

Chronique - Kroniek

Droit des sociétés - Vennootschapsrecht 2019-2020

Henri Culot et/en Dirk Van Gerven

Inhoud

I. Algemeen

Nieuwe wetgeving (nrs. 1-3)
Kenmerken en bestanddelen van de vennootschap
 Winstdoel (nr. 4)
 Toepasselijk recht
 Wetboek van economisch recht (nr. 5)
 B2B (nr. 6)
Personen- en vermogensvennootschappen (nrs. 7-8)

II. Vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid

Maatschap (nrs. 9-10)
Vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid in proces (nr. 11)

III. Bepalingen gemeenschappelijk aan de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid

Rechtspersoonlijkheid
 Aard (nr. 12)
 Wettelijke specialiteit (nr. 13)
 Eigen vermogen en belang (nr. 14)
Vrij beroep (nr. 15)
Pachtwetgeving (nr. 16)
Vennootschap in oprichting (nr. 17)
Naam
 Ondernemingsnaam (nr. 18)
Zetel (nr. 19)
UBO-register (nr. 20)
Organen en vertegenwoordiging
 Organen (nr. 21)
 Bestuursopdrachten (nr. 22)
 Beroepsverbod (nr. 23)
 Beraadslaging en notulen (nr. 24)
 Besluitvorming - nietigverklaring - opschorting (nrs. 25-26)
Transparantie en controle
 Jaarrekening (nr. 27)
 Verbonden vennootschappen en gezamenlijke controle (nr. 28)

Sommaire

I. Généralités

Nouvelle législation (n° 1-3)
Caractéristiques et éléments constitutifs de la société
 But de lucre (n° 4)
 Droit applicable
 Code de droit économique (n° 5)
 B2B (n° 6)
Sociétés de personnes et sociétés de capitaux (n° 7-8)

II. Sociétés sans personnalité juridique

Société simple (n° 9-10)
Société sans personnalité juridique en justice (n° 11)

III. Dispositions communes aux sociétés dotées de la personnalité juridique

Personnalité juridique
 Nature (n° 12)
 Spécialité légale (n° 13)
 Patrimoine et intérêt propres (n° 14)
Profession libérale (n° 15)
Loi sur le bail à ferme (n° 16)
Société en formation (n° 17)
Dénomination
 Nom commercial (n° 18)
Siège (n° 19)
Registre UBO (n° 20)
Organes et représentation
 Organes (n° 21)
 Missions de gestion (n° 22)
 Interdictions professionnelles (n° 23)
 Délibération et procès-verbaux (n° 24)
 Prise de décision - annulation - suspension (n° 25-26)
Transparence et contrôle
 Comptes annuels (n° 27)
 Sociétés liées et contrôle conjoint (n° 28)

Individuele onderzoeks- en controlebevoegdheid (nr. 29)
 Deskundigenonderzoek (nr. 30)
 Ontbinding en vereffening
 Gerechtelijke ontbinding van slapende vennootschappen (nrs. 31-32)
 Vereffenaar (nrs. 33-34)
 Gevolgen (nr. 35)
 Deficitaire vereffening (nr. 36)
 Passieve rechtspersoonlijkheid (nrs. 37-38)
 Strafrechtelijke verantwoordelijkheid
 Algemeen (nrs. 39-40)
 Lasthebber ad hoc (nr. 41)
 De vennootschap in proces
 Bevoegde rechtbank - scheidsgerecht (nr. 42)
 Optreden in rechte - mandaat ad litem (nrs. 43-45)
 Inschrijving in de KBO (nr. 46)

IV. De vennootschap onder firma (VOF), de commanditaire vennootschap (CommV), de landbouwvennootschap (LV) en het Europees economisch samenwerkingsverband (EESV)

Hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten van de VOF en de gecommanditeerde vennoten van de CommV (nrs. 47-48)
 Bestuur van de CommV (nr. 49)
 Landbouwvennootschap (nr. 50)

V. De besloten vennootschap (BV)

Algemeen
 Dezelfde rechtsvorm in een nieuw kleedje (nr. 51)
 Oprichting - kapitaal
 Verlies van kapitaal (nr. 52)
 Effecten
 Aandelen in huwelijksgemeenschap (nr. 53)
 Toetreding, beslag, overdracht en koop-verkoop-overeenkomsten (nr. 54)
 Schenking van aandelen (nr. 55)
 Bestuur (nr. 56)
 Belangenconflicten (nr. 57)

VI. De coöperatieve vennootschap (CV en SCE)

Algemeen
 Wettelijk doel (nr. 58)
 Uitreding (nr. 59)
 Bestuursbevoegdheden (nr. 60)

VII. Naamloze vennootschap (NV)

Effecten (nrs. 61-66)
 Kapitaal
 Inbreng in natura (nrs. 67-69)
 Uitkeringen (nrs. 70-71)
 Verlies van kapitaal (nr. 72)
 Bestuursorgaan
 Statuut van bestuurder (nrs. 73-75bis)
 Dagelijks bestuur (nrs. 76-78)

Pouvoir individuel d'investigation et de contrôle (n° 29)
 Expert-vérificateur (n° 30)
 Dissolution et liquidation
 Dissolution judiciaire des sociétés inactives (n° 31-32)
 Liquidateur (n° 33-34)
 Effets (n° 35)
 Liquidation déficitaire (n° 36)
 Personnalité passive (n° 37-38)
 Responsabilité pénale
 Généralités (n° 39-40)
 Mandataire ad hoc (n° 41)
 La société en justice
 Tribunal compétent - arbitrage (n° 42)
 Action en justice - mandat ad litem (n° 43-45)
 Inscription à la BCE (n° 46)

IV. La société en nom collectif (SNC), la société en commandite (SComm.), la société agricole et le groupement européen d'intérêt économique (GEIE)

Responsabilité solidaire des associés de la SNC et des associés commandités de la SComm. (n° 47-48)
 Gérance de la SComm. (n° 49)
 Société agricole (n° 50)

V. Société à responsabilité limitée (SRL)

Généralités
 Forme sociale identique sous un nouveau nom (n° 51)
 Constitution - capital
 Pertes du capital (n° 52)
 Titres
 Parts en communauté légale (n° 53)
 Admission, saisie, transfert et contrats d'achat et de vente (n° 54)
 Donation d'actions (n° 55)
 Administration (n° 56)
 Conflit d'intérêts (n° 57)

VI. Société coopérative (SC et SCE)

Généralités
 But légal (n° 58)
 Démission (n° 59)
 Pouvoirs d'administration (n° 60)

VII. Société anonyme (SA)

Titres (n° 61-66)
 Capital
 Apports en nature (n° 67-69)
 Distributions (n° 70-71)
 Pertes du capital (n° 72)
 Organe d'administration
 Statut de l'administrateur (n° 73-75bis)
 Gestion journalière (n° 76-78)

Voorlopige maatregelen (nrs. 79-80)
Algemene vergadering (nrs. 81-84)

VIII. Aansprakelijkheid van oprichters, vennoten en bestuurders

Oprichtersaansprakelijkheid (nrs. 85-87)
Bestuursaansprakelijkheid
Bestuursfout (nrs. 88-89)
Minderheidsvordering (nrs. 90-91)
Kennelijk grove fout die tot het faillissement bijdraagt (nrs. 92-99)
Onrechtmatige daad (nrs. 100-104bis)
Quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent en co-existentie van aansprakelijkheden (nr. 105)
Aansprakelijkheid voor fiscale schulden (nr. 106)
Schade (nr. 107)
Aansprakelijkheid van vereffenaar (nr. 108)
Strafrechtelijke verantwoordelijkheid
Misbruik van vennootschapsgoederen (nrs. 109-110)

IX. Geschillenbeslechting

Algemeen (nrs. 111-114)
Uitsluiting (nr. 115)
Waardebepaling (nr. 116)

X. Vennootschapsgroepen

Patronaatsverklaring (nr. 117)

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

Pauliaanse vordering (nr. 118)
Gevolgen (nr. 119)

XII. Omzetting

Nationale omzetting (nr. 120)

Mesures provisoires (n° 79-80)
Assemblée générale (n° 81-84)

VIII. Responsabilité des fondateurs, des associés et des administrateurs

Responsabilité des fondateurs (n° 85-87)
Responsabilité des administrateurs et des gérants
Faute de gestion (n° 88-89)
Action minoritaire (n° 90-91)
Faute grave et caractérisée ayant entraîné la faillite (n° 92-99)
Faute aquilienne (n° 100-104bis)
Quasi-immunité de l'agent d'exécution et coexistence de responsabilités (n° 105)
Responsabilité pour dettes fiscales (n° 106)
Dommage (n° 107)
Responsabilité du liquidateur (n° 108)
Responsabilité pénale
Abus de biens sociaux (n° 109-110)

IX. Résolution des conflits

Généralités (n° 111-114)
Exclusion (n° 115)
Évaluation des titres (n° 116)

X. Groupes de sociétés

Lettre de patronage (n° 117)

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

Action paulienne (n° 118)
Effets (n° 119)

XII. Transformation

Transformation nationale (n° 120)

I. Algemeen

Nieuwe wetgeving

1. Het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV)/Code des sociétés et des associations (CSA) werd bij wet van 23 maart 2019 (gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 4 april 2019) ingevoerd. Het KB van 29 april 2019 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen werd gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 30 april 2019. Een tweetal wetten werden ondertussen gepubliceerd die kleine wijzigingen aan het WVV aanbrengen. Een aantal formele wijzigingen werden aangebracht aan de tekst van het WVV door de wet van 13 april 2019 tot invoering van een

Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van boek 8 "Bewijs" in dat Wetboek (*BS* 14 mei 2019). De wet van 4 februari 2020 houdende boek 3 "Goederen" van het Burgerlijk Wetboek (*BS* 17 maart 2020), die in werking treedt op 1 september 2021, heeft een aantal bijkomende wijzigingen aangebracht om het WVV in lijn te brengen met de nieuwe bepalingen inzake het goederenrecht.

In het *Belgisch Staatsblad* van 6 mei 2020, verscheen de wet van 28 april 2020 tot omzetting van Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft en houdende diverse bepalingen inzake vennootschappen

en verenigingen. Deze wet zet in de eerste plaats de recente wijzigingen aan de Aandeelhoudersrichtlijn van 11 juli 2007 om in het Belgisch recht. Ze bevat daarnaast een hele reeks van rechtzettingen of verbeteringen van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en wordt daarom ook de Reparatiewet genoemd. Deze rechtzettingen en verbeteringen beslaan 175 artikelen van deze wet, en traden in werking op de dag van publicatie van de wet, zijnde 6 mei 2020. Een aantal amendementen vinden hun oorsprong in commentaar in de rechtsleer (T. COEN, “De wijziging van de statuten van een BV en een CV”, *TRV-RPS* 2019, 674; T. COEN, “De weerslag van wetsvoorstel nr. 553/001 op de rechtsmacht van de Raad van State”, *RW* 2019-20, 602).

Voor een bespreking van de omzetting van de gewijzigde Aandeelhoudersrichtlijn, kan men terecht bij P. DELLA FAILLE, “Vers une première réforme du CSA ? La transposition en droit belge de la Directive 2017/828 (SRDII) visant à promouvoir l’engagement à long terme des actionnaires”, *TRV-RPS* 2019, 849; F. HOOGENDIJK, “Omzetting herziene aandeelhoudersrichtlijn en reparaties WVV”, *TBH* 2020, 406.

Het WVV is volledig van toepassing op alle vennootschappen zonder onderscheid wanneer ze zijn opgericht met ingang op 1 mei 2019. Vennootschappen die vóór 1 mei 2019 werden opgericht moeten hun statuten aanpassen vóór 1 januari 2024 (zie over het overgangsrecht, V. SIMONART, “Le régime transitoire du Code des sociétés et des associations”, *JT* 2020, 465), tenzij ze voordien hebben gekozen om het WVV van toepassing te verklaren (de ‘opt-in’); dit kon vanaf 1 mei 2019. Voor een bespreking van een aantal interpretatiemoeilijkheden met betrekking tot de wijzigingen die men wilde aanbrengen op het ogenblik dat over de *opt-in* wordt beslist en met name of tegelijkertijd een aantal andere wijzigingen in lijn met het nieuwe WVV konden worden aangebracht, leze men het antwoord van de minister van Justitie op een parlementaire vraag (“Parlementaire vraag - Question parlementaire. Opt-in regeling van het WVV - La disposition opt-in du CSA”, *TRV-RPS* 2019, 678).

Voor de commentaren op het WVV in de besproken periode, kan de lezer terecht bij A. AUTENNE en H. CULOT, “Le nouveau Code des sociétés et des associations en Belgique”, *Bulletin Joly Sociétés* 2020/3, 48-56; P. BOSSARD en A. DEJOLIER, “La dénomination de la forme légale des personnes morales depuis le 1er janvier 2020”, *TRV-RPS* 2020, 499; A. NAVEZ en E.-J. NAVEZ, “Le droit des sociétés après l’entrée en vigueur du CSA. Quelles innovations dans la pratique notariale?”, *Rev.not.b.* 2020, 92; H. CULOT, “Le Code des sociétés et des associations : une dépenalisation du droit des sociétés?”, *Dr.pén.*

entr. 2020, 81; E.-J. NAVEZ (ed.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Analyse critique et modèles de clauses commentés*, Brussel, Larcier, 2019, 590 p.; I. PEETERS, “Obligaties in het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen : uniformisering, vereenvoudiging en vernieuwing”, *Fin. Forum/BFR* 2020, 30; S. ROELAND, “Aandachtspunten voor de notaris in de procedure van vrijwillige ontbinding en vereffening na het WVV”, *T.Not.* 2020, 457; T. DECROOS, “Het sociaal statuut van de vennootschaps- en verenigingsmandatarissen onder het WVV”, *JIT* 2020, 229; E. JANSSENS, “Europa regelt online oprichting BV”, *Balans* 2020, 844, 1; M. ROELANTS, “Fusies van vennootschappen onder het WVV : wat is nieuw?”, *Balans* 2020, nr. 845, 1/“Fusions de sociétés sous le CSA : quoi de neuf?”, *Bilan* 2020, n° 823, 1; M. ROELANTS, “Impact van het WVV op de organisatie van de jaarvergadering bij de BV en de NV”, *Balans* 2020, nr. 847, 1/“L’assemblée générale annuelle dans la SRL et la SA sous le CSA”, *Bilan* 2020, n° 825, 1; M. ROELANTS, “Vrijwillige ontbinding en vereffening van vennootschappen onder het WVV”, *Balans* 2020, nr. 851, 3/“Dissolution et liquidation volontaire de sociétés dans le CSA”, *Bilan* 2020, n° 829, 3. Voor een vergelijking met het Nederlands recht, *Ondernemingsrecht in de lage landen. Wat kunnen wij van de Belgen leren?*, Wolters Kluwer, Deventer, 2020, 259 p.

Aan de BV werd een bijzonder nummer van het *TRV-RPS* gewijd : D. BRULOOT en H. CULOT, “Editoriaal : Het nieuwe BV-recht in actie - Regards de praticiens sur la SRL”, *TRV-RPS* 2020, 347; C. VAN DER ELST, “De invloed van het nieuwe WVV op het vermogen, de aandelenstructuur en de aandelenoverdracht van en bij nieuwe BV’s : een empirisch onderzoek”, *TRV-RPS* 2020, 349; T. HAUWAERT en W. ROEGIERS, “Uitgifte van aandelen in de BV. Formele en procedurele aandachtspunten”, *TRV-RPS* 2020, 362; T. CRUYSMANS, “La SRL cotée en Bourse va-t-elle fonctionner en pratique?”, *TRV-RPS* 2020, 374; M. AERTSEN, “De BV in het kader van vermogens- en successieplanning”, *TRV-RPS* 2020, 395; M. DE WOLF, “Le rôle renouvelé du réviseur d’entreprises dans la société à responsabilité limitée”, *TRV-RPS* 2020, 408; E. DE BIE, “Waarom bestaande NV’s (niet) voor de BV-vorm moeten kiezen”, *TRV-RPS* 2020, 429; S. ROELAND, “De omzetting van oneigenlijke CVBA’s naar BV via enkele voorbeeldclausules”, *TRV-RPS* 2020, 439; A. JANSSEN en W. DAVID, “Le nouveau droit des SRL et de la faillite : quelles (inter) actions?”, *TRV-RPS* 2020, 449.

Het nieuwe WVV zette ook aan tot de bijwerking van een aantal handboeken : J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Brussel, Larcier, 2020,

1212 p.; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2020, 1545 p.

2. Ook het vennootschapsrecht heeft de gevolgen ondergaan van de pandemie die het coronavirus heeft veroorzaakt.

De sociale distanciëring verhindert fysieke vergaderingen te organiseren met een groot aantal personen of, ook al is men niet met veel, langdurig in gesloten ruimtes te vergaderen. Dit maakt het voor tal van vennootschappen onmogelijk om de jaarvergadering of andere algemene vergaderingen te houden. Te dien einde werd KB nr. 4 van 9 april 2020 houdende diverse bepalingen inzake mede-eigendom en het vennootschaps- en verenigingsrecht in het kader van de strijd tegen de COVID-19-pandemie aangenomen en gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 9 april 2020. Dit volmachtenbesluit laat het toe algemene vergaderingen zonder fysieke aanwezigheid met steminstructies of volmachten aan één of meer aangewezen volmachtdraggers te organiseren. Indien dat niet mogelijk is, kan de algemene vergadering ook worden uitgesteld; de ultieme datum voor neerlegging van de jaarrekeningen en andere daarbij horende documenten wordt met tien weken uitgesteld. De toepassing van de door het volmachtenbesluit geboden mogelijkheden moet gebeuren met eerbiediging in de mate van het mogelijke van de rechten van de aandeelhouders. Aldus wordt bevestigd in het verslag aan de Koning dat vergaderen in de zin van het WVV niet betekent dat de deelnemers zich in hetzelfde lokaal bevinden. Vergaderen kan ook via video- of telefoonconferentie indien dit toelaat de identiteit van de deelnemers te controleren, de documenten noodzakelijk voor de vergadering kunnen worden geraadpleegd tijdens de vergadering en beraadslaging, vragen en antwoorden, en stemming mogelijk zijn. Verder wordt ook toegelicht dat vergaderen met video- en teleconferentie niet gelijk te schakelen is met vergaderen op afstand “*door middel van een door de vennootschap ter beschikking gesteld elektronisch communicatiemiddel*” dat voor vermogensvennootschappen (BV, CV en NV) een statutaire bepaling vereist (art. 5:89 (BV), art. 6:75 (CV) en art. 7:137 (NV) WVV). Deze wetsbepalingen doelen op, en vereisen dus een statutaire toelating voor, het houden van de algemene vergadering met software die vereist is om de aandeelhouders te identificeren (omdat ze met veel zijn of de effecten in gedematerialiseerde vorm zijn) en te verzekeren dat geen ongewenste derden aan de vergadering deelnemen. Een vergadering met een beperkt aantal personen die gemakkelijk op de videoconferentie kunnen worden geïdentificeerd vereist dus geen statutaire toelating.

Voor een bespreking van dit volmachtenbesluit, lezen men T. COEN, “De besluitvorming van vennootschapsorganen in het kader van KB nr. 4”, noot onder RvS 1 juni 2020, *TRV-RPS* 2020, 603; V. KEPENNE, “COVID-19 - Les solutions apportées par le gouvernement pour éviter ou réduire la présence physique lors de réunions de l’organe d’administration ou d’assemblées générales”, *RDC-TBH* 2020, 407; N. THIRION en Z. PLETINCKX, “Les personnes morales au temps du Covid-19”, *JT* 2020, 408; S. VAN VEEN, “Besluitvorming van vennootschappen. Impact van de coronacrisis”, *NjW* 2020, 326; M. WYCKAERT, “Algemene vergaderingen en vergaderingen in tijden van COVID-19”, *RW* 2019-20, 1368. Voor een toepassingsgeval in de rechtspraak: RvS 1 juni 2020, *TRV-RPS* 2020, 601, noot T. COEN, “De besluitvorming van vennootschapsorganen in het kader van KB nr. 4”.

3. Ondertussen zag de Richtlijn 2019/2121 van 27 november 2019 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen het daglicht (*Ph.L.* 12 december 2019, afl. 321); zij moet in het nationaal recht zijn omgezet uiterlijk op 31 januari 2023. Dit zal een nieuwe aanpassing van het WVV vereisen (zie reeds I. CORBISIER, “Les nouvelles dispositions européennes en matière de mobilité transfrontalière : légitimation du retour à une certaine forme de protectionnisme ?”, *TRV-RPS* 2019, 809; K. VAN TILBORG, “Herziene Aandeelhoudersrichtlijn : omzettingwet in de maak”, *Balans* 2020, 840, 1; zie ook A. LOOIJESTIJN-CLEARIE, “Brexit en de vrijheid van vestiging van vennootschappen”, *SEW* 2020, 297).

