés de la gestion.

Cette responsabilité est tranchée selon le critère de l'appréciation marginale, ainsi qu'il résulte des termes "manifestement insuffisant" que contient la disposition légale. On est toujours étonné de la négligence des fondateurs à la lecture de l'exposé des faits dans les décisions publiées, par exemple lorsqu'ils ont rédigé un plan financier pour un magasin alors que la société exploite ensuite un restaurant, qu'ils ont commis des erreurs arithmétiques ou omis de prévoir les dépenses de gaz et d'électricité. Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation quant au *quantum*, mais non quant au caractère solidaire de la responsabilité (Gent 26 juin 2017, *DAOR* 2017/124, 30).

Responsabilité des administrateurs et gérants

Faute de gestion

97. La faute de gestion simple est examinée selon le critère de l'appréciation marginale, comme le rappellent la Cour d'appel d'Anvers (Antwerpen 5 novembre 2015, *JDSC* 2017, 204; *RPS-TRV* 2016, 430; cette chronique 2016, *RPS-TRV* 2016, 739-740, qui ne retient aucune des fautes alléguées, le plus souvent en raison de l'absence de preuve) et la Cour d'appel de Gand (Gent 25 septembre 2017, *DAOR* 2018/125-126, 127 (somm.)). La faute de gestion entraîne en principe une responsabilité individuelle (et non solidaire) des administrateurs (Trib. arr. Luxembourg 23 mai 2013, *DAOR* 2017/122, 82).

98. Contrôler la manière dont le délégué à la gestion journalière exerce ses fonctions fait partie des devoirs de l'administrateur. Mais il n'a pas d'obligation de

résultat de s'assurer que le délégué ne commette aucune faute; le fait qu'une faute du délégué n'ait pas été remarquée par les administrateurs ne suffit donc pas pour qu'une faute soit retenue à leur charge (Antwerpen 1er mars 2018, *RPS-TRV* 2018, 319, note N. SOMERS, "Toezicht als mantra of toch niet? Toetsing van de controletaak van de raad van bestuur").

La Cour d'appel de Bruxelles ne retient pas une faute de gestion dans le cas d'un administrateur qui n'a pas payé ses cotisations sociales personnelles, alors que la société est solidairement responsable de leur paiement. Dans le cas d'espèce, l'administrateur avait obtenu une dispense de paiement, dont la société ne pouvait toutefois pas bénéficier (Bruxelles 21 avril 2017, *DAOR* 2017/124, 27).

Violation de la loi ou des statuts

99. L'accomplissement d'opérations en dehors de l'objet social, en l'espèce l'octroi de prêts importants à une autre société, constitue une violation des statuts entraînant la responsabilité des dirigeants (Liège 8 décembre 2016, *DAOR* 2017/124, 23). La Cour retient aussi la violation de la spécialité légale, car il n'existait entre les deux sociétés aucun contrat prévoyant le paiement d'intérêts. En outre, l'opération était affectée d'un conflit d'intérêts et la procédure légale n'avait pas été suivie.

Action oblique

100. Un arrêt de la Cour d'appel de Gand considère qu'un créancier de la société ne peut utiliser l'action oblique de l'article 1166 du Code civil pour réclamer la réparation de son dommage. En l'espèce, il s'agissait d'une action du fisc, la société avait été déclarée en faillite et la faillite avait été clôturée (Gent 19 octobre 2015, *JDSC* 2017, 191). La décision aurait probablement dû être plus nuancée : le régime de responsabilité prévu par le Code des sociétés n'exclut pas en soi l'utilisation de l'action oblique, mais le créancier ne peut évidemment exercer une action que son débiteur ne pouvait pas ou ne pouvait plus exercer (par exemple en raison de l'octroi de la décharge ou du dessaisissement résultant de la faillite) (M.A. DELVAUX, "Le créancier impayé d'une société peut-il introduire - durant la vie active de la société - puis poursuivre - une fois la faillite déclarée - une action oblique en responsabilité contre son dirigeant?", *JDSC* 2017, 199).

