

Kroniek - Chronique

Vennootschapsrecht - Droit des sociétés 2015-2016

Dirk Van Gerven en - et Yves De Cordt

Inhoud

Voorwoord

I. Algemeen

Nieuwe wetgeving (nrs. 1-3)

Bestanddelen van de vennootschap

Kwalificatie van vennootschap (nrs. 4-5)

Affectio societatis, gelijke behandeling van vennoten en verbod van leeuwenbeding (nrs. 6-7)

Uitvoering te goeder trouw (nr. 8)

Ontbinding en vereffening (nr. 9)

II. De vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid

Maatschap (nrs. 10-12)

Tijdelijke handelsvennootschap (nrs. 13-14)

III. Bepalingen gemeenschappelijk aan de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid

Rechtspersoonlijkheid

Wettelijke specialiteit (nr. 15)

Vennootschap met sociaal oogmerk (nr. 16)

Statutaire specialiteit (nr. 17)

Zelfstandig vermogen - vennootschapsbelang (nr. 18)

Intuitu personae (nr. 19)

Vrije beroepen (nr. 20)

Naam (nrs. 21-22)

Zetel (nr. 23)

Taal (nr. 24)

Internationaal privaatrecht

Vrijheid van vestiging (nr. 25)

Organen en vertegenwoordiging (nrs. 26-27)

Transparantie en controle

Jaarrekening (nr. 28)

Controle (nrs. 29-31)

Onderzoeks- en controlebevoegdheid (nr. 32)

Valsheid in de jaarrekening (nr. 33)

Ontbinding en vereffening

Gerechtelijke ontbinding wegens wettige redenen (nr. 34)

Benoeming vereffenaar (nrs. 35-37)

Intrekking ontbinding - gevolgen (nr. 38)

Samenloop (nr. 39)

Sommaire

Préface

I. Généralités

Nouvelle législation (n° 1-3)

Caractéristiques de la société

Qualification de société (n° 4-5)

Affectio societatis, égalité de traitement des associés et interdiction des clauses léonines (n° 6-7)

Exécution de bonne foi (n° 8)

Dissolution et liquidation (n° 9)

II. Les sociétés sans personnalité juridique

Société de droit commun (n° 10-12)

Société momentanée (n° 13-14)

III. Dispositions communes aux sociétés dotées de la personnalité juridique

Personnalité juridique

Spécialité légale (n° 15)

Société à finalité sociale (n° 16)

Spécialité statutaire (n° 17)

Patrimoine propre - intérêt social (n° 18)

Intuitu personae (n° 19)

Professions libérales (n° 20)

Dénomination (n° 21-22)

Siège (n° 23)

Langue (n° 24)

Droit international privé

Liberté d'établissement (n° 25)

Organes et représentation (n° 26-27)

Transparence et contrôle

Comptes annuels (n° 28)

Contrôle (n° 29-31)

Pouvoir d'investigation et de contrôle (n° 32)

Faux dans les comptes annuels (n° 33)

Dissolution et liquidation

Dissolution judiciaire pour de justes motifs (n° 34)

Nomination du liquidateur (n° 35-37)

Annulation de la dissolution - conséquences (n° 38)

Concours (n° 39)

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid (nrs. 40-44)
 De vennootschap in proces
 Bevoegde rechtbank - scheidsgerecht (nrs. 45-46)
 Betekening (nr. 47)
 Optreden in rechte - mandaat *ad litem* (nr. 48)
 Inschrijving in de KBO (nr. 49)
 Raad van State en Grondwettelijk Hof (nr. 50)
 Taalgebruik (nr. 51)

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

Hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten van de VOF (nrs. 52-53)
 Hoofdelijke aansprakelijkheid van de stille vennoot van een Comm.V omdat hij actief wordt (nr. 54)

Algemene vergadering en beslissing tot uitsluiting in de VOF (nr. 55)

V. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA)

Oprichting - kapitaal
 Verlies van kapitaal (nr. 56)
 Effecten
 Lidmaatschapsrechten (nrs. 57-58)
 Toetreding, overdracht en koopverkoopovereenkomsten (nrs. 59-61)
 Overdracht niet-volgestorte aandelen (nr. 62)
 Bestuur
 Statutaire zaakvoerder (nr. 63)
 Bezoldiging (nr. 64)
 Borg door een zaakvoerder (nr. 65)
 Einde van het mandaat (nr. 66)
 De voorlopig bewindvoerder en andere voorlopige maatregelen
 Voorlopig bewindvoerder (nr. 67)

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

Algemeen
 Beperkte of onbeperkte aansprakelijkheid (nr. 68)
 CVOA
 Hoofdelijke aansprakelijkheid en overdracht van aandelen (nr. 69)
 Uittreding van een vennoot (nr. 70)

VII. De naamloze vennootschap (NV)

Kapitaal (nr. 71)
 Aandelen en aandelenoverdrachten
 Eigendom van aandelen en aandeelhoudersrechten (nr. 72)
 Pand van aandelen op naam (nr. 73)
 Waarborgen bij overdracht van aandelen (nr. 74)

Responsabilité pénale (n° 40-44)
 La société en justice
 Tribunal compétent - arbitrage (n° 45-46)
 Signification (n° 47)
 Action en justice - mandat *ad litem* (n° 48)
 Inscription à la BCE (n° 49)
 Conseil d'Etat et Cour constitutionnelle (n° 50)
 Emploi des langues (n° 51)

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

Responsabilité solidaire des associés de la SNC (n° 52-53)
 Responsabilité solidaire de l'associé commanditaire d'une société en commandite lorsqu'il devient actif (n° 54)
 Assemblée générale et décision d'exclusion dans la SNC (n° 55)

V. La société privée à responsabilité limitée (SPRL)

Constitution - capital
 Pertes sociales (n° 56)
 Titres
 Droits sociaux (n° 57-58)
 Admission, transfert et contrats d'achat et de vente (n° 59-61)
 Transfert de parts non entièrement libérées (n° 62)
 Gestion
 Gérant statutaire (n° 63)
 Rémunération (n° 64)
 Cautionnement par un gérant (n° 65)
 Fin du mandat (n° 66)
 L'administrateur provisoire et autres mesures provisoires
 Administrateur provisoire (n° 67)

VI. La société coopérative (SCRI, SCRL et SCE)

Généralités
 Responsabilité limitée ou illimitée (n° 68)
 SCRI
 Responsabilité solidaire et transfert de parts (n° 69)
 Retrait d'un associé (n° 70)

VII. La société anonyme (SA)

Capital (n° 71)
 Actions et cession d'actions
 Propriété des actions et droit des actionnaires (n° 72)
 Gage sur actions nominatives (n° 73)
 Garanties en matière de cession d'actions (n° 74)

Raad van bestuur
 Statuut van de bestuurder (nr. 75)
 Bevoegdheden (nr. 76)
 Belangenconflicten (nrs. 77-78)
 Algemene vergadering (nr. 79)
 Voorlopige maatregelen (nrs. 80-83)

VIII. Aansprakelijkheid van oprichters, vennoten en bestuurders

Aansprakelijkheid van vennoten (nrs. 84-85)
 Aansprakelijkheid van oprichters voor het financieel plan (nr. 86)
 Verplichting van de zaakvoerder om de ontvangen voorschotten terug te storten (nr. 87)
 Aansprakelijkheid van bestuurders en zaakvoerders (nr. 88)
 Bestuursfout (nr. 89)
 Schending van de wet of de statuten (nr. 90)
 Kennelijke zware fout die het faillissement veroorzaakt (nr. 91)
 Coëxistentie van aansprakelijkheden (nrs. 92-93)
 Aansprakelijkheid voor sociale en fiscale schulden (nrs. 94-97)
 Vordering van een aandeelhouder van een SICAV (nr. 98)
 Kwijting (nr. 99)
 Verjaring (nr. 100)
 Strafrechtelijke verantwoordelijkheid
 Misbruik van vennootschapsgoederen (nr. 101)

IX. Geschillenregeling

Algemeen (nrs. 102-104)
 Uitsluiting (nr. 105)
 Waardebepaling van de effecten (nr. 106)

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

Geen retroactieve werking (nr. 107)
 Overdracht van een algemeenheid of van een bedrijfstak (nr. 108)

XI. Omzetting

Hoofdelijke aansprakelijkheid na omzetting van een VOF in een BVBA (nr. 109)

Conseil d'administration
 Statut de l'administrateur (n° 75)
 Pouvoirs (n° 76)
 Conflits d'intérêts (n° 77-78)
 Assemblée générale (n° 79)
 Mesures provisoires (n° 80-83)

VIII. Responsabilité des fondateurs, des associés et des administrateurs

Responsabilité des associés (n° 84-85)
 Responsabilité des fondateurs au regard du plan financier (n° 86)
 Obligation du gérant de rembourser des avances perçues (n° 87)
 Responsabilité des administrateurs/gérants (n° 88)
 Faute de gestion (n° 89)
 Violation de la loi ou des statuts (n° 90)
 Faute grave et caractérisée ayant entraîné la faillite (n° 91)
 Coexistence de responsabilités (n° 92-93)
 Responsabilité pour dettes sociales et fiscales (n° 94-97)
 Action individuelle en responsabilité de l'actionnaire d'une SICAV (n° 98)
 Décharge (n° 99)
 Prescription (n° 100)
 Responsabilité pénale
 Abus de biens sociaux (n° 101)

IX. Résolution des conflits

Généralités (n° 102-104)
 Exclusion (n° 105)
 Evaluation des titres (n° 106)

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

Pas d'effet rétroactif (n° 107)
 Transfert d'une universalité ou d'une branche d'activité (n° 108)

XI. Transformation

Responsabilité solidaire après transformation d'une SNC en SPRL (n° 109)

Voorwoord

Deze kroniek wordt door het samengaan van *Revue pratique des sociétés* en *Tijdschrift voor rechtspersoon en vennootschap* in TRV/RPS tweetalig. Yves De Cordt, hoogleraar en gekend auteur in het vennootschapsrecht, is bereid gevonden om Dirk Van Gerven te vervolgen in het schrijven van deze kroniek. Er werd voor geopteerd dat elke auteur in zijn eerste taal schrijft. Dit levert een kroniek op die deels in het Nederlands en deels in het Frans is geschreven.

De auteurs hebben er ook voor gekozen dat ieder zijn eigen standpunten vertolkt. Er is overleg en de auteurs liggen voor het overgrote deel op dezelfde lijn, maar er bestaan genuanceerde meningsverschillen die tot uiting kunnen komen in deze kroniek.

De rechtspraak en rechtsleer inzake insolventie, gerechtelijke reorganisatie en faillissement worden besproken in de kroniek Insolventierecht, die door andere auteurs wordt geschreven en in een volgend nummer van dit tijdschrift wordt opgenomen.

I. Algemeen

Nieuwe wetgeving

1. Iedereen kijkt met volle verwachting uit naar de grondige hervorming van het Wetboek van Vennootschappen die wordt voorbereid door het Belgisch Centrum voor Vennootschapsrecht (BCV)/Centre belge du droit des sociétés (CBS), onder voorzitterschap van Guy Horsmans, en onder de impuls van de minister van Justitie, Koen Geens, ook redactielid van TRV/RPS. Deze hervorming kadert in de modernisering van het Belgisch vennootschapsrecht om het aantrekkelijker te maken voor binnen- en buitenlandse investeerders (zie hierover het boek uitgegeven onder de auspiciën van het BCV, *De modernisering van het vennootschapsrecht*, bij Larcier, in 2014). Een glimp van de verwachte wijzigingen kan men lezen in de voorstelling van de wijzigingen aan het Parlement : *Gedachtewisseling met de minister van Justitie en met deskundigen van het Belgisch centrum voor vennootschapsrecht over de modernisering van het vennootschapsrecht*, *Parl.St.* Kamer 2015/16, nr. 1500/1. Wat in het verschiet ligt, onder meer de beperking van het aantal vennootschapsvormen en de wijzigingen inzake kapitaal, heeft reeds aanleiding gegeven tot een verhit debat in de editoria's van dit tijdschrift (J. VANANROYE en G. LINDEMANS, "Het einde van de wereld die we kennen is nabij", *TRV* 2015, 701, en het antwoord, D. BRULOOT en K. MARESCAU, "Koudwatervrees", *TRV* 2015, 115; en ook V. SIMONART, "Faut-il suppri-

mer certaines formes de société ?", *TRV* 2015, 217). Ook in andere tijdschriften wordt aandacht besteed aan de opkomende veranderingen (J. DELVOIE, "Daar is Nessie ! Naar meervoudig stemrecht in NV en BVBA", *TPR* 2015, 985).

In de besproken periode kwam de *Examen de jurisprudence (2010-2013)*. *Les sociétés commerciales* van de hand van X. DIEUX, P. LAMBRECHT en O. CAPRASSE uit in *RCJB* 2016, 55 e.v., en 261 e.v. Ook vindt de lezer een behandeling van het algemeen kader van het vennootschapsrecht bij D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 1336 p.

2. De Vierde en Zevende Richtlijnen zijn vervangen door de Europese Richtlijn 2013/34 van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen (*Pb.L.* 29 juni 2013, afl. 182) (de "Jaarrekeningenrichtlijn"). Het opzet is de financiële verslaggeving te vereenvoudigen en de administratieve lasten in het bijzonder voor kleine en middelgrote ondernemingen, micro-entiteiten genaamd, te verminderen (aldus de eerste overweging van de Jaarrekeningenrichtlijn). De nationale wetgevingen dienden tegen 20 juli 2015 aan de Jaarrekeningenrichtlijn te zijn aangepast, maar de lidstaten kunnen bepalen dat de nieuwe bepalingen pas van toepassing zijn op de financiële overzichten voor de boekjaren die beginnen op 1 januari 2016 of gedurende het kalenderjaar 2016 (art. 53(1)). Ondertussen heeft de wet van 18 december 2015 en het KB van dezelfde datum deze richtlijn in het Belgisch recht omgezet (*BS* 30 december 2015). De parlementaire voorbereiding is te raadplegen in *Parl.St.* Kamer 2015/16, nr. 1444. De nieuwe regels zijn al van toepassing voor het boekjaar dat begint na 31 december 2015. Zie voor een eerste bespreking, C. DENDAUW, "La réforme du droit comptable belge à l'aune de la loi du 18 décembre 2015", *RGFCP* 2016, 41. Van belang is de invoering van microvennootschappen. Dit zijn zeer kleine vennootschappen die hun jaarrekening mogen opmaken volgens een micro-schema opgenomen in Afdeling III/1 van Hoofdstuk III van het KB tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen (art. 15/1 W.Venn.) en de groep van beperkte omvang die is vrijgesteld van de verplichting een geconsolideerde jaarrekening met bijhorend jaarverslag op te stellen (art. 16 W.Venn.) (zie voor een bespreking, D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2016, 1147-1148).

3. Het KB van 4 mei 2016 (*BS* 17 mei 2016) heeft het KB van 8 januari 1962 tot vaststelling van de voorwaarden tot erkenning van de nationale groeperingen van coöperatieve vennootschappen gewijzigd.

Deze wijziging heeft voornamelijk tot doel de erkenningen die tot dan beperkt waren in de tijd tot maximaal één jaar, voor onbepaalde tijd mogelijk te maken. De erkenningsvoorwaarden werden ook gemoderniseerd, en een regelmatige controle door FOD Economie wordt ingesteld.

Bestanddelen van de vennootschap

Kwalificatie van vennootschap

4. De overeenkomst waarbij één partij een varkensfokkerij inbrengt en de andere partijen hun arbeid, en waarin wordt overeengekomen hoe de winsten en verliezen te verdelen is een vennootschap. Dit sluit een *affectio societatis* in (Gent 5 december 2011, *TRV* 2015, 748, noot; ook besproken in randnrs. 6 en 10).

Twee geneesheren die in een ziekenhuis samen hun privépraktijk in hetzelfde gebouw uitbaten en afspraken hebben gemaakt over de verdeling van hun erelonen, en die met deze inkomsten goederen aanschaffen, hebben nooit een inbreng verricht. Ze behielden elk hun patiënten en werden rechtstreeks voor hun diensten betaald. De onroerende goederen kochten ze in onverdeeldheid aan. Er is ook geen geschreven maatschapsovereenkomst terwijl de Orde van de geneesheren dit vereist. Dat ze deze overeenkomst twee jaar later als maatschap kwalificeren, is niet geloofwaardig. Bij de oprichting hadden ze nooit de wil om samen winst na te streven met een gemeenschappelijk doel voor ogen. Er is dus geen maatschap (Gent 10 januari 2011, *TRV* 2015, 758, noot; aangehaald in randnr. 6).

5. De maatschap onderscheidt zich van de onverdeeldheid doordat het vermogen van de maatschap een bijzondere bestemming krijgt, met name te verwezenlijken wat in het doel wordt omschreven. Daaruit ontstaat een onverdeeld doelgebonden vermogen, ook wel doelgebonden gemeenschappelijk vermogen genoemd (K. GEENS, "De fundamente van het vennootschapsrecht dooreengeschud voor de eeuwen" in *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, JAN RONSE INSTITUUT (ed.), Kalmthout, Biblo, 1995, 28; zie ook de vorige kroniek, *TRV* 2015, 513, nr. 8). Ten gevolge van deze bijzondere bestemming is dit doelvermogen afgeschermd van de persoonlijke schuldeisers van de vennoten, en is het enkel vatbaar voor beslag door de vennootschapsschuldeisers (P. BOSSARD, "La société de droit commun face aux créanciers personnels des associés", *RPS-TRV* 2016, 8; F. MAGNUS, *La société de droit commun*, Brussel, Larcier, 2015, 124 e.v.; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2016, 146 e.v.).

Affectio societatis, gelijke behandeling van vennoten en verbod van leeuwenbeding

6. Zonder *affectio societatis* is er geen vennootschap. De *affectio societatis* kan impliciet in de vennootschapsovereenkomst besloten liggen (Gent 5 december 2011, *TRV* 2015, 748, noot; ook besproken in randnrs. 4 en 10). Dit veronderstelt de gemeenschappelijke wil samen te werken met de bedoeling winst te verwezenlijken in overeenstemming met een gemeenschappelijk doel (Gent 10 januari 2011, *TRV* 2015, 758, noot; aangehaald in randnr. 4). Indien de oprichters bij de oprichting nooit de bedoeling hadden samen te werken, is de oprichting van een vennootschap geveinsd. De rechtsleer en de rechtspraak zijn verdeeld over de vraag of de wil om samen te werken een afzonderlijk bestanddeel van de vennootschap vormt (zie voor een bespreking, X. DIEUX, P. LAMBRECHT en O. CAPRASSE, "Examen de jurisprudence (2010-2013). Les sociétés commerciales", *RCJB* 2016, 63-66; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2016, 43-45).