Kenmerken en bestanddelen van de vennootschap

Winstdoel

4. De vennootschap moet ten minste als één van haar doelen, de uitkering of bezorging van een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel voor haar vennoten nastreven (art. 1:1 WVV). Daarnaast mag ze andere zelfs belangeloze doelen nastreven. Die moeten in de statuten worden omschreven (art. 2:8, § 2, 11° WVV). Zie voor een bespreking, A. FRANCOIS, “Editoriaal : Op naar een BBC (*‘Belgische Benefit Corporation’*)”, *TRV-RPS* 2019, 683; D. VAN GERVEN, “Editoriaal : Wettelijk doel anno 2020, een stap naar de afschaffing van de vereniging zonder winstoogmerk”, *TRV-RPS* 2020, 227).

Toepasselijk recht

Wetboek van economisch recht

5. Vennootschappen zijn ondernemingen en derhalve onderworpen aan het Wetboek van economisch recht, ongeacht of ze rechtspersoonlijkheid hebben (art. I.1, 1° WER). Bepaalde hoofdstukken van het WER zijn enkel van toepassing op de economische activiteit die wordt gevoerd (J. VANANROYE, “De onderneming in formele en in functionele zin” in J. VANANROYE en D. VAN GERVEN (eds.), *Leerstukken Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 1; J. STUYCK, “Het nieuwe ondernemingsrecht. Kritische evaluatie en vooruitblik”, *l.c.*, 227).

Het insolventierecht is van toepassing op alle ondernemingen ongeacht of ze een economische activiteit voeren. Hun bestuurders stellen zich daarbij bloot aan de verzwaarde bestuursaansprakelijkheid ingevolge foutief faillissement (M. WYCKAERT en D. ALPER, “Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders. Oude wijn in nieuwe zakken of ‘something old, something new’?”, *l.c.*, 189). Zij moeten zich bij de Kruispuntnbank van Ondernemingen (KBO) inschrijven (art. III.49 WER) en een boekhouding voeren (art. III.82 WER) (D. VAN GERVEN, “Wat wijzigt er voor stichting, VZW, IVZW, maatschap, feitelijke vereniging en voor hun leden en bestuurders”, *l.c.*, 45). Ook de nieuwe bewijsregeling opgenomen in artikel 1348bis BW (art. 8.11 NBW), die het bewijs in handelszaken vervangt, geldt voor de hiervoor vermelde ondernemingen (ongeacht of ze een economische activiteit ontplooiën); ze spoort gelijk met de boekhoudwetgeving omdat ze voor een deel hierop is gesteund (zie W. VANDENBUSSCHE en M. VAN DE LOOVERBOSCH, “Ondernemingsbewijsrecht”, *l.c.*, 111). Geschillen worden voor de ondernemingsrechtbank gebracht (B. ALLEMEERSCH en S. DE DIER, “Ondernemingsrechtbank : bevoegdheid en werking”, *l.c.*, 145). De feitelijke vereniging ontsnapt aan dit alles tenzij ze winst uitkeert of beoogt uit te keren, in welk geval ze als een maatschap handelt.

Het voeren van een economische activiteit blijft, daarentegen, wel van belang als criterium voor de toepassing van bepaalde onderdelen van het Wetboek van economisch recht die de marktverrichtingen reglementeren (onder meer in relatie met de particulier als consument). Dit is het geval voor de bepalingen inzake informatie, transparantie en niet-discriminatie van afnemers (boek III, titel 3), de mededinging (boek IV), de mededinging en de prijsevoluties (boek V), de marktpraktijken en consumentenbescherming (boek VI) (W. DEVROE, L. MICHAUX en B. BEEMS, “Het ondernemingsbe-

grip en het mededingingsrecht, het marktpraktijkenrecht en het consumentenrecht”, *l.c.*, 73), de buitengerechtelijke regeling van consumentengeschillen (boek XVI), en de vordering tot staken en vordering tot collectief herstel (boek XVII). Deze onderdelen van het Wetboek van economisch recht zijn enkel van toepassing op organisaties die een economische activiteit voeren. Dit is dan ook het geval voor de feitelijke vereniging die een economische activiteit voert (zonder winst uit te keren).

B2B

6. De wet van 4 april 2019 voert met ingang van 1 december 2020 een nieuw hoofdstuk in in het Wetboek van economisch recht, dat onrechtmatige bedingen in overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen regelt en beperkt (nieuw art. VI.91/1 e.v. WER). Het is onduidelijk in welke mate deze wetgeving ook zal gelden voor aandeelhoudersovereenkomsten. Er zijn blijkbaar wel argumenten om ze niet toe te passen op de statuten van vennootschappen (zie S. CHRISTIAENS, “Vennootschapsrechtelijke bedenkingen bij de B2B van 4 april 2019”, *RW* 2019-20, 1554). De annotator spoort de wetgever aan tot verduidelijking vooraleer de wet van toepassing wordt. Het mag worden gehoopt dat de wetgever daarbij aangeeft dat de B2B-regels voor aandeelhoudersovereenkomsten noch vennootschapsstatuten gelden. Beide worden voldoende streng gereguleerd in het WVV.

Personen- en vermogensvennootschappen

7. Personenvennootschappen die *intuitu personae* worden aangegaan (VOF en CommV) worden van de vermogensvennootschappen, waarin de persoon van de aandeelhouders van minder belang is (BV, CV en NV), onderscheiden. De vennoten in een vermogensvennootschap worden aangemerkt als aandeelhouders (*actionnaires*) om de nadruk te leggen op het belang van het houden van aandelen (*actions*). Hierop geldt als uitzondering de SCE (Europese coöperatieve vennootschap/société coopérative européenne) waar aandelen in het Frans *parts* worden genoemd (art. 4 SCE Vo.); de vennoten worden in deze Europese vennootschapsvorm ‘leden’ of ‘membres’ genoemd. De aandeelhouders van vermogensvennootschappen komen samen en nemen besluiten in de algemene vergadering. Het bestuur wordt aan bestuurders (*administrateurs*) toevertrouwd. In een personenvennootschap zijn er vennoten (*associés*); ze houden aandelen aan, die in het Frans *parts* worden genoemd. Zij vergaderen en nemen beslissingen in de vennotenvergadering (art. 4:12 WVV). Het bestuur is in handen van zaakvoerders (*gérants*). Zie

voor een bespreking van de terminologie, D. VAN GERVEN, “Het Juiste Woord. Uniforme terminologie voor personen- en vermogensvennootschappen”, *TRV-RPS* 2019, 675.

Lees over het nut van verschillende vennootschapsvormen, S. COOLS, “Waarom hebben we vennootschapsvormen?”, *TRV-RPS* 2020, 497.

8. Onder het oude recht werden de BVBA en de coöperatieve vennootschap ook als personenvennootschap of ten minste gemengde vennootschap aangezien, en niet als een kapitaalvennootschap zoals de NV. Dit was onder meer van belang voor de handelshuurwetgeving. Artikel 16 van de Handelshuurwet regelt de voorwaarden waaronder de verhuurder de hernieuwing van de huur kan weigeren. De verhuurder kan dat als hij het goed zelf (of door zijn afstammelingen, bloedverwanten of aangenomen kinderen) in gebruik wil (laten) nemen. Daarmee wordt gelijkgesteld, de ingebruikneming door een personenvennootschap “*waarvan de werkende vennoten of de vennoten die ten minste drie vierden van het kapitaal bezitten, in dezelfde betrekking van bloedverwantschap, aanverwantschap of aanneming staan tot de verhuurder of zijn echtgenoot*” (art. 16, I, 1°). Bij een kapitaalvennootschap speelt het verwantschaps criterium niet maar geldt een andere beperking. Ingeval dat de verhuurder een kapitaalvennootschap is, is de weigering van hernieuwing slechts geoorloofd teneinde de hoofdzetel van de verhuurder naar het gehuurde goed over te brengen of de hoofdzetel van het bedrijf uit te breiden, indien hij in een naburig goed is gevestigd (art. 17). Van oudsher viel enkel de naamloze vennootschap (en de onlangs afgeschafte commanditaire vennootschap op aandelen) binnen de categorie van kapitaalvennootschap. De BVBA kon niet als dusdanig als kapitaalvennootschap worden aangemerkt (Cass. 6 september 2018, *JDSC* 2019, 3, noot M. COIPEL, “Les notions de ‘sociétés de capitaux’ et de ‘société de personnes’ avant et après la mise en application du nouveau Code des sociétés et des associations (CSA)”; *RW* 2018-19, 1592). De reden hiervoor is dat in die vennootschappen een verspreid aandeelhouderschap schering en inslag is, terwijl in de andere vennootschappen de aandelen door een beperkte besloten groep, vaak een familie, worden aangehouden (K. VANHOVE, *Handelshuur. Rechtsvergelijkend onderzoek naar een evenwichtige regeling*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 201).

In het huidige recht gaat dit laatste niet langer zonder meer op voor de besloten vennootschap en de coöperatieve vennootschap. De eerste kan volledig worden geopend zodat aandelen door een groot aantal aandeelhouders kunnen worden aangehouden

(art. 5:63 WVV); de tweede is vooral bedoeld om een groot aantal aandeelhouders bij te staan (art. 6:54 WVV). Er moet dus eerder worden nagegaan of de aandelen door een beperkte groep aandeelhouders, zoals leden van eenzelfde familie, worden aangehouden (A. VAN OEVELEN, “Duur, hernieuwing en beëindiging van een handelshuurovereenkomst” in N. CARETTE (ed.), *Handelshuur. Actuele stand van zaken*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 71-72). Om dit scherp te stellen wordt het onderscheid vastgehaakt aan de statutaire uitsluiting van de vrije overdracht aan derden. Dit is niet het geval voor de besloten vennootschap waarin de statuten niet in een vrije overdracht voorzien en voor de coöperatieve vennootschap waarin de statuten niet toelaten de aandelen aan derden over te dragen. Enkel die vermogensvennootschappen zijn besloten en kunnen aanspraak maken op de kwalificatie van personenvennootschap onder de Handelshuurwet.

II. Vennootschappen zonder rechts-persoonlijkheid

Maatschap

9. De vennoten van een maatschap zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsverbintenissen (art. 4:14 WVV; voorheen bepaald in art. 52 W.Venn.), zoals verbintenissen opgenomen in een overeenkomst die één vennoot namens de maatschap afsloot met de fiscus. Deze wettelijke hoofdelijkheid is enkel ten voordele van de vennootschapsschuldeisers bepaald (*obligatio*). Elke vennoot is ten aanzien van zijn medevennoten gehouden tot betaling in verhouding tot zijn deel in de bijdrage tot de verliezen van de maatschap. Zijn deel wordt in de vennootschapsovereenkomst bepaald of bij gebreke van contractuele bepaling in functie van zijn inbreng (art. 4:4 WVV). Er geldt ten aanzien van elkaar geen hoofdelijkheid (D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2020, 1170-1171).

Indien één vennoot wordt aangesproken, kan hij regres vorderen ten laste van de andere vennoten ten belope van hun deel (art. 1213 e.v. BW). Hiervoor is vereist dat de verbintenis is aangegaan namens de maatschap; alleen dan ontstaat een vennootschapschuld. Dit kan gebeuren door een vennoot in het kader van de opdracht die hij uitvoert in overeenstemming met de vennootschapsovereenkomst (art. 4:8 WVV). De andere vennoten zijn niet verbonden als de vennoot buiten zijn bevoegdheden handelt (art. 4:11 WVV). Maar dit kan anders uitdraaien als de andere vennoten de onbevoegde handeling uitdrukkelijk of stilzwijgend bekrachtigen, of door hun

toedoen de derde erop mocht vertrouwen dat de vennoot met wie hij handelde namens alle vennoten optrad (het schijnmandaat). Verder kunnen de andere vennoten zijn verbonden ingevolge zaakwaarneming (art. 1372 BW) of verrijking zonder oorzaak (art. 1377 BW). Bij zaakwaarneming moet vaststaan dat de bevoegde vennoot of zaakvoerder van de maatschap niet in de mogelijkheid was om te handelen. Onder het oude recht konden de vennoten ook zijn verbonden door baattrkking (art. 50 W.Venn.). Dit is het geval als de onbevoegde handeling tot voordeel van de maatschap strekt. Baattrkking als bron voor vennootschapsverbintenis werd in het WVV niet behouden omdat het niet veel verschilt van zaakwaarneming, en de wetgever er de voorkeur aan gaf terug te vallen op het gemeen verbintenisrecht als dat enigszins kan (*Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/1, 120).

Het voorgaande vond toepassing in een recent geval voor het hof van beroep te Antwerpen. Dit hof besloot tot baattrkking in geval van een overeenkomst die één vennoot met de fiscus sloot, omdat deze overeenkomst tot voordeel van de maatschap strekte. Bovendien bleek dat de andere vennoot had meegewerkt aan het tot stand brengen van de overeenkomst zodat bovendien daaruit zijn instemming of mandaat blijkt (Antwerpen 9 mei 2019, *TRV-RPS* 2019, 549, noot M. ROELANTS, “De onbewuste maatschap doorheen de hervormingen ondernemingsrecht, vennootschapsrecht en insolventierecht”).

De vennoot die de vennootschapsschuld betaalt, kan zich tegen zijn medevennoten keren tot regres van het bedrag dat zijn deel overstijgt; deze vordering is gesteund op de wettelijke verplichting van elke vennoot om bij te dragen in de verliezen ten belope van zijn aandeel (*contributio*) (zie voornoemd arrest van 9 mei 2019). De vennoot die betaalt, wordt van rechtswege in de plaats gesteld van de vennootschapsschuldeiser en treedt in diens rechten (art. 1251, 3° BW). De betalende vennoot geniet van alle zekerheden (en andere nevenrechten) die ten voordele van de schuldeiser zijn toegekend, maar moet aanvaarden dat de andere vennoten de excepties tegen hem invoeren die ze tegen de schuldeiser konden invoeren (Cass. 26 mei 1981, *Pas.* 1981, I, 1113). Indien hij dit niet wil, keert hij zich tegen zijn vennoten op grond van de verrijking zonder oorzaak, in welk geval hij niet in de rechten treedt van de schuldeiser en dus ook de zekerheden niet kan invoeren waarvan deze kon genieten (die zijn er niet als een chirograire schuldeiser wordt betaald).

10. De maatschap heeft geen rechtspersoonlijkheid. Hieruit zou moeten volgen dat ze niet als consolide-

rende vennootschap voor de opstelling van geconsolideerde jaarrekeningen kan worden behandeld (CBN-advies 2015/10 van 9 december 2015; S. VAN CROMBRUGGE, “Boekhoudrecht (mei 2015-april 2016)”, *TRV-RPS* 2016, 957). Niet iedereen is die mening toegedaan (D. ROOSES en T. MYNCKE, “De maatschap als moeder-vennootschap? *Non semper ea sunt, quae videntur!*”, *TRV-RPS* 2019, 697).

Vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid in proces

11. De maatschap die geen rechtspersoonlijkheid heeft, kan niet in rechte optreden als rechtssubject. Het zijn haar vennoten die moeten optreden. Dit houdt in dat ze allemaal tezamen moeten optreden tenzij in de vennootschapsovereenkomst een vertegenwoordigingsregeling werd opgenomen waarbij één van hen of een zaakvoerder namens hen in rechte kan ageren. Indien ondertussen een vennoot zich uit de maatschap terugtrekt, kan hij niet meer samen met de anderen optreden; hij maakt immers geen deel meer uit van de maatschap. Een vennootschap die de vorm heeft van een rechtspersoon, blijft partij ook al wordt ze door een andere vennootschap opgeslorpt; haar rechten en verplichtingen in de maatschap gaan mee met het vermogen over naar de opslorpende vennootschap die de opgeslorpte vennootschap verderzet. Een terugtrekking uit de maatschap moet ondubbelzinnig zijn; zij kan niet zonder meer worden afgeleid uit het feit dat een onderaanneming wordt gesloten met de betrokken vennoot (RvS 5 september 2018, *MCP-OOO* 2018, 735; ook besproken in randnr. 119).

III. Bepalingen gemeenschappelijk aan de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid

Rechtspersoonlijkheid

Aard

12. De rechtspersoon is onderworpen aan dezelfde bepalingen als diegene die gelden voor natuurlijke personen en geniet van dezelfde rechten als eender welk rechtssubject, tenzij de wet anders bepaalt zonder daarbij te discrimineren, of indien de wettelijke bepaling geen toepassing vindt op rechtspersonen omdat deze niet de eigenschappen hebben van de mens. Aldus wordt aanvaard dat de rechtspersoon niet kan worden belaagd (in de zin van art. 442bis Sw.) omdat hij niet (ernstig) kan worden gestoord in zijn (gemoeds)rust; hij heeft geen gemoedsgesteldheid (Brussel 25 juni 2019, *Dr.pén.entr.* 2020, 35,

noot M. NARDONE). Het Grondwettelijk Hof ziet daarin ook geen onaanvaardbare ongelijke behandeling (GwH 10 mei 2007, *TRV* 2007, 338, noot F. PARREIN, “Kan een rechtspersoon worden gestalkt? Enkele bedenkingen over het privéleven en de rust van een rechtspersoon”).

De annotator onder het arrest van het hof van beroep van 25 juni 2019 kan hiermee niet instemmen, in de mate dat hij meent dat belaging ook kan zien op andere vormen van verstoring van het privéleven dan enkel de gemoedsrust, en bovendien kan de belaging de gemoedsrust van de bestuurders in het bestuur van de vennootschap raken.

Wettelijke specialiteit

13. De vennootschap heeft als wettelijk doel aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te verschaffen. Ze kan daarnaast andere doelen nastreven zoals een VZW dat kan (D. VAN GERVEN, “Wettelijk doel anno 2020, een stap naar de afschaffing van de vereniging zonder winst oogmerk”, *TRV-RPS* 2020, 227). Het verschil is dat de VZW geen winst mag uitkeren dan binnen het belangeloze doel dat ze heeft gekozen en in haar statuten heeft opgenomen.

Eigen vermogen en belang

14. De vennootschap met rechtspersoonlijkheid heeft een eigen vermogen en een eigen belang om in rechte tot vrijwaring van dit vermogen op te treden. De aandeelhouders kunnen dit niet namens de vennootschap (tenzij als bestuurder of andere gemachtigde). De aandeelhouder kan aldus geen vergoeding vorderen voor schade geleden door de vennootschap. Hieruit volgt, en dat wordt algemeen aanvaard, dat hij geen vergoeding kan vorderen voor de vermindering van de waarde van zijn aandelen als gevolg van schade geleden door de vennootschap (zie ook nr. 107). Hij kan enkel optreden in rechte voor de bijzondere aan zijn eigen vermogen geleden schade die verschilt van de schade die het gevolg is van de waardevermindering van de vennootschap. Dit verhindert de aandeelhouder echter niet om derdenverzet te kunnen instellen als hij nadeel ondervindt van een veroordeling van de vennootschap (art. 1122 Ger.W.). Bijgevolg kan een aandeelhouder opkomen tegen een veroordeling van de vennootschap tot betaling van een belastingschuld (Antwerpen 19 maart 2019, *FJF* 2019, 355).

Vrij beroep

15. Het vrij beroep waarvan de toegang is gereglementeerd en waarvan de uitoefening gebeurt onder toezicht van een daartoe ingesteld toezichtsgaan, kan in een vennootschap worden uitgeoefend ook al worden de professionele bekwaamheidsvereisten in hoofde van de natuurlijke personen beoordeeld. De beoefenaar van een vrij beroep wordt omschreven als *“elke onderneming wiens activiteit er hoofdzakelijk in bestaat om, op onafhankelijke wijze en onder eigen verantwoordelijkheid, intellectuele prestaties te verrichten waarvoor een voorafgaande opleiding en een permanente vorming is vereist en die onderworpen is aan een plichtenleer waarvan de naleving door of krachtens een door de wet aangeduide tuchtrechtelijke instelling kan worden afgedwongen”* (art. I.1, 14° WER).

Indien het vrij beroep in een vennootschap wordt uitgeoefend, ontstaan de rechten en verplichtingen met betrekking tot de cliënten in hoofde van deze vennootschap, ook al legt de wet op dat het beroep via de natuurlijke personen die bij een orde of instituut zijn ingeschreven wordt uitgeoefend. Deze natuurlijke personen handelen voor rekening van de vennootschap waarvan ze vennoot of bestuurder zijn. Dit betekent dan ook dat de eventuele erelonen of vergoedingen verschuldigd door de cliënten, moeten worden ingevorderd door de vennootschap; alleen zij heeft daartoe belang. Het recht op deze erelonen of vergoedingen ontstaat immers in haar vermogen. Dit vindt bevestiging in de rechtspraak (Brussel 25 juni 2019, *JLMB* 2020, 313, noot, *JT* 2020, 13). De opvatting dat de advocatenvennootschap handelt als lasthebber van de advocaat die zijn beroep in deze vennootschap uitoefent, kan niet worden bijgetreden (zoals nochtans wordt voorgehouden door het hof van beroep te Brussel in een ander arrest (4 oktober 2019, *JLMB* 2020, 316, terecht kritische noot P. HENRY, “Une société d’avocats peut réclamer elle-même les honoraires qui lui sont dus par ses clients”). De advocaat oefent immers zijn beroep in de vennootschap uit; enkel de vennootschap verwerft een vordering op de cliënt tot betaling van de verschuldigde erelonen. De advocaat die in rechte optreedt tot invordering van deze erelonen maakt aanspraak op iets wat hem niet toekomt. Zijn vordering moet worden afgewezen.