Faute grave et caractérisée ayant entraîné la faillite

101. La responsabilité du gérant d'une SPRL pour faute grave et caractérisée ne s'applique pas lorsque la société n'a pas dépassé, en moyenne au cours des trois exercices précédant sa faillite, les seuils fixés à l'article 265, § 1er, al. 2 du Code des sociétés.

La jurisprudence diverge quant à la manière d'appliquer cette disposition lorsque la société n'a pas survécu pendant trois exercices complets. Pour certains, il convient d'extrapoler les chiffres disponibles, ce qui revient à calculer la moyenne annuelle pendant la période d'activité de la société (Comm. Gent (div. Kortrijk) 6 janvier 2016, *JDSC* 2017, 234, note M.A. DELVAUX³); cette chronique 2017, *RPS-TRV* 2017, 729, n° 95). D'autres estiment que l'exception ne peut s'appliquer aux sociétés âgées de moins de trois ans (M. COIPEL, "Les sociétés privées à responsabilité limitée", *Rép. not.*, t. XII, liv. 4, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 317-2; M.A. DELVAUX, note sous Comm. Gent (div. Kortrijk) 6 janvier 2016, *JDSC* 2017, 243). La première solution doit être préférée. On pourrait même aller plus loin en considérant que, pour les années antérieures à la faillite pendant lesquelles la société n'existait pas encore, son chiffre d'affaires et le total de son bilan sont nuls.

102. On trouve dans la jurisprudence de fond des exemples de fautes graves et caractérisées. En pratique, les circonstances de fait sont déterminantes.

La cession à titre gratuit du fonds de commerce de la société à une autre société dont les dirigeants sont identiques, constitue une telle faute (Comm. Brussel Nl. 19 juillet 2017, *DAOR* 2017/123, 100 (somm.)).

Il en va de même d'une liquidation *de facto* de la société, dont les administrateurs avaient vendu les principaux actifs pour des prix apparemment sacrifiés, dans certains cas à des sociétés qu'ils contrôlaient. Cette "liquidation" qui n'en avait pas respecté les règles et procédures, avait été suivie de la faillite de la société, au cours de laquelle le curateur n'avait pu réaliser qu'un actif très modeste. Le créancier de la société, demandeur en responsabilité, avait donc subi un dommage résultant du non-paiement de sa créance (Antwerpen 15 juin 2017, *Limb.Rechtsl.* 2017, 283).

103. En matière de responsabilité pour non-paiement des cotisations de sécurité sociale, l'article 265, § 2 du Code des sociétés (désormais art. XX.226 CDE) *juncto* article 38, § 3 *octies*, 8. de la loi du 29 juin 1981, établit comme fait générateur de la responsabilité des

gérants le fait qu'ils aient été impliqués, au cours des cinq dernières années, dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale. La responsabilité particulière s'applique donc à partir de la troisième faillite (ou opération similaire). L'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2017 qui précise que cette troisième faillite peut avoir été déclarée ouverte le même jour que la deuxième, est publié par la *RPS-TRV* (2017, 930) (voir à ce sujet cette chronique 2017, *RPS-TRV* 2017, 730, n° 98).

Coexistence de responsabilités

104. En cas de *culpa in contrabendo* s'applique le principe dit de la coexistence des responsabilités, énoncé par l'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 2005. La jurisprudence de fond se range à ce principe. Encore faut-il qu'il existe réellement une faute extracontractuelle : si, au moment de la conclusion du contrat, les dirigeants de la société ne savaient pas que leur société serait ultérieurement déclarée en faillite et que le cocontractant ne serait pas payé, on ne peut leur reprocher de ne pas en avoir informé le cocontractant (Gent 11 mai 2015, *RPS-TRV* 2016, 439, note J. VAN EETVELDE, "Externe bestuurdersaansprakelijkheid wegens de verderzetting van een redeloos verloren onderneming : een verduidelijking van de voorwaarden"; *JDSC* 2017, 215, note M.A. DELVAUX, "La faute du dirigeant au cours de négociations préalables à la conclusion d'un contrat avec un tiers et son éventuelle responsabilité personnelle, complémentaire à celle de la société"; cette chronique 2016, *RPS-TRV* 2016, 741-742).