Aldus werd geoordeeld dat het wegvallen van de *affectio societatis* geen reden is om de vennootschapsovereenkomst niet uit te voeren (Kh. Gent (afd. Ieper) 12 oktober 2015, *DAOR* 2016/117, 46; dit vonnis wordt ook besproken in randnr. 55). Het wordt door de rechtspraak wel aanvaard dat dit een wettige reden vormt die een ontbinding op grond van artikel 45 W.Venn. verantwoordt (Gent 19 september 2012, *TRV* 2015, 732, noot, ook besproken elders in deze kroniek in randnrs. 8 en 34; Kh. Dendermonde 7 november 2013, *T.Not.* 2015, 272; Kh. Nivelles 26 juli 1994, *TRV* 1994, 530, noot M.W.). Voor de rechtspraak die meent dat het geen wezenlijk bestanddeel is van de vennootschap, heeft het wegvallen uiteraard geen gevolgen (aldus Gent 22 maart 2010, *TRV* 2010, 412, noot; *JDSC* 2011, 36, noot M. COIPEL; Gent 21 september 2009, *TRV* 2010, 418, noot D. VAN GERVEN, "Affectio societatis als constitutief bestanddeel"; *TBH* 2010, 92).

7. Het verbod van leeuwenbeding houdt in dat een vennoot niet kan worden vrijgesteld van een bijdrage in de verliezen van de vennootschap (art. 32 W.Venn.). Een beding (verkoopoptie) waarbij een partij ten aanzien van zijn vennoot zich ertoe verbindt om, op vraag van deze laatste, diens aandeel over te nemen tegen een prijs gelijk aan of hoger dan de inbreng die dat aandeel vertegenwoordigt in het kapitaal of, bij een latere aankoop, tegen een prijs die gelijk of hoger is dan de aankoopprijs, is verboden (M. ROELANTS, "Het loutere vennootschapsbelang als toetssteen voor het leeuwenbeding : stand van zaken bij uitoefening van put- en callopties anno 2015", *TRV* 2015, 616). Deze auteur bespreekt uitvoe-

rig de recente rechtspraak; het is een lezenswaardig artikel voor zij die een inzicht willen verwerven in de huidige stand van zaken. Zie over het leeuwenbeding in contractuele regelingen inzake bepaling van de prijs bij verkoop, J.P. SMEETS, "Point sur les clauses d'earn-out en droit belge", *TBH* 2016, 455-456.

Het verbod van leeuwenbeding is van openbare orde (Gent 21 september 2011, *TRV* 2015, 691, noot). Volgens een deel van de rechtspraak en de rechtsleer moet dit verbod in hoofde van de aandeelhouder, en niet zozeer per aandeel worden beoordeeld. Het volstaat dat een aandeelhouder voor een deel van zijn aandelen bijdraagt in het verlies, terwijl hij voor de andere aandelen kan worden gevrijwaard. In voormeld arrest treedt het hof van beroep te Gent dit bij : een beperkte vrijstelling door middel van een put-optie tegen een vaste prijs, voor slechts een deel van de participatie, is niet voldoende om nietig te zijn. Wel moet het deel van de participatie dat aan het vennootschapsrisico is onderworpen meer zijn dan symbolisch.

Uitvoering te goeder trouw

8. De vennootschapsovereenkomst moet zoals elke overeenkomst te goeder trouw worden uitgevoerd (art. 1134 BW). Indien beide vennoten zich niet te goeder trouw hebben gedragen, gaat de rechter na in welke mate ze elk foutief hebben gehandeld om hun respectievelijke aansprakelijkheid te bepalen (Gent 19 september 2012, *TRV* 2015, 732, noot; ook besproken in randnrs. 6 en 34).

Ontbinding en vereffening

9. De vennootschap neemt een einde doordat één van de vennoten de vennootschapsovereenkomst opzegt (art. 39, 5° W.Venn.). De opzegging moet te goeder trouw zijn en niet ontijdig zijn gedaan (art. 44 W.Venn.). Dit is aldus het geval indien een vennoot uittreedt met als enige bedoeling de winst die de vennootschap dankzij een succesvolle activiteit zou gaan maken, voor zich te houden, bijvoorbeeld omdat hij zijn activiteit buiten de vennootschap verderzet. Andere gevallen van opzegging buiten goede trouw kunnen voorkomen; de beoordeling ligt uiteindelijk bij de rechter. De goede trouw wordt vermoed; het is bijgevolg aan de andere vennoten om aan te tonen dat de betrokken vennoot met kwade bedoelingen uit de vennootschap stapt (Brussel 14 december 2010, *TRV* 2015, 762, noot J. VANANROYE en R. FORIERS, "Een juridische zombie : de maatschap als kwalificatie voor een onbenoemde of feitelijke samenwerking").

Deze eenzijdige mogelijkheid van ontbinding geldt enkel voor vennootschappen aangegaan voor onbepaalde duur (art. 43 W.Venn.). Bovendien geldt ze niet voor de BVBA, de coöperatieve vennootschappen, de NV, de SE, de Comm. VA en de LV (art. 343, 386, 3°, 645, 833 en 867 W.Venn.). Het toepassingsgebied is derhalve beperkt tot de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, de VOF, de Comm. V, en het ESV.

Bij opzegging door een vennoot is de vennootschap ontbonden en moet ze worden vereffend, tenzij anders is overeengekomen. Bij ontbinding heeft elke vennoot recht op terugbetaling van zijn inbreng, en een deel van de liquidatiewinst in verhouding tot zijn inbreng (art. 30 W.Venn.). Dat een vennoot een eigen activiteit uitoefent die gelijk is aan de activiteit die in de vennootschap werd gevoerd, houdt niet in dat hij afstand van zijn deel in de liquidatiewinst heeft gedaan. Als hij het cliënteel overneemt, moet hij hiervoor een vergoeding betalen (Brussel 24 april 2012, *TRV* 2015, 744, noot; Brussel 14 december 2010, *l.c.*).

II. De vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid

Maatschap

10. Of eigendom, genot of andere rechten worden ingebracht, hangt af van de afspraak tussen partijen (F. MAGNUS, *La société de droit commun*, Brussel, Larcier, 2015, 76). Voor een voorbeeld waarin op grond van de overeenkomst werd geoordeeld dat de bedrijfsuitrusting en -lokalen niet in eigendom zijn ingebracht in een commerciële maatschap met als doel de uitbating van een varkensfokkerij, zie Gent 5 december 2011, *TRV* 2015, 748, noot; ook besproken in randnrs. 4 en 6.

Indien niets anders wordt bepaald, worden goederen geacht in eigendom te zijn ingebracht (Gent 6 oktober 2014, *TRV* 2015, 725, noot). Enkel in geval van de terbeschikkingstelling van een onroerend goed wordt het genot geacht te zijn ingebracht; immers voor de eigendomsoverdracht is een authentieke akte nodig (Cass. 19 februari 1976, *Pas.* 1976, I, 691; *JT* 1976, 387).

11. De bepaling van het deel van elk der vennoten in winst en verlies kan aan een derde worden overgelaten en zelfs aan één vennoot worden toevertrouwd (art. 31 W.Venn.). Wanneer de bepaling aan één of meer vennoten wordt opgedragen, wordt in het kader van de vennootschapsovereenkomst aan deze vennoot een bijkomende opdracht toegewezen die wordt beheerst door deze overeenkomst.

De toewijzing van deze opdracht aan één van de vennoten kan ook na de oprichting gebeuren, en zelfs ter gelegenheid van de ontbinding. Een vennoot kan enkel tegen de bepaling door de derde of een vennoot van zijn deelname in de winst of de bijdrage in het verlies opkomen, indien zij *“blijkbaar strijdig is met de billijkheid”*. De benadeelde vennoot moet, op straffe van niet-ontvankelijkheid, tegen de beslissing opkomen binnen de drie maanden nadat hij in kennis werd gesteld van de beslissing; hij kan er niet meer tegen opkomen indien hij er uitvoering aan heeft gegeven (art. 31, lid 2 W.Venn.). Deze regeling met verkorte aanvechtingstermijn, werd van toepassing verklaard op de vaststelling door één vennoot van de winstverdeling na ontbinding door opzegging van de vennootschapsovereenkomst, waarmee de andere vennoot uitdrukkelijk had ingestemd. Volgens de feitenrechter kon hieruit een overeenkomst worden afgeleid tussen de vennoten om de winstverdeling aan één van hen over te laten (Cass. 21 februari 2014, *JLMB* 2014, 244; reeds besproken in de vorige kroniek, *TRV* 2014, 559-560, nr. 9).

De winstbepaling kan worden aangevochten indien de onrechtvaardigheid onmiddellijk in het oog springt. Dit is zo indien bij een jaarlijkse winstverdeling een vennoot volledig wordt uitgesloten, zelfs als hij kan hopen op een deel in de winst in een volgend jaar; de volledige uitsluiting is duidelijk niet billijk (tenzij de overeenkomst bepaalt dat gedurende een bepaald jaar een vennoot kan worden uitgesloten, omdat hij dan volgend jaar in de winst zou delen). In dat geval zal de rechter de beslissing van de derde of de vennoot nietig verklaren en moet deze laatste opnieuw beslissen. De rechter oordeelt soeverein, maar houdt rekening met de bepalingen van de vennootschapsovereenkomst.

12. De vennoot die uit een maatschap uittreedt, kan aanspraak maken op een vergoeding voor zijn deelneming (rekening houdend met de vennootschapschulden en andere verbintenissen). De vennootschapsovereenkomst kan een formule bevatten om de waarde te bepalen of een waardering door een derde voorzien. Indien de vennootschap niet wordt ontbonden en de vennootschapsovereenkomst bevat geen waardering, komt de uittreedende vennoot tot een akkoord met de andere vennoten op basis van de werkelijke waarde. Een vergoeding ten laste van de vertrekkende vennoot kan in rekening worden gebracht indien zulks uitdrukkelijk wordt bepaald en op voorwaarde dat ze in verhouding staat tot de werkelijke schade; zo niet, kan de rechter ze matigen (art. 1231 BW). Aldus kan geldig worden overeengekomen dat in bepaalde omstandigheden geen vergoeding verschuldigd is, zoals wanneer na het vertrek van de vennoot, zijn plaats binnen de vennoot-

schap niet opgevuld is door een andere vennoot waardoor de activiteit is afgenomen (Gent 2 juni 2014, *TRV* 2015, 728, noot).

Hij mag na zijn uittreding vrij de maatschap beconcurreren. Uit de maatschapsovereenkomst volgt geen verplichting om de andere vennoten te vrijwaren tegen een concurrerende activiteit. De uittreding of overdracht van een deelneming staat niet gelijk met een overdracht van een handelsfonds. Dit is enkel anders in geval van een niet-concurrentiebeding, dat in tijd en qua activiteit en territorium beperkt moet zijn (zie voor een bespreking van de beperkingen, randnr. 60). Het concurrentieverbod zou in de gegeven omstandigheden echter ongeldig zijn geweest als het zou verbieden dat geen gelijkaardige horecazaak mag worden opgestart in een ander deel van de stad, tien maanden na de uittreding (Gent 13 april 2011, *TRV* 2015, 754, noot).

Tijdelijke handelsvennootschap

13. De tijdelijke handelsvennootschap heeft geen rechtspersoonlijkheid (art. 47 W.Venn.; G. FIEVET, “La solidarité et les sociétés commerciales”, *Forum de l’Immobilier* 2015, 2-3). Het gebrek aan rechtspersoonlijkheid en de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid van de vennoten voor de vennootschapsverbintenissen brengen met zich mee dat de voorwaarden voor bewarend beslag, zoals de spoedeisendheid, in hoofde van de vennoten moeten zijn vervuld (art. 1413 Ger.W.), met inbegrip van de vennoten die eventueel niet tot betaling zijn gehouden (Liège 30 oktober 2014, *TRV* 2015, 722, noot).

Om in rechte op te treden voor de tijdelijke handelsvennootschap moeten alle vennoten gezamenlijk optreden; zo niet moet de vordering als onontvankelijk worden afgewezen (Rb. Liège 24 april 2015, *TBBR* 2015, 401, noot; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV* 2015, 513, randnr. 9).

14. Overeenkomstig artikel 1220 BW zijn de schuldvorderingen in de nalatenschap deelbaar tussen de erfgenamen. Deze wetsbepaling wordt geacht een algemene regel te verwoorden die geldt voor alle rechten (en verbintenissen) met een pluraliteit van subjecten, schuldeisers (resp. schuldenaars) : de gezamenlijk aangegane rechten worden gesplitst in zoveel delen als er partijen zijn (W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 550-551). Zij is uitdrukkelijk van toepassing op vennootschappen krachtens artikel 55 W.Venn. Als gevolg hiervan kan elke vennoot alleen de uitvoering van elk ondeelbaar recht in het vermogen van de vennootschap in zijn geheel vorderen

(art. 1224 BW), zoals de schuldvorderingen die bij ontbinding van de vennootschap hem toekomen. Rechten zijn ondeelbaar uit hun aard omdat ze onmogelijk in verschillende gedeelten kunnen worden geïstueerd of een gedeeltelijke uitvoering praktisch niet haalbaar is (art. 1217 en 1218 BW), of nog als dit contractueel is bedongen (W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *o.c.*, 552). De inning van ondeelbare verbintenissen kan tegen elke vennoot worden gevorderd (art. 1222 BW). Een andere mening houdt voor dat artikel 1220 niet geldt voor de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid (K. GEENS en M. WYCKAERT, *De vennootschap. Algemeen deel* in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, IV/IIA, 2011, 736; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 296). Het Hof van Cassatie heeft zich bij de eerste opvatting aangesloten met betrekking tot een tijdelijke vennootschap (Cass. 28 september 2015, *TRV* 2015, 713, noot; zie ook de noot van S. SOBRIE, “Het partieel optreden in rechte door leden van een groepering zonder rechtspersoonlijkheid”, onder Cass. 7 maart 2014 (*TRV* 2015, 715), waarin het Hof van Cassatie tot hetzelfde besluit komt voor een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid).

III. Bepalingen gemeenschappelijk aan de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid

Rechtspersoonlijkheid

Wettelijke specialiteit

15. De vennootschap heeft als wettelijk doel of oogmerk aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te verschaffen. Een handeling gesteld door de vennootschap die niet met dit winstoogmerk gebeurt, is strijdig met de wettelijke specialiteit en absoluut nietig. Daarbij is van geen belang dat de handeling wel het belang van de groep waartoe de vennootschap behoort, dient. Aldus is een kwijtschelding van een schuld uit rekening-courant die enkel in het groepsbelang is, maar niet in het belang van de betrokken vennootschap kan worden verantwoord, nietig (Gent 22 december 2014, *RABG* 2015, 1148 en 1157, noot N. VAN LANDUYT, “Het wettelijk specialiteitsbeginsel als weigeringsgrond bij homologatie van een reorganisatieplan”; *RABG* 2016, 422, noot M. ZADWORNÝ, “De weigering van de homologatie van het reorganisatieplan door schending van het wettelijk specialiteitsbeginsel en de gevolgen ervan”).

Het beheer van vastgoed is een verrichting van winstgevend aard (Cass. 20 mei 2005, *TFR* 2005, 949; Gent 15 september 2015, *Fisc. Koerier* 2015, 805).

De overeenkomst waarbij een vennootschap zich garant stelt tot betaling van de koopprijs door een andere vennootschap zonder dat hieruit enig rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensdeel door de vennootschap die zich garant heeft gesteld kan worden gehaald, is absoluut nietig omdat ze strijdt met de wettelijke specialiteit van de vennootschap die enkel handelingen kan stellen die haar vermogensvoordelen opleveren (Gent 23 april 2014, *TRV* 2015, 465, noot; zie ook de vorige kroniek, *TRV* 2015, 513, nr. 10).

Vennootschap met sociaal oogmerk

16. Een vennootschap met sociaal oogmerk kan winst maken, als deze maar wordt besteed in overeenstemming met haar sociaal oogmerk. Als de statuten niet bepalen dat “na de aanzuivering van het hele passief en de terugbetaling aan de vennoten van hun inbreng, hetgeen na de vereffening overblijft, een bestemming krijgt die zo nauw mogelijk aansluit bij het sociaal oogmerk van de vennootschap” zoals nochtans door artikel 661, eerste lid, 9° W.Venn. wordt opgelegd, kan ze geen aanspraak maken op het statuut van vennootschap met sociaal oogmerk (Gent 11 maart 2014, *JDSC* 2015, 19, met deels kritische noot van M. COIPEL).

Statutaire specialiteit

17. Het doel waarvoor de vennootschap wordt opgericht, wordt in de oprichtingsakte aan de hand van “één of meer nauwkeurig omschreven activiteiten” omschreven (art. 1 W.Venn.). De verplichting het doel nauwkeurig in de oprichtingsakte te omschrijven, wordt uitdrukkelijk in de wet bevestigd (art. 226 (BVBA), art. 355 (de coöperatieve vennootschap), art. 451 (NV, SE en Comm. VA), art. 799 (LV) en art. 845 (ESV) W.Venn. door een verwijzing naar art. 69, eerste lid, 11° en 70, 2° W.Venn. en art. 5(4) (SCE) SCE Vo.). De niet-vermelding van het doel in de openbaar gemaakte statuten is met een geldboete strafbaar (art. 91, eerste lid, 2° en 3° W.Venn.). Voor de BVBA, de CVBA, de NV en de Comm. VA is de omschrijving van het doel in de oprichtingsakte opgelegd op straffe van nietigheid (art. 227, 2°, art. 403, 2° en art. 454, 2° W.Venn.). Dit geldt ook voor de SE en de SCE.

Zie over het belang van het maatschappelijk doel, F. MAGNUS, “L’objet social comme critère de limitation à la déduction des frais professionnels. Régularité et opportunité?”, *RPS-TRV* 2016, 145.

Zelfstandig vermogen - vennootschapsbelang

18. De vennootschap moet in haar belang worden bestuurd. De bestuurders zijn hiertoe verplicht (Y. DE CORDT, “L’Amendement. Consacrer une évidence : les personnes morales doivent être gérées dans leur intérêt”, *RPS-TRV* 2016, 211).