Pachtwetgeving

16. Een vennootschap-verpachter kan de pachtovereenkomst bij het verstrijken van elke pachtperiode opzeggen met als reden de terugname van de grond voor persoonlijke uitbating (art. 7, 1° en 8 van de Pachtwet). De uitbating moet persoonlijk gebeuren gedurende negen jaar door diegene die in de

opzeggingsbrief wordt aangewezen. In geval van een rechtspersoon wijst deze een verantwoordelijk orgaan of bestuurder(s) aan. De aanplanting met kerstbomen binnen de negen jaar na het vertrek van de pachter is geen persoonlijke exploitatie tenzij de begunstigde van de terugnemering reeds een tuinbedrijf exploiteerde en de vrederechter vrijstelling van dit verbod heeft verleend na advies te hebben ingewonnen van de rijkslandbouwkundige ingenieur van de streek. Dit geldt ook als het bestaande tuinbedrijf via een rechtspersoon werd uitgebaat (Cass. 23 april 2018, *RW* 2019-20, 627).

Vennootschap in oprichting

17. De promotor die verbintenissen aangaat voor de vennootschap in oprichting is persoonlijk verbonden tenzij de vennootschap waarvoor hij optrad deze verbintenissen heeft overgenomen binnen de twee jaar na het ontstaan van de verbintenis en binnen de twee maanden nadat de vennootschap rechtspersoonlijkheid heeft verkregen (art. 60 W.Venn.). De termijn van twee maanden werd verlengd onder het WVV (art. 2:2). Dit is echter niet het geval indien de tegenpartij aanvaardt dat de verbintenissen worden overgenomen door een andere vennootschap, ook al gaat deze nadien failliet (Antwerpen 14 mei 2018, *JDS* 2019, 15, noot H. CULOT, “Reprise des engagements pris au nom d’une société en formation et cession de contrat”, *Huur* 2018, 138).

Naam

Ondernemingsnaam

18. Benevens de vennootschapsnaam, kan de vennootschap aan haar onderneming, een bedrijfstak, een bepaalde activiteit of een productielijn een bijzondere naam geven. Van oudsher wordt deze naam verbonden aan de handel, en handelsnaam genoemd, ook al wordt aanvaard dat niet-handelaars ook een handelsnaam kunnen kiezen. Vandaag wordt deze best in overeenstemming met de nieuwe terminologie en de verwijdering van het enge begrip ‘handelaar’ uit ons recht, aangewezen met ‘ondernemingsnaam’: deze is verbonden aan een bepaalde onderneming.

De ondernemingsnaam vindt zijn bescherming in het eerste openbaar gebruik; er is hiervoor geen bijzondere formaliteit vereist. Hij wordt erkend als intellectueel recht door het Unieverdrag van Parijs van 20 maart 1883 ter bescherming van de industriële eigendom (versie Stockholm van 14 juli 1967). Een later gebruik van een naam waardoor bij de klanten

en leveranciers verwarring kan ontstaan met de gekozen ondernemingsnaam is niet toegelaten. Deze verwarring kan enkel ontstaan als de andere naam wordt gebruikt in hetzelfde territorium en marktsegment. Bij de beoordeling van het gevaar voor verwarring wordt rekening gehouden met de volgende criteria: (1) de gelijkenis tussen de benamingen; (2) de aard van de respectieve ondernemingsactiviteiten, en (3) het territorium waarop de activiteiten worden uitgeoefend. De aanwezigheid van een ondernemingsnaam op een mondiaal toegankelijke website, betekent nog niet dat deze onderneming actief is in België. Aldus kan niet worden opgekomen door een hotel in Antwerpen tegen een ander hotel in ‘s-Hertogenbosch met eenzelfde naam omdat een kamer in dit tweede hotel vanuit België kan worden geboekt via de mondiaal toegankelijke websites Booking.com en TripAdvisor (Antwerpen 12 september 2019, *IRDI* 2019, 156).

Zetel

19. Voorhouden in een akte dat de zetelverplaatsing op een bepaalde datum werd beslist terwijl dat niet zo is, getuigt van valsheid in geschriften. Het gebruik van dit stuk vormt het misdrijf van gebruik van valse stukken. Dit gebruik en het misdrijf houden op op het ogenblik dat het bevoegde orgaan deze zetelverplaatsing goedkeurt, en het valse stuk kan nadien geen nuttige gevolgen meer hebben (Cass. 25 september 2019, *Rev.dr.pén.* 2020, 258).

UBO-register

20. Het bestuur moet toereikende, accurate en actuele informatie inwinnen en bijhouden over de uiteindelijke begunstigden van de vennootschap. Deze informatie betreft de identiteit van de uiteindelijke begunstigden, zijnde de naam, geboortedatum, nationaliteit en adres van de woonplaats, en de aard en omvang van het door deze persoon aangehouden economisch belang. (art. 1:34 WVV; M. WAUCQUEZ, “Le registre UBO”, *TRV-RPS* 2019, 605). Deze verplichting is in werking getreden op 30 september 2019. Meer informatie kan worden bekomen op de website van FOD Financiën via de zoekterm ubo-register (<https://financien.belgium.be/nl/E-services/Ubo-register>).

Organen en vertegenwoordiging

Organen

21. De rechtspersoon bestaat niet zonder organen die namens hem in het rechtsverkeer optreden.

Omdat ze deel zijn van de interne structuur van de rechtspersoon zoals bepaald in de wet, worden ze met hem geïdentificeerd (als zijnde zijn ledematen) en wordt elk handelen door de organen rechtstreeks aan de rechtspersoon toegerekend alsof de rechtspersoon zelf handelt. Het orgaan treedt dus niet in eigen naam op maar in naam en voor rekening van de rechtspersoon; de persoon die als orgaan optreedt, verbindt zichzelf niet (art. 61 W.Venn.; art. 2:49 WVV). Dit is het geval voor de zaakvoerder van de BVBA of vandaag de bestuurder van de BV. De persoon die in het orgaan zetelt, is een persoon die ook een eigen belang heeft dat te onderscheiden is van dat van de rechtspersoon. Met andere woorden, voor de handelingen die hij in eigen naam stelt en niet voor rekening van de rechtspersoon verbindt hij zich persoonlijk.

Tegen een beslissing van het college van burgemeester en schepenen over een vergunningsaanvraag kan een administratief beroep worden ingesteld bij de bestendige deputatie van de provincie onder meer door “*elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die rechtstreeks of onrechtstreeks hinder of nadelen kan ondervinden*” van de genomen beslissing (art. 4.7.21 Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening; afgeschaft en het administratief beroep overgenomen in het Vlaamse Decreet betreffende de omgevingsvergunning (maar zonder de hier besproken bepaling)). Niet alleen de BV(BA) kan hinder ondervinden maar ook de bestuurder van de BV(BA) kan hinder in eigen naam ondervinden daar hij een eigen van dat van de vennootschap onderscheiden belang heeft; ook de bestuurder heeft dus in dat geval belang om dit administratief beroep in te stellen (RvS 4 april 2019, *TBP* 2019, 463).

Bestuursopdrachten

22. Bestuurders zijn ondernemingen indien ze van bestuursopdrachten een zelfstandige beroepsactiviteit maken. Het begrip ‘onderneming’ werd herschreven door de wet van 15 april 2018 en omvat elke natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent (art. I.1, 1^o(a) WER). Dit houdt in dat de betrokken persoon een persoonlijk economisch doel en winst nastreeft, hetgeen het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt veronderstelt (Antwerpen 28 november 2019, *TRV-RPS* 2020, 332, noot M. ROELANTS, “De natuurlijke persoon-bestuurder : kwalificatie als onderneming en rechtsmiddelen tegen afwijzing faillissementsaangifte”). Dit is het geval indien de bestuurder van bestuursopdrachten “hoofdzakelijk of gewoon” zijn “gewoon” beroep maakt (*Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/4, 32; zie voor een analyse, Orb. Liège (afd. Liège) 30 juli

2019, *JLMB* 2020, 206, noot P. MOINEAU, “Faillite des gérants et administrateurs de personnes morales : *fugit irreparabile tempus*”). Zie voor een bespreking, A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming : wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBH* 2019, 494.

De rechter moet dit analyseren aan de hand van de concrete omstandigheden waarin de betrokken bestuurder zijn opdracht uitoefent (Orb. Gent (afd. Brugge) 5 februari 2019, *TGR* 2019, 31). De eenvoudige vaststelling dat hij bestuurder is van een vennootschap is niet voldoende. Het beroepsmatige karakter wordt al snel afgeleid uit het feit dat de bestuurder deze opdracht haast voltijds uitoefent (Kh. Brussel Nl. 16 oktober 2018, *RABG* 2019, 845).

De vroegere vennoot van een VOF die als zaakvoerder de vennootschap bestuurt, kan enkel het faillissement aanvragen als hij deze functie beroepsmatig uitoefent (Antwerpen 11 april 2019, *RABG* 2019, 826; randnr. 48). Dit moet vaststaan op het ogenblik dat het faillissement wordt vastgesteld, en voor de bevoegdheid van de ondernemingsrechtbank op het ogenblik dat de litigieuze handeling wordt gesteld (Arrondrb. West-Vlaanderen 19 april 2019, *TGR* 2019, 32).

De bestuurder oefent geen beroep meer uit als de vennootschap die hij bestuurt failliet wordt verklaard. Hij kan derhalve ook niet meer persoonlijk failliet worden verklaard nadat zes maanden zijn verstreken sinds het faillissement van de vennootschap waarvan hij bestuurder was en indien hij geen andere beroepsactiviteit uitoefent (art. XX.105 WER; Liège 18 februari 2020, *JLMB* 2020, 978; Orb. Liège (afd. Liège) 30 juli 2019, *l.c.*). Het is inderdaad correct dat hij vanaf het faillissement geen bestuur meer voert, want de curator neemt deze taak over. Aan zijn bestuursopdracht komt wel geen formeel eind; de bestuursovereenkomst blijft verderlopen maar haar uitvoering is opgeschort omdat, ingevolge het faillissement, de gefailleerde van rechtswege het bestuur over het vennootschapsvermogen verliest (art. XX.110 WER) (Kh. Liège 19 februari 2014, *JLMB* 2014, 1445; Kh. Hasselt 3 mei 2007, *RW* 2008-09, 467, noot; Kh. Gent 11 januari 1902, *RPS* 1903, 149; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, Fechey, Gent, VIII, 1949, 789).

De vaste vertegenwoordiger van de bestuurder-rechtspersoon is uit dien hoofde geen ondernemer. Hiervoor moet zijn aangetoond dat hij beroepsmatig deze functie uitoefent. In casu werd dat afgeleid uit het feit dat hij zich borg had gesteld en de hoedanigheid van ondernemer niet betwistte noch zich beriep op het statuut van werknemer (Arrondrb. Antwerpen 12 maart 2019, *TRV-RPS* 2019, 870, noot

N. APPERMONT, “Is de vaste vertegenwoordiger een onderneming?”; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2019, 635, nr. 16). Terecht wijst de annotator erop dat de vaste vertegenwoordiger wel een ondernemer is als hij, buiten een arbeids-overeenkomst, deze opdracht op een geregelde en duurzame wijze als beroepsactiviteit uitoefent (*TRV-RPS* 2019, 877).

Beroepsverbod

23. Het KB nr. 22 van 24 oktober 1934 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen, verleent de strafrechter, die een persoon veroordeelt voor één van de misdrijven (of poging daartoe) die limitatief in artikel 1 van dit KB zijn opgesomd, de bevoegdheid om deze persoon, bij wijze van bijkomende straf, te verbieden gedurende een bepaalde periode een bestuursopdracht of enige functie met macht om de vennootschap te verbinden, in een vennootschap met kapitaal, een besloten vennootschap, een coöperatieve vennootschap, een bestuursopdracht in een Belgische vestiging van een buitenlandse vennootschap of het beroep van effectenmakelaar of correspondent-makelaar uit te oefenen. Het verbod kan zowel aan een natuurlijke persoon als een rechtspersoon worden opgelegd. De straffen zijn niet limitatief opgesomd in artikel 7bis Sw. in geval van strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon. Bijzondere strafwetten kunnen andere straffen opleggen (Cass. 30 april 2019, *RABG* 2020, 6, noot E. VAN DOOREN, “Bestuursverbod voor rechtspersonen”). Het is enkel wanneer duidelijk is dat de straf enkel voor natuurlijke personen geldt, dat ze niet aan een rechtspersoon kan worden opgelegd. Het beroepsverbod van het KB nr. 22 heeft een algemene draagwijdte. Het kan dus ook aan een rechtspersoon worden opgelegd zodat deze de daarin opgesomde bestuursopdrachten niet meer kan opnemen.

Beraadslaging en notulen

24. Er is geen wettelijke verplichting om de beraadslaging in een vennootschapsorgaan, ongeacht of dit de algemene vergadering of een bestuursorgaan is, in de taal van het gewest te laten verlopen. Uiteraard moet een taal worden aangewend die begrijpelijk is voor de andere deelnemers of voor simultaanvertaling worden gezorgd. Dit geldt ook voor de algemene vergadering. De notulen moeten met eerbiediging van de taalwetgeving worden opgesteld (KG Orb. Antwerpen (afd. Antwerpen) 7 januari 2020,

TRV-RPS 2020, 97; ook besproken in randnr. 82). Dat de notulen in de taal opgelegd door de taalwetgeving moeten worden opgesteld, geldt enkel voor de notulen die bij wet zijn opgelegd (art. 52 wet van 18 juli 1966 op het gebruik van de talen in bestuurszaken; art. 5 decreet van 19 juli 1973 tot regeling van het gebruik van de talen voor de sociale betrekkingen tussen de werkgevers en de werknemers, alsmede van de door de wet en de verordeningen voorgeschreven akten en bescheiden van ondernemingen; art. 2 décret Wallon 30 juni 1982 *relatif à la protection de la liberté de l'emploi des langues et de l'usage de la langue française en matière de relations sociales entre les employeurs et leur personnel ainsi que d'actes et documents des entreprises imposés par la loi et les règlements*). Het mag worden aangenomen dat deze verplichting enkel geldt voor de notulen die in het bijzonder door de wet worden opgelegd hetzij op straffe van nietigheid, hetzij met het oog op de openbaarmaking. In vermogensvennootschappen zou de verplichting notulen voor collegiale organen (bestuursorganen en algemene vergadering) op te stellen kunnen worden afgeleid uit het recht van het bestuurslid of de aandeelhouder om deze notulen mee te tekenen (art. 5:75, art. 6:63, art. 7:95, art. 7:113 en art. 7:114 WvV (bestuursorganen) en art. 5:93, art. 5:117, art. 6:79, art. 6:102 en art. 7:141, § 1 WvV).

Besluitvorming - nietigverklaring - opschorting

25. Een besluit genomen met schending van de wettelijke of statutaire vormvereisten is een grond voor nietigverklaring op voorwaarde dat wordt aangetoond dat de onregelmatigheid de uitkomst van het besluit heeft kunnen beïnvloeden of werd begaan met bedrieglijk opzet. Ook kan het besluit worden nietig verklaard wegens bevoegdheidsafwending indien het niet in het vennootschapsbelang werd genomen (art. 2:42 WvV). Opdat de vordering tot nietigverklaring wil slagen moet de vordering gevolgen kunnen hebben. Ze is zonder voorwerp wanneer ze ziet op een besluit tot kapitaalvermindering onder een opschortende voorwaarde die niet verwezenlijkt werd (Antwerpen 12 september 2019, *TRV-RPS* 2020, 173; ook besproken in randnrs. 66 en 71).

26. In geval van gewichtige redenen kan de eiser tot nietigverklaring de voorlopige opschorting van de uitvoering van het bestreden besluit in kort geding vorderen (art. 179, § 1 W.Venn.). Deze mogelijkheid is behouden onder het WvV : wanneer de nietigverklaring evident lijkt en hoogdringend optreden nodig is, waardoor niet op een beslechting ten gronde kan worden gewacht, kan de eiser die een vordering tot nietigverklaring heeft ingesteld of zal instellen, van

de voorzitter van de ondernemingsrechtbank in kort geding de voorlopige opschorting vorderen van de uitvoering van het besluit dat hij aanvecht (art. 2:46 WVV). In het WVV wordt uitdrukkelijk gemeld dat spoed of hoogdringendheid moet worden aangetoond; in het W.Venn. werd dit niet uitdrukkelijk vermeld, maar dat gold toen ook. Verder moet de opschorting voorlopig zijn zonder vooruit te lopen op een uitspraak ten gronde; dit betekent enkel dat de kortgedingrechter geen maatregelen mag bevelen die definitief en onherroepelijk de grond van de zaak raken (Kh. Hainaut (afd Charleroi) 26 april 2017, *TBH* 2019, 1116, noot N. DELWAIDE, “Antigone en matière civile : les incertitudes persistent”; ook besproken in randnr. 42). In dit vonnis wordt ook terecht beslist dat de vordering tot opschorting in kort geding kan worden ingesteld ook al is de vordering tot nietigverklaring niet ingesteld, en volgt die later. Dit geldt ook onder het huidige recht.

Transparantie en controle

Jaarrekening

27. 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. 3:1 en art. 3:10 WVV).

Het bestuursorgaan stelt het ontwerp van jaarrekening op dat het vervolgens ter goedkeuring aan de algemene vergadering voorlegt. Hieruit mag worden afgeleid dat de jaarrekening en de informatie erin opgenomen aan de bestuurders kunnen worden tegengeworpen (Orb. Liège (afd. Verviers) 20 februari 2018, *TRV-RPS* 2020, 207, noot O. MARECHAL, “Un associé peut-il exercer son pouvoir individuel d’investigation et de contrôle sur des comptes annuels qu’il a approuvés antérieurement”; ook besproken in randnr. 29; H. CULOT, “La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques”, in *Droit des affaires et sociétés - Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, 124; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2020, 889).

Verbonden vennootschappen en gezamenlijke controle

28. Voor een bespreking van verbonden vennootschappen en gezamenlijke controle onder het WVV

kan men terecht bij D. ROOSES, “Verbonden vennootschappen in het WVV, welk nieuws onder de zon?”, *TRV-RPS* 2019, 498.

Individuele onderzoeks- en controlebevoegdheid

29. Indien de vennootschap geen commissaris moet benoemen en er geen benoemt, dan beschikt iedere vennoot, ongeacht het aantal aandelen dat hij aanhoudt, over de onderzoeks- en controlebevoegdheid van een commissaris; de statuten kunnen hem dat recht niet ontfangen (art. 3:101 WVV). Deze mogelijkheid bestaat zowel in personen- als in vermogensvennootschappen. In personenvennootschappen zonder zaakvoerders heeft elke vennoot toegang tot de boekhouding omdat hij de vennootschap meebestuurt (art. 4:10 WVV); de individuele onderzoeks- en controlebevoegdheid gaat er dan in op. Deze bevoegdheid is aan de vennoot toegekend om inzage te kunnen nemen van de boekhouding met het oog op de controle “op de financiële toestand, op de jaarrekening en op de regelmatigheid, ten aanzien van dit wetboek en de statuten, van de in de jaarrekening weergegeven verrichtingen” (art. 3:73 WVV), om also met kennis van zaken de jaarrekening te bespreken en goed te keuren. Deze bevoegdheid krijgt dezelfde invulling als de taak van de commissaris. Zijn verzoek is dan ook zonder voorwerp met betrekking tot het boekjaar waarvoor hij de jaarrekening reeds heeft goedgekeurd (Orb. Liège (afd. Verviers) 20 februari 2018, *TRV-RPS* 2020, 207, noot O. MARECHAL, “Un associé peut-il exercer son pouvoir individuel d’investigation et de contrôle sur des comptes annuels qu’il a approuvés antérieurement”; ook besproken in randnr. 27). Zie ook : M. ROELANTS, “Specifieke kwesties in het vennootschapsrecht” in *Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek*, Mechelen, Kluwer, losbl. januari 2020, IV.4-6 t.e.m. IV.4-14.

Deskundigenonderzoek

30. Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen heeft voor de vermogensvennootschappen een regeling uitgewerkt die de aandeelhouders 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 aandeelhouders die, in vermogensvennootschappen zonder kapitaal, aandelen bezitten die ten minste 10 % vertegenwoordigen van het aantal uitgegeven aandelen of, in kapitaalvennootschappen, ten minste 1 % hebben van het totaal aantal stemmen of effecten bezitten die een gedeelte van het kapitaal ter waarde van ten minste 1.250.000 euro vertegenwoordigen, kan de ondernemingsrechtbank één of meer

deskundigen aanstellen om de boeken en de rekeningen van de vennootschap na te zien (art. 5:106, art. 6:91 en art. 7:160 WVV).

De aanstelling van deze deskundige is aangewezen als de vennootschap de uitoefening van het individueel onderzoeks- en controlerecht weigert en onregelmatigheden worden vastgesteld (Antwerpen 22 maart 2018, *JDSC* 2019, 169, noot M. CALUWAERTS, “Désignation et portée de la mission d’un expert-vérificateur dans le nouveau Code des sociétés et associations”; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2019, 636-637, nr. 21; zie ook M. ROELANTS, “Specifieke kwesties in het vennootschapsrecht” in *Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek*, Mechelen, Kluwer, losbl. januari 2020, IV.4-15 t.e.m. IV.4-25).