Responsabilité pour dettes fiscales

105. La présomption de responsabilité en cas de non-paiement de certaines dettes fiscales de la société ne concerne que les dirigeants "chargés de la gestion journalière de la société ou de la personne morale", visés aux articles 442^{quater} du CIR 92 et 93^{undecies} C, § 1er, al. 1er du Code de la TVA. À l'égard des autres dirigeants, le fisc doit prouver l'existence d'une faute personnelle. Tout administrateur est cependant tenu d'un devoir de diligence et de vigilance, qui l'oblige à se tenir informé des activités et de la situation de la société et à faire le nécessaire, selon les circonstances. En d'autres termes, le fait qu'il ne soit pas chargé de la gestion journalière au sens de ces dispositions ne l'autorise pas à ne pas se préoccuper du

3. Cette publication indique erronément que la décision date du 16 janvier 2016.

paiement des dettes fiscales par la société. Il commet une faute s'il ne se comporte pas conformément au standard de l'administrateur diligent (Antwerpen 22 mars 2016, *JDSC* 2017, 153).

106. Le jugement du tribunal d'arrondissement d'Anvers, rappelant, conformément à la jurisprudence établie, que l'action fondée sur l'article 442*quater* du CIR 92 relève de la compétence du tribunal de commerce, est à nouveau évoqué et commenté (Trib. arr. Antwerpen 13 novembre 2015, *JDSC* 2017, 184, note M.A. DELVAUX, "La juridiction compétente pour connaître des litiges relatifs à la responsabilité solidaire des dirigeants de sociétés en matière de pré-compte professionnel et de T.V.A."; voir aussi *RPS-TRV* 2016, 812, note S. DE GEYTER; cette chronique 2017, *RPS-TRV* 2017, 715 et 731, n° 39 et 101). Il en va de même de l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 24 septembre 2015 qui, après avoir constaté que les conditions des articles 442*quater* du CIR 92 et 93*undecies* C du Code de la TVA ne sont pas réunies, examine si l'on peut néanmoins reprocher au gérant une faute au sens des articles 1382 du Code civil et 265 du Code des sociétés (Antwerpen 24 septembre 2015, *RPS-TRV* 2016, 808; *RABG* 2016, 454; *JDSC* 2017, 224, note M.A. DELVAUX; cette chronique 2016, *RPS-TRV* 2016, 743, n° 97; cette chronique 2017, *RPS-TRV* 2017, 731, n° 102).

107. Il s'agit d'une responsabilité objective (Cass. 24 mars 2016, *RPS-TRV* 2017, 67; *RDC* 2016, 874; *JDSC* 2017, 231, obs. M.A. DELVAUX). La présomption de responsabilité établie par l'article 93*undecies* C du Code de la TVA porte non seulement sur le fait générateur, mais aussi sur le lien causal (Cass. 11 mars 2016, *RPS-TRV* 2016, 1105, note Ph. MALHERBE, "Eluder la responsabilité solidaire du dirigeant en matière de TVA"; *RGCF* 2017, 162; *JDSC* 2017, 257, obs. M.A. DELVAUX).

108. Le dirigeant peut s'exonérer de la responsabilité s'il démontre que le non-paiement des dettes s'explique par les difficultés financières qui ont conduit à la faillite ou à la procédure de réorganisation judiciaire. La Cour d'appel de Bruxelles accepte que la procédure d'insolvabilité soit ouverte après l'invocation, par le fisc, de la responsabilité du dirigeant. Mais elle décide ensuite que le non-paiement du pré-compte professionnel ne résulte pas des difficultés financières de la société (Bruxelles 17 avril 2017, *DAOR* 2017/123, 63; le même arrêt, mais portant la date du 20 avril 2017, est publié dans *DAOR* 2017/125-126, 101).