Intuitu personae

19. De vennootschap met rechtspersoonlijkheid moet van de personen die haar organen bezetten, worden onderscheiden. De persoon die als orgaan de vennootschap vertegenwoordigt, handelt niet in eigen naam. Hij gaat de overeenkomst aan voor rekening van de vennootschap, die als enige partij hiertoe bevoegd is. Het *intuitu personae* karakter van een overeenkomst wordt in hoofde van de vennootschap beoordeeld. Het vertrek van de persoon die de overeenkomst heeft getekend, verandert niets aan de uitvoering van de overeenkomst. Dit is anders als de overeenkomst is aangegaan omwille van de hoedanigheid van een aandeelhouder of een bestuurder; in dat geval zal het vertrek van deze persoon het voorwerp van de overeenkomst aantasten, en de andere partij desgevallend het recht geven om een einde aan de overeenkomst te stellen (Mons 29 oktober 2013, *JLMB* 2016, 161).

Vrije beroepen

20. Als een advocaat zijn praktijk in een vennootschap heeft ingebracht, moet elke vordering in rechte met betrekking tot deze praktijk tegen de vennootschap worden ingesteld (Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Gent) 27 oktober 2014, *TGR* 2015, 323, noot F. MOEYKENS).

Over de uitoefening van het beroep van architect in een vennootschap, zie S. DE COSTER, *Architect en vennootschap*, Mortsel, Intersentia, 2015, 336 blz.

Naam

21. De maatschappelijke benaming of de naam van een vennootschap wordt door artikel 65 W.Venn. beschermd. Elke latere gebruiker van eenzelfde naam of een naam die *in abstracto* verwarring kan doen ontstaan over de identiteit van de vennootschap, moet zijn vennootschapsnaam wijzigen.

De eerdere gebruiker van een vennootschapsnaam kan zich, op grond van artikel 65 W.Venn., verzetten tegen een later gebruik. Hiervoor moet hij aantonen dat hij de vennootschapsnaam eerder had gekozen,

en dat er verwarring kan ontstaan met de later gekozen vennootschapsnaam. Dit wordt *in abstracto* beoordeeld. De reden dat de verwarring niet *in concreto* wordt beoordeeld, is dat de naam, de identiteit van de rechtspersoon en zijn optreden in het rechtsverkeer alle delen van de samenleving betreffen. Het feit dat, door identieke of verwarrende namen, de eerder opgerichte vennootschap de nadelige invloed van fouten of zelfs tegenslagen van de andere vennootschap kan ondergaan, volstaat, zonder dat dit een voorwaarde is om een naamswijziging te bevelen (Kh. Liège 28 januari 1981, *RPS* 1982, 40). Identieke of verwarrende namen kunnen tot gevolg hebben dat briefwisseling verkeerd terechtkomt, en aldus bedrijfsgeheimen en andere gevoelige informatie in verkeerde handen vallen, of dat dagvaardingen aan de verkeerde rechtspersoon worden betekend.

Wel werd geoordeeld dat indien de gelijkenis geen enkel nadeel voor de eerste gebruiker inhoudt of dreigt in te houden, deze eerste gebruiker getuigt van rechtsmisbruik indien hij zich verzet tegen het latere gebruik (Liège 28 april 2015, *RPS-TRV* 2016, 88, noot A. HANNOUILLE, “La protection de la dénomination sociale et du nom commercial d’une société étrangère”; aangehaald in randnr. 22). Dit standpunt is juridisch terecht, maar moet met de nodige omzichtigheid worden aangewend. Misbruik van recht moet blijken uit de omstandigheden; een louter verzet tegen een later gebruik is dit op zich niet.

In voormeld arrest oordeelt het hof van beroep te Luik ook dat een buitenlandse vennootschap zich kan verzetten tegen een vennootschapsnaam gekozen in België indien deze naam verwarring veroorzaakt in België omdat ze zeer lijkt op haar naam. Andere rechtspraak meent dat mogelijke verwarring volstaat (Kh. Liège 23 april 1996, *Ing. Cons.* 1996, 250; Kh. Brussel 11 maart 1975, *RPS* 1975, 230, noot F. BAUDUIN; Kh. Brussel 28 mei 1957, *RPS* 1962, 161, noot J. ‘T KINT). Wel kan het hof worden bijgetreden wanneer het oordeelt dat de buitenlandse vennootschap reeds enige bekendheid moet hebben in België opdat verwarring mogelijk zou zijn.

22. De handelsnaam moet worden onderscheiden van de vennootschapsnaam. De handelsnaam wordt door het Wetboek van Economisch Recht beschermd. In geval van verwarring met een andere naam, die *in concreto*, rekening gehouden met de marktomstandigheden en aangeboden producten of diensten, moet worden beoordeeld, kan bij de voorzitter van de rechtbank van koophandel een stakingsvordering op grond van artikel VI.104 WER worden ingeleid (art. XVII.1 WER). Er wordt in de beoordeling rekening gehouden met het doel van

de vennootschap, de aard van het cliënteel en de plaats waar de activiteit onder de handelsnaam wordt uitgebaat (Liège 28 april 2015, *RPS-TRV* 2016, 88, noot A. HANNOUILLE, “La protection de la dénomination sociale et du nom commercial d’une société étrangère”; aangehaald in randnr. 21). Het gebruik van *Adwords* voor het terugvinden van een onderneming op Google, waardoor ook andere bedrijven kunnen worden teruggevonden, is niet verwarringstichtend, omdat de *Adwords* niet zichtbaar zijn in de publiciteit van, of andere informatie over, het betrokken bedrijf op internet (Gent 19 mei 2014, *JDSC* 2015, 41, noot M. COIPEL, “Connaissez-vous ‘Adwords’ ?”).

Bij overdracht van een handelszaak gaat de handelsnaam mee over, daar hij hiervan deel uitmaakt. De overnemer mag het eerste gebruik van de overdrager invoeren. Hij kan opkomen tegen het gebruik door een ander in zijn handel van een gelijkaardige naam, indien deze naam er zodanig op lijkt dat er gevaar bestaat voor verwarring of misleiding in hoofde van de gemiddelde consument (Kh. Brussel 31 december 2014, *RABG* 2014, 1323, noot D. NOESEN, “Het bewijs van wederrechtelijke registratie van een domeinnaam : gaat dit van een leien dakje ?”).

Zetel

23. De zetel wordt in de statuten van de vennootschap opgenomen (dit volgt uit art. 69, eerste lid, 2°, 70, 5°, 226, 355, 402, 453, 799 en 845 W.Venn.) (S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta, 2015, 432). De niet-vermelding van de zetel in de openbaar gemaakte statuten is met een geldboete strafbaar (art. 91, eerste lid, 2° en 3° W.Venn.). Het maakt tevens valsheid in geschrifte uit als vaststaat dat een fictieve zetel met bedrieglijke bedoelingen is opgenomen. Dit bedrieglijk inzicht is niet vereist voor de schending van artikel 91 W.Venn. (Cass. 21 oktober 2014, *JDSC* 2015, 31, noot C. BROCAL, “Le siège social n’est pas soumis à une condition d’intérêt ou d’avantage de la société en ce lieu”).

De statutaire zetel moet met de werkelijke zetel samenvallen. Indien dit niet zo is, primeert de werkelijke zetel. Dit is de plaats waar de algemene vergadering en de raad van bestuur samenkomen en beslissingen nemen, waar de boekhouding en de archieven, boeken en rekeningen worden gehouden, waar de vennootschap over een bankrekening beschikt, en haar briefwisseling toekomt (Rb. Brussel 6 juni 2014, *JDSC* 2015, 49, noot M. COIPEL).

Taal

24. Meer en meer stemmen gaan op om aan vennootschappen (en verenigingen) een grotere vrijheid te laten in het gebruik van de taal in hun interne documenten. Aldus wordt ervoor gepleit om enkel de statuten in de taal van het gewest waar de zetel van de vennootschap is gevestigd op te stellen. Hiermee wordt tegemoet gekomen aan de toenemende internationalisering van het Belgische bedrijfsleven wat ook de Belgische economie ten goede komt (F. HELLEMANS, “t Amendement. Naar een *Realpolitik* inzake taalgebruik in vennootschapszaken”, *RPS-TRV* 2016, 104; zie ook de vorige kroniek, *TRV* 2015, 515-516, nr. 18).

Internationaal privaatrecht

Vrijheid van vestiging

25. De vennootschap opgericht in een EU-lidstaat die de incorporatieleer huldigt, kan haar bestuur en dus haar werkelijke zetel verplaatsen naar een ander land in de Europese Unie dat de werkelijke zetelleer huldigt, zonder dat dit enig gevolg mag hebben op haar bestaan. Zij moet door het land van aankomst worden erkend zonder dat ze in dat land opnieuw moet worden opgericht (HvJ 5 november 2002, *Überseering*, C-208/00, *Jur.* 2002, I-9943, *TRV* 2003, 189, noot; K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 182 e.v.). Dat volgens het recht van deze andere lidstaat (waar de vennootschap haar activiteit gaat uitoefenen) de verplaatsing van deze activiteit tot gevolg heeft dat volgens het recht van deze lidstaat de vennootschap ook aan haar recht is onderworpen, doet daaraan niets af (HvJ 16 december 2008, *Cartesio*, C-210/06, *Jur.* 2008, I-9641; *TRV* 2009, 578, noot F. JENNE). Aldus kan het Duitse insolventierecht en de daaraan verbonden bestuursaansprakelijkheid opgenomen in de Duitse vennootschapswetgeving worden toegepast op een vennootschap afkomstig uit Wales (HvJ 10 december 2015, *Kornbaas*, C-594/14, *TBH* 2016, 463, noot; zie voor een eerste analyse van dit arrest, H. DE WULF, “*Kornbaas* : verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuursaansprakelijkheidsregelen”, *TBH* 2016, 435).

Organen en vertegenwoordiging

26. De leden van de organen zijn niet persoonlijk gebonden door de verbintenissen die zij in naam en voor rekening van de vennootschap aangaan (art. 61, § 1 W.Venn.). De leden van de bestuursorganen moe-

ten duidelijk aangeven dat ze namens de vennootschap handelen (art. 62 W.Venn.). De beweerdte zaakvoerder van een BVBA die in naam en voor rekening van de vennootschap optreedt, zonder zulks te laten weten aan de tegenpartij, handelt in eigen naam en is persoonlijk verbonden. De rechter zal aan de hand van de feiten van het geding nagaan of het orgaan aangaf te handelen voor de vennootschap, dan wel of de tegenpartij dit niet wist. Als het optreden voor de vennootschap niet stilzwijgend of uitdrukkelijk blijkt, dan mag de wederpartij ervan uitgaan dat de betrokken zaakvoerder in eigen naam handelt. Dat de zaakvoerder voor deze activiteit niet in de KBO is ingeschreven, doet hieraan niets af (Brussel 10 oktober 2014, *TRV* 2015, 578, noot). Dit arrest is in overeenstemming met de gevestigde rechtspraak.

Vennootschappen kunnen worden verbonden door een schijnmandaat : derden die met de vennootschap handelen, mogen in geval van een (aan de vennootschap toe te schrijven) schijn over de vertegenwoordiging erop vertrouwen dat deze schijn aan de werkelijkheid beantwoordt. Aldus kan de vermelding van de echtgenoot van een bestuurder in documenten als vertegenwoordiger, bij derden een rechtmatig vertrouwen doen ontstaan dat deze persoon de vennootschap rechtsgeldig kan vertegenwoordigen (Brussel 29 november 2013, *JDSC* 2015, 118, noot W. DAVID, “La représentation des sociétés et la théorie du mandat apparent”; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV* 2015, 516, nr. 21).

Over de vraag in welke mate de notaris rekening moet houden met statutaire beperkingen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders van vennootschappen die onder de *Prokura*-regels vallen (BVBA, NV, Comm. VA, ESV, LV, SE en SCE), leze men L. WEYTS, “Moet het begrip ‘derden’ worden ‘ontsokkeld’ bij het nagaan van de juiste vertegenwoordiging van een vennootschap?”, *T.Not.* 2015, 584.

27. De vennootschap is verantwoordelijk voor de onrechtmatige daden gepleegd door haar organen. Aldus zal ze worden aangesproken wegens handelingen gesteld door haar organen in strijd met de eerlijke handelspraktijken (Liège 28 november 2013, *JDSC* 2015, 3, noot M. COIPEL, “Une société dotée de la personnalité morale ne peut se passer d’organes qui la représentent”).

Transparantie en controle

Jaarrekening

28. Het bestuur bereidt de jaarrekening voor, en legt ze ter goedkeuring voor aan de algemene vergade-

ring. Vervolgens wordt ze openbaar gemaakt door neerlegging bij de Nationale Bank. Vanaf de openbaarmaking is ze aan derden tegenwerpelijk zoals dit het geval is voor andere openbaar gemaakte akten (art. 76 W.Venn.; dit wetsartikel werd door de wet van 18 december 2015 die de Jaarrekeningenrichtlijn in het Belgisch recht omzette gewijzigd om dit te verduidelijken; zie randnr. 2 van deze kroniek).

De informatie die het bestuur in het ontwerp van jaarrekening opneemt, kan aan de bestuurders worden tegengeworpen. Aldus zal de rekening-courant die ten laste van een bestuurder wordt opgenomen in dit ontwerp van jaarrekening in zijn hoofde een buitengerechtelijke bekentenis zijn van zijn schuld (Kh. Liège 21 april 2015, *TRV-RPS* 2016, 294, noot H. CULOT en O. MARESCHAL, “Rémunération du gérant : mention dans la comptabilité et approbation par l’assemblée générale”; ook besproken in randnrs. 64, 77 en 87).

Controle

29. De commissaris wordt voor een hernieuwbare termijn van drie jaar benoemd (art. 135 W.Venn.). De termijn begint te lopen vanaf de dag van benoeming door de jaarvergadering en loopt af op de derde jaarvergadering die daarop volgt waarop de jaarrekening wordt goedgekeurd (I. DE POORTER, “Hoe lang duurt het mandaat van een commissaris : drie kalenderjaren of drie controlejaren?”, *TRV* 2004, 623-624). Indien hij niet op de jaarvergadering maar daarna wordt benoemd omdat een zittend commissaris verdwijnt, mag worden aangenomen dat zijn mandaat afloopt op de derde jaarvergadering die op zijn benoeming volgt (Cass. 5 juni 2008, *RW* 2009-10, 834). Hij heeft dan driemaal een jaarrekening gecontroleerd, wat de *ratio legis* is van de driejarige termijn (*Parl.St.* Kamer 1982-83, nr. 552/1, 18). Over de duur en het einde van zijn mandaat, zie C. MALHERBE, “La durée du mandat du commissaire”, *JT* 2016, 105.

30. Om tot commissaris te worden benoemd, moet men onafhankelijk zijn. De onafhankelijkheid wordt beoordeeld volgens de regels die gelden voor het beroep van bedrijfsrevisor (art. 133, § 1 W.Venn.). Hij is niet onafhankelijk wanneer hij zelf de activa die worden ingebracht in het kapitaal heeft gewaardeerd, en er vervolgens een controleverslag over opstelt (Tuchtcommissie IBR 7 november 2013, *JDSC* 2015, 251). Hij moet onregelmatigheden die hij ontdekt kenbaar maken. Hij kan ze niet verzwijgen in het belang van de vennootschap om de relatie met een belangrijke klant niet in het gedrang te brengen (Tuchtcommissie IBR 12 december 2013, *JDSC* 2015, 258, noot M. CALUWAERTS, “Le chantier permanent du contrôle externe”).

De bezoldiging van de commissaris moet niet openbaar worden gemaakt. Ze wordt wel in de toelichting bij de jaarrekening vermeld (art. 134, § 2 W.Venn.). De schending van deze bepaling wordt strafrechtelijk gesanctioneerd (art. 170 W.Venn.). Over de jaren is deze regeling van melding van de bezoldiging meermalen gewijzigd, maar de ratio is dezelfde gebleven: het publiek en de schuldeisers in het algemeen belang inlichten; de opeenvolgende wijzigingen zijn derhalve wat de ernst van de strafmaat betreft ongewijzigd gebleven, zodat er geen reden is een onderscheid te maken tussen de verschillende wijzigingswetten in het kader van de toepassing van artikel 2 Sw., dat bepaalt dat wanneer de straf die gold ten tijde van het misdrijf verschilt van de straf die geldt op het ogenblik van het vonnis, de minst zware straf moet worden toegepast (Cass. 10 december 2013, *JDSC* 2015, 265, noot M. CALUWAERTS, “Permanence des obligations essentielles en matière de rémunération et de transparence au fil des réformes”; ook besproken in volgend randnr.).

31. De commissaris, bedrijfsrevisor of onafhankelijke deskundige die rekeningen, jaarrekeningen, balansen of resultatenrekeningen attesteert of goedkeurt terwijl niet aan de toepasselijke wetsbepalingen van het Wetboek van vennootschappen is voldaan en daarvan kennis heeft, of, niet heeft gedaan wat hij had moeten doen om zich te vergewissen of aan die bepalingen is voldaan, is strafbaar met een geldboete. Handelt hij daarbij met bedrieglijk opzet dan riskeert hij bovendien een gevangenisstraf (art. 171, § 2 W.Venn.). Deze bepaling is een herhaling van een gelijkaardige regeling die was opgenomen in artikel 17 van de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding van de ondernemingen. Beide bepalingen hebben eenzelfde draagwijdte en straffen dezelfde feiten (Cass. 10 december 2013, *JDSC* 2015, 265, noot M. CALUWAERTS, “Permanence des obligations essentielles en matière de rémunération et de transparence au fil des réformes”; aangehaald in vorig randnr.).

Onderzoeks- en controlebevoegdheid

32. Indien geen commissaris werd benoemd, heeft elke vennoot een onderzoeks- en controlebevoegdheid (art. 166 W.Venn.). Zie hierover, W. VAN GAVER, “Individuele controle- en onderzoeksbevoegdheid van vennoten”, *NjW* 2016, 362).