Ontbinding en vereffening

Gerechtelijke ontbinding van slapende vennootschappen

31. Een vennootschap kan worden ontbonden zodra ze nalaat haar jaarrekening binnen de zeven maanden na afloop van het boekjaar neer te leggen (art. 182 W.Venn.; art. 2:74 WVV). Nalaten de jaarrekening neer te leggen wordt geacht erop te wijzen dat de vennootschap niet meer actief is (*Parl. St.* Kamer 1992-93, nr. 1005/12, 4; *Parl. St.* Senaat 1993-94, nr. 1086/2, 395). De gerechtelijke ontbinding is in dat geval geen sanctie maar een wens om niet langer actieve vennootschappen op te ruimen. Oorspronkelijk was de niet-neerlegging gedurende drie opeenvolgende jaren van de jaarrekening een indicatie van deze inactiviteit. Om ook misbruik van deze vennootschappen aan te pakken, meende de wetgever dat het gerecht sneller moet optreden (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). Nalaten één jaarrekening neer te leggen volstaat, maar het moet wel duidelijk zijn dat de vennootschap kennelijk niet meer actief is. Indien ze wel nog actief is, dan moet de ontbinding worden uitgesteld om de vennootschap toe te laten zich in orde te stellen. Tot dit besluit kwam de rechter in een zaak waar was aangetoond dat de vennootschap ten gevolge van een samenloop van omstandigheden had nagelaten de jaarrekening neer te leggen (Liège 16 oktober 2018, *JLMB* 2020, 977).

32. Het bestuur kan derdenverzet aantekenen tegen een gerechtelijke ontbinding (art. 1128 Ger.W.). Dit derdenverzet moet worden betekend aan ieder die

partij was in de procedure waarin de gerechtelijke ontbinding werd uitgesproken. Indien in een procedure waarin de ontbinding werd uitgesproken door de kamer van ondernemingen in moeilijkheden een vereffenaar werd aangesteld, wordt het derdenverzet rechtsgeldig aan hem betekend. Het is niet nodig het te betekenen aan de Staat of het Openbaar Ministerie; ze zijn niet in zake. Indien in dat geval geen vereffenaar werd aangesteld, kan het derdenverzet bij eenzijdig verzoekschrift worden ingesteld (Kh. Hainaut (afd. Tournai) 2 januari 2018, *JDSC* 2019, 203, noot M. LEMAL, “Voies de recours contre un jugement prononçant la liquidation judiciaire d’une société, suite à la communication par la chambre des entreprises en difficulté”; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2019, 637, nr. 22). De betekening aan de vereffenaar wordt in het WVV uitdrukkelijk opgelegd (art. 2:75, § 2, tweede lid WVV).

Vereffenaar

33. Indien de ontbinding en vereffening niet in één akte gebeurt, doet men er goed aan om vereffenaars te benoemen. Dit gebeurt door de algemene vergadering en in geval van een gerechtelijke ontbinding door de rechter. Over de verwoording van het benoemingsbesluit, zie S. ROELAND, “Aandachtspunten voor de notaris in de procedure van vrijwillige ontbinding en vereffening na het WVV”, *T.Not.* 2020, 460.

In geval van benoeming door de algemene vergadering, moet de benoeming door de rechter worden bevestigd. Onder het oude W.Venn. was dat in alle gevallen zo (art. 184 W.Venn.). Onder het WVV enkel als de vennootschap verlieslatend is (art. 2:84 WVV).

De bevoegde rechter is de voorzitter van de ondernemingsrechtbank (art. 588, 19° Ger.W.). Territoriaal is de rechtbank van het gerechtelijk arrondissement, waar de vennootschap op de dag van het besluit tot ontbinding haar zetel heeft, bevoegd. Dit is de statutaire zetel. Indien echter de zetel binnen zes maanden vóór het besluit tot ontbinding werd verplaatst, is de rechtbank van het rechtsgebied waar de zetel zes maanden voorafgaandelijk aan het ontbindingsbesluit was gevestigd, bevoegd (art. 2:84, tweede lid WVV). Richt men zich tot een andere voorzitter, dan wijst die het verzoek af; de voorzitter gaat ambtshalve na of hij bevoegd is daar het verzoek eenzijdig is en er dus er geen tegenpartij is om zijn bevoegdheid te betwisten (Arrondrb. Liège 26 april 2018, *JLMB* 2019, 892). De wetgever wil vermijden dat de vennootschap een rechtbank gaat opzoeken die laks is in de bevestiging en homologatie van de vereffenaar.

34. Indien de vennootschap wordt ontbonden zonder dat een vereffenaar wordt aangesteld, worden de bestuurders ten aanzien van derden als vereffenaars beschouwd (art. 2:79 WVV). Er is hiervoor beslissing noch openbaarmaking nodig; het geldt van rechtswege.

De bestuursleden zijn niet benoemd tot vereffenaar. Hun mandaat heeft een einde genomen bij de ontbinding. Ze hebben uitdrukkelijk niet de bevoegdheden die de wet en de statuten met betrekking tot de verichtingen van de vereffening toekennen aan de vereffenaar benoemd in de statuten, door de algemene vergadering of aangewezen door de rechter (art. 2:79, *in fine* WVV). Dit houdt onder meer in dat ze niet meer met betrekking tot de vereffening namens de vennootschap kunnen optreden. Een belangrijk gevolg van deze regel is dat ze niet bevoegd zijn om een vordering namens de vennootschap in te stellen. Dit werd in herinnering gebracht door het hof van beroep te Liège (8 november 2019, *Fisconet* 1 juni 2020), zij het dat in deze zaak het hof aangaf dat de vereffening was gesloten, met als gevolg dat de vennootschap niet meer bestaat en hoe dan ook niet meer in rechte iets kan vorderen (zie randnr. 37).

De voormelde regeling zou niet gelden in geval dat aan de opdracht van de benoemde vereffenaar een einde komt vóór de sluiting, hij niet kan aanblijven en de algemene vergadering (nog) geen nieuwe vereffenaar benoemt (Antwerpen 24 april 2018, *FJF* 2019, 55 en *JDSC* 2019, 211, noot M. LEMAL; Brussel 17 maart 1998, *RPS* 1998, 281; J. LAMBRECHTS, *De vereffening van de BVBA en de NV*, in *Notariële Praktijkstudies*, Kluwer, Mechelen, 2012, 36). Elke belanghebbende, zoals een vennootschapsschuldeiser, kan in dat geval de rechter verzoeken een vereffenaar aan te stellen als de algemene vergadering in gebreke blijft (B. TILLEMANS, “Het statuut van de vereffenaar : benoeming, beëindiging, bezoldiging en besluitvorming (deel I)”, *TRV* 1996, 360). Maar indien in zulk geval de vereffening onbeheerd achterblijft, moeten derden de vennootschap kunnen aanspreken. De regeling die artikel 2:79 WVV ter bescherming van derden instelt, herwint dan aan belang.

Gevolgen

35. Na de ontbinding kan enkel de vereffenaar de vennootschapsvordering voor fouten begaan in de bestuursopdracht tegen de gewezen bestuurders instellen. De algemene vergadering is hiertoe niet meer bevoegd; en bijgevolg de individuele aandeelhouders ook niet meer : de minderheidsvordering moet worden afgewezen (Brussel 17 december 2018, *TRV-RPS* 2019, 778, noot; zie ook J. VAN EETVELDE,

“Over aandeelhouders en afgeleide schade na sluiting van de vereffening”, *TRV-RPS* 2019, 685). Dit besluit dat wordt gedeeld door de rechtsleer, ligt in lijn met het standpunt dat de curator alleen over deze vordering beschikt; na faillissement komt ze niet meer toe aan de aandeelhouders (Cass. 10 mei 2019, *TRV-RPS* 2019, 776, noot, *TBH* 2019, 1271; zie hierna in randnr. 107).

Deficitaire vereffening

36. De vennootschap is in staat van faillissement indien de vennootschap haar opeisbare schulden niet onmiddellijk of op korte termijn kan betalen, de schuldeisers een uitstel van betaling of een vermindering van hun schuldvordering weigeren 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 (zie de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2018, 511, nr. 32). De vereffening, hoewel deficitair, kan doorgang vinden zolang ze zonder fraude gebeurt en zich in omstandigheden afwikkelt tot tevredenheid van de schuldeisers of toch ten minste een belangrijke meerderheid van hen, en zolang een voldoende meerderheid van deze schuldeisers het vertrouwen in de vereffenaar behoudt (Brussel 22 juni 2017, *JDSC* 2019, 214, noot M. LEMAL, “Le contrôle et l’approbation du plan de répartition de l’actif soumis par le liquidateur en cas de liquidation déficitaire”; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2019, 637-638, nr. 23).

De vereffenaar maakt op het einde van de vereffening een verdelingsplan op, dat hij ter goedkeuring aan de ondernemingsrechtbank voorlegt (het moet aan de ondernemingsrechtbank worden voorgelegd omdat de vereffening deficitair is). De rechtbank onderzoekt het plan en vordert van de vereffenaar alle dienstige inlichtingen om de geldigheid van het verdelingsplan na te gaan (art. 190, § 1, derde lid W.Venn.). De rechtbank gaat na wat er is gebeurd met de activa en of de wettelijke regels van voorrang zijn geëerbiedigd (Brussel 22 juni 2017, *l.c.*).

Passieve rechtspersoonlijkheid

37. De vennootschap kan na de sluiting van de vereffening niet meer in rechte optreden; dit betekent dat de vordering die vóór de sluiting werd ingesteld, niet na de sluiting kan worden verdergezet, ook niet door de vennoten die niet als rechtsverkrijgenden ten algemene titel van het vennootschapsvermogen kunnen worden aangezien (Cass. 20 september 2019, *Eur. Vervoerrecht* 2020, 67, *IHT* 2020, 109, *JLMB* 2020, 967, noot C. PARMENTIER, “La notion de contrat de transport”, *TBH* 2019, 1163).

De vereffenaar heeft bij gebreke van opdrachtgever geen mandaat meer om de vennootschap te vertegenwoordigen. Zijn opdracht houdt op met de sluiting van de vereffening. Sluiting wordt bovendien uitgelegd als een afstand van de vordering (Gent 17 mei 2017, *JDSC* 2019, 223; aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2019, 638, nr. 26). De vennootschap kan zich wel in hoger beroep verder verweren, zonder een tegenvordering in te stellen of te benaastigen. Maar ze kan in hoger beroep geen rechtsmiddelen ter ondersteuning van de vordering die in eerste aanleg werd toegewezen, aanvoeren, daar ze wordt geacht afstand te hebben gedaan van haar vordering door de sluiting van de vereffening (Gent 17 mei 2017, *l.c.*).

De vennootschap kan geen rechtsplegingsvergoeding meer vorderen. De vennootschap is verdwenen en heeft bijgevolg geen woonplaats meer, met als gevolg dat bij toepassing van artikel 8(1) van Brussel 1bis-Verordening de zetel van de vennootschap niet als woonplaats kan worden aangezien voor de bepaling van de rechtbank waarvoor de vordering tegen de vereffenaar *qualitate qua* moet worden ingesteld (Antwerpen 17 mei 2018, *NjW* 2019, 803, noot J. WAELKENS, “Forumkeuzebeding”; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2019, 638, nr. 26). Bepaalde rechtspraak aanvaardt wel een vordering wegens tergend en roekeloos geding als uitzondering op deze regel (Liège 8 november 2016, *JDSC* 2019, 226, noot M. LEMAL, “Clôture de la liquidation et procédures en cours”). Het is onduidelijk op welke grond dit wordt aanvaard (zie de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2019, 638, nr. 26).

38. De vennootschap kan zich enkel verdedigen tegen vorderingen ingesteld door schuldeisers. Dit gebeurt door middel van haar vereffenaars die *qualitate qua* optreden. Dit geldt ook voor procedures die tegen de vennootschap zijn ingesteld vóór de sluiting, maar nadien doorlopen. In deze procedures wordt de vennootschap in vereffening verder door haar vereffenaar, die als zodanig optreedt, vertegenwoordigd (Cass. 14 februari 2020, *TRV-RPS* 2020,

604, noot C. BERCKMANS, “Het aanwenden van een rechtsmiddel na sluiting van de vereffening”). Bij veroordeling gebieden de rechten van verdediging dat de vennootschap bij middel van haar vereffenaar *qualitate qua* hiertegen opkomt met de gebruikelijke rechtsmiddelen, zoals hoger beroep (Cass. 7 november 2019, *TRV-RPS* 2020, 610, noot).

Een bezwaar tegen een belastingaanslag is een verweer, en kan dus worden verdergezet na de sluiting van de vereffening (Cass. 8 november 1960, *Pas.* 1961, I, 252). Het hof van beroep te Brussel meent echter van niet in een geval waarin tijdens de procedure de vennootschap werd ontbonden en de vereffening gesloten in één akte. Volgens het hof deed de vennootschap hiermee afstand van haar bezwaar omdat ze na de sluiting niet meer kon optreden (Brussel 4 september 2018, *JDSC* 2019, 218). Dit arrest kan niet worden bijgetreden; de vennootschap kan zich verder verweren ook na sluiting van de vereffening door middel van de zaakvoerder die, bij gebreke van vereffenaar, *qualitate qua* verder optreedt.

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid

Algemeen

39. De afschaffing van de decumulregeling werd in de vorige kroniek besproken (zie de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2019, 639, nr. 28). Onder het oude recht was de decumul niet toegelaten als het misdrijf wetens en willens werd gepleegd; de rechter moet dan zowel de rechtspersoon als de bestuurder veroordelen (Cass. 13 maart 2018, *Dr.pén.ent.* 2020, 25).

40. De strafrechtelijke verantwoordelijkheid kleeft aan de persoon (art. 20 V.T. 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 sluiting van de vereffening. Dit is zo bij een overdracht van een algemeenheid gevolgd door een ontbinding en vereffening. Ontbinding zonder vereffening ziet op de ontbinding in het kader van een fusie of splitsing (art. 12:13 WVV; *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 2093/5, 38; Cass. 11 oktober 2017, *JDSC* 2019, 233, noot M. LEMAL, “L’application de l’article 20 du titre préliminaire du Code de procédure pénale en cas d’opérations de restructuration”; aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2019, 639, nr. 29).

Wel kan de strafvervolgung 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, vóór het verlies van de rechtspersoon-

lijkheid, overeenkomstig artikel 61*bis*, eerste lid Sv., door de onderzoeksrechter in verdenking is gesteld, of door het onderzoeksgerecht is verwezen of rechtstreeks is gedagvaard ten gronde (art. 20 V.T. Sv.). Dit laatste geval werd toegevoegd door de wet van 18 maart 2018 omdat in antwoord op een prejudiciële vraag het Grondwettelijk Hof had geoordeeld dat vennootschappen die in verdenking werden gesteld na de ontbinding zonder objectieve grondslag werden benadeeld ten aanzien van vennootschappen die voordien in verdenking werden gesteld; door de ontbinding ontsnapten deze laatste vennootschappen aan de strafvervolgning (zie de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2019, 639-640, nr. 29). Op die manier wordt vermeden dat de strafvervolgning vervalt voordat de vennootschap in verdenking is gesteld ook al werd de vennootschap rechtstreeks gedagvaard voor de strafrechter (zoals gebeurde onder het oude recht in een zaak gewezen door de correctionele rechtbank van Oost-Vlaanderen (Orb. Oost-Vlaanderen (afd. Brugge) 22 januari 2018, *JDSC* 2019, 193, *TGR-TWVR* 2018, 192)).

Lasthebber ad hoc

41. De lasthebber *ad hoc* wordt aangesteld door de rechtbank die bevoegd is om van de strafvordering kennis te nemen (art. 2*bis* Sv.). Voor een bespreking van de afschaffing van de decumulregeling op de aanstelling van een lasthebber *ad hoc*, kan men terecht bij P. WAETERINCKX, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon. Moet de regeling i.v.m. de lasthebber *ad hoc* onder artikel 2*bis* V.T. Sv. ‘op de schop’ omwille van de afschaffing (?) van de decumulatieregeling onder het oude artikel 5, tweede lid Sv.?”, *TBH* 2019, 949.

Indien zowel de vennootschap als één van haar bestuurders wordt vervolgd, moet worden nagegaan of er zich een belangenconflict kan voordoen in hoofde van het bestuur om al dan niet een lasthebber *ad hoc* aan te stellen; de aanstelling moet in ieder geval worden gemotiveerd (Liège 17 juni 2019, *Dr.pén.entr.* 2020, 143, noot V. TRUILLET, “De la nécessité et de l'intérêt de désigner un mandataire *ad hoc*”).

De vennootschap in proces

Bevoegde rechtbank - scheidsgerecht

42. Vennootschapsgeschillen kunnen rechtsgeldig aan arbitrage worden onderworpen. Dit sluit de rechtsmacht van de gewone rechtbank uit, behalve in geval van voorlopige maatregelen (art. 1683

Ger.W.). Er bestaat geen betwisting dat de kortgedingrechter nog altijd kan worden gevat. Dit is zeker zo als het arbitragebeding dit uitdrukkelijk bepaalt (Kh. Hainaut (afd. Charleroi) 26 april 2017, *TBH* 2019, 1116, noot N. DELWAIDE, “Antigone en matière civile : les incertitudes persistent”; ook besproken in randnr. 26), maar ook als het arbitragebeding dit niet bepaalt of een beroep op de kortgedingrechter uitsluit. De exceptie van gebrek aan rechtsmacht moet *in limine litis* worden opgeworpen (art. 1682 Ger.W.).

Alle geschillen kunnen aan een scheidsgerecht worden voorgelegd mits tussen de partijen een arbitrageovereenkomst werd gesloten (K. PARIDAEN en D. VAN GERVEN, “Arbitreerbaarheid van vennootschapsgeschillen” in Cepani (ed.), *Arbitrage en vennootschappen*, Kluwer, Luik, 2019, 27). Dit geldt ook voor de ontbinding en de nietigverklaring van de vennootschap. In de arbitrageovereenkomst verwijst men bij voorkeur naar een arbitrage-instituut waardoor de procedurele regels van dit instituut van rechtswege van toepassing zijn (P. LAMBRECHT en D. VAN GERVEN, “Le nouveau règlement du CEPANI”, *TRV-RPS* 2020, 274). Om elke twijfel over de rechtsmacht van het scheidsgerecht met betrekking tot geschillen binnen de vennootschap en met effectenhouders uit te sluiten, verwijst men bij voorkeur naar de omschrijving opgenomen in artikel 574, 1° Ger.W. : “*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*” (zie over de arbitrageclausule, D. VAN GERVEN, “Pleidooi voor een bijzondere arbitrageclausule voor geschillen ter zake van vennootschappen”, *Liber Amicorum Cepani. 50 jaar oplossingen*, Kluwer, Mechelen, 2019, 289; zie ook B. ALLEMEERSCH en G. SCRAEYEN, “Arbitrage et tierce opposition”, *JT* 2018, 68).

Optreden in rechte - mandaat ad litem

43. Om in rechte op te treden moet de vennootschap rechtspersoonlijkheid hebben. Als ze dat niet heeft wordt haar vordering afgewezen. Dit kan niet worden rechtgezet door een agressieve tussenkomst in hoger beroep van een andere regelmatig opgerichte vennootschap (Gent 27 september 2017, gepubliceerd in *RW* 2018-19, 1469 en aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2019, 641, nr. 35, en opnieuw gepubliceerd in *RW* 2019-20, 22).

Over de mogelijkheid voor de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid om in rechte op te treden, zie randnr. 11.

44. De vennootschap wordt in rechte door een advocaat of haar organen vertegenwoordigd (art. 703, § 1, eerste lid Ger.W.).

De advocaat vertegenwoordigt de vennootschap voor de rechter zonder dat hij een volmacht in die zin moet voorleggen (art. 440, tweede lid en 479 Ger.W.). Het vermoeden dat in het mandaat ad litem besloten ligt, vooronderstelt dat de advocaat op regelmatige wijze door een bevoegd orgaan is aangesteld. Dit omvat ook het vermoeden dat de vennootschap rechtsgeldig heeft beslist om de vordering in te stellen (Vred. Antwerpen 21 juni 2018, *RW* 2019-20, 1190; ook besproken in volgend randnr.).

45. Wanneer een aandeelhouder in kort geding de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder vordert, moet de vordering tegen de vennootschap worden ingesteld zodat de uitspraak aan de vennootschap kan worden tegengesteld en zij een eventuele uitspraak in haar nadeel kan aanvechten. Indien de aandeelhouder nalaat dit te doen is de vordering niet ontvankelijk (KG Orb. Brussel Fr. 31 januari 2019, *TRV-RPS* 2019, 413, noot A. HANOTEAU en T. SION, “La qualité du défendeur à l'action en désignation d'un administrateur provisoire”). De vordering gericht tegen de enige zaakvoerder van de BVBA wordt derhalve afgewezen. Deze uitspraak ligt in lijn van de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass. 5 september 2013, *Pas.* 2013, 1561, *TGR* 2013, 344; deze kroniek, *TRV* 2014, 582, nr. 81).