109. Indépendamment de ces dispositions spécifiques, le fisc tente parfois de récupérer l'impôt non payé par la société en invoquant la responsabilité

civile des dirigeants, découlant le cas échéant de la commission, par ceux-ci, d'infractions pénales. L'utilisation de cette technique de "recouvrement" pose un certain nombre de questions juridiques, dont celle de sa compatibilité avec l'article 458 du CIR 92 et celle du lien causal entre l'infraction et le dommage subi par l'administration (Cass. 11 janvier 2017, *Rev. dr. pén. crim.* 2017, 849, note E. VAN BRUSTEM, "Sociétés de liquidités : réparation du dommage propre de l'administration fiscale, *quo vadis* ?").

Responsabilité du liquidateur

110. Selon la Cour d'appel de Mons, le fisc peut agir en responsabilité contre le liquidateur d'une société ultérieurement déclarée en faillite. Le fisc, ayant introduit sa demande avant la déclaration de faillite, peut poursuivre la procédure en indemnisation après la clôture de la faillite. La Cour estime que le fisc a subi un préjudice propre du fait que le liquidateur a reçu une rémunération alors qu'il était prévu que son mandat serait exercé gratuitement et qu'il a cédé, sans explications, des actifs sans contrepartie suffisante (Mons 11 octobre 2016, *Ius et Actores* 2017, 187). À défaut d'une publication intégrale de l'arrêt, il serait hasardeux de le commenter.

Prescription

111. Selon l'article 198, § 1er, 4e tiret du Code des sociétés, le délai de prescription quinquennal court à partir des faits fautifs, ou éventuellement de la découverte de ces faits s'ils ont été celés par dol. Lorsqu'il s'agit d'une série de faits connexes, la prescription court à partir du dernier d'entre eux. Le dol, au sens de cette disposition, se réfère à des actes posés dans l'objectif de cacher les fautes commises par les dirigeants. Des manœuvres frauduleuses ne sont pas requises. Le fait que l'ancien gérant de la société connaissait l'existence des fautes (en l'espèce, un détournement de clientèle) ne peut être opposé au liquidateur de la société (Gent 6 janvier 2014, *RW* 2017-18, 1669; *DAOR* 2014/111, 111; *RABG*, 2015, 324, noot V. CIERS, "Vertrekpunt van de verjarings-termijn voor een vordering wegens bestuursaansprakelijkheid"; *TRV* 2015, 388, noot SDD; cette chronique 2015, *TRV* 2015, 545 n° 109, 550 n° 121. Sur le délai de prescription, voy. aussi Trib. Arr. Luxembourg 23 mai 2013, *DAOR* 2017/122, 82 et S. SOCCIO, "La responsabilité des dirigeants de sociétés commerciales à la lumière de la récente réforme du droit des sociétés luxembourgeois, un régime renforcé ou des évolutions timides : commentaire du jugement du Tribunal d'arrondissement du Luxembourg du 23 mai 2013", *DAOR* 2017/122, 8).

112. L'action en responsabilité contre le commissaire se prescrit par cinq ans, conformément à l'article 198 du Code des sociétés (Comm. Antwerpen (div. Antwerpen) 7 juillet 2015, *RPS-TRV* 2016, 449, note C. BERCKMANS, "Bestuurdersaansprakelijkheid op hete kolen. Over samenloop, coëxistentie en quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent"; *JDSC* 2017, 275, note M. CALUWAERTS, "Responsabilité des commissaires au sujet du contrôle des stocks"; cette chronique 2016, *RPS-TRV* 2016, 741, n° 93).