Valsheid in de jaarrekening

33. Valsheid in de jaarrekening is een wanbedrijf dat verjaart na verloop van vijf jaar, behoudens stuiting of schorsing. Het gebruik ervan is een voortdurend

misdrijf (S. VAN DYCK, *Valsheid in geschriften en gebruik van valse geschriften*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 420-421). De verjaring ervan begint slechts te lopen vanaf het einde van dit misdrijf, dit wil zeggen vanaf wanneer de valsheid ongedaan wordt gemaakt door publicatie van een correcte jaarrekening of de valse jaarrekening ophoudt een nuttig gevolg te hebben (Cass. 24 september 2002, *Pas.* 2002, 1728; Cass. 12 februari 2002, *NjW* 2002, 169, noot S. VANDROMME). Bij ontbinding van de vennootschap begint de vijfjarige verjaringstermijn voor vorderingen tegen de vereffende vennootschap te lopen vanaf de bekendmaking van de akte van afsluiting van de vereffening (art. 198, § 1 W.Venn.). Bijgevolg heeft de valse jaarrekening zeker nog op dat moment een nuttig gevolg, zodat de verjaring van de strafvordering pas nadien begint te lopen (Cass. 16 december 2014, *Pas.* 2014, 2960; *Nullum Crimen* 2015, 314, noot J. DE HERDT, “Het gebruik van valse stukken en de vereffening van de vennootschap”; *TGR* 2015, 219).

Ontbinding en vereffening

Gerechtelijke ontbinding wegens wettige redenen

34. Een verlies van *affectio societatis* door een onenigheid tussen vennoten die zijn oorsprong vindt in het feit dat beiden de verplichting hebben geschonden om de vennootschapsovereenkomst te goeder trouw uit te voeren, vormt een wettige reden voor ontbinding (Gent 19 september 2012, *TRV* 2015, 732, noot; ook besproken in randnr. 6 en 8).

Benoeming vereffenaar

35. De benoeming van de vereffenaar door de algemene vergadering moet worden bevestigd door de voorzitter van de rechtbank van koophandel (art. 184, § 2, eerste lid W.Venn.). De voorzitter heeft als opdracht na te gaan of de benoemde vereffenaar, voor de uitoefening van zijn opdracht, alle waarborgen van rechtschapenheid biedt (art. 184, § 2, tweede lid W.Venn.). Hij voldoet niet als hij een belangrijke rekening-courant heeft in zijn voordeel waardoor de vennootschap, indien ze de rekening-courant aanzuivert, niet meer in staat is de belangrijke handelsschulden te betalen (Kh. Marche-en-Famenne 2 maart 2007, *RPS* 2007, 403), of als hij een belangrijke schuldeiser is (Kh. Dendermonde 15 januari 2007, *NjW* 2007, 805, noot). Maar het feit dat hij debiteur uit hoofde van een rekening-courant is, is op zich niet voldoende om zijn benoeming niet te bevestigen (Antwerpen 5 september 2013, *JDSC* 2015, 343).

36. De vereffenaar is een orgaan van de vennootschap, die ook door de schuldeisers ter verantwoording kan worden geroepen (G. LINDEMANS, “Keizer, blauwhelm, protégé : de curator, de vereffenaar en de schuldenaar-in-reorganisatie in hun verhouding tot de schuldeisers”, *RPS-TRV* 2016, 48). De vereffenaar treedt niet op namens de schuldeisers, en kan dus, in tegenstelling tot de curator, geen rechtsmidelen namens hen uitoefenen (Brussel 12 september 2014, *RPS-TRV* 2016, 68, noot).

37. De door de algemene vergadering benoemde vereffenaar kan onmiddellijk aan de slag in afwachting van de bevestiging van zijn benoeming door de voorzitter van de rechtbank van koophandel. Alle handelingen die hij ondertussen stelt, zijn rechtsgeldig gesteld (zie de vorige kroniek, *TRV* 2015, 517, nr. 25).

Door de ontbinding komt van rechtswege een eind aan het mandaat van de bestuurders (Brussel 17 maart 1998, *RPS* 1998, 281; Gent 10 juni 1959, *RW* 1960-61, 288). Zij kunnen niet meer optreden. Hooguit blijven ze passief de vennootschap vertegenwoordigen als geen vereffenaar werd benoemd.

Het einde van de bestuursopdracht gebeurt van rechtswege zonder enige beslissing en zonder dat enige vergoeding hiervoor is verschuldigd of een opzeggingstermijn moet worden geëerbiedigd. Het vloeit voort uit de wet die het bestuur overhevelt van de bestuursorganen naar de vereffenaar(s) (B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, Brugge, die Keure, 2005, 381-382; P. VAN OMMEFLAGHE, “La cessation des fonctions des administrateurs, des gérants et des membres du comité de direction”, *Conférence du Jeune Barreau* (ed.), *Les conflits au sein des sociétés commerciales ou à forme commerciale*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 2004, 125-126). Niettegenstaande het einde van hun opdracht kunnen de bestuurders nog wel het nodige doen om een vereffenaar te laten aanstellen, als dat niet ter gelegenheid van de ontbinding is gebeurd (E. DE BIE en J. DE LEENHEER, *Vereffening van vennootschappen na de Wet van 13 april 1995*, Diegem, Ced. Samsom, 1995, 59). Verder moeten ze voor een goede overgang van het bestuur aan de vereffenaar zorgen. Zij worden hiervoor door de vennootschap vergoed (D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2016, 909). Indien de benoemde vereffenaar zijn mandaat echter heeft aanvaard en reeds de nodige handelingen om de continuïteit te verzekeren stelt, kunnen de bestuurders geen handelingen meer stellen om de overgang naar de vereffening te bewerkstelligen. Als ze nog betalingen verrichten, dan kunnen ze deze niet verhalen op de vennootschap op grond van zaakwaarneming (Mons 16 juni 2014, *JLMB* 2016, 265).

Intrekking ontbinding - gevolgen

38. De gerechtelijke ontbinding van de vennootschap kan in hoger beroep ongedaan worden gemaakt. Indien het vonnis uitvoerbaar bij voorraad werd verklaard, is de vennootschap vanaf dat ogenblik ontbonden en in vereffening. De daarbij aangestelde vereffenaar die ondertussen handelingen heeft gesteld doet dit op eigen risico (art. 1398 Ger.W.). Deze laatste wetsbepaling houdt in dat diegene die het vonnis uitvoert, instaat voor de schade die hierdoor ontstaat indien dit vonnis nadien wordt vernietigd. Indien de vereffenaar op eigen initiatief handelt, is hij bijgevolg aansprakelijk ten aanzien van de vennootschap (Antwerpen 28 mei 2015, *NjW* 2016, 343, noot J. WAELEKENS, “Voorlopige uitvoerbaarheid vonnis tot ontbinding en invereffeningstelling”).

De wet van 19 oktober 2015 (*BS* 22 oktober 2015), gemeenzaam bekend als *Potpourri I*, maakt alle eindvonnissen in eerste aanleg uitvoerbaar bij voorraad niettegenstaande hoger beroep, behoudens in geval van verzet; de rechter kan, in geval van hoger beroep, de tenuitvoerlegging opschorten, maar dan moet hij dit doen bij een met bijzondere redenen omklede beslissing (art. 1397 Ger.W.). Zo niet, kan de partij die gelijk heeft gehaald, het vonnis uitvoeren, zij het op eigen risico (art. 1398 Ger.W.). Hierop gelden twee uitzonderingen : de ene inzake de staat van personen en de andere inzake spoedeisende zaken voor de familierechtbank (art. 1399 Ger.W.). Verzet en hoger beroep schorsen de tenuitvoerlegging van eindvonnissen inzake de staat van personen (art. 1399, eerste lid, 1° Ger.W.). De voorlopige tenuitvoerlegging van deze vonnissen kan niet worden toegestaan (art. 1399, tweede lid Ger.W.). De staat van personen ziet op het geheel van hoedanigheden van een persoon die zijn rechtspositie in het rechtsverkeer en dus zijn rechts- en handelingsbekwaamheid bepalen (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 32; R. DEKKERS en A. WYLLEMAN, *Handboek burgerlijk recht*, Antwerpen, Intersentia, I, 2009, 61). Voor rechtspersonen, zoals vennootschappen, ziet het op hun bestaan in een bepaalde rechtsvorm (vennootschapsvorm) en hun rechtsbekwaamheid (bijv. de wettelijke specialiteit). Een gerechtelijke uitspraak waarbij de staat van een persoon wordt gewijzigd, moet *erga omnes* werken. Immers, als de staat ten aanzien van één partij in het geding wijzigt, wijzigt ze ook ten aanzien van elke andere persoon. Inzake natuurlijke personen kan een persoon niet handelingsonbekwaam zijn ten aanzien van de enen en handelingsbekwaam ten aanzien van de anderen (H. DE PAGE en J.P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, I, 1990, 109). Als de echtscheiding wordt uitgesproken, heeft dit

werking ten aanzien van allen. Hetzelfde geldt voor vennootschappen met rechtspersoonlijkheid. De ontbinding zal ten aanzien van allen werken : een vennootschap kan niet in ontbinding zijn voor sommigen en niet voor anderen. Het betreft inderdaad de staat van de vennootschap als rechtspersoon. De gerechtelijke ontbinding valt bijgevolg binnen het toepassingsgebied van artikel 1399 Ger.W. Bij verzet of hoger beroep is haar tenuitvoerlegging geschorst (D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2016, 892). Onder het huidige recht kan derhalve geen uitvoerbaarheid meer aan de gerechtelijke ontbinding worden gegeven zolang ze niet in kracht van gewijsde is gegaan. Daarmee wordt aangesloten bij de wijze raad van Jan Ronse die voorstelde te bepalen dat een constitutief vonnis van nietigverklaring van de vennootschap enkel uitwerking heeft als het in kracht van gewijsde is getreden (J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent/Leuven, Story-Scientia, 1975, 104). De vennootschapswetgever heeft deze wijze raad in 1973 in de wind geslagen. De opschorting van de uitwerking tot het in kracht van gewijsde treden, wordt nu bewerkstelligd door de wijziging van artikel 1399 Ger.W. Bijgevolg kan de door de rechtbank aangestelde verffenaar in ieder geval niet optreden als hoger beroep werd ingesteld; het vonnis van gerechtelijke ontbinding is nog niet uitvoerbaar.

Samenloop

39. Door de ontbinding ontstaat een samenloop waarbij alle schuldeisers in de boedel gelijk moeten worden behandeld onder voorbehoud van wettelijke voorrechten en zakelijke zekerheden (art. 190, § 1 W.Venn.). De wederzijdse rechten van de schuldeisers met een vordering die is ontstaan vóór de ontbinding, worden gekristalliseerd. De samenloop hindert de schuldvergelijking in de mate dat zij de rechten van de andere schuldeisers benadeelt (art. 1298 BW). De gelijke behandeling verzet zich ertegen dat schuldeisers hun schuldvordering die dateert van vóór de samenloop vergelijken met de schuldvordering die de vennootschap na de ontbinding op hen verwerft (Cass. 8 december 1988, *TRV* 1990, 49; Cass. 23 november 1939, *Pas.* 1939, I, 486; *RPS* 1940-46, 47). Bijgevolg is schuldvergelijking tussen een schuldvordering van de vennootschap in vereffening en een schuldvordering van de schuldenaar op de vennootschap niet mogelijk als één pas na de ontbinding opeisbaar wordt (Mons 26 november 2013, *JLMB* 2016, 173).

Door de samenloop kunnen schuldeisers geen bewarend of uitvoerend beslag meer leggen indien hierdoor de rechten van de andere schuldeisers worden

aangetast (S. BRIJS en R. LINDEMANS, *De gevolgen van collectieve insolventieprocedures voor de executierechten van individuele schuldeisers*, Herentals, Knops Publishing, 2015, 89-91, nrs. 93-95).

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid

40. Krachtens artikel 5 Sw. kan een rechtspersoon strafrechtelijk verantwoordelijk worden gehouden voor misdrijven die hetzij een intrinsiek verband hebben met de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen, of voor misdrijven die, zoals blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening werden gepleegd (art. 5 Sw). Bovendien moet schuld (onachtzaamheid of opzet) worden aangetoond (P. WAETERINCKX, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggevenden*, Morsel, Intersentia, 2015, 70). Dit is het moreel bestanddeel. Wordt dit niet aangetoond, dan kunnen enkel de natuurlijke personen die het misdrijf hebben gepleegd, worden vervolgd. Dit is het geval als de vennootschap maar een instrument is in handen van één of meer bestuurders of vennoten; zij treedt dan niet zelfstandig op, en de daden van de bestuurders of vennoten kunnen haar niet worden toegerekend (P. WAETERINCKX, “Botst de autonome strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon op haar grenzen bij de eenpersoonsvennootschap”? (noot onder Cass. 3 maart 2015), *RABG* 2015, 1007, met verwijzing naar ongepubliceerde rechtspraak). In een eenpersoonsvennootschap mag daarbij rekening worden gehouden met de gedragingen van de enige zaakvoerder die ook de vennoot is (Cass. 3 maart 2015, *Nullum Crimen* 2016, 57, noot P. WAETERINCKX, “De eenpersoonsvennootschap en de grenzen van het antropomorfisme. Botst de autonome strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon werkelijk op haar grenzen bij de eenpersoonsvennootschap, of is dit het gevolg van rechtspraak die het antropomorfisme volledig doortrekt?”; *RABG* 2015, 1002, noot P. WAETERINCKX; *T. Strafr.* 2015, 80, noot B. MEGANCK). Dit arrest wordt bekritiseerd omdat, als wordt beslist dat de enige zaakvoerder-vennoot het misdrijf heeft gepleegd en daarom ook de vennootschap dit heeft gedaan omdat het handelen van de zaakvoerder aan de vennootschap wordt toegerekend, daarmee wordt aanvaard dat de rechtspersoon niet zelfstandig heeft gehandeld, maar enkel een instrument in handen van de zaakvoerder was. Aan de rechtspersoon kan geen zelfstandig handelen en dus geen misdrijf als dader worden verweten; dit strijdt met de basisregel in het strafrecht dat men enkel kan worden vervolgd voor zijn eigen handelen of nalaten (F. DERUCYK, “De rechten van verdediging van de rechtspersoon in de Belgische strafprocedure : van verre evident, maar verre van evi-

dent”, *Nullum Crimen* 2016, 32; P. WAETERINCKX, o.c. (noot onder Cass. 3 maart 2015), *Nullum Crimen* 2016, 58). Op grond hiervan beslist de correctionele rechtbank van Brussel een BVBA niet te veroordelen omdat zij geen eigen wil had, daar alles werd beslist door de enige vennoot-zaakvoerder (Corr. Brussel 23 april 2015, *Dr.pén.entr.* 2016, 65, noot).

De rechtspersoon die wordt vervolgd kan gebruikmaken van de minnelijke schikking om de strafvorderingen te doen vervallen op voorwaarde schuld te erkennen en alle schade te vergoeden (art. 216bis Sv.; M. FERNANDEZ-BERTIER en R. ROLLAND, “La transaction pénale élargie appliquée aux personnes morales : cap sur le modèle américain des N/DPAs ?”, *Dr.pén.entr.* 2016, 91). In zijn arrest van 2 juni 2016 (nr. 83/2016) heeft het Grondwettelijk Hof op een prejudiciële vraag geantwoord dat dit wetsartikel in samenhang gelezen met het recht op een eerlijk proces de Grondwet schendt “inzoverre het het openbaar ministerie machtigt om via een minnelijke schikking in strafzaken een einde te maken aan de strafvordering nadat de strafvordering is ingesteld, zonder dat een daadwerkelijke rechterlijke controle bestaat”. Dit arrest lijkt te betekenen dat een minnelijke schikking vóór het instellen van een strafvordering geen moeilijkheid oplevert, en dat nadien de schikking voldoende moet zijn gemotiveerd zodat een controle door de rechtbank mogelijk is.

De niet-mededeling van de identiteit van de bestuurder van het voertuig of van de persoon die verantwoordelijk is op het ogenblik waarop de verkeers-overtreding werd begaan met een voertuig dat is ingeschreven op naam van de vennootschap, is strafbaar (art. 29ter jo. art. 67ter Wegverkeerswet). Ook de vennootschap voor wier rekening het misdrijf werd gepleegd, kan hiervoor strafrechtelijk worden vervolgd (Cass. 1 oktober 2014, *JDSC* 2015, 317, noot M.A. DELVAUX, “L’article 67ter de la loi relative à la police de la circulation routière, une disposition chahutée par l’entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 sur la responsabilité pénale des personnes morales”; *RW* 2015-16, 856, noot; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV* 2015, 520, randnr. 34).

41. Indien de rechtspersoon uitsluitend wegens het optreden van een nader bepaalde natuurlijke persoon verantwoordelijk wordt gehouden, wordt enkel diegene aan wie de zwaarste fout wordt toegeschreven, veroordeeld (dus ofwel de rechtspersoon, ofwel de natuurlijke persoon). Dit is een grond tot strafuitsluiting (voor een voorbeeld, zie Mons 13 mei 2015, *Dr.pén.entr.* 2015, 285). Indien de natuurlijke persoon het misdrijf echter wetens en willens heeft gepleegd, geldt de strafuitsluitingsgrond niet, en kunnen beiden samen worden veroordeeld (art. 5, tweede lid Sw.).

Indien bijgevolg het misdrijf wetens en willens is gepleegd voor rekening van de rechtspersoon door een natuurlijke persoon, kan de rechtspersoon niet de strafuitsluitingsgrond genieten (Cass. 6 mei 2015, *Dr.pén.entr.* 2016, 157; *Nullum Crimen* 2016, 156, noot P. WAETERINCKX, “De cumul-decumulregeling onder artikel 5, tweede lid Sw. Noopt de letterlijke lezing van dit artikel tot het besluit dat bij opzettelijk handelen van de rechtspersoon en de natuurlijke persoon (cumul), eerstgenoemde altijd moet worden veroordeeld ?”). Opdat deze strafuitsluitingsgrond kan worden ingeroepen moet de natuurlijke persoon die het misdrijf heeft gepleegd, worden geïdentificeerd (Cass. 1 oktober 2014, *RW* 2015-16, 856, noot).

42. De strafrechtelijke verantwoordelijkheid wordt uitgebreid tot de vennootschap in oprichting (art. 5, derde lid, 2° Sw.). Het arrest van 19 september 2014 waarin het Grondwettelijk Hof beslist dat de beperking van de toepassing van deze regeling tot vennootschappen in oprichting, met als gevolg dat verenigingen, zoals een VZW in oprichting, niet kunnen worden vervolgd, objectief verantwoord is omdat de eerste een economische activiteit met winstoogmerk voert en de tweede niet en dat vennootschappen in oprichting die geen handelsdoel hebben ook door artikel 5 Sw. worden gevat, wordt besproken in *JDSC* 2015, 33, noot C. BROCAL, “Responsabilité pénale des personnes morales en formation : justification d’une distinction selon l’activité économique de la personne considérée”; *JDSC* 2015, 297; ook besproken in de vorige kroniek, *TRV* 2015, 521, nr. 37.