Inschrijving in de KBO

46. De vordering wordt afgewezen indien de vennootschap niet is ingeschreven in de KBO (art. III.26, § 2 WER). Om ontvankelijk te zijn volstaat het dat de vennootschap bij de KBO is ingeschreven. Een niet-correcte inschrijving is daarbij van geen belang meer. De vordering die is gesteund op een activiteit waarvoor de vennootschap niet is ingeschreven, kan niet meer om die reden worden afgewezen. Dit was voorheen wel mogelijk op grond van artikel XX.26, § 2 WER (Vred. Antwerpen 21 juni 2018, *RW* 2019-20, 1190; ook besproken in vorig randnr.). De voormelde paragraaf werd echter afgeschaft door de wet van 2 mei 2019 (*BS* van 17 mei 2019).

Zoals besproken in de vorige kroniek, werd artikel III.26 gewijzigd in die zin dat de ontvankelijkheidsgrond zich beperkt tot de niet-inschrijving in de

KBO; een verkeerde of gebrekkige inschrijving is niet meer van belang. Dit wetsartikel is een procedurebepaling met als gevolg dat de wijziging van toepassing is op hangende rechtsgedingen (art. 3 Ger.W.). De onmiddellijke werking van de nieuwe gewijzigde bepaling kan wel geen afbreuk doen aan ondertussen verworven rechten. Daar de ontvankelijkheid van de vordering wordt bepaald op de dag van de inleiding, moet de exceptie van niet-ontvankelijkheid worden beoordeeld op die dag. Als de inleiding plaatsvond vóór de toepassing van de wetswijziging, met name vóór 27 mei 2019, dient de oude bepaling te worden toegepast (Orb. Hainaut (afd. Tournai) 23 januari 2020, *TBH* 2020, 231; S. CNUDE, “De afschaffing van artikel III.26, § 2, WER en de toepassing in de tijd van de nieuwe regeling”, *RABG* 2019, 878).

IV. De vennootschap onder firma (VOF), de commanditaire vennootschap (CommV), de landbouwvennootschap (LV) en het Europees economisch samenwerkingsverband (EESV)

Hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten van de VOF en de gecommanditeerde vennoten van de CommV

47. De vennoten zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap onder firma (art. 204 W.Venn.). Dit geldt ook voor de beherende vennoten of gecommanditeerde vennoten van de CommV (art. 202 en art. 205 W.Venn.). Indien de vennootschap niet betaalt, kan de vennootschapschuldeiser zich tegen de hoofdelijk aansprakelijke vennoten keren. Als er meer zijn, keert hij zich tegen alle vennoten, dan wel tegen één of meer onder hen, naar keuze van de schuldeiser (art. 1203 en 1204 BW). Elkeen kan voor de gehele schuld worden aangesproken en zal zich nadien keren tegen de andere vennoten voor de betaling van ieder zijn deel. De vennootschapsschuldeiser moet wel de vennoten dagvaarden op wie hij de schuldvordering wil verhalen om een uitvoerbare titel op hen persoonlijk te verwerven (Cass. 13 april 2018, *RW* 2019-20, 140), zo niet, kan de vennoot zich verzetten tegen uitvoering op zijn persoonlijk vermogen (zie ook, V. SIMONART, *Société en nom collectif, Sociétés en commandite*, Brussel, Bruylant, 2014, 46).

48. Onder het oude recht was de vaststaande casatierechtspraak dat de onbeperkt aansprakelijke vennoot, van een vennootschap met een handelsdoel, handelaar is. Het Hof van Cassatie was tot deze vaststelling gekomen omdat het vermogen van de vennootschap, aldus dit Hof, in werkelijkheid met

dat van de vennoten is vermengd (Cass. 15 december 1938, *Pas.* 1938, I, 383, *Belg. Jud.* 1939, col. 85, noot L.S., *RPS* 1940-46, 198, noot; Cass. 21 mei 1968, *Pas.* 1968, I, 1097; Cass. 17 juni 1976, *Pas.* 1976, I, 1124). Sinds de afschaffing van de daad van koophandel en de invoering van de onderneming als afbakeningscriterium voor het ondernemingsrecht waaronder het insolventierecht, bracht deze rechtspraak met zich mee dat de onbeperkt aansprakelijke vennoot van een personenvennootschap, wordt vermoed ondernemer te zijn ongeacht zijn werkelijke activiteit (zie de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2019, 534, nr. 40).

Indien echter hij die het faillissement aanvraagt voor zichzelf geen vennoot meer is van de VOF omdat hij eerder is uitgetreden, maar nog enkel de vennootschap als zaakvoerder bestuurt, dan kan het faillissement enkel worden uitgesproken als vaststaat dat hij deze opdracht beroepsmatig uitoefent (Antwerpen 11 april 2019, *RABG* 2019, 826; zie randnr. 22 waar dit arrest ook wordt aangehaald).

Bestuur van de CommV

49. In de commanditaire vennootschap moet de commanditaire vennoot zich ervan onthouden zich kandidaat te stellen voor de opdracht van vereffenaar. Het is hem verboden om een daad van bestuur te stellen (art. 4:25, § 1 WVV). De persoon die de gecommanditeerde vennoot vervangt en de vennootschap leidt, wordt vermoed dit te doen als commanditaire vennoot (Cass. 2 februari 2018, *TRV-RPS* 2018, 900, noot J. LANNOY, “De gewaagde positie van een externe zaakvoerder in de gewone commanditaire vennootschap”, *RW* 2019-20, 140; aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2019, 644, nr. 43).

Landbouwvennootschap

50. De landbouwvennootschap verdwijnt vanaf 1 januari 2024. Zij werd niet behouden in het WVV, maar vervangen door de vennootschap die als landbouwonderneming kan worden erkend. Enkel de VOF, de CommV, de BV en de CV komen in aanmerking (art. 8:2 WVV). De voorwaarden voor de erkenning zijn terug te vinden in het KB van 28 juni 2019 tot vaststelling van de voorwaarden van de erkenning als landbouwonderneming en als sociale onderneming (*BS* 11 juli 2019). Deze erkenning is onder meer van belang voor de Pachtwet (art. 8:3 WVV). De landbouwvennootschappen die niet eerder zijn omgezet in een andere rechtsvorm, worden op 1 januari 2024 in een VOF en, indien er stille vennoten zijn, in een CommV omgezet (art. 41, § 2 wet van 23 maart 2019). Ondertussen en sinds 1 januari 2020 (of eerder

in geval van *opt-in*, maar ten vroegste vanaf 1 mei 2019) zijn de dwingende bepalingen van de VOF van toepassing, en voor de stille vennoten, de dwingende bepalingen die gelden voor de CommV (art. 41, § 1 wet van 23 maart 2019).

De inbreng in natura in een landbouwvennootschap kan enkel bestaan in vermogensbestanddelen die naar economische maatstaven waardeerbaar zijn. Bovendien bepaalde het oude W.Venn. dat de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een pachtovereenkomst niet worden ingebracht; zij worden gelijkgesteld met het verrichten van werk (nijverheid) dat niet het voorwerp kan zijn van een inbreng in natura (art. 796 W.Venn.). Verder is de exploitatie als beherend vennoot van een landbouwvennootschap gelijk te stellen met de persoonlijke exploitatie voor de toepassing van de Pachtwet (art. 838 W.Venn.). Hieruit volgt dat als de pachter tijdens de pacht een landbouwvennootschap opricht waaraan hij de exploitatie van het verpachte goed ter beschikking stelt, de pacht niet aan deze vennootschap wordt overgedragen, ook al betaalt de vennootschap de pachtprijs. Hieruit wordt als gevolg getrokken dat de opzegging van de pacht door de verpachter aan de pachter, beherende vennoot van de landbouwvennootschap, en niet aan de vennootschap moet worden betekend om geldig te zijn (Vred. Jodoigne-Perwez 12 oktober 2017, *T.Vred.* 2019, 484, noot H. CULOT, “Entreprise agricole et bail à ferme : l'incidence du Code des sociétés et des associations”).

Onder het WVV is een inbreng van nijverheid in bovenvermelde vennootschapsvormen mogelijk. De verplichting om de inbreng in natura economisch te kunnen waarderen werd afgeschaft met uitzondering voor de vennootschappen met kapitaal (NV, SE en SCE) : art. 7:6 WVV; art. 5 SE Vo. en art. 4.2 SCE Vo.). Wel blijft de gelijkstelling van uitbating als werkende vennoot in de VOFLO, gecommanditeerde vennoot in de CommVLO, en bestuurder in de BVLO en de CVLO met diens persoonlijke uitbating behouden (art. 8:3 WVV; zoals bevestigd in de memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/1, 277). Dit betekent dat de pachtovereenkomst kan worden ingebracht in de vennootschap die als landbouwonderneming wordt erkend. Deze pachtoverdracht vereist wel de goedkeuring van de verpachter (art. 30 Pachtwet). Uit artikel 8:3 volgt dat de pachtoverdracht niet nodig is, opdat de pachter een vennootschap kan oprichten; hij kan zich ertoe beperken het genotsrecht in te brengen; de uitbating door de pachter als werkend of gecommanditeerde vennoot dan wel als bestuurder wordt dan gelijkgesteld met een persoonlijke uitbating (zie hoger).

V. De besloten vennootschap (BV)

Algemeen

Dezelfde rechtsvorm in een nieuw kleedje

51. Sinds 1 januari 2020 gaan alle besloten vennootschappen ongeacht of ze ooit werden opgericht als BVBA en hun statuten nog niet hebben aangepast (waarvoor ze tijd hebben tot eind 2023), door het leven als BV's. Dit wordt verduidelijkt door de Reparatiwet in een wijziging van de wet van 23 maart 2019 die het WVV heeft ingevoerd (art. 39, § 2, tweede lid).

Over de grotere soepelheid die de wetgever aan de oprichters van een BV in het nieuwe regime aanbiedt, zie A.-S. VAN HOOTEGEM, P. ALLIET en C. BORGERS, "Verhoogde flexibiliteit in de besloten vennootschap voor de structureren van managementparticipaties", *TBH* 2020, 5.

Oprichting - kapitaal

Verlies van kapitaal

52. Wanneer ten gevolge van geleden verlies het nettoactief is gedaald tot minder dan de helft van het kapitaal, moet binnen een termijn van ten hoogste twee maanden nadat het verlies is vastgesteld of krachtens wettelijke of statutaire bepalingen had moeten worden vastgesteld, een algemene vergadering worden bijeengeroepen die over de ontbinding of over in de agenda aangekondigde maatregelen om de vennootschap te redden moet stemmen (art. 332 W.Venn.). Door de afschaffing van het kapitaal (door het WVV) wordt de regel aan deze nieuwe toestand aangepast: dan zal deze verplichting ontstaan wanneer het nettoactief dreigt negatief te worden of is geworden, dan wel wanneer het bestuursorgaan vaststelt dat het niet langer vaststaat dat de vennootschap, volgens redelijkerwijs te verwachten ontwikkelingen, in staat zal zijn om gedurende minstens de twaalf volgende maanden, haar schulden te voldoen naarmate deze opeisbaar worden (art. 5:153 WVV).

Het bestuursorgaan moet de algemene vergadering bijeenroepen zodat ze wordt gehouden binnen de twee maanden te rekenen van de dag waarop het verlies werd vastgesteld of dat had moeten zijn krachtens de wettelijke en statutaire verplichtingen die wegen op het bestuursorgaan. Indien geen algemene vergadering wordt gehouden binnen deze twee maanden, dan wordt de door derden geleden schade, behoudens tegenbewijs, geacht uit het ontbreken van een bijeenroeping voort te vloeien (art.

332, vierde lid W.Venn.; art. 5:153, § 2 WVV). Het aanvangspunt van deze termijn is niet de dag waarop aan de algemene vergadering de jaarrekening wordt voorgesteld, maar is de dag waarop het verlies effectief werd of had moeten worden vastgelegd door het bestuursorgaan (Cass. 4 mei 2018, *TRV-RPS* 2019, 325, noot J.F. GOFFIN, *JDSC* 2018, 141, noot M.A. DELVAUX, *JDSC* 2019, 93, *RW* 2019-20, 139, *TBBR* 2019, 57). De bestuurders zijn hiervoor aansprakelijk. Hun aansprakelijkheid verjaart door vijf jaar te rekenen van de datum waarop het bestuursorgaan de voormelde regeling had moeten naleven; dit is bij het verstrijken van de termijn van twee maanden (Cass. 24 mei 2018, *RW* 2019-20, 139, *DAOR* 2018, 150, noot L. DEFUSTER en L. NYSSSEN, *JDSC* 2019, 165 en 183, noot G. DE PIERPONT, "La procédure de sonnette d'alarme dans la SRL - de l'article 332 du Code des sociétés à l'article 5:153 du Code des sociétés et des associations"; reeds aangehaald in de vorige koniek, *TRV-RPS* 2019, 645-646, nr. 49).

Het bestuur moet in geval van financiële moeilijkheden de toestand van de vennootschap van nabij opvolgen en desgevallend de in het verslag, opgesteld in het kader van de alarmbelprocedure, voorgestelde maatregelen aanpassen in functie van de gewijzigde omstandigheden. Als de toestand niet verbetert, moet opnieuw worden nagekeken of het zin heeft de vennootschap verder te zetten. Minstens, meent de rechtbank van koophandel te Liège, moet de alarmbelprocedure elk jaar worden herhaald zolang de slechte financiële toestand aanhoudt (Kh. Liège (afd. Namur) 4 september 2018, *JDSC* 2019, 142, noot M.A. DELVAUX, "Le régime de la sonnette d'alarme en SRL dans le nouveau SCA"). Deze verplichting is echter niet in de wet opgenomen. Dit is onder het WVV beter geregeld: eenmaal een verslag is opgesteld, is het bestuur gedurende de 12 maanden die volgen op de aanvankelijke bijeenroeping niet meer verplicht een algemene vergadering bijeen te roepen om dezelfde reden (art. 5:153, § 4 WVV). Hieruit wordt *a contrario* afgeleid dat het bestuur de algemene vergadering wel om de twaalf maanden moet bijeenroepen als de vennootschap zich in de alarmfase bevindt (H. CULOT, "La suppression du capital dans la société à responsabilité limitée", *TBH* 2018, 980).

De verplichting om de vennootschap van nabij op te volgen en bijkomende maatregelen te nemen en desgevallend de ontbinding voor te stellen of aangifte in faillissement te doen (die trouwens ook voortvloeit uit art. 2:52 WVV), moet worden samengelezen met de bijzondere aansprakelijkheid in geval van faillissement indien het bestuur de activiteit verderzette ondanks het feit dat het wist of behoorde te weten dat er kennelijk geen redelijk vooruitzicht was om

de onderneming of haar activiteit te behouden en een faillissement te vermijden (art. XX.227, § 1 WER; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2020, 813-814). Het bestuur moet daarbij een vaak moeilijk aan te houden middenweg volgen, en voortdurend kiezen tussen voort- of stopzetting. Vroegtijdig faillissement kan een fout uitmaken als een normaal voorzichtige en zorgvuldige bestuurder die zich in dezelfde omstandigheden bevindt, redelijkerwijze geen aangifte zou hebben gedaan of in geval van fraude; het bestuur beschikt daarbij over een beoordelingsmarge die de rechter moet eerbiedigen (Kh. Liège (afd. Namur) 4 september 2018, *JDSC* 2019, 106, noot M.A. DELVAUX, “La marge de manoeuvre des dirigeants : un peu plus claire dans le CSA ? Et quid de la solidarité de la responsabilité ?”; ook besproken in randnr. 101).

Effecten

Aandelen in huwelijksgemeenschap

53. Echtgenoten die met gemeenschappelijke gelden aandelen kopen, kopen deze aandelen in gemeenschap aan. Deze aandelen maken deel uit van het gemeenschappelijk huwelijksvermogen. Elke echtgenoot is gemachtigd om dit vermogen te besturen en alleen bestuurshandelingen te stellen (art. 1416 BW). De vordering tot nietigverklaring van de overeenkomst waarbij deze aandelen werden gekocht, is een dergelijke bestuurshandeling; zij kan worden ingesteld door één der echtgenoten zonder het akkoord van de andere (Cass. 11 maart 2019, *TRV-RPS* 2019, 546, *JLMB* 2019, 1373, *TBH* 2019, 1258, noot H. NELEN, T. DE DEYGERE en C. WUYTS, “Wanneer zwijgen bedrog wordt”; ook besproken in randnr. 54).

Toetreding, beslag, overdracht en koop-verkoop-overeenkomsten

54. Een koop-verkoop is een overeenkomst die vatbaar is voor nietigverklaring overeenkomstig het gemeen recht zoals in geval van bedrog in de zin van artikel 1116 BW. Dit doet zich voor als een verkoper opzettelijk kunstgrepen aanwendt om de koper ertoe aan te zetten de overeenkomst te sluiten. De verzwijging van een bepaald element van het vermogen van de vennootschap waarvan de aandelen het voorwerp zijn van de koop-verkoop, kan in bepaalde omstandigheden bedrog uitmaken wanneer de andere partij, als die van het verzwegen feit op de hoogte was geweest, de overeenkomst niet of onder minder bezwarende omstandigheden zou hebben

gesloten. Dit is het geval als werd verzwegen dat een bijgebouw werd opgericht zonder bouwvergunning, terwijl de koop-verkoopovereenkomst uitdrukkelijk vermeldt dat de vennootschap die verhuur als statutair voorwerp heeft, voornamelijk dat gebouw in eigendom heeft. Indien enkel de nietigverklaring wordt gevorderd, mag de rechter zich hiertoe beperken en moet hij niet het herstel in natura door restitutie bevelen (Cass. 11 maart 2019, *TRV-RPS* 2019, 546, *JLMB* 2019, 1373, *TBH* 2019, 1258, noot H. NELEN, T. DE DEYGERE en C. WUYTS, “Wanneer zwijgen bedrog wordt”; ook besproken in randnr. 53).

De boekhouder van een vennootschap schotelde aan de aandeelhouder foutieve of misleidende en onvolledige informatie voor over de waarde van de aandelen, de hoegrootheid van de schulden van de vennootschap ten aanzien van de boekhouder en over de niet-gehoudenheid van de aandeelhouder om de vennootschapsschulden te voldoen, met als gevolg dat hij bekwam dat de aandeelhouder zijn aandelen voor één euro verkocht aan de vriendin van de boekhouder. Deze verkoop werd terecht wegens bedrog nietig verklaard. Ook een leningsovereenkomst werd op bedrieglijke wijze in het kader van deze koop-verkoop afgesloten en nietig verklaard (Antwerpen 9 september 2019, *NjW* 2020, 551, noot S. DE GEYTER, “Nietigverklaring leningsovereenkomst wegens bedrog”).

Schenking van aandelen

55. Een man draagt wanneer het nog goed gaat aan zijn vriendin in twee transacties aandelen van zijn BV over. De ene overdracht gebeurt om niet door de inschrijving in het aandelenregister; de andere overdracht door een overeenkomst van overdracht tegen een lage prijs. Wanneer de vrouw een gerechtelijke procedure tegen hem start, vordert hij nietigverklaring van beide overdrachten omdat ze schenkingen zijn waarbij niet is voldaan aan de geldigheidsvoorwaarden van artikel 931 BW (schenking voor notaris). Volgens de beroepsrechter is de eerste een onrechtstreekse schenking die niet is onderworpen aan de vormvereiste van artikel 931 BW. De inschrijving in het aandelenregister heeft een zakelijke werking omdat het eigendomsrecht wordt bewezen door een inschrijving in het aandelenregister. De tweede overdracht wordt door beide partijen als een koop-verkoop gekwalificeerd en de man brengt geen tegenbewijs aan dat het niet om een koop-verkoop gaat; een veel te lage prijs is inzake roerende goederen geen nietigheidsgrond (Antwerpen 12 juni 2019, *NFM* 2020, 126, noot, *T.Not.* 2019, 778).

Bestuur

56. Het arrest van 9 november 2017 van het hof van beroep te Antwerpen waarin erop wordt gewezen dat de bestuurder loyaal moet handelen, en het hem is verboden concurrentie aan de vennootschap aan te doen, en dat dit verbod ook geldt voor de vaste vertegenwoordiger van de rechtspersoon-bestuurder, werd opnieuw afgedrukt in de besproken periode (Antwerpen 9 november 2017, *JDSC* 2019, 71, noot M. COIPEL, “Le devoir de loyauté des gérants ou administrateurs”; zie de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2019, 647, nr. 55).

Belangenconflicten

57. De bestuurder van een BV(BA) is zowel onder het oude recht (art. 259 W.Venn.) als onder het nieuwe (art. 5:76 WVV) onderworpen aan een bijzondere procedure in geval van belangenconflicten. De belangrijke verandering is dat onder het nieuwe recht, de bestuurder van de BV niet mag deelnemen aan de besluitvorming. Schending van de procedure kan aanleiding geven tot nietigverklaring. De vennootschap kan de nietigverklaring vorderen van besluiten en verrichtingen genomen met overtreding van de voormelde regeling indien de wederpartij bij dat besluit of die verrichting van die overtreding op de hoogte was of had moeten zijn (art. 259, § 2 W.Venn.; art. 5:77, § 2 WVV). Deze nietigheid is erop gericht om de belangen van de vennootschap te beschermen. Onder het oude recht besliste het Hof van Cassatie dat enkel de vennootschap de nietigverklaring kon vorderen (Cass. 1 juni 2018, *JDSC* 2019, 64, noot M. COIPEL, “Les titulaires du droit de demander l’annulation d’une décision ou opération violant l’article 259, § 2 ou l’article 523, § 2 du Code des sociétés”). In het nieuwe recht wordt uitdrukkelijk bepaald dat benevens de vennootschap, ook andere belanghebbenden in de zin van artikel 2:44 WVV dit kunnen. De vordering moet worden ingesteld binnen de zes maanden te rekenen van de dag waarop het besluit kan worden tegengeworpen aan diegene die de nietigheid inroep of van de dag waarop hij er kennis van heeft gekregen (art. 2:143, § 4 WVV).