Action collective

113. Signalons encore le rejet, par la Cour d'Amsterdam, de la demande d'homologation d'un projet de transaction conclu dans le cadre d'une action collective consécutive à l'affaire *Fortis*, en raison principalement d'une différence de traitement non justifiée entre deux catégories d'actionnaires (Gerechtshof Amsterdam 16 juin 2017, *RPS-TRV* 2017, 1083, note S. DE GEYTER "De zaak Fortis : ongelijke behandeling van aandeelhouders bij schikking massa schade").

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid

Misbruik van vennootschapsgoederen

114. Het is voor bestuursleden verboden om activa van de vennootschap te gebruiken voor persoonlijke doeleinden. Dit is overigens strafbaar gesteld als misbruik van vennootschapsgoederen. Artikel 492bis Sw. straft bestuurders "*die met bedrieglijk opzet en voor persoonlijke rechtstreekse of indirecte doeleinden gebruik hebben gemaakt van de goederen of van het krediet van de rechtspersoon, hoewel zij wisten dat zulks op betekenisvolle wijze in het nadeel was van de vermogensbelangen van de rechtspersoon en van die van zijn schuldeisers of vennoten*" met een gevangenisstraf en een geldboete. De veroordeelde kan ook uit zijn politieke en andere rechten, omschreven in artikel 31 Sw., worden ontzet. Om de ernst van het nadeel te beoordelen, kan rekening worden gehouden met een op dat ogenblik zekere en vaststaande belastingschuld die de vennootschap niet meer kon betalen ten gevolge van het misbruik, ook al werd de belastingschuld nog niet formeel gevestigd (Cass. 6 juni 2017, *RW* 2017-18, 1301, noot). Een effectieve verrijking in hoofde van de dader moet niet zijn aangetoond (Liège 8 maart 2017, *Dr.pén.entr.* 2017, 293).

Er is misbruik van vennootschapsgoederen wanneer de zaakvoerder een persoonlijke schuld ten laste van de vennootschap legt (Liège 20 april 2017, *Dr.pén.entr.* 2017, 247).

Voormelde wetsbepaling sluit niet uit dat de door de dader gestelde gedragingen behoorden tot zijn bevoegdheid als bestuurder, zoals de betaling van een opeisbare schuldvordering. Als de bestuurder kennelijk op de hoogte was van de liquiditeitsmoeilijkheden van de vennootschap en hij in die hoedanigheid vennootschapsmiddelen heeft aangewend om zijn persoonlijke schuldvordering aan te zuiveren op een ogenblik dat het duidelijk was dat de vennootschap geen voldoende middelen meer zou kunnen ontwikkelen om andere bestaande schulden te betalen, en daarbij handelde vanuit een onrechtmatig eigenbelang en tegen de rechtmatige belangen van de vennootschap en andere schuldeisers in, maakt hij zich schuldig aan misbruik van vennootschapsgoederen (Cass. 2 februari 2016, *JDSC* 2017, 330, noot M.A. DELVAUX; reeds aangehaald in de vorige kronieken, *TRV-RPS* 2017, 733, nr. 109 en *TRV-RPS* 2016, 746, nr. 101).

IX. Résolution des conflits

Généralités

115. Le retrait n'exige pas la démonstration d'une faute du défendeur (Gent 16 janvier 2017, *RPS-TRV* 2017, 593, cette chronique 2017, *RPS-TRV* 2017, 733, n° 111). La séparation ou le divorce des associés peut constituer une situation de mésintelligence telle que leur collaboration au sein d'une société n'est plus raisonnablement possible.

116. La Cour de cassation tranche avec netteté que, lorsque le juge ordonne le transfert des titres, le transfert de propriété n'intervient pas nécessairement le jour de sa décision (Cass. 23 novembre 2017, *reflet RDC* 2018, 300) et que rien n'impose que le prix soit payé au moment du transfert de propriété (Cass. 15 décembre 2017, *JLMB* 2018, 298, *reflet RDC* 2018, 300).