43. Er bestaat geen bijzonder strafregister voor rechtspersonen. De opgelegde straffen worden door sommige correctionele griffies wel aan het centraal strafregister overgemaakt waar ze op naam van de rechtspersoon worden ingeschreven (S. VAN DYCK en V. FRANSSEN m.m.v. F. PARREIN, “De rechtspersoon als strafbare dader : een grondige analyse van tien jaar wetgeving, rechtspraak en rechtsleer”, *TRV* 2009, 61). Sommigen menen dat er geen wettelijke basis is voor een strafregister voor rechtspersonen (O. LEROUX, “Les sanctions pénales” in *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Brussel, die Keure, 2005, 211). Het mag worden verwacht dat in de nabije toekomst hierin verandering zal komen (V. SERON, “Le casier judiciaire : un instrument mémoriel au passé tourmenté mais à l’avenir empreint de sérénité ?”, *JT* 2015, 159).

44. In overeenstemming met artikel 2bis van de Voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, wordt, in geval van een belangenconflict tussen de vennootschap en de personen die haar bestuursorgaan bemannen omdat ze ook worden vervolgd, een lasthebber *ad hoc* aangesteld als

dezelfde of samenhangende feiten worden verweten aan de vennootschap en de natuurlijke persoon die bevoegd is om deze rechtspersoon in rechte te vertegenwoordigen. De rechter is hiertoe niet verplicht, zij het dat niet iedereen het hierover eens is (zie voor de verschillende opvattingen in de rechtsleer, D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2016, 853). Niet enkel de rechter ten gronde maar ook de raadkamer kan een lasthebber *ad hoc* aanstellen (Rb. Namur (afd. Dinant) 2 september 2014, en Liège 13 oktober 2014, *JDSC* 2015, 312, noot M.A. DELVAUX, “Le mandataire *ad hoc* d’une personne morale poursuivie pénalement, ce mystérieux personnage qui suscite tant de questions procédurales...”). Het hof van beroep te Luik meent in voormeld arrest dat deze beschikking niet vatbaar is voor hoger beroep; geen enkele wetsbepaling laat dit toe.

De lasthebber *ad hoc* kan niet worden gelijkgesteld met de curator of de collectieve schuldbemiddelaar die bij gebreke van betaling zich kunnen richten tot de Staat; de collectieve schuldbemiddelaar kan dit ingevolge artikel 2 van de Programmawet (II) van 27 december 2006, en de curator in geval van een kosteloze rechtspleging wanneer het actief wordt vermoed ontoereikend te zijn (art. 666 Ger.W.). Hiermee wordt geen ongelijke behandeling ingesteld aangezien deze twee mandatarissen niet enkel in het belang van de schuldenaar respectievelijk de vennootschap optreden, maar ook in het belang van de massa van schuldeisers, wat hun positie doet onderscheiden van de lasthebber *ad hoc* die enkel in het belang van de vervolgde vennootschap optreedt (GwH 11 juni 2015, *Dr.pén.entr.* 2015, 317, noot J. CASTIAUX, “Les honoraires du mandataire *ad hoc* et la Cour constitutionnelle”; *JDSC* 2015, 298; *NjW* 2015, 638, noot E. VANDENBROEK, “Voorrecht lasthebber *ad hoc*”; *RW* 2015-16, 369, noot; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV* 2015, 521-522, randnr. 38).

De vennootschap in proces

Bevoegde rechtbank - scheidsrecht

45. Geschillen ter zake van een vennootschap worden door de rechtbank van koophandel beslecht. Zij is alleen bevoegd, zelfs indien de partijen handelaar noch onderneming zijn, voor “*geschillen ter zake van een vennootschap die beheerst wordt door het Wetboek van vennootschappen, evenals van geschillen die ontstaan tussen de vennoten van een dergelijke vennootschap, met uitzondering van de geschillen waarbij één van de partijen een vennootschap is die werd opgericht met het oog op de uitoefening van het beroep van advocaat, notaris of gerechtsdeurwaarder*” (art. 574, 1° Ger.W.).

Partijen kunnen wel een scheidsrecht bevoegd maken. Indien een arbitragebeding in de oprichtingsakte is opgenomen voor alle geschillen ter zake van de vennootschap, zal een geschil dat krachtens artikel 574 aan de rechtbank van koophandel moet worden voorgelegd, door het scheidsrecht worden beslecht. Alleen het scheidsrecht heeft in dat geval rechtsmacht, zelfs indien het geschil zijn oorsprong in een schending van dwingend recht vindt; de staatsrechter moet zich onbevoegd verklaren. Dit ziet ook op geschillen betreffende de rechtsgeldigheid van besluiten van de algemene vergadering van de vennootschap (Kh. Dendermonde 28 februari 2013, *RW* 2015-16, 1512; bevest. Gent 19 oktober 2015, *RPS-TRV* 2016, 434, noot A.-S. HOUTMEYERS, “Nietigheidsvorderingen betreffende besluiten van de algemene vergadering zijn arbitreerbaar”; D. VAN GERVEN en M. BERLINGIN, “Arbitration and Company Law in Belgium”, *Eur. Company Law* 2015, 132). Of een geschil al dan niet aan arbitrage onderworpen is, moet bij onduidelijkheid van de arbitrageovereenkomst worden opgelost aan de hand van de bedoeling van de partijen, met name zij die de arbitrage hebben bedongen (Arr.rb. NL Brussel 23 juni 2015, *RPS-TRV* 2016, 470, noot).

46. De exclusieve bevoegdheid vermeld in het vorige randnummer moet worden onderscheiden van de algemene bevoegdheid van de rechtbank van koophandel zoals bepaald in artikel 573, 1° Ger.W. (zoals gewijzigd door de wet van 26 maart 2014). Deze rechtbank neemt in het algemeen kennis van “*de geschillen tussen ondernemingen, namelijk tussen alle personen die op duurzame wijze een economisch doel nastreven, die betrekking hebben op een handeling welke is verricht in het kader van de verwezenlijking van dat doel en die niet onder de bijzondere bevoegdheid van andere rechtscolleges vallen*”. Daarbij werd afstand genomen van de oude bevoegdheidsregeling die zich in essentie tot de handelaars beperkte. Het afbakeningscriterium is de onderneming geworden. De rechtbank van koophandel wordt de ondernemingsrechtbank (zie voor een bespreking, J. VANDERSCHUREN, “Ce qu’a modifié la loi dite “du juge naturel” du 26 mars 2014”, *P&B/RDJP* 2015, 168). Alle ondernemingen, ongeacht of ze handelaar zijn of niet, vallen hieronder. Dus ook de vennootschappen met een burgerlijk doel, zoals de professionele vennootschappen van vrije beroepers, worden gevat (Arr.rb. West-Vlaanderen 21 november 2014, *JJP* 2015, 24; *P&B/RDJP* 2015, 223; Arr.rb. NL Brussel 11 januari 2016, *JT* 2016, 283; Kh. Mons en Charleroi 19 oktober 2015, *JT* 2016, 283, noot J. VANDERSCHUREN). Ook de VZW die goederen en diensten aanbiedt op een bepaalde markt is een onderneming (Arr.rb. Hainaut 11 december 2015, *TBH* 2016, 504).

Artikel 573, 1° bepaalt als voorwaarde voor de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel dat het geschil betrekking heeft “*op een handeling welke is verricht in het kader van de verwezenlijking*” van het economisch doel van de ondernemer. Dit ziet op natuurlijke personen die in persoonlijke naam een onderneming uitbaten. Zij hebben daarnaast een privéleven buiten deze onderneming. Voor geschillen met betrekking tot dit privéleven is de rechtbank van koophandel niet bevoegd. Hetzelfde kan niet worden gezegd van vennootschappen. Zij bestaan enkel voor de activiteiten omschreven in het doel. Het statutair doel bepaalt overigens het handelskarakter; eenmaal handelaar geldt deze kwalificatie voor alle handelingen die ze stellen : alle daden van deze vennootschappen zijn handelsdaden (D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2016, 86). Dit betekent dat alle handelingen die ze stellen en alle geschillen die daaruit voortkomen, betrekking hebben op deze ondernemingsactiviteit. Zij kunnen dus niet betrokken zijn in geschillen betreffende een handeling die niet is verricht in de verwezenlijking van het economisch doel van hun onderneming. Om deze redenen (toegelicht in de noot onder het vonnis) kan de arrondissementsrechtbank van Antwerpen niet worden bijgetreden wanneer ze beslist dat het veroorzaken van schade en het bekomen van schadevergoeding uit onrechtmatige daad niet tot het economisch doel behoren van de vennootschap en dat bijgevolg de rechtbank van eerste aanleg bevoegd zou zijn (Arr.rb. Antwerpen 13 januari 2015, *TBBR* 2016, 363, met terecht kritische noot van B. VAN DEN BERGH, “Commerciële vennootschappen hebben geen ‘dubbellevens’ : de puntjes op de ‘i’ over de algemene bevoegdheid van de rechtbank van koophandel voor ondernemingen-rechtspersonen”).

Betekening

47. Als de betekening van een proceshandeling, zoals een bewarend beslag, niet aan de persoon kan worden gedaan, gebeurt ze rechtsgeldig op de vennootschapszetel of de administratieve zetel, of als die er niet is, aan de persoon of op de woonplaats van de bestuurders of zaakvoerders (art. 42 Ger.W.); ze kan op de zetel worden afgegeven aan een aangestelde (art. 35 Ger.W.).

De betekening van de dagvaarding moet na de ontbinding op de woonplaats van de vereffenaar gebeuren of, indien er geen vereffenaar is, aan de procureur des Konings in wiens rechtsgebied de laatste maatschappelijke zetel van de vennootschap was gevestigd (art. 42, 7° Ger.W.). Maar als een voorlopig bewindvoerder wordt aangesteld die het bestuur van de vennootschap in vereffening overneemt, is een

betekening op de woonplaats van één van de vereffenaars niet meer mogelijk (Cass. 10 september 2015, *NjW* 2016, 26, noot S. GUILLIAMS, “Betekening aan vennootschap in vereffening”).

Optreden in rechte - mandaat ad litem

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

De advocaat die zich aanmeldt voor de vennootschap op te treden, wordt geacht van rechtswege over een mandaat *ad litem* te beschikken. Dit betekent niet dat daarmee is aangetoond dat het bevoegde orgaan op regelmatige wijze de opdracht heeft gegeven om in rechte op treden (Vred. Thuin 6 februari 2012, *JJP* 2016, 26, noot E. DE LOPHEM).

Inschrijving in de KBO

49. Opdat een vordering van een handels- of ambachtsonderneming in rechte met betrekking tot een bepaalde activiteit kan worden ingesteld, moet de vennootschap voor deze activiteit in de Kruispuntbank van Ondernemingen zijn ingeschreven. Zo niet zal de vordering als niet-ontvankelijk worden afgewezen (art. III.26 WER). Deze sanctie geldt ook voor de vennootschap waarvan de activiteit waarop de vordering is gesteund, niet valt binnen het maatschappelijk doel waarvoor de onderneming op die datum is ingeschreven (art. III.26, § 2 WER). De vordering die is gesteund op een activiteit opgenomen in het maatschappelijk doel, maar waarvoor de vennootschap in de KBO niet is ingeschreven, is niet ontvankelijk (Gent 13 mei 2015, *DAOR* 2016/117, 92). Om na te gaan of een vennootschap op regelmatige wijze is ingeschreven, laat men zich leiden door de NACEBEL-codes die een opdeling in activiteiten inhouden; de onderneming moet zich met de correcte code inschrijven (Vred. Vorst 4 mei 2015, *JJP* 2016, 267).

De vereiste van inschrijving ziet op elke vordering, ongeacht of ze als hoofd- of tegenvordering of bij wijze van tussenkomst, bij dagvaarding, verzoekschrift of conclusie wordt ingesteld (Brussel 17 november 2014, *TBO* 2015, 213, noot N. RONSMANS, “De vordering gesteund op een activiteit buiten NACEBEL of maatschappelijk doel ten spijt, sanctie van onontvankelijkheid”).

Ook de vestigingseenheid in België van een buitenlandse vennootschap moet in de KBO zijn ingeschreven opdat ze een vordering in rechte kan instellen. Er is een vestigingseenheid, zodra op een plaats in België een activiteit wordt gevoerd, wat onder meer blijkt uit het voeren van correspondentie vanuit die plaats (Kh. Turnhout 16 oktober 2014, *RW* 2015-16, 435).

Een regularisatie tijdens het geding verhindert niet dat de vordering niet ontvankelijk is (Vred. Wavre 10 juni 2014, *JJP* 2016, 42).

Het arrest van 2 januari 2013 van het hof van beroep te Gent dat oordeelde dat de niet-inschrijving in de KBO de overeenkomst van overdracht van de betrokken schuldvordering niet nietig maakt wegens ongeoorloofde oorzaak, wordt door het Hof van Cassatie bevestigd (Cass. 6 februari 2015, *JLMB* 2015, 1304; *TBH* 2015, 924; ook in die zin, Gent 3 juni 2015 *DAOR* 2016/117, 13, noot B. LAMBRECHT, “Overzicht van rechtspraak aangaande de inschrijving door de handelsagent in wettelijk of administratief voorgescreven registers en aangaande de exceptie van niet-inschrijving in de Kruispuntbank”).

Raad van State en Grondwettelijk Hof

50. Het bewijs van de beslissing van het bevoegde orgaan van een verzoeker-rechtspersoon om een annulatieberoep bij het Grondwettelijk Hof in te stellen, moet op eerste verzoek worden voorgelegd (art. 7, derde lid van de Wet op het Grondwettelijk Hof). Wanneer de verzoeker door een advocaat wordt vertegenwoordigd, geldt het mandaat *ad litem* en mag het Grondwettelijk Hof afzien van dit verzoek om het bewijs voor te leggen (zie de vorige kroniek, *TRV* 2015, 524, nr. 43). Wel mag nog worden gevraagd dat het bewijs wordt voorgelegd dat het bevoegde orgaan van de vennootschap de beslissing heeft genomen. In een NV kan deze beslissing rechtsgeldig worden genomen door het orgaan dat de vennootschap kan vertegenwoordigen (Grondw. Hof 30 april 2015, *RPS-TRV* 2016, 162, noot C. CLOTTENS, “Na het mandaat *ad litem* aanvaardt het Grondwettelijk Hof eindelijk ook de *prokura*-leer”).

Taalgebruik

51. De akten van rechtspleging moeten beantwoorden aan de voorschriften van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken. De taal van de akte wordt in beginsel bepaald door het taalgebied waar de gedaagde vennootschap haar zetel heeft. De procedure wordt gevoerd in de taal van het gerecht.

Voor de gerechten in het arrondissement Brussel kan de verweerder *in limine litis*, en ook vóór het opwerpen van de onbevoegdheid, vragen dat de zaak in de andere taal wordt voortgezet (art. 4 van de wet van 1935).

De partij die in het gerechtelijk arrondissement Brussel in een taal wordt gedagvaard die zij niet meester is, is gerechtigd om *in limine litis* en onder de voorwaarden van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, een wijziging van de taal van rechtspleging aan te vragen. De rechter kan weigeren om in te gaan op deze aanvraag indien uit de elementen van de zaak blijkt dat de verwerende partij een toereikende kennis bezit van de taal waarin het proces wordt ingeleid (art. 4, § 2). Ook een rechtspersoon heeft dit recht (Arr.rb. Fr. Brussel 9 november 2015, *JT* 2016, 100, dat het vonnis van de Vrederechter van Anderlecht dat ten onrechte het tegendeel voorhield, vernietigde (20 mei 2015, *JT* 2016, 101)).

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

Hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten van de VOF

52. De beherende vennoten zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap onder firma (art. 204 W.Venn.). Deze hoofdelijke en persoonlijke aansprakelijkheid geldt voor alle verbintenissen van de VOF ongeacht uit welke oorzaak en op welk tijdstip zij zijn ontstaan. Dit geldt voor alle verbintenissen aangegaan door de vennootschap, zelfs indien ze zijn ontstaan vóór de toetreding van de betrokken vennoot.

Op grond van voornoemde regel werd beslist dat de vennootschapsverbintenissen van rechtswege worden toegerekend aan de vennoten; zij zijn geen borg, maar krachtens de wet hiervoor aansprakelijk. De vennootschapsverbintenissen zijn verbintenissen van de vennoten. Dit impliceert vervolgens dat een vonnis uitgesproken ten aanzien van de vennootschap, gezag van gewijsde heeft ten aanzien van de vennoten. De vertegenwoordiger van de VOF vertegenwoordigt ook de vennoten, aldus het besproken arrest. Bijgevolg als een veroordeling ten laste van de vennootschap wordt uitgesproken, zijn de vennoten ook gehouden. Dit heeft als gevolg dat ze de vordering niet meer kunnen betwisten, en het volstaat het vonnis ten aanzien van hen bindend te verklaren. Zij

kunnen evenmin als de vertegenwoordigde persoon (art. 1122, 4° Ger.W.) derdenverzet aantekenen tegen een veroordeling van de VOF, omdat ze geen derden zijn ten aanzien van het vonnis (Brussel 16 juni 2015, *TBH* 2016, 473; ook besproken in randnr. 53). Dit arrest trekt de leer van de vereenzelviging van VOF en vennoten, zoals al lang aanvaard door het Hof van Cassatie (15 december 1938, *Pas.* 1938, I, 383; ook in die zin Gent 12 november 2012, *JDSC* 2015, 11, noot M. COIPEL, en besproken in de vorige kroniek, *TRV* 2014, 569-570, nrs. 38 en 39), onder de invloed van de theorie van Joeri Vananroye, consequent door. Deze opvatting miskent echter de zelfstandigheid van de VOF, als rechtspersoon, die een afzonderlijk vermogen heeft dat van de vennoten moet worden onderscheiden. Terecht wordt deze stelling in de rechtsleer bekritiseerd (V. SIMONART, *La personnalité morale*, Brussel, Bruylant, 1995, 417 e.v.; *Ibid.*, *Société en nom collectif. Sociétés en commandite*, Brussel, Bruylant, 2014, 40 e.v.; H. DE WULF, “Onbepaalde aansprakelijkheid van vennoten impliceert geen toerekening van handelaarsbevoegdheid” (noot onder Kh. Tongeren 13 januari 2003), *TRV* 2003, 682; X. DIEUX, “De lege lata, de lege ferenda. Controverses sur la responsabilité des associés (personnalité morale et responsabilité limitée, faillite des associés en nom, pactes léonins et opérations de portage)” in *Liber Amicorum Bernard Glansdorff*, Brussel, Bruylant, 2008, 149-152; D. VAN GERVEN, “Les associés commandités sont-ils par nature commerçants lorsque la société en commandite simple l’est ? Quelques réflexions sur la personnalité morale des sociétés à responsabilité illimitée” (noot onder Cass. 19 december 2008), *RCJB* 2013, 436 e.v.; zie ook X. DIEUX, P. LAMBRECHT en O. CAPRASSE, “Examen de jurisprudence (2010-2013). Les sociétés commerciales”, *RCJB* 2016, 84-86). De gevolgtrekking op procedureel vlak door het arrest is ook moeilijk verzoenbaar met de rechten van verdediging daar het inhoudt dat vennoten, zonder zich te kunnen verdedigen met persoonlijke rechtsmiddelen, zonder meer worden vervolgd op hun eigen vermogen. De rechtspraak aanvaardt terecht dat de vennoten zelf moeten worden gedagvaard en veroordeeld; dit vereist een uitvoerbare titel die maar kan worden bekomen door de vennoten in rechte te dagvaarden (Gent 13 november 2012, *FJF* 2013, 943). Het is juist, zoals ook beslist door het hof van beroep in het voormelde arrest van 16 juni 2015, dat de vennoot de gegrondheid van de veroordeling van de vennootschap niet meer in vraag kan stellen; deze beslissing heeft gezag van gewijsde voor hen, althans wat de vaststelling van de vennootschapsschuld betreft (Kh. Brussel 13 januari 1921, *JCB* 1921, 131; F. PASSELECOQ, *Les sociétés commerciales*, in *Novelles*, Brussel, Larcier, 1934, 166; V. SIMONART, o.c., 46). Dit volgt uit het hoofdelijk karakter van de schuld (art. 1200 BW). Maar hij

kan nog wel excepties, die hem persoonlijk zijn, opwerpen (W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 551-552; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, II, 2009, 41). Bijgevolg is een debat voor de rechter nodig die nagaat of de vennoten eventueel de aansprakelijkheid voor de schulden van de VOF kunnen ontgaan.