VI. De coöperatieve vennootschap (CV en SCE)

Algemeen

Wettelijk doel

58. Een coöperatieve vennootschap kan sinds 1 mei 2019 nog enkel met een coöperatief doel wor-

den opgericht. Dit bestaat in de voldoening van de behoeften van haar aandeelhouders of derde-belanghebbende partijen en/of de ontwikkeling van hun economische en sociale activiteiten. Dit kan door met hen overeenkomsten te sluiten over de levering van goederen, de verrichting van diensten of de uitvoering van werken in het kader van de activiteit die de vennootschap uitoefent of laat uitoefenen; dit kan middels een deelneming in één of meer andere vennootschappen (art. 6:1, § 1, eerste lid *in fine* WVV). Deze omschrijving sluit aan bij artikel 1(3) van de EU-Verordening nr. 1435/2003 van 22 juli 2003 op het statuut van de Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE). Voor een bespreking, zie E. CALLENS en L. DE MEULEMEESTER, “De coöperatieve vennootschap 2.0 : verankering van de coöperatieve gedachte of wedergeboorte van de oneigenlijke coöperatieve?”, *TRV-RPS* 2020, 5. Voor een aanpassing van de wettelijke omschrijving om de wet beter bij de coöperatieve gedachte te doen aansluiten, leze men R. AYDOGDU, “Le but lucratif d’une société coopérative : “Lost in translation””, *TRV-RPS* 2020, 342.

De bestaande coöperatieve vennootschappen die geen dergelijk doel hebben, hebben tot 1 januari 2024 om zich aan te passen of zich om te zetten in een andere rechtsvorm; zoniet worden ze van rechtswege omgezet in één van de volgende rechtsvormen : de COHA wordt van rechtswege omgezet in een VOF, en de CVBA in een BV (art. 41, § 2 wet van 23 maart 2019). De statuten van deze vennootschappen moeten worden aangepast; het bestuursorgaan is verplicht, op straffe van hoofdelijke aansprakelijkheid, een algemene vergadering daartoe bijeen te roepen (art. 41, § 3 wet van 23 maart 2019).

Tal van professionele vennootschappen, zoals onder meer advocatenvennootschappen, hebben de rechtsvorm van coöperatieve vennootschap aangenomen omwille van de grote flexibiliteit van deze vennootschapsvorm. Het vrije beroep is een onderneming zoals een andere, en gericht op de verzekering van een bestaan van de beroepsbeoefenaar door middel van de activiteit van een vrij beroep. Dit beantwoordt geenszins aan de omschrijving van coöperatieve vennootschap onder het WVV (R. HOUBEN, “De CV voor professionele vennootschappen van vrije beroepen : C4?”, *TRV-RPS* 2019, 449; M. FYON, “Les sociétés d’avocats”, *JT* 2020, 526).

Uittreding

59. Een aandeelhouder wordt geacht, behoudens andersluidende statutaire bepaling, van rechtswege uit te treden in geval van overlijden, faillisse-

ment, kennelijk onvermogen, vereffening of onbekwaamverklaring (art. 6:121 WvV). Onder het oude W.Venn. werd de vereffening niet vermeld als grond van uittreding. Men ging ervan uit, op grond van artikel 39 W.Venn., dat de aandeelhouder die rechtspersoon was van rechtswege uittrad in geval van ontbinding. Ontbinding werd gelijkgesteld met overlijden (Brussel 23 maart 1923, *JCB* 1923, 374). In dat geval heeft de betrokken aandeelhouder in vereffening recht op zijn scheidingsaandeel; zijn aandelen gaan van rechtswege teniet; lopende procedures die strekken tot de verkoop van de aandelen worden hierdoor zonder voorwerp (Brussel 25 maart 2019, *TRV-RPS* 2019, 784, noot L. DE MEULEMEESTER, “De waarderingsperikelen bij de bepaling van het scheidingsaandeel in de CV(BA) : de ene exit is de andere niet”).

Het scheidingsaandeel was onder het W.Venn. gelijk aan het bedrag dat blijkt *“uit de balans van het boekjaar waarin deze gebeurtenis heeft plaatsgehad”* (art. 374 W.Venn.). Onder het WvV is het gelijk aan *“het bedrag van de voor deze aandelen werkelijk gestorte en nog niet terugbetaalde inbreng, zonder evenwel het bedrag van de nettoactief waarde van deze aandelen zoals die blijkt uit de laatst goedgekeurde jaarrekening te overschrijden”* (art. 6:120, § 1, eerste lid, 5° WvV). De inbrengwaarde is bepalend, met de nettoactiefwaarde als bovengrens (zie L. DE MEULEMEESTER, “De waarderingsperikelen bij de bepaling van het scheidingsaandeel in de CV(BA) : de ene exit is de andere niet”, *TRV-RPS* 2019, 800). De statuten kunnen dit anders regelen en een andere formule opleggen.

Ingevolge de wettelijke regeling en als de statuten niets anders bepalen, is de jaarrekening bepalend. De uittredende aandeelhouder is hierdoor gebonden. Dat bepaalde activa daarbij ondergewaardeerd zijn, is niet van belang indien geen afbreuk wordt gedaan aan het getrouw beeld (Brussel 25 maart 2019, *l.c.*).

Bestuursbevoegdheden

60. De raad van bestuur heeft de meest uitgebreide bevoegdheden om de vennootschap te besturen. In een coöperatieve vennootschap die een veiling van sla uitbaat waarbij de slatelers die coöperant zijn de verplichting hebben hun producten in deze veiling aan te bieden, kan het bestuur verliezen recupereren door gelden in te houden op de volgende prijsafrekeningen. Dit kan het bestuur echter niet met terugwerkende kracht ten aanzien van een bepaalde groep van coöperanten, temeer omdat deze coöperanten verplicht zijn hun sla aan de veiling aan te bieden en niet met onmiddellijke ingang kunnen uit-

treden (Antwerpen 7 juni 2018, *NjW* 2020, 454, noot J. WAELKENS, “Bevoegdheid van het bestuursorgaan in een coöperatieve vennootschap”).

VII. Société anonyme (SA)

Titres

61. Le fait qu’une personne n’apparaisse pas dans le registre des actions ne signifie pas nécessairement qu’elle n’est pas actionnaire. Le registre n’est en effet pas la seule preuve possible de la qualité d’actionnaire. Celle-ci peut aussi résulter de l’acte d’émission des actions, en l’espèce, une augmentation de capital par apport d’un bien indivis, donnant lieu à l’attribution d’actions également en indivision, confirmé par la suite dans un acte de modification des statuts (Antwerpen 5 juin 2019, *T.Not.* 2019, 966).

62. L’offre publique de titres (qu’on appelait auparavant appel public à l’épargne) fait l’objet d’une réglementation stricte et est soumise au contrôle de la FSMA (loi du 11 juillet 2018 relative aux offres au public d’instruments de placement et aux admissions d’instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés, *MB* 20 juillet 2018). L’administrateur d’une société qui réalise une telle offre publique sans se soumettre à cette réglementation engage sa responsabilité extracontractuelle à l’égard des souscripteurs des titres (Bruxelles 16 janvier 2020, *DAOR* 2020, 81).

63. Les conventions de cession d’actions doivent être exécutées de bonne foi. Il était convenu que l’actionnaire unique d’une société exerçant des activités de comptabilité cède ses actions à des acquéreurs en deux tranches de respectivement 25 % et 75 %. Après avoir cédé la première tranche, le cédant - qui dirigeait toujours la société - fit prendre à la société la décision de céder la totalité de sa clientèle à un tiers, rendant ainsi plus ou moins sans objet l’acquisition des actions. Un tel comportement n’est pas compatible avec une exécution de bonne foi de la convention de cession d’actions et justifie la résolution de celle-ci aux torts du cédant (Civ. Antwerpen (div. Antwerpen) 26 avril 2019, *RABG* 2019, 1428). La décision est évidemment compréhensible en équité, même si le raisonnement ne distingue pas clairement les actes de la société et les actes personnels de son gérant.

64. Lorsqu’une convention de cession d’actions prévoit un “prix de base” et une clause d’adaptation du prix, il n’est pas possible d’annuler uniquement la clause d’adaptation du prix, à supposer que son introduction dans la convention résulte d’un dol. En effet, le prix de base et son adaptation sont intime-

ment liés, et l'un ne peut subsister sans l'autre, même si la convention contient aussi une clause de divisibilité. En outre, l'élément matériel du dol n'est pas présent lorsque la clause a été spécifiquement discutée entre les parties et que l'une d'entre elles ne l'a acceptée que moyennant l'introduction par ailleurs d'un mécanisme "correctif" destiné à éviter le risque d'une utilisation de mauvaise foi de la clause en question (Civ. Oost-Vlaanderen (div. Dendermonde) 24 mars 2017, *RW* 2019-20, 1112).

65. La cession des actions d'une société immobilière est parfois considérée par le fisc comme une simulation permettant d'éviter le paiement des droits d'enregistrement qui seraient dus si l'immeuble lui-même était cédé. En fonction des circonstances de fait, les tribunaux ne retiennent toutefois pas toujours cette argumentation. La simple possibilité d'obtenir le même résultat économique au moyen d'une autre structure juridique ne suffit pas à établir l'existence d'une simulation. L'annotateur invite néanmoins les promoteurs immobiliers à la prudence (Civ. Antwerpen 23 mars 2018, *TFR* 2020, 436; Civ. Antwerpen 19 novembre 2018, *TFR* 2020, 441, noot B. DAEMEN, "De overdracht van een projectvennootschap : overdracht van aandelen, verkoop van onroerend goed of vergoeding voor ontwikkelingsdiensten ?"; voy. aussi cette chronique, *RPS-TRV* 2019, 650, n° 67).

66. Dans l'attente de la solution d'un litige successoral, la Cour d'appel d'Anvers confirme la désignation d'un "expert-dépositaire" chargé de conserver les actions litigieuses, mais la mission de cet expert ne peut aller au-delà de la transmission d'informations concernant la société et les opérations qu'elle accomplit. En particulier, on ne peut lui conférer un droit de veto sur les décisions de la société ni lui demander de fournir des analyses (par exemple, un avis au sujet de l'incidence de certaines décisions sur la valeur des actions). La désignation d'un tel expert ne peut conférer indirectement aux actionnaires demandeurs plus de droits qu'ils n'en ont eux-mêmes (Antwerpen 12 septembre 2019, *RPS-TRV* 2020, 173; voy. aussi n° 25 et 71).

Capital

Apports en nature

67. Dans une motivation particulièrement étoffée, la Cour d'appel d'Anvers décrit ce qui est attendu d'un réviseur d'entreprises chargé d'examiner un projet d'apport en nature (art. 602 C.Soc.; art. 7:197 CSA). Certes, le réviseur ne doit pas choisir lui-même la valeur qui sera attribuée à l'apport, mais il doit,

au-delà de formules stéréotypées, exprimer clairement sa propre opinion sur la valorisation proposée par l'organe d'administration, après avoir effectué les vérifications adéquates. La Cour s'appuie notamment sur les normes de contrôle de l'Institut des réviseurs d'entreprises. Elle retient la faute du réviseur, mais ne le condamne toutefois pas à défaut de lien causal entre cette faute et le préjudice collectif des créanciers (la demande en justice était en effet introduite par le curateur de la société) (Antwerpen 3 mai 2018, *NjW* 2019, 710, noot J. WAELKENS, "Aansprakelijkheid bedrijfsrevisor bij de uitvoering van zijn controletaak in het geval van een kapitaalverhoging door inbreng in natura (art. 602 W.Venn./art. 7:197 WVV)").

68. Un arrêt fiscal s'arrête sur une situation où les actionnaires, ayant prêté de l'argent à leur société, apportent ensuite leur créance en capital. La société était toutefois en situation financière difficile, de sorte que les créances des actionnaires avaient fait l'objet de réductions de valeur dans les comptes de ces derniers. Pour l'opération d'apport en nature, la créance est valorisée à sa valeur nominale, ce qui est possible dès lors que la société bénéficiaire de l'apport est la débitrice de la créance apportée. Toutefois, les actions nouvelles attribuées à cette occasion sont valorisées, dans le bilan des actionnaires, à l'ancienne valeur comptable de la créance (c'est-à-dire sa valeur nominale diminuée des réductions de valeur actées antérieurement sur la créance). La Cour d'appel de Gand critique ce traitement comptable (et fiscal), estimant pour l'essentiel que les actions attribuées en contrepartie d'un apport doivent être considérées comme ayant la même valeur que l'apport (Gent 26 février 2019, *TFR* 2019, 652, noot L. DILLEN, "Omzetting van een niet volledig inbare schuldvoordering in kapitaal").

69. Les actions obtenues en contrepartie de l'apport d'un fonds de commerce faisant partie du patrimoine propre d'un des époux entrent également dans le patrimoine propre de ce dernier (Antwerpen 30 avril 2019, *T.Not.* 2020, 38).

Distributions

70. Le respect des conditions fixées par le Code pour les distributions n'exonère pas des obligations de prudence ni du respect des droits des créanciers. En l'espèce, il s'agissait de la distribution d'un dividende en cours d'exercice. Le test de bilan, sur la base des derniers comptes annuels approuvés, ne conduisait pas à interdire l'opération, mais la société avait entretemps subi des pertes (non encore actées dans des comptes approuvés). La société avait été déclarée en faillite un mois après la distribution du dividende,

laissant un important passif. Le tribunal sanctionne ce comportement sur la base de l'action paulienne (art. 20 L. Faill.; art. XX.112 CDE), mais il indique aussi que, même si aucune disposition légale n'impose de tenir compte des pertes de l'exercice pour décider de ce type de distribution, les administrateurs qui proposent une telle opération à l'assemblée générale, sans faire établir spontanément un état comptable plus récent (qui aurait fait apparaître l'interdiction de distribution) commettent une faute de gestion (TE Gent (div. Dendermonde) 14 janvier 2019, *RPS-TRV* 2019, 878, noot G. LINDEMANS "Een dubbele bodem : de actio pauliana als uitkeringstest"). Cet *obiter dictum*, sur lequel on reviendra (*infra*, n° 88), pose la question de savoir si l'on peut retenir la responsabilité des administrateurs pour une décision qui est en définitive prise par l'assemblée générale et si l'établissement d'un état comptable s'impose en l'absence de disposition le prévoyant explicitement.

71. Le versement d'intérêts afférents à une créance en compte courant d'un actionnaire ne constitue pas un dividende ni un revenu des actions (Antwerpen 12 septembre 2019, *RPS-TRV* 2020, 173; voy. aussi n° 25 et 66).

Pertes du capital

72. Est republié, l'arrêt de la Cour de cassation confirmant que le défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque l'article 633 du Code des sociétés (art. 7:228 CSA) l'impose est un manquement instantané : la prescription commence à courir au terme du délai de deux mois après la constatation de la perte visée à cet article (Cass. 4 mai 2018, *RPS-TRV* 2019, 325, note J.-F. GOFFIN, *RGDC* 2019, 57, *JDSC* 2018, 141, obs. M.A. DELVAUX, *JDSC* 2019, 93; cette chronique 2018, *RPS-TRV* 2018, 524, n° 79; cette chronique 2019, *RPS-TRV* 2019, 651, n° 70). La date d'entrée en fonction du curateur, qui agit sur la base de cet article, n'est pas le point de départ pertinent (Comm. Liège (div. Namur) 4 septembre 2018, *JDSC* 2019, 96, observations M.A. DELVAUX, "Le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité fondée sur le défaut de 'tirer la sonnette d'alarme'", aussi présenté au n° 100).

Organe d'administration

Statut de l'administrateur

73. Le Code ne prévoit pas explicitement d'obligation à charge d'un administrateur de ne pas faire concurrence à la société qu'il dirige mais une telle

obligation découle de l'exécution de bonne foi des obligations afférentes à sa mission, en particulier son devoir de loyauté. L'administrateur et la société peuvent décider d'y déroger. Cette obligation se conçoit cependant comme une limite au principe de la liberté d'entreprendre et elle prend fin au terme de la mission de l'administrateur, sauf si les parties conviennent qu'elle s'étendrait au-delà (Cass. 25 juin 2020, C.18.0144.N; H. CULOT, "Un administrateur peut-il faire concurrence à la société qu'il dirige ?", *Les Pages*, 2020, n° 85).

74. Est à nouveau publié, l'arrêt qui décide qu'une personne désignée par l'assemblée générale comme administrateur d'une société sans qu'elle ait accepté le mandat, n'est pas considérée comme un administrateur de cette société, même si la décision a été publiée aux Annexes du *Moniteur belge* (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", *JDSC* 2019, 51 et 84, observations J.-P. RENARD et M.-C. GODEFROID; cette chronique, *RPS-TRV* 2018, 525, n° 80).

75. Ne peut être considéré comme un administrateur de fait, l'avocat des administrateurs de la société qui n'a pas agi en son nom personnel mais en tant que représentant de ses mandants et qui n'a pas pris de décision qui ne pouvait être prise que par la société (Comm. Gent (div. Brugge) 25 septembre 2018, *RPS-TRV* 2018, 893, note D. VAN GERVEN, "Bijstand van een advocaat", *JDSC* 2019, 81, observations M.A. DELVAUX, "Avocat d'une société, quand risquez-vous d'être qualifié de dirigeant de fait ?"). Sur l'administrateur de fait, voy. aussi A. SNYERS, "De (on)bepaalde aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder", *RPS-TRV* 2020, 552.

75bis. En cas de violation des règles de conflit d'intérêts, seule la société pouvait agir en nullité de l'opération sur la base de l'article 523 du Code des sociétés (TE Liège (div. Verviers) 16 décembre 2019, *RPS-TRV* 2020, 614, note A. HANNOUILLE, "La nullité d'une décision de l'organe d'administration pour non-respect des règles de conflit d'intérêts et pour détournement de pouvoir/abus de majorité dans le contexte d'un groupe de sociétés : évolutions à la lumière du CSA"). Sur ce point, la décision n'a plus qu'un intérêt historique puisque le droit d'action est aujourd'hui élargi à toute personne visée aux articles 2:44 et 2:46 du Code des sociétés et des associations.

Gestion journalière

76. Un juge des référés estime que la notion de gestion journalière s'apprécie de la même manière dans

une ASBL que dans une SA. Pour rappel, la loi du 27 juin 1921 (aujourd'hui abrogée) ne définissait pas la gestion journalière. Le président se réfère donc à cet égard à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de société anonyme (voy. cette chronique, *RPS-TRV* 2019, 652, n° 78bis). Plus intéressant, il estime que la définition de la gestion journalière contenue dans le règlement d'ordre intérieur de l'association ("ROI") n'a qu'une valeur indicative et s'autorise donc à vérifier si les actes posés par les délégués à la gestion journalière, conformément à ce ROI, relèvent de la gestion journalière selon sa définition légale (en fait, jurisprudentielle). Estimant que ce n'est pas le cas, il considère *prima facie* que la décision est nulle (Civ. Bruxelles (réf.) 18 juin 2018, *Marchés & Contrats Publics* 2019, 297). À notre avis, il eût aussi fallu vérifier si le ROI ne pouvait pas être considéré comme un mandat conféré aux délégués à la gestion journalière.

77. Le délégué à la gestion journalière doit en principe être désigné par l'organe d'administration. Dans une affaire de marché public, la partie requérante faisait valoir que l'offre retenue avait été signée par un délégué à la gestion journalière irrégulièrement désigné, dès lors qu'il l'avait été par l'assemblée générale. Le Conseil d'État rejette cette argumentation, aux motifs, d'une part, que la décision de l'assemblée générale produit ses effets tant qu'elle n'est pas annulée et, d'autre part, que l'irrégularité a été couverte ou ratifiée tacitement, en raison de l'exercice continu de sa fonction par le délégué sans protestation de l'organe d'administration (CE 26 juillet 2019, *RW* 2019-2020, 949; *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht* 2020, 42).

78. Le conseil d'administration doit contrôler l'action du délégué à la gestion journalière, mais cette obligation, qui n'est pas de résultat, n'implique pas qu'une faute du délégué entraîne nécessairement une faute des administrateurs (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", *JDSC* 2019, 51 et 84, observations M. COIPEL, "Le contrôle de la gestion journalière par les administrateurs avant et après la mise en application du CSA", cette chronique, *RPS-TRV* 2018, 528, n° 98).

Mesures provisoires

79. La désignation d'un administrateur provisoire se fait en respectant les conditions classiques du référé : l'urgence doit être démontrée, le juge statue *prima facie* et doit constater l'existence de manquements suffisamment graves faisant craindre un préjudice

sérieux. Il n'agit que de manière subsidiaire et minimale, c'est-à-dire uniquement dans la mesure où les mécanismes du droit des sociétés ne permettent pas d'apporter une solution satisfaisante au problème constaté (Liège 26 juin 2018, *JDSC* 2019, 241).