Évaluation des titres

117. La décote de minorité ou d'illiquidité dans l'évaluation des actions n'a pas la cote. La Cour d'appel de Gand se prononce en principe contre une telle décote, même si tout est question d'espèce. L'actionnaire majoritaire qui rachète les actions du minoritaire devient actionnaire unique, ce qui renforce sa prime de contrôle (Gent 6 février 2017, *RPS-TRV* 2018, 59. Voir aussi cette chronique 2017, *RPS-TRV* 2017, 735, n° 120). La *RPS-TRV* publie un arrêt plus ancien qui rejetait l'application d'une décote de minorité, mais admettait une décote d'illiquidité pour des parts de SPRL, vu les restrictions légales à la ces-

sion de celles-ci (Bruxelles, 11 octobre 2013, *RPS-TRV* 2018, 65). T. VOS commente plusieurs décisions à ce sujet et plaide pour que les actions soient évaluées en fonction de la valeur de la société en *going-concern* et non en fonction du prix qui pourrait être obtenu en les vendant à un tiers. Il rejoint ainsi la jurisprudence majoritaire, réticente à appliquer une décote (T. VOS, “De pro rata *going concern*-waarde als uitgangspunt bij de waardering in geschillenregeling. Over controlepremies, minderheidsdécotes en illiquideits décotes”, *RPS-TRV* 2018, 5-16).

118. Lorsque l'exclusion ou le retrait intervient concomitamment à un divorce des associés (ou à l'occasion de celui-ci), l'évaluation de la valeur des actions est indépendante des comptes de la liquidation à effectuer dans le cadre du divorce. Mais en même temps, les ex-époux ne peuvent court-circuiter la procédure de liquidation-partage au moyen de la procédure de règlement des conflits, pour obtenir grâce à celle-ci des montants qui leur reviennent dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial. Aussi, la Cour ordonne que le prix des actions soit payé au notaire chargé de la liquidation (Gent 16 janvier 2017, *RPS-TRV* 2017, 593).

X. Fusies, splitsingen, inbreng van algemeenheid en van bedrijfstak

Fusie na faillissement

119. De vennootschap die failliet is verklaard kan nog worden opgeslorpt of gesplitst in twee of meer nieuwe vennootschappen op voorwaarde dat er geen uitkering aan de vennoten is gebeurd (art. 681 W.Venn.). Na fusie door opslorping kan het faillissement van de vennootschap worden uitgesproken tot zes maanden na de voltrekking van de fusie, naar analogie met de zesmaandentermijn waarbinnen de vordering tot nietigverklaring van de fusie kan worden ingesteld (art. 198, § 2 W.Venn.) (Kh. Liège 9 mei 2016, *TRV-RPS* 2017, 1077, noot J. VAN EETVELDE, “Kan een gefuseerde vennootschap nog failliet worden verklaard?”; aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 735-736, nr. 121).

Gevolgen

120. Het vermogen van de overgenomen vennootschap gaat op in dat van de overnemende vennootschap. Deze verwerft van rechtswege alle rechten en verplichtingen van de overgenomen vennootschap. De burgerlijke rechtsoverdracht uit een misdrijf dat schade toebrengt aan de overgenomen vennootschap, kan door de overnemende vennootschap worden in-

gesteld (Cass. 9 november 2016, *Rev.dr.pén.crim.* 2017, 921, concl. contr. adv.-gen. NOLET DE BRAUWERE, noot A. VERHEYLESonne, “La réserve d'office des intérêts civils en application de l'article 4 du titre préliminaire du Code de procédure pénale - Portée et limites”).

Als gevolg van de overgang kunnen de schuldeisers van de overgenomen vennootschappen zich nog enkel tegen de overnemende vennootschap keren. Deze is alleen met haar vermogen aansprakelijk voor de betaling van de overgegangene schulden (ongeacht wanneer ze zijn ontstaan). De overgenomen vennootschappen zijn geen partij meer en kunnen niet meer worden aangesproken. Ook de lopende gerechtelijke procedures worden van rechtswege verdergezet tegen of door de overnemende vennootschap. Belastingaanslag noch dwangbevel kunnen worden gevestigd ten laste of uitgevaardigd tegen de overgenomen vennootschap (Gent 14 juni 2016, *RABG* 2017, 1491, noot T. SAS, “Wie te taxeren na de sluiting van de vereffening of de herstructurering van een vennootschap?”).