53. Wanneer een vennoot zijn aandeel in de vennootschap overdraagt, verdwijnt hij uit de vennootschap. Deze overdracht is pas aan derden tegenwerpelbaar vanaf de openbaarmaking van de overdracht in de *Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad* (art. 209 W.Venn.; Brussel 16 juni 2015, *TBH* 2016, 473; ook besproken in randnr. 52). Hij blijft wel aansprakelijk voor alle verbintenissen ontstaan vóór zijn overdracht. De nieuwe vennoot, die zijn aandeel overneemt, kan ook worden aangesproken voor de verbintenissen ontstaan vóór de overdracht (Cass. 7 november 2013, *JDSC* 2015, 8, noot M. COIPEL, “La responsabilité des associés en nom collectif pour les dettes antérieures à leur entrée dans la société”; ook besproken in de vorige kroniek, *TRV* 2015, 525, nr. 46).

Hoofdelijke aansprakelijkheid van de stille vennoot van een Comm.V omdat hij actief wordt

54. De stille vennoot draagt geen aansprakelijkheid voor de schulden van de Comm.V. Hij is niet gekend als vennoot, of treedt niet op als vennoot ten aanzien van derden. Hij mag geen daden van bestuur verrichten, zelfs niet krachtens een volmacht. Adviezen en raadgevingen, daden van controle, en machtigingen aan de zaakvoerder voor handelingen die buiten hun bevoegdheid vallen, maken hem niet hoofdelijk aansprakelijk (art. 207 W.Venn.). Als hij echter daadwerkelijk de vennootschap bestuurt, dan wordt hij hoofdelijk aansprakelijk voor de aldus aangegane verbintenissen in zijn bestuur (Gent 20 februari 2012, *JDSC* 2015, 14; besproken in de vorige kroniek, *TRV* 2014, 570, nr. 40).

Algemene vergadering en beslissing tot uitsluiting in de VOF

55. In de VOF en de Comm. V is de algemene vergadering geen verplicht orgaan. De vennoten kunnen wel een algemene vergadering instellen. Ze regelen de oproeping en besluitvorming in de statuten. Het mag worden aangenomen dat als de statuten van de VOF niets bepalen over de vereiste meerderheid, beslissingen eenparigheid van stemmen vereisen omdat zij gezien de hoofdelijke en onbepaalde aan-

sprakelijkheid van de vennoten, gevolgen hebben op het vermogen van elke vennoot (D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2016, 566). De besluiten kunnen nietig worden verklaard voor één van de gronden vermeld in artikel 64 W.Venn. (Kh. Gent (afd. Ieper) 12 oktober 2015, *DAOR* 2016/117, 46; ook besproken in randnr. 6).

De uitsluiting van een vennoot in een VOF kan worden toegelaten mits een statutaire regeling in die zin. Artikel 370 W.Venn. dat de uitsluiting van een vennoot van een coöperatieve vennootschap wegens gegronde redenen mogelijk maakt, is niet van toepassing op de VOF. Indien de statuten het toelaten, kan een uitsluiting enkel worden beslist met eerbiediging van de goede trouw; aldus moet de uitsluiting worden aangekondigd in de agenda opdat de betrokken vennoot tijdig wordt ingelicht en aanwezig kan zijn. Als de uitsluiting zonder vermelding van de rechtsgrond met bedrieglijk opzet wordt beslist, is ze vernietigbaar in toepassing van artikel 64, 2° W.Venn. (Kh. Gent (afd. Ieper) 12 oktober 2015, *l.c.*).

V. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA)

Oprichting - kapitaal

Verlies van kapitaal

56. Indien het nettoactief daalt tot beneden het bedrag van 6.200 EUR, kan iedere belanghebbende de ontbinding van de vennootschap vorderen, met dien verstande dat de rechtbank eventueel een termijn kan toestaan om de toestand in regel te brengen. Deze bepaling geldt niet voor een Starter-BVBA gedurende de eerste vijf jaar van haar bestaan (art. 333 W.Venn.). Het Openbaar Ministerie kan dit wel maar moet een rechtmatig, rechtstreeks en daadwerkelijk belang aantonen, evenals dat de economische openbare orde in gevaar is. Dit is niet het geval indien geen enkele derde schade ondervindt, en de rechten van de schuldeisers niet in gevaar zijn, daar blijkt uit de jaarrekening dat de vennootschap zich herstelt (Kh. Charleroi 3 maart 2014, *JDSC* 2015, 335, noot M. LEMAL, “Le ministère public doit-il justifier d'un intérêt à demander la dissolution d'une société dont l'actif net est réduit sous le capital minimum légalement requis ?”; zie ook de vorige kronieken, *TRV* 2015, 527, nr. 52; *TRV* 2014, 577, nr. 62; *TRV* 2012, 581, nr. 42; *TRV* 2011, 487, nr. 64). Meer in het algemeen is vereist voor het optreden van het Openbaar Ministerie dat het handelen van een partij de openbare orde in gevaar brengt en dit moet worden verholpen (art. 138bis Ger.W.; Cass. 7 februari 2013, *TBH* 2014, 687, noot).

De partij in een procedure met een vennootschap die gezien de omstandigheden redenen heeft om ernstig te vrezen dat de vennootschap niet meer in staat zal zijn om de kosten van het geding te betalen, is een belanghebbende in de zin van artikel 333 W.Venn. Om na te gaan of het kapitaal verloren is, houdt de rechter rekening met de boekhouding van de vennootschap en zal hij eventueel nagaan of de jaarrekening wel een getrouw beeld weergeeft, dan wel of bepaalde posten verkeerd worden voorgesteld. De berekening van het nettoactief in verhouding tot het kapitaal is mathematisch, zonder dat rekening moet worden gehouden met de economische waarde van de vennootschap of dat de vennootschap nog rendabel is, of integendeel haar betalingen heeft gestaakt. Indien het nettoactief is gedaald tot beneden het bedrag van 6.200 EUR, dan is de rechter verplicht hetzij de ontbinding uit te spreken hetzij een termijn toe te staan om haar toestand te regulariseren, waarna hij bij gebreke van regularisatie de ontbinding moet uitspreken. De rechter kan geen andere maatregelen bevelen ter vervanging van wat de wet bepaalt (Brussel 27 september 2013, *JLMB* 2014, 1434; zie over de belanghebbende schuldeiser, ook de vorige kroniek, *TRV* 2014, 571-572, nr. 44).

Effecten

Lidmaatschapsrechten

57. Indien aandelen op naam ten gevolge van het huwelijksstelsel in gemeenschap of in onverdeeldheid toebehoren aan beide echtgenoten, zijn de daaraan verbonden lidmaatschapsrechten eigen aan de echtgenoot op wiens naam deze aandelen in het aandelenregister zijn ingeschreven (art. 1401, 5° BW). Deze wetsbepaling vindt toepassing als de aandelen in het aandelenregister op naam van één van de echtgenoten zijn ingeschreven. Deze bepaling betreft de eigendom van de lidmaatschapsrechten. Bij ontbinding van het huwelijk zal de in het aandelenregister vermelde echtgenoot verder als houder van de aandelen optreden; de eigendom van de lidmaatschapsrechten wijzigt niet (Cass. 20 februari 2015, *RW* 2015-16, 1223, noot B. VAN DEN BERGH, “Over aandelen, lidmaatschapsrechten en (ex-)echtgenoten : de controverse rond art. 1405.5 BW eindelijk beslecht”; *T.Fam.* 2015, 234, noot J. DU MONGH; *T.Not.* 2016, 7, noot L. WEYTS, “Aandelen van echtgenoten-vennoten. Het einde van een quasi dertigjarige oorlog”; *TRV*, 2015, 222, noot R. TAS; ook besproken in randnr. 106).

58. De curator oefent de lidmaatschapsrechten zoals het stemrecht uit die zijn verbonden aan de aandelen die zich in de failliete boedel bevinden (Kh. Gent (afd. Dendermonde) 9 maart 2015, *NjW* 2015, 820,

noot J. WAELKENS, “Beheersbevoegdheid faillissementscurator”). Anders is het gesteld met aandelen die de gefailleerde-natuurlijke persoon verwerft na zijn faillietverklaring. Hij kan op deze aandelen niet inschrijven met goederen in de boedel, maar wel met geleende gelden. De deelneming in de nieuw opgerichte vennootschap kan hij niet van de hand doen; zij strekt tot waarborg van de schuldeisers, zij het na betaling van de kosten van de verwerving en de lasten op deze goederen (H. GEINGER, C. VAN BUGGENHOUT en C. VAN HEUVERSWYN, “Overzicht van rechtspraak. Het faillissement en het gerechtelijk akkoord 1990-1995”, *TPR* 1996, 985). Het stemrecht is een lidmaatschapsrecht en kan de gefailleerde zelf uitoefenen (K. GEENS en M. WYCKAERT, m.m.v. C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De vennootschap. Algemeen deel* in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, IV/IIA, 2011, 125).

Toetreding, overdracht en koopverkoopovereenkomsten

59. Een koopverkoop komt slechts tot stand als er overeenstemming is over de prijs en het voorwerp, zijnde de aandelen (art. 1582 BW). Als er geen overeenstemming is over de prijs, is er geen koopverkoop. Voordien onderhandelen de partijen enkel in een poging om tot een overeenkomst te komen. Hieraan kan elke partij een einde stellen. Doet zij dit op foutieve wijze, dan kan de andere partij schadevergoeding vorderen. Dit is het gevolg als een partij in de eindfase nog snel een geheel nieuwe voorwaarde toevoegt aan zijn wil om in te stemmen. De andere partij kan aanspraak maken op een vergoeding van het verlies van een kans, zonder dat er zekerheid bestaat dat anders sowieso een overeenkomst tot stand zou zijn gekomen (Antwerpen 16 april 2015, *RABG* 2016, 436).

Wanneer in het kader van een verkoop van aandelen aan een vennootschap, een belangrijk deel van de prijs onbetaald blijft en op het debet van een rekening-courant met de vennootschap-koper wordt ingeschreven terwijl de partijen wisten dat de vennootschap dat deel van de prijs onmogelijk kon betalen op het ogenblik van het aangaan van de koopverkoopovereenkomst, bestaat ten belope van dat deel een leningovereenkomst die, door middel van schuldvernieuwing, de verbintenis tot betaling van dat deel van de koopprijs vervangt (Rb. Namur 29 april 2015, *FJF* 2015, 253; *Fiscologue* 2015/1449, 12 (in een fiscaal geschil)).

60. Koopverkoopovereenkomsten bevatten bij voorkeur een niet-concurrentiebeding om te verhinderen

dat de verkoper nadien een concurrerende activiteit opstart. De geldigheid hiervan wordt al lang aanvaard op voorwaarde dat ze in tijd, qua omvang en territorium beperkt is tot wat nodig is om de overgedragen activiteit te vrijwaren en de overdrager niet verhindert zichzelf een inkomen te verschaffen. Indien één van deze beperkingen ontbreekt, dan is het beding nietig omdat het een te verregaande beperking inhoudt van de vrijheid van economische activiteit (gewaarborgd door artikel II.2 WER), dat van openbare orde is. Artikel II.2 WER vervangt de vrijheid van handel gewaarborgd door het Decreet d’Allarde 2-17 maart 1791 *portant suppression de tous les droits d’aide, de toutes les maîtrises et jurandes*. Dit keizerlijk decreet werd opgeheven door de wet 28 februari 2013 tot invoering van het Wetboek van economisch recht.

Tot voor kort leidde een schending van de voormelde regel tot de absolute nietigheid van het concurrentieverbod zonder dat de rechter dit kon matigen (Gent 11 mei 2015, *TGR* 2015, 257). De recente casuatiearresten van 23 januari 2015 en 25 juni 2015 hebben hierin verandering gebracht : indien het concurrentieverbod één van voormelde beperkingen niet inhoudt, dan wel de drie beperkingen inhoudt maar gezien de omstandigheden van de zaak verder reikt dan nodig om de koper te beschermen, onderzoekt de rechter of een aangepast concurrentieverbod aan de bedoeling van de partijen beantwoordt en kan hij de inhoud ervan herleiden tot wat aanvaardbaar is (Cass. 23 januari 2015, *TRV* 2015, 459, noot B. BELLEN, “Niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten, splitsbaarheid en gerechtelijke matiging”; *DAOR* 2015/115, 18, noot D. MERTENS, “Het niet-concurrentiebeding : het mag ietsje meer zijn”; *JLMB* 2015, 1305; *JT* 2015, 734, noot; *NjW* 2015, 913, noot C. LEBON, “Gerechtelijke matiging van niet-concurrentiebedingen”; *TBBR* 2016, 187, noot F. PEERAER, “Het Hof van Cassatie erkent en bevestigt de mogelijkheid tot reductie van nietige concurrentiebedingen in het gemene recht”; *TBH* 2015, 471; Cass. 25 juni 2015, *JLMB* 2015, 1310; *JT* 2015, 727, concl. contr. adv.-gen. WERQUIN; *NjW* 2015, 914, noot C. LEBON, “Niet-concurrentiebedingen en het nut van deelbaarheidsbedingen”; *TBBR* 2016, 187; *TBH* 2015, 925; S. LAGASSE, “La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence”, *JT* 2015, 717).

Partijen hebben er derhalve belang bij in de overeenkomst te bepalen dat in de mate dat het beding te ver reikt, het wordt herleid tot wat geldig is.

61. Om de reden dat de vrijwaring voor verborgen gebreken tot de aandelen, voorwerp van de koopverkoop, is beperkt, vereist de koper, van de verkoper, verklaringen en waarborgen (*representations*

and warranties) en soms ook bijzondere garanties (*specific warranties*) omtrent de activiteit van de vennootschap. Bij verklaringen en waarborgen legt de verkoper verklaringen af omtrent de activa en passiva van de vennootschap en waarborgt hij de juistheid ervan. Een uitvoerige schadevergoedingsregeling geeft de koper de rechtsmiddelen om, in geval van schending, schadevergoeding te vragen. Zij kwalificeren als inspanningsverbintenis, resultaatsverbintenis of garantiebeding in functie van hun voorwerp. Indien ze ertoe strekken dat de verkoper verklaart zich in te spannen om iets te bereiken, verbindt hij zich enkel tot een inspanning. Hij kan dan slechts worden aangesproken voor een tekortkoming indien een fout in zijn hoofd wordt bewezen, met name dat hij onzorgvuldig heeft gehandeld (W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 169; P. WERY, *Droit des obligations*, Brussel, Larcier, I, 2010, 28). Wanneer hij zich verbindt tot een bepaald resultaat, is hij aansprakelijk indien het resultaat niet wordt bereikt, tenzij indien hij een vreemde oorzaak kan aantonen (art. 1147 BW). In een garantiebeding verbindt de verkoper zich tot een bepaalde vergoeding als een bepaalde toestand zich voordoet, ongeacht of de oorzaak vreemd aan hem is (R. KRUIITHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsregelingen”, *TPR* 1984, 247). Meestal kwalificeren verklaringen en waarborgen als resultaatsverbintenissen of garantiebedingen. Er moet dan geen fout worden bewezen. Het volstaat te bewijzen dat de verklaring onjuist is. Indien het bedrag van de schade bij schending niet contractueel wordt bepaald, moet ze worden bewezen. Indien in de schadevergoedingsregeling wordt bepaald dat de vergoeding van de door de koper geleden schade niet hoger mag zijn dan de prijs, dan strekt deze waarborg tot herstel van de waarde of de prijs van de aandelen. De koper moet schade in zijn hoofd bewijzen om een beroep te kunnen doen op de schadevergoedingsregeling; bewijs van schade aan de vennootschap waarvan de aandelen worden overgenomen volstaat niet. Indien de overeenkomst bepaalt dat de schade aan de vennootschap wordt vergoed, dan is dit een passieffgarantie, krachtens dewelke de schade geleden door de vennootschap moet worden hersteld (Liège 2 april 2015, *DAOR* 2016/117, 5; *RPS-TRV* 2016, 181, noot D. LECLERCQ, “Le dommage de l’acheteur dans la mise en oeuvre des garanties contractuelles du vendeur en matière de cession d’actions”; zie voor verdere behandeling randnr. 74). In dit arrest wordt er ook op gewezen dat de koper niet te goeder trouw handelt indien hij de kennis heeft, of gezien het voorafgaande onderzoek moest hebben, van een bepaald feit dat niet uitdrukkelijk is opgenomen in de overeenkomst en deze kennis niet in rekening brengt wanneer hij de verkoper aanspreekt op grond van de verklaringen en waarborgen. Als hij

aldus een schending van de verklaringen kende of behoorde te kennen bij het sluiten van de overeenkomst, en vervolgens toch schadevergoeding tracht te vragen, moet zijn vordering worden afgewezen.