80. La décision rappelant qu'un actionnaire, même très minoritaire, a intérêt à faire désigner un administrateur provisoire pour faire cesser une violation des statuts est à nouveau publiée (Prés. Comm. Liège (div. Namur) 16 octobre 2017, *RPS-TRV* 2018, 234, *JDSC* 2018, 177, *JDSC* 2019, 254; cette chronique, *RPS-TRV* 2018, 526, n° 89; cette chronique, *RPS-TRV* 2019, 653, n° 82).

Assemblée générale

81. La crise du Covid-19 a nécessité la mise en place de règles dérogatoires permettant d'assurer le fonctionnement des organes même sans réunion physique de leurs membres. Ces règles sont fixées dans l'arrêté royal n° 4 du 9 avril 2020 portant des dispositions diverses en matière de copropriété et de droit des sociétés et des associations dans le cadre de la lutte contre la pandémie de Covid-19 (*MB* 9 avril 2020, 25768; voy. *supra*, n° 2).

82. Les actionnaires ont le droit de poser des questions lors de l'assemblée générale. L'exercice de ce droit leur permet de prendre position sur les points à l'ordre du jour, notamment de décider en connaissance de cause de l'approbation des comptes annuels. La société doit faire en sorte que ce droit puisse être exercé de manière effective, mais cela ne l'oblige pas à ajourner l'assemblée générale si des actionnaires minoritaires le demandent afin de pouvoir poser des questions supplémentaires, après qu'il a été répondu à leurs questions pendant plusieurs heures, ni à fournir aux actionnaires de la nourriture de manière à ce qu'ils ne soient pas affamés malgré la très longue durée de la réunion. La société proposait de l'eau et du café (TE Antwerpen (div. Antwerpen) (réf.) 7 janvier 2020, *RPS-TRV* 2020, 97; voy. aussi n° 24).

83. Quoique la structure du Code des sociétés ait pu créer une incertitude à ce sujet - incertitude désormais écartée par le Code des sociétés et des associations, l'assemblée générale des obligataires n'est pas un organe de la société. Ceci signifie concrètement qu'elle n'a pas le pouvoir de prendre des décisions au nom de la société ou, pour le dire autrement, que les décisions qu'elle prend concernant un emprunt obligataire doivent être acceptées par la société (agissant par ses organes classiques, en principe l'organe d'administration) pour produire leurs effets à l'égard

de celle-ci. C'est ce que confirme la Cour d'appel de Bruxelles dans une affaire liée à la débâcle de Fortis et dans laquelle, pour faire simple, l'assemblée générale des obligataires avait décidé, malgré l'opposition de la société émettrice des obligations, de retarder de 20 ans leur date de remboursement, dès lors que les obligations procuraient des intérêts élevés (Bruxelles 1er février 2019, *RDC-TBH* 2019, 1103; *RPS-TRV* 2020, 744, noot M. STUYTS, "*Il n'y a pas de hors-texte. Over de interpretatie en eenzijdige wijziging van uitgiftevoorwaarden van vennootschapseffecten*").

84. La décision concernant le droit d'être assisté par l'avocat de son choix lors de l'assemblée générale, déjà présentée l'an dernier, est à nouveau publiée (Comm. Gent (div. Brugge) 25 septembre 2018, *RPS-TRV* 2018, 893, note D. VAN GERVEN, "Bijstand van een advocaat", *JDSC* 2019, 40, observations J.-F. GOFFIN et M. BROUHNS, "La présence d'un avocat à une assemblée générale d'actionnaires"; cette chronique 2019, *RPS-TRV* 2019, 653, n° 81).

VIII. Responsabilité des fondateurs, des associés et des administrateurs

Responsabilité des fondateurs

85. La Cour d'appel de Liège rappelle certains principes relatifs à la responsabilité des fondateurs : une faillite de la société dans les trois ans de sa constitution ne suffit pas à rendre les fondateurs responsables; il faut encore démontrer que le capital était manifestement insuffisant au regard de l'activité effectivement exercée par l'entreprise et des autres sources de financement. L'appréciation du juge est marginale (voy. cette chronique 2019, *RPS-TRV* 2019, 653, n° 83); il doit adopter un point de vue *ex ante*. Les circonstances de fait sont déterminantes et la Cour les décrit amplement avant de retenir la responsabilité des fondateurs. Comme souvent, les incohérences flagrantes du plan financier, voire son caractère purement formel, jouent en défaveur des fondateurs (Liège 11 juin 2019, *DAOR* 2020, 95).

86. Le tribunal de commerce de Gand expose en substance les mêmes principes et condamne des fondateurs dont le plan financier non réaliste faisait, dès le départ, apparaître que la société serait en manque de liquidités. Certes, une augmentation de capital fut réalisée 17 mois après la constitution, pour un montant proche de cinq fois le capital de départ. Pour le tribunal, ceci n'atténue pas la responsabilité des fondateurs, car cette augmentation de capital n'était aucunement prévue au moment de la constitution de la société; elle n'apparaissait pas dans le plan financier. Pire, le fait qu'on ait dû procéder à une

telle augmentation de capital renforce la conviction que le capital de départ était insuffisant (Comm. Gent (div. Brugge) 2 janvier 2017, *TIBR* 2019/1, 1, noot L. DE MEULEMEESTER, "Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend aanvangskapitaal").

87. Lorsque le juge retient la responsabilité des fondateurs, il conserve un pouvoir d'appréciation en ce qui concerne le *quantum* de la condamnation. En l'espèce, une fondatrice, membre de la famille du vrai "maître de l'affaire", avait souscrit 99 % des parts alors qu'elle était à peine majeure, qu'elle n'avait pas terminé ses études secondaires, qu'elle n'avait pas l'intention de s'investir dans la société puisqu'elle s'est engagée par la suite dans des études supérieures et qu'elle n'a jamais géré la société. Dans ces conditions, la Cour condamne les fondateurs à rembourser un quart du passif de la faillite (Liège 11 juin 2019, *DAOR* 2020, 95).

Voy., sur la responsabilité du fondateur, du notaire et du professionnel du chiffre : A. JANSEN et W. DAVID, "Le nouveau droit des SRL et de la faillite : quelles (inter)actions ?", *TRV-RPS* 2020, 450-473.

Responsabilité des administrateurs et des gérants

Faute de gestion

88. S'il fonde finalement sa décision sur l'action paulienne, le tribunal de l'entreprise de Gand invoque la faute de gestion dans une affaire où l'assemblée générale avait distribué un dividende en cours d'exercice, juste avant la faillite, dans des conditions conformes à l'article 617 du Code des sociétés si l'on se référait aux derniers comptes annuels approuvés. Toutefois, des pertes avaient entretemps été subies et aucun nouvel état comptable (que le Code des sociétés n'impose pas) n'avait été établi. Cette décision pose question en ce que la décision de distribution critiquée (et vraisemblablement, critiquable en opportunité) émanait de l'assemblée générale et non du conseil d'administration. Pour contourner ce problème, le tribunal indique qu'il est contraire à une bonne gestion de *proposer* à l'assemblée générale de distribuer un dividende dans ces circonstances et de ne pas faire établir un état comptable plus récent (TE Gent (div. Dendermonde) 14 janvier 2019, *RPS-TRV* 2019, 878, noot G. LINDEMANS "Een dubbele bodem : de actio pauliana als uitkeringstest"). On peut douter que les administrateurs soient responsables des décisions prises par l'assemblée générale et des simples propositions (qui, en tant que telles, n'ont pas d'effet sur le patrimoine de la société). Les nouvelles règles applicables aux distri-

butions dans la SRL et la SC préviennent et, le cas échéant, sanctionnent plus explicitement, ce type de comportement.

89. Le paiement d'une facture non justifiée peut constituer une faute de gestion, mais même dans ce cas, le juge ne peut exercer qu'une appréciation marginale. En l'espèce, une société avait confié à un agent immobilier la mission de rechercher un acheteur pour un immeuble qu'elle possédait et qui était son principal actif. L'agent immobilier ayant trouvé un acheteur, il présenta sa facture et la société la paya. Mais l'actionnaire de la société et l'acheteur se mirent ensuite d'accord pour ne pas structurer l'opération comme une vente de l'immeuble (*asset deal*), mais comme une vente des parts de la société (*share deal*), apparemment pour des motifs fiscaux. Du coup, sur le plan formel, il apparaissait que l'agent immobilier n'avait pas trouvé d'acheteur *pour l'immeuble* et que la société avait payé indûment sa facture, ou bien que la société avait pris en charge des frais relatifs à une vente de parts, donc propres aux actionnaires. Dans ces circonstances, la Cour considère qu'on ne peut pas reprocher une faute de gestion au gérant qui a payé l'agent immobilier (Gent 25 septembre 2017, *JDSC* 2019, 135, *DAOR* 2018, 125-126, 127 (somm.); cette chronique, *RPS-TRV* 2018, 528, n° 97).

Action minoritaire

90. Lorsque la société est en liquidation, seul le liquidateur peut agir en responsabilité contre les dirigeants. Une action minoritaire n'est donc plus possible, pas plus que ne le serait une action en responsabilité décidée par l'assemblée générale (Bruxelles 17 décembre 2018, *RPS-TRV* 2019, 778). Cette décision a le désavantage de priver l'actionnaire minoritaire d'une forme de contre-pouvoir, alors que l'actionnaire majoritaire, qui contrôle la nomination et la révocation du liquidateur, pourra en pratique faire en sorte que l'action en responsabilité soit intentée ou non, selon sa volonté. On sera aussi attentif au fait que cette décision se base sur l'article 186 du Code des sociétés, qui habilite expressément le liquidateur, sauf disposition contraire, à "intenter et soutenir toutes actions", alors que l'article 2:87 du Code des sociétés et des associations n'est pas rédigé de la même manière, mais il ne semble pas que le législateur ait eu l'intention de modifier le principe auparavant admis.

91. Similaire, mais plus compliquée, est la situation sur laquelle se penche la Cour d'appel d'Anvers dans son arrêt du 29 novembre 2018 (Antwerpen 29 novembre 2018, *RPS-TRV* 2019, 781). Dans cette

affaire, l'action minoritaire avait été introduite (juste) avant la décision de dissolution. La Cour estime qu'avec la dissolution, le demandeur perd le droit de poursuivre cette action, qui n'appartient plus qu'au liquidateur. Toutefois, dès lors que la demande était recevable au jour où elle a été formée, elle déclare la demande non fondée car l'actionnaire ne dispose pas du droit subjectif qui fonde sa demande. On ne peut que constater la discordance avec la décision précédente et ressentir un certain malaise face à une condition qui serait de recevabilité dans un premier temps, puis se transformerait en une condition de fond. Sans faire ici une analyse approfondie, il semble quand même que la question de savoir qui peut introduire la demande (l'actionnaire ou le liquidateur) relève plutôt de la recevabilité. La difficulté vient aussi du fait que tant l'actionnaire minoritaire que le liquidateur agissent pour le compte de la société, qui a subi le dommage, et que le droit à réparation qu'ils font valoir est en réalité celui de la société.

Faute grave et caractérisée ayant entraîné la faillite

92. Il se peut qu'une faute grave et caractérisée soit simultanément constitutive d'une infraction pénale ou, à tout le moins, que la question de cette faute se pose dans un contexte incluant des éléments relevant du droit pénal. Dans un litige de ce type, la Cour d'appel de Mons refuse de surseoir à statuer sur la base de l'article 4 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, motif pris de l'absence de risque de contradiction entre sa décision et la décision pénale à intervenir : les actes considérés pouvaient être constitutifs d'une gestion fautive, indépendamment de leur qualification pénale. Pour utiliser les termes de l'arrêt, "un même fait [peut] être constitutif d'une faute au sens de l'article 530 du [C.Soc.], alors même qu'il résisterait à la qualification pénale. Une décision prise par les administrateurs pourrait, dans un contexte donné, être constitutive d'une faute au sens de l'article 530 du Code des sociétés, peu importe qu'elle soit également constitutive d'une infraction" (Mons 6 mars 2018, *JT* 2019, 844).

La Cour de cassation rejette le pourvoi contre cette décision, estimant qu'à bon droit la Cour d'appel a déduit de ses constatations "qu'il n'existe, compte tenu des fautes retenues à charge des demandeurs, aucun risque de contradiction entre la décision du juge pénal et celle du juge civil" (Cass. 10 janvier 2020, C.18.0413.F).

93. On trouve dans la jurisprudence de fond des exemples de fautes graves et caractérisées (art. 265 et 530 C.Soc., art. XX.225 CDE). En pratique, les circonstances de fait sont déterminantes.

L'utilisation d'une indemnité d'assurance revenant à la société, qui constitue son principal actif, pour financer l'achat d'une voiture par le fils d'un gérant, sans conclure aucune convention de prêt entre la société et ce fils, est constitutive d'une faute grave et caractérisée du gérant. Dans la même affaire, la Cour retient aussi la faute grave et caractérisée d'une autre gérante, sœur du premier, qui n'avait pourtant pas participé à cette manœuvre, mais qui avait accepté le mandat de gérante par complaisance et s'était ensuite désintéressée du fonctionnement de la société (Liège 25 juin 2019, *DAOR* 2020, 105).

94. Encore faut-il que la faute ait contribué à la faillite. Tel n'est pas le cas, selon la Cour d'appel d'Anvers, de pratiques de travail au noir au sein d'une entreprise, auxquelles il fut mis fin plus de trois ans avant la faillite, même si la principale créance déclarée au passif est celle de l'ONSS découlant de ces pratiques (Antwerpen 4 avril 2019, *NjW* 2020, 352, noot S. DE GEYTER, "Bestuurs aansprakelijkheid wegens onbetaalde bedrijfsvoorheffing en BTW"). À certains endroits du raisonnement, on a l'impression que la Cour confond un peu la contribution de la faute à la faillite et son lien causal avec la dette envers le créancier agissant (en l'espèce, le fisc).

De même, la Cour d'appel de Bruxelles considère que l'abstention délibérée de déposer des déclarations fiscales pour trois exercices en suivant n'a pas contribué à la faillite, car la société était déjà en situation de faillite six années avant la première omission (Bruxelles 28 septembre 2018, *JDSC* 2019, 159, observations M.A. DELVAUX, "Un lien causal strict entre le manquement allégué et le dommage, ou une 'simple' contribution au dommage?").

95. Est à nouveau publié, l'arrêt de la Cour de cassation qui indique que, si c'est le créancier qui agit, il ne réclame pas la réparation d'un préjudice individuel, mais bien de sa part dans le préjudice collectif (Cass. 12 octobre 2018, *RPS-TRV* 2019, 322, *JDSC* 2019, 154, observations M.A. DELVAUX, "L'action en comblement de passif introduite par un créancier contractuel isolé contre un dirigeant de société rencontre-t-elle un obstacle?"; cette chronique 2019, *RPS-TRV* 2019, n° 90, 655).

96. Cette responsabilité pour faute grave et caractérisée ne s'applique pas aux dirigeants de "petites" entreprises, c'est-à-dire celles qui restent en dessous de certains seuils (art. XX.225, § 2, CDE; Comm. Gent (div. Brugge) 5 février 2019, *TIBR* 2019, 47, noot S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheidsvordering van de curator tegen de bestuurders op basis van artikel 1382 BW").

97. 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).

Dans les précédentes chroniques, nous évoquions à ce sujet l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2017 qui précise que cette troisième faillite peut avoir été ouverte le même jour que la deuxième (*RPS-TRV* 2017, 930, *RDC-TBH* 2017, 750, *JDSC* 2018, 170, obs. M.A. DELVAUX, "La notion de faillite 'antérieure' dans le cadre de l'application de la responsabilité particulière des dirigeants de sociétés à l'égard des cotisations sociales", *Limb. Rechtsl.* 2019, 118) (voy. à ce sujet cette chronique 2017, *RPS-TRV* 2017, 730, n° 98; cette chronique 2018, *RPS-TRV* 2018, 529, n° 103 et cette chronique 2019, *RPS-TRV* 2019, 655, n° 91).

Cette année est publié l'arrêt de la Cour à laquelle l'affaire fut renvoyée. La Cour constate qu'en vertu de l'article 1110, alinéa 4 du Code judiciaire, introduit par la loi du 6 juillet 2017 'portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice', qui est d'application immédiate, elle est tenue par le point de droit tranché par la Cour de cassation. Pour cette raison, la Cour d'appel refuse aussi de poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle au sujet de la compatibilité de l'interprétation retenue par la Cour de cassation avec les principes d'égalité et de non-discrimination (Gent, 24 décembre 2018, *Limb. Rechtsl.* 2019, 133).

98. S'il est déclaré responsable, le dirigeant n'est tenu que pour les dettes sociales de la troisième société en faillite (et les suivantes), mais non pour celles des deux premières, même si l'implication dans ces deux faillites est une condition de la responsabilité pour les dettes sociales dans la troisième (Cass. 1er février 2019, *RDC-TBH* 2019, 1268, note W. DAVID, "La Cour de cassation fixe les limites de l'action en comblement de passif au profit de l'ONSS").

99. Cette responsabilité vise la totalité ou une partie des dettes de cotisations sociales qui restent dues par la société au moment de la faillite. Le juge a donc un pouvoir d'appréciation quant au montant qu'il met à charge du dirigeant et il peut, dans ce cadre, tenir

compte du fait que le non-paiement répété était ou non frauduleux et que le dirigeant était de bonne ou de mauvaise foi (Cass. 31 mai 2019, C.18.0499.N, *RDC-TBH* 2019, 699).

Faute aquilienne

100. L'omission de faire aveu de faillite et la poursuite sans perspectives de redressement d'une activité déficitaire constituent une faute civile, qui engage la responsabilité du dirigeant à l'égard des créanciers de la société (Comm. Gent (div. Brugge) 5 février 2019, *TIBR* 2019, 47, noot S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheidsvordering van de curator tegen de bestuurders op basis van artikel 1382 BW"; Comm. Liège (div. Namur) 4 septembre 2018, *JDSC* 2019, 142, note M.A. DELVAUX, "Le régime de la sonnette d'alarme en SRL dans le nouveau SCA", aussi présenté au n° 52). Aujourd'hui, cette faute est aussi visée par l'article XX.227 du CDE.

Le responsable est tenu à concurrence des dettes qui n'auraient pas existé si l'aveu de faillite avait été fait en temps utile (Comm. Gent (div. Brugge) 5 février 2019, *TIBR* 2019, 47, noot S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheidsvordering van de curator tegen de bestuurders op basis van artikel 1382 BW"; dans le même sens, voy. Comm. Liège (div. Namur) 4 septembre 2018, *JDSC* 2019, 96, aussi présenté au n° 72). Le curateur ne peut faire valoir que le dommage collectif des créanciers, et non les dommages subis individuellement par ceux-ci, même s'il s'agit du cumul de ces dommages individuels (Gent 12 décembre 2017, *TIBR* 2019, 54).

101. Dans le sens inverse, un associé minoritaire reprochait au gérant d'avoir fait aveu de faillite au nom de la société, alors que les conditions n'en étaient pas réunies puisque la faillite, après avoir été prononcée par le tribunal de commerce, avait ensuite été rapportée par le même tribunal sur tierce opposition. La faute n'est cependant pas retenue, le tribunal estimant que le dirigeant de la société "dispose d'une certaine marge de manœuvre", au sein d'un système de règles qui encourage à l'aveu de faillite dès que possible, à peine d'engager la responsabilité civile, voire pénale, du dirigeant. En outre, la demande posait selon le tribunal un problème de lien causal, la faillite résultant de la décision judiciaire et non de l'aveu (Comm. Liège (div. Namur) 4 septembre 2018, *JDSC* 2019, 106, note M.A. DELVAUX, "La marge de manœuvre des dirigeants : un peu plus claire dans le CSA ? Et quid de la solidarité de la responsabilité ?", aussi présenté au n° 52).

102. L'omission de déposer la déclaration fiscale de la société, en violation de l'obligation légale qui l'impose, constitue également une faute aquilienne (Comm. Gent (div. Oostende) 9 janvier 2017, *TIBR* 2019, 73). De même, l'organisation de déductions de TVA indues, notamment en émettant des factures à l'encontre de débiteurs en faillite, est aussi considérée comme une faute aquilienne, dont le fisc peut demander la réparation (TE Hainaut (div. Mons) 27 novembre 2018, *JDSC* 2019, 123, observations M.A. DELVAUX, "Encore la responsabilité solidaire du dirigeant pour les dettes TVA de la société", aussi présenté au n° 106).

103. N'est en revanche pas considéré comme une faute aquilienne, le fait pour les gérants de ne temporairement pas payer les dettes fiscales pendant la procédure de réorganisation judiciaire de la société. Ils cherchaient en effet à maintenir la société en activité pour valoriser au mieux le fonds de commerce dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice, dans l'intérêt de tous les créanciers (Antwerpen 4 avril 2019, *NjW* 2020, 352, noot S. DE GEYTER, "Bestuurdersaansprakelijkheid wegens onbetaalde bedrijfsvoorheffing en BTW").