Pauliaanse vordering

121. Een schuldeiser die een vordering heeft die dateert van vóór de herstructurering, zou deze kunnen aanvechten met de pauliaanse vordering (art. 1167 BW, of art. 20 Faill.W., nu art. XX.114 WER) en aldus pogen ze niet aan hem tegenwerpelijk te verklaren. Dit kan van nut zijn in geval van een splitsing, als daardoor zijn onderpand vermindert. Het pauliaans bedrog vereist wel dat de schuldeiser aantoonde dat de splitsing aan hem abnormale schade berokkent; hiervoor is vereist dat zijn schuldvordering dateert van vóór de splitsing, tenzij in geval van bedrieglijk oogmerk; in geval van faillissementspauliana moet minstens één schuldvordering in de massa van voordien dateren. Voor een pleidooi om deze anterioriteitsvoorwaarde af te schaffen, kan de lezer terecht bij F. DE LEO, “Pleidooi voor de schrapping van de anterioriteitsvoorwaarde van de Pauliana - De fusie en splitsing als testcase”, *RW* 2017-18, 411.

Naar aanleiding van een arrest van 20 december 2013 van de Nederlandse Hoge Raad werd onderzocht in welke mate de faillissementspauliana nog openstaat in geval van fusie of splitsing, daar deze vordering de door het Europees recht beperkte nietigheidsgronden van fusie of splitsing zou ondermijnen. De auteur meent dat ook naar Belgisch recht onzekerheid bestaat (F. DE LEO, “De *actio pauliana* bij fusie en splitsing : een (on)zeker bestaan?”, *DAOR* 2017/123, 19). Een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie zal uitkomst bieden indien de rechter voor wie een

herstructurering door middel van de pauliaanse vordering wordt aangevochten, twijfelt. O.i. is de pauliaanse vordering mogelijk omdat ze een ander doel heeft dan de nietigheidsvordering op grond van artikelen 688 e.v. W.Venn. Deze nietigheidsgronden bedoelen binnen een korte termijn de herstructurering ongedaan te maken, door een nietigverklaring *erga omnes* die openbaar moet worden gemaakt. De faillissementspauliana strekt niet tot nietigverklaring, maar brengt enkel met zich mee dat de herstructurering niet aan de schuldeisers namens wie ze werd ingesteld, kan worden tegengeworpen. De herstructurering blijft dan wel nog overeind, enkel mogen de schuldeisers de gevolgen ervan negeren.

Grensoverschrijdende fusie

122. Overeenkomstig artikel 15 van de Fusierichtlijn van 9 oktober 1978 (artikel 101 van de Richtlijn (EU) 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad

van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht) die ziet op interne fusies, moeten de houders van effecten waaraan bijzondere rechten verbonden zijn maar die geen aandelen zijn, in de overnemende vennootschap over rechten beschikken die ten minste gelijkwaardig zijn aan die waarover ze in de overgenomen vennootschap beschikten, tenzij een vergadering van deze effectenhouders met de wijziging heeft ingestemd of ze hun effecten kunnen laten inkopen. De Belgische wetgever heeft ervoor gekozen de wijziging te onderwerpen aan een instemming door een vergadering van deze effectenhouders. Deze regeling geldt niet voor gewone obligaties, maar wel voor converteerbare obligaties en ook warrants. Dit wordt bevestigd in een recent arrest van het Hof van Justitie (HyJ 7 april 2016, *TBH* 2018, 86, noot T. TILQUIN, “L’arrêt KA Finanz AG : la fusion transfrontalière et la protection des créanciers”); reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2017, 737, randnr. 124).