Overdracht niet-volgestorte aandelen

62. De overdracht van niet-volgestorte aandelen van een BVBA is aan de vennootschap en derden, inclusief vennootschapsschuldeisers, tegenwerpelijk vanaf de inschrijving in het aandelenregister (art. 250 W.Venn.). Op grond hiervan wordt door een steeds groeiende rechtspraak en rechtsleer aanvaard dat, anders dan bij de NV (art. 506 en art. 507 W.Venn.), de vennoot na de inschrijving van de aandelenoverdracht niet meer kan worden aangesproken tot volstorting van de aandelen (tenzij hij vóór de inschrijving werd gevraagd om de aandelen vol te storten) (zie deze kroniek, *TRV* 2015, 528, nr. 55; *TRV* 2010, 464, nr. 42; *TRV* 2008, 484, nr. 58). Na de overdracht kan de volstorting van niet-volgestorte aandelen enkel van de houder worden gevorderd, en niet van de overdrager (nadat het effect in handen is of op naam staat van de overnemer) (Kh. Liège 14 oktober 2013, *JDSC* 2015, 23, noot C. BROCAL, “Cession de dettes imparfaite en droit commun versus cession parfaite de parts non intégralement libérées d’une SPRL”; reeds besproken in de vorige kroniek, *TRV* 2015, 528, nr. 55).

Vanaf inschrijving in het aandelenregister kan de overdracht aan iedereen worden tegengeworpen, met inbegrip van de curator (Gent 30 juni 2014, *JDSC* 2015, 70, noot M. COIPEL; *DAOR* 2014/112, 145). Indien geen aandelenregister voorhanden is, en het bewijs niet wordt aangebracht dat de overdracht in het register werd ingeschreven, kan de curator zich namens de vennootschap keren tegen de vennoot die beweert zijn aandelen te hebben overgedragen (Mons 23 juni 2014, *JLMB* 2016, 588). Het hof meent dat de erkenning van de overdracht door de vennootschap niet verhindert dat de vennootschap en de derden zich nadien nog keren tegen de overdrager van de aandelen. Deze stelling is moeilijk verdedigbaar voor de vennootschap. Immers, als de vennootschap de overdracht heeft erkend, heeft ze aanvaard dat de overdrager uit de relatie met de vennootschap verdwijnt, en had het bestuur van de vennootschap de overdracht in het aandelenregister moeten bijschrijven (K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1992-1998”, *TPR* 2000, 404-405; anders M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 2008, 333; zie ook randnr. 72 hierna). Schuldeisers kunnen zich dan overigens evenmin keren tegen de vennoot die niet heeft volgestort, omdat dit enkel kan

door middel van de zijdelingse vordering, en de vennoot kan opwerpen dat de vennootschap de overdracht heeft erkend. Ook een veroordeling van de vennootschap op grond van artikel 199, eerste lid W.Venn., om de volstorting te vragen van de vennoot die zijn overdracht heeft meegedeeld, kan niet meer (X. DIEUX, P. LAMBRECHT en O. CAPRASSE, “Examen de jurisprudence (2010-2013). Les sociétés commerciales”, *RCJB* 2016, 312). De overdracht is immers tegenwerpelijk aan de vennootschap, en deze moet eerbiedigen dat de overdrager geen vennoot meer is. Ook de curator erkent de overdracht wanneer hij zich tegen de overnemers keert (Brussel 13 januari 2014, *JDSC* 2015, 66, noot M. COIPEL; *TRV* 2014, 604, noot A. VAN IMPE, “De overdrager van niet-volgestorte aandelen in een BVBA wordt niet automatisch bevrijd van zijn volstortingsplicht bij afwezigheid van het aandelenregister”; besproken in de vorige kroniek, *TRV* 2015, 528, nr. 55).

Bestuur

Statutaire zaakvoerder

63. In een BVBA kan de zaakvoerder benoemd in de statuten enkel worden ontslagen mits wijziging van de statuten (art. 256 W.Venn.). Indien hij niet in de statuten werd benoemd is hij *ad nutum* afzetbaar (tenzij de statuten anders zouden bepalen).

De statutaire zaakvoerder die in de oprichtingsakte wordt benoemd, is benoemd voor de duur van de vennootschap of, als hij voor een bepaalde termijn is benoemd, voor die duur. Hij kan enkel worden herroepen met eenparige instemming van alle vennoten, en ook met de meerderheid vereist voor een statutenwijziging als er gewichtige redenen voorliggen (art. 256 W.Venn. W.; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 356-357; X. DIEUX, P. LAMBRECHT en O. CAPRASSE, “Examen de jurisprudence (2010-2013). Les sociétés commerciales”, *RCJB* 2016, 316; zie ook de vorige kroniek, *TRV* 2014, 572-573, nr. 48; *TRV* 2015, 529, nr. 58). Er is onduidelijkheid over wat in artikel 256 W.Venn. wordt bedoeld met benoeming in de oprichtingsakte van de BVBA. Traditioneel bestaat de oprichtingsakte uit de beschrijving van de identiteit van de oprichters, de statuten, de benoemingen en een aantal overgangsbepalingen, zoals het eerste kort of verlengd boekjaar, de kosten van de oprichting en de bevestiging van de verbintenissen die zijn aangegaan voor de vennootschap in oprichting. Soms wordt de benoeming van de zaakvoerder in de overgangsbepalingen opgenomen. In andere gevallen wordt in de oprichtingsakte bepaald dat onmiddellijk een algemene vergadering wordt gehouden waarin de eerste

zaakvoerder wordt benoemd. In al deze gevallen is er onduidelijkheid over het statuut van de zaakvoerder. Indien zijn benoeming is opgenomen in een artikel van de statuten zelf, dan staat buiten kijf dat de oprichters hem als een statutaire zaakvoerder hebben benoemd. Dit is ook zo als hij nadien door middel van een akte van statutenwijziging wordt benoemd. In andere gevallen is bij onduidelijkheid de gemeenschappelijke bedoeling van de oprichters bepalend (Kh. Brussel 27 januari 1975, *JT* 1976, 757, noot H. VAN LIER; *RPS* 1977, 42, noot). Aldus werd beslist dat, als de zaakvoerder in de overgangsbepalingen is benoemd, de oprichters bedoelden uitvoering te geven aan de statuten en is het geen statutaire benoeming voor de duur van de vennootschap. Het is immers, zoals blijkt uit de hoofding ‘overgangsbepalingen’, niet een beslissing die als permanent is bedoeld (Kh. Dendermonde 13 december 2012, *T.Not.* 2014, 388, noot L.W.; *TRV* 2014, 415, noot D. VAN GERVEN, “De kwalificatie van statutaire zaakvoerder van een BVBA”; besproken in de vorige kroniek, *TRV* 2013, 574, nr. 48; *TRV* 2014, 572-573, nr. 48). Dit vindt overigens bevestiging in de parlementaire voorbereiding (H. VAN LIER, noot onder Kh. Brussel 27 januari 1975, *JT* 1976, 758). In dezelfde lijn werd in de besproken periode geoordeeld dat de zaakvoerder die in het hoofdstuk dat de beslissingen van de oprichters bevat (na het hoofdstuk ‘overgangsbepalingen’) en niet in het hoofdstuk met de statuten van de oprichtingsakte werd benoemd, geen statutaire zaakvoerder is (Brussel 16 november 2015, *TBH* 2016, 502).

Bezoldiging

64. De statuten bepalen dat de opdracht van de zaakvoerder kosteloos is, tenzij anders beslist door de algemene vergadering. De goedkeuring van de jaarrekening waarin de bezoldiging die het afgelopen boekjaar werd uitgekeerd is opgenomen, vormt een bekrachtiging van het bezoldigd karakter van de opdracht van de zaakvoerder. Bedragen uitgekeerd in de boekjaren waarvoor geen goedkeuring of bekrachtiging van de bezoldiging voorligt, vormen voorschotten die de zaakvoerder moet terugbetalen (Kh. Liège 21 april 2015, *TRV-RPS* 2016, 294, noot H. CULOT en O. MARESCHAL, “Rémunération du gérant : mention dans la comptabilité et approbation par l’assemblée générale”; ook besproken in randnrs. 28, 77 en 87).

Borg door een zaakvoerder

65. De bestuursopdracht is geen handelsactiviteit. De borg van een zaakvoerder ten voordele van de ven-

nootschap heeft een burgerlijk karakter en moet beantwoorden aan de voorwaarden van artikel 1326 BW. Wel wordt aanvaard dat als het deel van de zaakvoerder van die aard is dat zijn belangen met die van de vennootschap vermengen, de borg een handelsdaad wordt (Mons 25 november 2013, *JDSC* 2015, 103, noot W. DAVID, “Les règles de preuve applicables aux dirigeants de sociétés. Considérations *de lege ferenda*”; zie ook de vorige kroniek, *TRV* 2014, 573, nr. 49).

De zaakvoerder die een leningsovereenkomst tekent namens de vennootschap waarin een clause is opgenomen dat hij zich borg stelt, en benevens de ondertekening van deze leningsovereenkomst, zijn paraaf plaatst naast deze clause, heeft hierdoor duidelijk zijn wil kenbaar gemaakt zich borg te stellen (art. 1322, lid 1 BW); hij is persoonlijk gebonden (Cass. 29 september 2014, *JDSC* 2015, 114, noot W. DAVID, “Quand un dirigeant de société est-il caution ou codébiteur solidaire de la société qu’il dirige ?”; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV* 2015, 530, nr. 60). Zie verder : M. ROELANTS, “De persoonlijke borgstelling door een zaakvoerder voor zijn BVBA : een goed idee ?” - “Le cautionnement personnel du gérant en faveur de la société : une bonne idée ?”, *Pacioli* 2015, nr. 413, 1.

Einde van het mandaat

66. De dag waarop de algemene vergadering beslist een einde te stellen aan de opdracht van een zaakvoerder, is hij niet meer in functie. De nieuwe zaakvoerder mag de afgifte van de sleutels vragen, en desnoods de veroordeling tot afgifte vorderen. Desgevallend maakt hij een plaatsbeschrijving op om te zien wat de stand van zaken is bij zijn aantreden. De ontslagen zaakvoerder kan geen handelingen meer stellen, zoals bankverrichtingen uitvoeren of overeenkomsten sluiten (Kh. Antwerpen (afd. Turnhout) 2 december 2015, *DAOR* 2016/117, 57).

De voorlopig bewindvoerder en andere voorlopige maatregelen

Voorlopig bewindvoerder

67. De vennoot die de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder over een BVBA wil aanvechten, moet niet enkel de vennootschap waarover de voorlopig bewindvoerder werd aangesteld in zake betrekken maar ook de voorlopig bewindvoerder zelf (Gent 16 november 2015, *DAOR* 2016/117, 53).

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

Algemeen

Beperkte of onbeperkte aansprakelijkheid

68. De coöperatieve vennootschap kan met beperkte aansprakelijkheid (CVBA) of met onbeperkte aansprakelijkheid (CVOA) worden opgericht. In dat laatste geval zijn de vennoten hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsschulden. Deze verplichte keuze is ingevoerd door de wet van 20 juli 1991. Coöperatieve vennootschappen die vóór de inwerkingtreding van de wet met beperkte aansprakelijkheid waren opgericht, dienden het vaste gedeelte van hun kapitaal vóór 1 november 1993 te verhogen tot het minimum van 18.550 euro, de vennootschap om te zetten in een andere rechtsvorm of ze te ontbinden. Nalaten dit te doen betekent niet dat de vennootschap een coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid wordt (Antwerpen 17 maart 2015, *FJF* 2016, 114; ook aangehaald in randnr. 69). De enige sanctie is de gerechtelijke ontbinding of de aansprakelijkheid van de bestuurders als een fout in hun hoofdte kan worden aangetoond (zie onder meer deze kroniek, *TRV* 1998, 394-395, nr. 24).

CVOA

Hoofdelijke aansprakelijkheid en overdracht van aandelen

69. De vennoten van een CVOA zijn persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsschulden (art. 352 W.Venn.). Het is in deze vennootschap niet toegelaten om vennoten met een beperkte aansprakelijkheid te hebben; in het algemeen kan geen onderscheid worden gemaakt tussen de vennoten met betrekking tot hun aansprakelijkheid (art. 353 W.Venn.).

In zijn arrest van 6 december 2012 had het Hof van Cassatie beslist dat de noodzaak van een efficiënte afhandeling van het faillissement en de gelijkheid van de schuldeisers met zich meebrengt dat de curator zich kan keren tegen derden die gehouden zijn tot betaling van de schulden van de gefailleerde vennootschap wanneer de verbintenis geldt ten voordele van alle schuldeisers, zelfs indien ze geen deel uitmaakt van het vermogen van de gefailleerde vennootschap. Dit laat de curator toe namens de schuldeisers de onbetaalde schulden van de CVOA te verhalen op de onbeperkt en hoofdelijk aansprakelijke vennoten (art. 352 W.Venn.) (Cass. 6 december 2012, *JLMB* 2013, 280; *TRV* 2013, 710, noot; kritisch bespro-

ken in deze kroniek, *TRV* 2014, 569-570, nr. 39). Daarbij vernietigde het Hof van Cassatie het arrest van 18 november 2010 van het hof van beroep te Brussel dat had geoordeeld dat de curator niet kon optreden omdat de vordering toebehoort aan de schuldeisers, die tegen de onbepaald aansprakelijke vennoten kunnen optreden. Deze vordering strekt niet tot vermeerdering van het actief of een vermindering van het passief van de vennootschap. Bijgevolg blijft de vordering buiten de afwikkeling van de faillissementsboedel van de vennootschap en moet de verdeling tussen schuldeisers in beginsel buiten de faillissementsboedel van de vennootschap gebeuren. Het Hof van Cassatie was een andere mening toegedaan. Na doorverwijzing past het hof van beroep van Luik dit arrest toe in de betrokken zaak, en beslist het dat de curator namens alle schuldeisers optreedt en derhalve ook de vordering tegen de onbepaald aansprakelijke vennoten voor deze schuldeisers kan instellen (Liège 27 november 2014, *JLMB* 2016, 607).

Bij die gelegenheid had het hof ook de gelegenheid erop te wijzen dat de overdracht van de aandelen van een coöperatieve vennootschap aan de vennootschap en aan derden kan worden tegengeworpen vanaf de inschrijving in het aandelenregister (art. 365 W.Venn.), maar dat ook uit andere elementen kan worden afgeleid dat de vennootschap op de hoogte werd gesteld van de overdracht en deze dus aan haar kan worden tegengeworpen.

De vennoot die na de oprichting van een CVOA toetreedt tot de vennootschap moet bij zijn toetreding tekenen met de in zijn hand geschreven woorden “goed voor onbeperkte en hoofdelijke verbintenis” (art. 357 W.Venn.). Wanneer hij tekent met de woorden “goed voor aanvaarding der statuten”, dan is hij niet gehouden tot de schulden van de vennootschap (Cass. 3 april 2014, *TRV* 2014, 722, noot D. VAN GERVEN, “Aansprakelijkheid van de vennoot die later toetreedt tot het kapitaal van een CVOA”; *TFR* 2014, 997, concl. conf. adv.-gen. THIJS, noot). Het bewijs van deze vermelding ligt bij diegene, zoals de belastingadministratie, die de vennoot wil aanspreken voor de vennootschapsschulden. Indien geen aandelenregister voorligt en het bewijs niet op een andere manier wordt aangebracht moet de vordering worden afgewezen (Antwerpen 17 maart 2015, *FJF* 2016, 114; ook aangehaald in randnr. 68).

De vennoot die aandelen van een CVOA koopt, moet bij de inschrijving van de overdracht in het aandelenregister tekenen met de in zijn hand geschreven woorden “goed voor onbeperkte en hoofdelijke verbintenis” (art. 357, § 3 W.Venn.). Het bewijs hiervan ligt bij de schuldeiser die de vennoot tot betaling van ven-

nootschapsschulden aanspreekt. Dit bewijs kan met alle middelen van recht worden aangebracht (Cass. 30 oktober 2014, *JLMB* 2016, 245, noot L. LEONARD en R. AYDOGDU, “La mention “bon pour ...” dans les sociétés coopératives à responsabilité illimitée : valse-hésitation de la Cour de cassation”; ook aangehaald in de vorige kroniek, *TRV* 2015, 531, nr. 66).

Uittreding van een vennoot

70. Een vennoot kan op geldige wijze uittreden door zijn ontslag te geven tijdens de eerste zes maanden van het jaar en hij dit doet overeenkomstig de toepasselijke statutaire bepalingen. Indien hierdoor het aantal vennoten tot beneden drie daalt, heeft dit niet van rechtswege de ontbinding tot gevolg; daarvoor is een gerechtelijke uitspraak nodig. De uitgetreden vennoot wordt schuldeiser ten belope van de waarde van zijn aandelen. De terugbetaling van deze waarde mag het vaste gedeelte van het kapitaal niet aantasten, zo niet wordt de terugbetaling opgeschort. Na faillissement kan de uitgetreden vennoot die aldus nog niet is betaald, zich tegen de overgebleven vennoten keren ten belope van het deel van de schuldvordering dat onbetaald is gebleven. De vennotenrekening is geen rekening-courant; het is een boekhoudkundige inschrijving die niet schuldvernieuwend werkt. Bij ontbreken van een andersluidende overeenkomst, kan de vennoot de onmiddellijke terugbetaling van het saldo van de vennotenrekening vragen (Liège 30 oktober 2014, *TRV* 2015, 686, noot; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV* 2015, 531-532, nr. 67).

VII. La société anonyme (SA)

Capital

71. Un arrêt de la Cour de cassation du 2 avril 2015, qui rejette un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 6 février 2014, concerne la portée de l'article 634 du Code des sociétés, aux termes duquel “lorsque l'actif net est réduit à un montant inférieur à 61.500 euros, tout intéressé peut demander au tribunal la dissolution de la société. Le tribunal peut, le cas échéant, accorder à la société un délai en vue de régulariser sa situation” (Cass. 2 avril 2015, *RDC* 2015, 746; *JLMB* 2016, 250; *RGDC* 2015, 480; *JDSC* 2015, 224, note M.-A. DELVAUX, “Qui peut demander la dissolution d'une société dont l'actif net est réduit à peau de chagrin ?”; Liège 6 février 2014, *JDSC* 2015, 288, note G. DE PIERPONT, “Intérêt à agir (abusif) en cas de perte grave du capital social”; *JLMB* 2014, 1442; *RDC* 2014, 720; cet arrêt a été analysé dans une Chronique précédente, *TRV* 2014, 534, n° 76).