104. L'omission de déclarer deux ventes immobilières à la TVA alors qu'elles y étaient soumises et d'acquitter la TVA due sur ces ventes constitue une faute aquilienne, que la Cour qualifie de faute "de gestion". Le gérant invoque toutefois plusieurs causes exonératoires, qui sont rejetées : le fait qu'il ait été en incapacité de travail de longue durée (il aurait dû démissionner et se faire remplacer), le fait qu'un comptable était chargé de faire la déclaration à la TVA (le gérant ne peut se décharger sur lui des responsabilités de la gestion - voir aussi Liège 26 juin 2018, *JDSC* 2019, 241, évoqué au n° 79), le fait que la société était suivie par la chambre d'enquêtes (qui n'a pas pour mission d'accomplir des actes de gestion). Finalement, c'est la faute de la victime qui est retenue : le fisc aurait dû, en effet, délivrer une contrainte à bref délai après que la TVA fut devenue exigible sur la première vente, ce qu'il n'a pas fait, alors que cela lui aurait permis de se faire payer la TVA de la première vente sur le prix de la seconde. Selon la Cour, ceci rompt le lien causal entre la faute du gérant et le dommage subi par le fisc en ce qui concerne la première vente (Liège 19 mars 2019, *JDSC* 2019, 87).

104bis. Même si elle se situe dans le contexte d'une OPA et si le dommage dont la réparation est demandée est calculé en fonction du prix offert pour des actions à l'occasion d'une OPA, l'action en responsabilité introduite contre les administrateurs d'une société sur la base des articles 1382 du C.Civ. et 528

du C.Soc. relève de la compétence du tribunal de l'entreprise et non de celle de la Cour des marchés (TE Fr. Bruxelles 27 juin 2019, *RPS-TRV* 2020, 637, note T. FLAMENT, "L'action mettant en cause la responsabilité des administrateurs pour des faits culpeux intervenus dans le contexte d'une OPA ne relève pas de la compétence de la Cour des marchés").

Quasi-immunité de l'agent d'exécution et coexistence de responsabilités

105. Le principe de la coexistence des responsabilités résultant de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 2005 est correctement appliqué par les juridictions de fond. En témoigne, cet arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles qui condamne personnellement l'administrateur délégué d'une société à indemniser les victimes pour une faute consistant à avoir, au nom de la société, réalisé une offre publique de titres sans respecter la législation d'ordre public à ce sujet et usé du dol pour convaincre les victimes de souscrire ces titres (Bruxelles 16 janvier 2020, *DAOR* 2020, 81).

Responsabilité pour dettes fiscales

106. Au sein de la controverse concernant la compétence juridictionnelle pour statuer sur les "responsabilités" particulières en matière fiscale (cette chronique 2017, *RPS-TRV* 2017, 715 et 731, n° 39 et 101; cette chronique 2018, *RPS-TRV* 2018, 530, n° 106; cette chronique 2019, *RPS-TRV* 2019, 656, n° 97), le Tribunal de l'entreprise du Hainaut se range du côté de ceux qui considèrent qu'il s'agit d'une responsabilité des dirigeants et non de l'application d'une loi d'impôt. Il se déclare donc compétent. Sur le plan territorial, le tribunal compétent est celui du siège de la société (TE Hainaut (div. Mons) 27 novembre 2018, *JDSC* 2019, 123, observations M.A. DELVAUX, "Encore la responsabilité solidaire du dirigeant pour les dettes TVA de la société", aussi présenté au n° 102). Sur le fond, le tribunal rappelle que, puisque la responsabilité est solidaire, l'action peut être formée contre le dirigeant même avant la faillite de la société et qu'il peut être condamné sans attendre la clôture de l'éventuelle faillite de la société.

Dommage

107. L'irrecevabilité de la demande d'un actionnaire en réparation d'un dommage subi par la société est réaffirmée par la Cour de cassation (Cass. 10 mai 2019, *RPS-TRV* 2019, 776, *RDC-TBH* 2019, 1271, noot R. VERHEYDEN, "De remediëring van afgeleide schade na de sluiting van het faillissement"). Il en

va ainsi même si la société elle-même ou, en cas de faillite, son curateur, n'agit pas en réparation, ce qui se comprend aussi comme une manière de respecter les pouvoirs des organes, seuls compétents pour décider d'agir ou non. Autre chose serait de tenir les administrateurs responsables si leur omission d'agir constituait une faute de gestion : ici, un actionnaire peut à certaines conditions introduire une action minoritaire pour le compte de la société.

Responsabilité du liquidateur

108. Le jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand du 23 septembre 2019 raconte l'histoire malheureuse de l'actionnaire unique d'une SPRL qui décida, en 2014, de dissoudre sa société et d'intervenir lui-même comme liquidateur. La liquidation s'annonçait en effet peu complexe : la société n'avait presque aucune dette et son actif était composé de liquidités, d'un véhicule et d'une créance en compte courant contre l'associé unique, mais d'un montant inférieur à celui du probable boni de liquidation. Dès lors que l'actionnaire était débiteur d'un compte courant, le président du tribunal chargé de confirmer la désignation du liquidateur refusa de confirmer l'associé unique comme liquidateur et nomma un liquidateur judiciaire. Ce dernier, sous divers prétextes, traîna plusieurs années pour liquider la société : il ne vendit le véhicule qu'en 2016, il demanda à l'actionnaire le paiement de divers montants (dont ce dernier s'acquitta) et comptabilisa chaque année des intérêts sur le compte courant de l'actionnaire, faisant ainsi augmenter l'actif et, par conséquent, le montant du précompte mobilier à payer sur le boni de liquidation. En outre, alors que le taux de ce précompte était de 10 % au moment de la dissolution, il était passé, en raison de plusieurs réformes fiscales, à 25 %, puis à 27 %, puis enfin à 30 % au moment de la clôture, en 2019.

Dans ce contexte chargé, le liquidateur osa assigner l'actionnaire en paiement d'une facture d'honoraires complémentaires et de frais, ainsi que d'une provision pour couvrir le paiement du précompte mobilier qui avait tellement augmenté que les liquidités de la société ne suffisaient plus. Le tribunal retient la faute du liquidateur pour rejeter ses demandes. La faute consiste dans les délais injustifiés, la comptabilisation d'intérêts indus sur le compte courant, le non-dépôt des rapports prescrits par la loi et l'omission de soumettre annuellement les comptes de la liquidation à l'assemblée générale.

L'actionnaire avait aussi introduit une demande reconventionnelle en dommages et intérêts contre le liquidateur, mais celle-ci est déclarée irrecevable : le

liquidateur était en effet partie à la procédure *qualitate qua*, et pas en son nom personnel (TE Gent (div. Dendermonde) 23 septembre 2019, *TGR* 2019, 237).

Une affaire qui n'est pas à la gloire du monde judiciaire, barreau inclus !

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid

Misbruik van vennootschapsgoederen

109. 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 (art. 32 Sw.). Een bijzonder opzet is vereist dat bestaat in de bedrieglijke intentie om zich een onrechtmatig voordeel toe te kennen of met de bedoeling voor persoonlijke doeleinden vermogensgoederen af te wenden wetende dat hiermee belangrijke schade aan de vermogensbelangen van de vennootschap, haar schuldeisers en vennoten wordt toegebracht. Het is niet vereist aan te tonen dat de dader handelde met de bedoeling schade aan de vennootschap toe te brengen. De beweegredenen zijn daarbij van geen belang. Het opzet wordt aldus niet ontkracht door de beperkte financiële draagkracht van de vennootschap, de noodzaak voor de dader om zich een minimaal inkomen te verzekeren, de vervanging van de vergoeding door betalingen in rekening-courant of de boeking van een schuldvordering (Cass. 18 maart 2020, *JT* 2020, 289, noot).

De bedoeling van deze strafbepaling is de integriteit van het vennootschapsvermogen veilig te stellen tegen frauduleuze handelingen van de bestuurders in hun eigen belang. Alle goederen die tot het vennootschapsvermogen behoren, zijn beschermd door artikel 492bis Sw. Het feit dat de vennootschapsactiviteit wordt gevoerd in strijd met de openbare orde omdat niet de vereiste vergunning werd bekomen, betekent daarom niet dat de goederen die in deze activiteit worden verworven niet tot het vermogen van de vennootschap behoren. De/het door deze activiteit verworven activa en clientele hebben waarde en moeten worden beschermd tegen frauduleuze handelingen van de bestuurders (Cass. 2 oktober 2019, *TRV-RPS* 2020, 170, noot R. VERHEYDEN, “Attention : l’abus de biens sociaux s’applique aussi aux actifs provenant d’une activité illicite”, *Dr.pén.*

entr. 2020, 21, noot J.-F. GODBILLE, “L’incrimination d’abus de biens sociaux a pour objectif de préserver l’intégrité de l’actif social et de la valeur de l’entreprise à l’encontre de certaines pratiques frauduleuses de ses dirigeants”).

110. De bestuurder die met opzet de faillietverklaring uitstelt of andere handelingen stelt om dit uitstel te bekomen, kan worden gestraft met een geldboete en een gevangenisstraf (art. 489bis Sw.). Deze sanctie kan aan de feitelijk bestuurder worden opgelegd; hij is er ook toe gehouden aangifte te doen (ook al heeft hij de juridische bevoegdheid niet) indien hij het bestuur heeft overgenomen (Cass. 9 januari 2018, *R.* 2018-19, 259, noot; Cass. 27 juni 2018, *RW* 2019-20, 299, *JDSC* 2019, 195).

IX. Résolution des conflits

Généralités

111. L’action en exclusion ne suppose pas la démonstration d’une faute dans le chef du défendeur. Une mésintelligence grave suffit pour constituer de justes motifs (Cass. 9 septembre 2019, *RPS-TRV* 2020, 75, noot F. PARREIN, “Wederzijdse vorderingen tot uitsluiting : wie biedt de meeste garanties voor het voortbestaan van de vennootschap ?”; cette chronique 2017, *RPS-TRV* 2017, 733, n° 111; cette chronique 2018, *RPS-TRV* 2018, 531, n° 115; cette chronique 2019, *RPS-TRV* 2019, 657-658, n° 105). Ce principe est tellement bien établi en jurisprudence qu’on se demande pourquoi il faut encore le répéter.

112. Ce principe a des conséquences au-delà de l’application du droit des sociétés proprement dit. L’action en exclusion est une action au fond, même si elle est jugée comme en référé. En conséquence, l’article 4 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale a en principe vocation à s’appliquer, si ses conditions d’application sont remplies. Cependant, l’action en exclusion ne suppose pas de démontrer l’existence d’une faute d’un associé, car elle peut être fondée sur une mésintelligence grave. Il importe peu, dans le cadre de cette action, de savoir à quel associé la mésintelligence est imputable. Dans cette mesure, l’issue de la procédure pénale pendante à l’encontre de l’un ou l’autre associé n’est pas susceptible de conduire à une contradiction avec la décision d’exclusion fondée sur une mésintelligence grave. Aussi le juge de l’exclusion peut-il statuer nonobstant l’existence d’une procédure pénale en cours (Prés. TE Liège, 5 août 2019, *JLMB* 2019, 1462).

113. Si chaque partie demande l’exclusion de l’autre, il existe un accord des parties sur l’existence des

justes motifs. Le juge saisi doit alors seulement décider quelle partie sera exclue. Si les justes motifs ne consistent pas dans le comportement fautif d'une des parties, le juge doit trancher à l'aune du critère de l'intérêt social, en se demandant quelle partie offre les meilleures perspectives pour la survie, voire le développement, de la société (Cass. 9 septembre 2019, *RPS-TRV* 2020, 75, noot F. PARREIN, "Wederzijdse vorderingen tot uitsluiting : wie biedt de meeste garanties voor het voortbestaan van de vennootschap ?"; TE Liège 16 avril 2019, *JDSC* 2019, 280).

114. L'arrêt de la Cour de cassation selon lequel le paiement du prix des titres ne doit pas nécessairement intervenir le jour de leur transfert ordonné par le juge est à nouveau publié (Cass. 15 décembre 2017, *JLMB* 2018, 298, reflet *RDC* 2018, 300, *JDSC* 2019, 275, observations I. CORBISIER, "La détermination du prix de cession à l'occasion d'une procédure d'exclusion/retrait d'associé(s)"; cette chronique 2018, *RPS-TRV* 2018, 531, n° 116; cette chronique 2019, *RPS-TRV* 2019, 658, n° 106).

Voy. aussi M. ROELANTS, "Specifieke kwesties in het vennootschapsrecht", *Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek*, Mechelen, Kluwer, à feuilles mobiles, janvier 2020, IV.4-29 à IV.4-46.

Exclusion

115. Sont retenus comme justes motifs d'exclusion d'un groupe d'actionnaires, des manquements d'administrateurs qui les représentent en fait (voire qui sont eux-mêmes actionnaires) à leurs devoirs vis-à-vis de la société, notamment les devoirs de discrétion (divulgaration d'informations obtenues en tant qu'administrateurs) et de loyauté (déposition comme témoins contre la société). S'y ajoutent un usage abusif de leur pouvoir individuel d'investigation et de contrôle, le dépôt d'une plainte pénale et l'opposition à une augmentation de capital nécessaire à la survie de la société. Le tout démontre une méintelligence grave justifiant l'exclusion (Prés. TE Liège, 5 août 2019, *JLMB* 2019, 1462).

Évaluation des titres

116. Dans un arrêt du 16 janvier 2020 (C.19.0096.N), la Cour de cassation précise que l'évaluation des titres dans le cadre d'une exclusion doit en principe se faire en *going concern*, c'est-à-dire en se fondant sur l'hypothèse de la continuité de l'entreprise, et non à la valeur de liquidation. La procédure d'exclusion a en effet pour objectif de résoudre le conflit

entre les associés en perturbant le moins possible le fonctionnement de la société. La Cour réserve toutefois le cas où la société afficherait des pertes qui mettraient sa survie en doute. Le juge du fond doit constater l'existence d'une telle situation pour justifier légalement sa décision de fixer le prix des actions sur la base de leur valeur de liquidation.

X. Vennootschapsgroepen

Patronaatsverklaring

117. Om schuldeisers over de financiële draagkracht van een groepsvennootschap gerust te stellen, overhandigt de moedervennootschap een brief waarin ze de belangrijke schuldeisers van de kredietwaardigheid van de dochtervennootschap verzekert. Deze gaat door het leven als patronaatsverklaring (*comfort letter*). Er bestaat meer dan eens onduidelijkheid over de juridische waarde van deze brief. Daarbij zijn de bewoordingen van belang; ook de omstandigheden waarin de brief wordt geschreven, worden mee in rekening gebracht in de beoordeling van de gebondenheid van de moedervennootschap als de dochter in financiële moeilijkheden verkeert. Indien uit de brief blijkt dat de moedervennootschap haar financiële steun verleent aan haar dochter, dan neemt ze een resultaatsverbintenis op. De overdracht van de aandelenparticipatie in de dochter stelt niet omwille van deze reden alleen een einde aan deze verbintenis (Cass. Fr. 3 juli 2019, *TRV-RPS* 2020, 81, noot B. DOUDOU, "En matière de lettre d'intention, le soutien accordé par une société mère à sa filiale équivaut à une obligation de résultat").

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

Pauliaanse vordering

118. De nietigheidsregeling met een beperking van de nietigheidsgronden opgelegd door het Europees recht (art. 153 van de Vennootschapsrichtlijn van 14 juni 2017) doet niets af aan de mogelijkheid voor lidstaten een bijkomende bescherming voor schuldeisers te bepalen. Aldus is het toegelaten de splitsing, zoals ook andere vormen van herstructurering, aan te vechten met een pauliaanse vordering. Het slagen van de pauliaanse vordering heeft geen nietigheid tot gevolg en tast de geldigheid van de herstructurering niet aan; zij tast enkel de tegenwerpelijheid ten aanzien van de succesvolle schuldeiser aan. Zij voegt dus geen nietigheid toe aan de Europese nietigheidsgronden (HvJ 30 januari 2020, *I.G.I. Srl*, C-394/18, *TRV-RPS* 2020, 320, noot F. DE

LEO, “De actio pauliana bij splitsing (en fusie) : een Europeesrechtelijk perspectief”, *TBH* 2020, 231). Een schuldeiser die een vordering heeft die dateert van vóór de herstructurering, zou deze kunnen aanvechten met de pauliaanse vordering (art. 1167 BW) en aldus pogen ze niet aan hem tegenwerpelijk te verklaren. De benadeelde schuldeiser kan de pauliaanse vordering ook instellen na verstrijken van de zesmaandenvervaltermijn voor de nietigverklaring van de herstructurering (art. 2:143, § 4 WVV); daarbij is van geen belang dat hij geen zekerheid heeft. Dit kan van nut zijn in geval van een splitsing, als daardoor zijn onderpand vermindert. Het pauliaans bedrog vereist wel dat de schuldeiser aantoonst dat de splitsing aan hem abnormale schade berokkent; hiervoor is vereist dat zijn schuldvordering dateert van vóór de bekendmaking van de splitsing; in geval van faillissementspauliana moet minstens één schuldvordering in de massa dateren van voordien (Kh. Dendermonde (afd. Aalst) 9 december 1997, *TRV* 1998, 325, noot S. LOOSVELD, “De schuldeisers van de gesplitste vennootschap en de faillissementspauliana”). De rechter houdt in zijn beoordeling rekening met de schuldeisersbescherming die in geval van herstructurering geldt. Een pauliaanse vordering zal slagen als passiva met bedrieglijk oogmerk worden afgesplitst naar een vennootschap die geen overlevingskansen heeft, terwijl de realiseerbare en waardevolle activa in een andere afgesplitste vennootschap worden ondergebracht (Kh. Gent (afd. Dendermonde) 28 november 2016, *TRV-RPS* 2017, 363, noot G. LINDEMANS, “Ook een rechtspersoon mag waardig sterven. De pauliana tegen de splitsing van een insolvente vennootschap”). In dat geval wordt de splitsing gehanteerd met de uitsluitende bedoeling de schuldeisers te benadelen; ook de schuldeiser wiens vordering ontstaat na de bekendmaking kan de pauliaanse vordering aanwenden (K. VAN RAEMDONCK, “De actio Pauliana : vaak een ongeladen wapen tegen splitsing met een beweerd frauduleus oogmerk”, noot onder Kh. Dendermonde 9 december 1997, *V&F* 1998, 369; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WERY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources”, *JT* 1996, 751).

Gevolgen

119. 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 overdracht is aan derden tegenwerpelijk vanaf de openbaarmaking; dit is ook zo in het WVV (art. 2:18 jo. art. 12:14, 12:98 en 12:109 WVV).

Aldus gaat de deelneming in een maatschap over op de opslorpande vennootschap. Deze kan zonder enige onderbreking alle rechten en verplichtingen van de overgenomen vennootschap verder uitoefenen, zoals in rechte optreden (RvS 5 september 2018, *MCP-OOO* 2018, 735; besproken in randnr. 11).

XII. Omzetting

Nationale omzetting

120. De bevoegdheid om de vennootschap in een andere rechtsvorm om te zetten komt toe aan de algemene vergadering. Zij beslist of de omzetting doorgaat of niet. Dit gebeurt in een vergadering waarin de helft van het kapitaal of, in een vennootschap zonder kapitaal, de helft van het totaal aantal uitgegeven aandelen is vertegenwoordigd (art. 14:8, § 1, 1° WVV). Indien dit quorum niet wordt bereikt, wordt een nieuwe algemene vergadering bijeengeroepen, zij het dat voormeld quorum ook op deze nieuw bijeengeroepen algemene vergadering moet zijn bereikt. Zolang het quorum niet is bereikt, kan niet geldig worden beraadslaagd en gestemd. Het bestuur kan blijven bijeenroepen totdat er een vergadering met voldoende quorum is. Desgevallend, indien meer dan drie maanden zijn verstreken sinds de cijfers, opgenomen in de staat van activa en passiva, is het bestuur verplicht een nieuwe staat op te maken. De quorumvereisten kunnen in de statuten worden verstrengd, niet versoepeld. Deze quorumvereiste op de tweede bijeengeroepen algemene vergadering met de nationale omzetting op de agenda werd terecht bekritiseerd (V. SIMONART, “Transformation nationale : conditions de présence et de majorité”, *TRV-RPS* 2019, 804). Bovendien geldt deze vereiste, merkt deze auteur terecht op, niet voor de grensoverschrijdende omzetting (art. 14:24, § 3 WVV) die daardoor gemakkelijker te verwezenlijken is. Deze ongerijmdheid werd niet gerepareerd door de Reperatiewet van 28 april 2020.

Op het voorgaande geldt één uitzondering. In geval van de omzetting van een coöperatieve vennootschap in een naamloze vennootschap kan de voor de tweede maal bijeengeroepen algemene vergadering geldig over de omzetting beraadslagen en beslissen zonder dat moet voldaan zijn aan het aanwezigheidsquorum, er wordt over de omzetting gestemd zodra één aandeel vertegenwoordigd is (art. 14:8, § 3 WVV). De wetgever meende het aanwezigheidsquorum niet te kunnen opleggen aan deze vennootschappen, gezien hun verspreid en groot aandeelhoudersbestand; de aandeelhouders kunnen, gezien de vrije overdracht eigen aan de kapitaalvennootschap, hun aandelen na de omvorming steeds van de hand doen als ze dit willen (*Parl.St.* Senaat 1965-66, nr. 290, 5).