En l'espèce, le litige opposait un concédant, demandeur en première instance et en appel, à l'un de ses concessionnaires. Le premier introduit une action en dissolution fondée sur l'article 634 à l'encontre du second, en invoquant la nécessité de se prémunir contre son insolvabilité. Or une procédure d'arbitrage était en cours entre les parties, et le demandeur avait omis de payer les frais d'arbitrage.

Jurisprudence et doctrine reconnaissent la qualité de tiers intéressé au ministère public (dans les limites de l'article 138bis du Code judiciaire (Cass. 7 février 2013, *RDC* 2014, 687, obs.)), à un actionnaire, à un créancier (pour autant qu'il démontre un intérêt effectif, au-delà de sa qualité de créancier, ce qui sera le cas s'il nourrit des craintes raisonnables quant au recouvrement de sa créance) et même à un concurrent, qui cherche à éliminer un adversaire (notamment parce qu'il ne respecte pas les règles du jeu) (Y. DE CORDT, "Dissolution des sociétés pour pertes prononcées du capital social", *RDC* 2012, 62). Le demandeur agissant en dissolution doit disposer d'un intérêt légitime (au sens de l'article 17 du Code judiciaire, qui désigne tout avantage matériel ou moral - effectif mais non théorique - que le demandeur peut retirer de son action) à obtenir une mesure nécessaire et proportionnée. Par adoption des motifs du jugement ou par motifs propres, la Cour d'appel considère que : l'action s'inscrit dans le cadre du conflit entre les parties, qui n'est pas tranché en raison de l'absence d'exécution de bonne foi, par la demanderesse, de la clause d'arbitrage; la demanderesse ne dispose pas d'une créance certaine, liquide et exigible à l'égard de la défenderesse car elle refuse de faire arrêter ses prétentions par le tribunal arbitral; la demanderesse n'est pas concurrente de la défenderesse, qui ne peut plus développer ses activités; la demanderesse est à l'origine des difficultés financières de la défenderesse; le demandeur veut reporter l'arbitrage jusqu'après la dissolution de la défenderesse dans le seul but stratégique de la forcer à revoir ses prétentions à la baisse, éventuellement dans le cadre de sa liquidation, voire de l'empêcher de faire valoir ses droits.

Aux yeux de la Cour d'appel, la demanderesse détourne l'article 634 de son objectif et abuse de son droit à demander la dissolution. Le fait que cette disposition soit d'ordre public n'exclut pas que sa mise en œuvre puisse constituer un abus de droit. Il incombe au juge d'examiner si la demande en dissolution est légitime ou abusive, soit parce qu'il existe une disproportion entre l'avantage tiré de l'exercice du droit et le préjudice causé à autrui, soit parce que la demande résulte de l'utilisation d'un droit dans un but différent de celui pour lequel il a été créé.

La Cour de cassation confirme que le demandeur en dissolution sur la base de l'article 634 doit, conformément aux articles 17 et 18 du Code judiciaire, justifier d'un intérêt à formuler une telle demande et que sa demande ne peut constituer un abus de droit. Il peut y avoir abus de droit, même si le droit visé est d'ordre public ou impératif.

On rappelle ici l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 12 mai 2013 (*JDSC* 2015, 281, note G. DE PIERPONT, "Convention de services fictive et assistance financière"; *Revue de Droit bancaire et financier*, 2012, p. 341), qui traite du champ d'application du régime du financement par une société de l'acquisition de ses titres par un tiers (article 629 du Code des sociétés, qui instaure le principe de l'interdiction de l'assistance financière). Les rémunérations dues dans le cadre d'une convention de services fictive par une société au cédant d'une participation peuvent être considérées comme le paiement d'une partie du prix de cession, qui constitue une avance de moyens financiers au sens de l'article 629, que la construction mise sur pied tendait précisément à éluder.

Actions et cession d'actions

Propriété des actions et droit des actionnaires

72. La Cour d'appel de Bruxelles a tranché un litige entre deux associés, dont la vie conjugale tumultueuse avait influencé le fonctionnement de leur société (une SA transformée en SPRL). Après avoir contribué à la constitution, Madame n'avait pas été convoquée aux assemblées générales alors qu'elle était demeurée actionnaire. Pour preuve de sa qualité d'associée, Madame invoque les mentions de l'acte constitutif, ses lettres à son associé demeurées sans réponse et l'absence de document prouvant la perte de la propriété des actions auxquelles elle avait souscrit.

Monsieur n'invoque pas l'existence d'une quelconque cession d'actions qui serait intervenue entre Madame et lui-même ou de nouveaux actionnaires, mais il fait valoir que la souscription initiale de Madame était en réalité effectuée pour son compte car il ne pouvait souscrire seul à l'intégralité du capital. En raison de leur relation sentimentale, Madame lui aurait prêté, pour quelques jours, les fonds qui lui manquaient pour constituer la société. Une répartition arbitraire aurait alors été convenue dans le seul but d'offrir temporairement à Madame la qualité d'actionnaire apparente, afin de garantir le remboursement de la somme avancée. En définitive, Monsieur invoque l'existence d'une convention de prête-nom, par laquelle une personne s'engage à accomplir un acte juridique en son nom propre mais pour le comp-

te d'une autre personne, dont le nom n'apparaît pas à l'égard des tiers.

La Cour rappelle que *“lorsque l'un des deux fondateurs d'une société anonyme prétend que le second n'est intervenu qu'en qualité de prête-nom et de prêteur d'une partie des fonds, il invoque une simulation dont il lui incombe de rapporter la preuve. Lorsque, comme en l'espèce, les parties en présence sont des personnes privées, de nature civile, cette preuve n'est admise, conformément à l'article 1347 du code civil, que s'il existe au moins un commencement de preuve par écrit émanant de celui contre lequel la demande est formée”*. Or Monsieur reste en défaut d'établir l'existence d'une convention de prête-nom.

En outre, à propos du souhait de Madame de participer aux futures assemblées générales, la Cour confirme que *“lorsque, après n'avoir pas été convoquée pendant plusieurs années à l'assemblée générale d'une société, une personne se voit reconnaître la qualité d'actionnaire, l'écoulement du temps ne génère aucune impossibilité de faire droit à une telle demande et il n'y a aucun fondement pour lui substituer un dédommagement pécuniaire”*.

La Cour dit dès lors pour droit que Madame est bien titulaire des parts sociales et condamne Monsieur, en sa qualité de gérant, à la convoquer aux futures assemblées générales, sous peine d'astreinte (Bruxelles 5 décembre 2014, *RPS* 2014, 494).

A propos de la place de la théorie générale des contrats dans les cessions de parts ou actions, on rappelle le jugement du tribunal de commerce de Tongeren du 22 octobre 2013 (*JDSC* 2015, 52, obs. M. COIPEL), selon lequel une convention de cession d'actions ne nécessite pas de document écrit en vue d'être contractée valablement (voy. *Chronique* 2015, 538, n° 85).

Quant à la question de savoir si les conditions de l'article 2279 du Code civil sont réunies pour qu'il y ait présomption de titre de propriété d'actions au porteur, il est renvoyé à l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 21 novembre 2013 (*RPS* 2013, 536, note W. DERIJCKE, “Effet dévolutif, propriété et cession de

titres : paratitres”; *JDSC* 2015, 56, obs. M. COIPEL, “Un contrat qui ne s'est pas formé est-il annulable ?”), qui estime que l'article 2279 du Code civil ne peut être invoqué comme présomption de titre de propriété lorsque, à aucun moment, celui qui détient des meubles corporels n'a eu la volonté de se comporter comme leur propriétaire. Pour qu'il y ait vente des actions, il faut qu'il y ait accord sur la chose et sur le prix. Si un accord de principe est intervenu sur la cession des actions, mais que celle-ci n'a pu être finalisée faute d'accord sur le prix, celui-ci est indéterminable et l'existence de la vente n'est pas démontrée (voyez *Chronique* 2015, 535, n° 79).

Gage sur actions nominatives

73. Confirmant un jugement du tribunal de commerce de Charleroi (6 mars 2014, *RPS* 2014, 550), la Cour d'appel de Mons (9 février 2015, *RPS* 2014, 513, note W. DERIJCKE, “Gage sur action nominative et dépossession : pichenette à Mnemosyne”) considère que, *“si, en principe, le gage est un contrat réel, qui nécessite pour exister que le débiteur se soit dépossédé de la chose nantie, ce principe ne semble pas absolu. L'article 504 du Code des sociétés, avant sa modification par une loi du 14 décembre 2005, permettait qu'un gage sur des titres nominatifs naisse solo consensu. Sous l'empire de l'article 504 ancien du code des sociétés, à défaut d'inscription dans le registre des actions nominatives, la notification ou la reconnaissance faits conformément à l'article 1690 du code civil ne concernaient que l'opposabilité du gage aux tiers”*.

L'arrêt et le jugement dont appel considèrent donc qu'au moins jusqu'en 2005, un gage sur les actions nominatives ne nécessitait pas la dépossession, en raison du texte de l'article 504, ancien, du Code des sociétés⁽¹⁾. L'éminent annotateur estime, à juste titre, que ce point de vue est erroné.

Il est difficile d'esquiver la dépossession que requiert le gage *de lege lata*⁽²⁾. Le gage sur actions nominatives demeure un contrat réel nécessitant la dépossession du bailleur de gage; ce qui suscite la discussion, c'est la manière de rencontrer l'exigence de dépossession.

1. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 14 décembre 2005 portant suppression des titres au porteur, le texte était le suivant : *“La cession des titres nominatifs s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur le registre relatif à ces titres, datée et signée par le cédant et le cessionnaire ou par leurs fondés de pouvoirs, ainsi que conformément aux règles relatives à la cession de créance établies par l'article 1690 du Code civil. Il est loisible à la société d'accepter et d'inscrire sur le registre un transfert qui serait constaté par la correspondance ou d'autres documents établissant l'accord du cédant et du cessionnaire. La cession des titres au porteur s'opère par la seule tradition du titre”*. La *ratio legis* de la modification apportée était la suivante : *“Il s'agit d'une adaptation de cette disposition destinée à refléter la suppression des titres au porteur. Cet article prévoit en outre la possibilité d'une déclaration de transfert plus souple lorsque le registre est tenu sous la forme électronique. Par ailleurs, la possibilité de transférer des titres nominatifs sur la base de l'article 1690 du Code civil est supprimée”*.
2. En attendant l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière (*M.B.*, 2 août 2013, p. 48463), fixée, pour l'instant, au 1er janvier 2017.

Or l'article 4 de la loi du 15 décembre 2004, relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, définit son champ d'application en évoquant "*des instruments financiers remis au bénéficiaire*".

Quoiqu'il en soit, la Cour estime elle-même que son raisonnement n'est pas transposable au nouveau texte de l'article 504. Par ailleurs, la dépossession en matière de gage demeure liée aux sûretés réelles régies par la loi relative aux sûretés financières et, même si elle devrait prochainement cesser d'être une condition de validité du gage, elle en restera un mode d'opposabilité (art. 39 et 60, nouveaux, du titre 17 du livre 3 du Code civil).

Garanties en matière de cession d'actions

74. Un arrêt de la Cour d'appel de Liège confirme un certain nombre de principes en matière de garanties de cession de titres (2 avril 2015, *DAOR* 2016/117, 5; *RPS-TRV* 2016, 181, note D. LECLERCQ, "Le dommage de l'acheteur dans la mise en œuvre des garanties contractuelles du vendeur en matière de cession d'actions"; également analysé au n° 61 de la présente Chronique). Cet arrêt a trait à des ventes de parts d'une SPRL; mais on peut en tirer des enseignements quant au contenu et à l'agencement des clauses de garanties dans le cadre des cessions d'actions. L'annotateur de cet arrêt, auteur d'un ouvrage de référence sur le sujet (D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions - Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2009, 592 p.), se livre à un examen pointu de plusieurs aspects de cette problématique (voy. aussi, B. BELLEN en collaboration avec E. CLAEYE, J. DOCX, I. SCHOCKAERT, J. STEVENS, T. HERREMANS et B. HERMANS, *Share Purchase Agreements*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 163 et s.).

Quant à savoir si l'acheteur de titres représentatifs du capital doit établir l'existence d'un dommage propre, distinct de celui de la société, lorsqu'il se prévaut de manquements aux garanties contractuelles consenties par le vendeur, l'arrêt confirme que la réponse réside dans la manière dont les clauses contractuelles ont été rédigées.

Lorsqu'une cession d'entreprise prend la forme d'une cession d'actions, le droit commun de la vente (garantie des vices cachés, garantie d'éviction, obligation de délivrance, erreur sur la valeur ou sur les motifs...) apporte une protection insuffisante à l'acheteur déçu par la situation financière ou patrimoniale

de la société dont il a acheté les actions : ce sont en effet les actions, et non le patrimoine de la société, qui constituent l'objet de la vente. Se sont dès lors développées des dispositions contractuelles dites de "déclarations et garanties", inspirées des clauses anglo-saxonnes et françaises, afin de permettre à l'acheteur d'obtenir, à charge du vendeur, la réparation du dommage qu'il estime avoir subi à l'occasion de ces transactions. Or la "transplantation" de concepts juridiques provenant de droits étrangers peut susciter des rejets et des difficultés d'interprétation, singulièrement lorsque la convention comporte un mélange de clauses inspirées de différents systèmes juridiques. Pour établir un équilibre entre les intérêts des parties, les garanties contractuelles doivent donc être minutieusement rédigées et s'articuler de manière cohérente.

En rappelant qu'en cas d'appel aux garanties du cédant par le cessionnaire, le droit à indemnisation ne dépend pas *nécessairement* de la preuve d'une faute du premier, d'un dommage du second et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage et que le juge doit simplement examiner l'(in)exactitude des déclarations des cédants, vérifier la régularité de l'appel aux garanties et, le cas échéant, évaluer le préjudice, la Cour confirme que ce mécanisme de garantie se distingue du régime de la responsabilité contractuelle. Il y va d'un mécanisme conventionnel de maîtrise des risques et de réduction des asymétries entre les situations respectives des parties.

En l'espèce, le mécanisme de la garantie contractuelle des vendeurs était calqué sur le régime de la responsabilité contractuelle. Après avoir constaté que les bénéficiaires de la garantie étaient les cessionnaires - et non la société elle-même - et que leur indemnisation était limitée au montant du prix de vente, la Cour estime être en présence d'une "garantie de valeur" et non d'une "garantie de reconstitution". Elle ajoute que, les clauses de garantie étant de stricte interprétation, il ne peut être déduit de la mention selon laquelle le cédant s'engageait à indemniser totalement le cessionnaire de tout préjudice qu'il subirait, directement ou indirectement, que les parties souhaitaient insérer dans le contrat de cession une garantie de reconstitution. Par conséquent, selon la Cour, les cessionnaires doivent établir le préjudice subi en raison des éléments constitutifs d'inexactitudes.

Le débat portait, en définitive, sur la corrélation entre le dommage que pouvaient invoquer les acheteurs et le préjudice résultant pour la société de la révélation des inexactitudes affectant les déclarations des vendeurs (les acheteurs poursuivaient une indemnisation correspondant aux frais de conversion d'un mandat hypothécaire en hypothèque et aux honoraires d'un

conseil concernant un litige en matière de cotisations sociales). Or, dans la mesure où la garantie était fondée sur le régime de la responsabilité contractuelle, les cessionnaires devaient démontrer avoir subi personnellement le dommage dont ils postulaient la réparation et, partant, ne pouvaient se contenter de réclamer un montant correspondant aux frais engagés par la société.

Avec l'annotateur, nous pensons que les clauses de garantie "calquées sur le régime de la responsabilité contractuelle" procurent une protection inefficace aux acheteurs qui souhaitent invoquer des dommages subis par la société. Ces derniers doivent obtenir l'insertion d'une clause établissant une corrélation entre leur dommage et celui de la société.

Conseil d'administration

Statut de l'administrateur

75. On se souviendra de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 2014, commenté dans la Chronique 2015 (p. 542, n° 96), par lequel la Cour considère qu'à l'échéance de son terme, l'exercice du mandat d'administrateur doit se poursuivre en vue d'assurer le maintien de l'administration de la société jusqu'à ce qu'elle ait pourvu à son remplacement (Cass. 12 mai 2014, *JDSC* 2015, 95, obs. W. DAVID, "Les pouvoirs d'un dirigeant d'entreprise après l'échéance de son mandat"; *RABG* 2016, 415).

Pouvoirs

76. Un jugement du tribunal de commerce de Bruges confirme une évidence : un conseil d'administration irrégulièrement constitué ne peut décider valablement d'introduire un recours et d'octroyer le mandat y afférent à un avocat (Comm. Brugge 4 novembre 2013, *RW* 2015-16, 29).

Selon la Cour d'appel d'Anvers, au-delà de la collégialité qui caractérise l'organe d'administration de la société anonyme, les statuts peuvent confier une compétence individuelle à certains administrateurs. En l'espèce, un administrateur - par ailleurs administrateur-délégué - détenait, en vertu des statuts, le pouvoir de décider seul une déclaration de faillite ainsi qu'un pouvoir individuel de représentation de la société, ce qui impliquait qu'il puisse faire aveu auprès du greffe du tribunal de commerce (Antwerpen 30 avril 2015, *NjW* 2016, 165, note J. WAEL-KENS, "Bevoegdheid gedelegeerd bestuurder van een vennootschap").

La Cour d'appel de Liège (16 janvier 2013, *JDF* 2015, 22) estime, à juste titre, que lorsque la réclamation fiscale d'une société n'a été signée que par un seul administrateur, la preuve de l'existence, au moment de l'introduction de la réclamation, d'un mandat, même verbal, donné par un second administrateur à l'administrateur signataire, peut pallier la carence apparente. Pour prouver ce mandat à l'égard des tiers, il suffit que le mandant en confirme l'existence avant que la décision définitive soit rendue, et ce même pour la première fois devant la Cour d'appel.

Le tribunal de commerce de Bruxelles (13 janvier 2016, *JT* 2016, 148) rappelle que, selon la Cour de cassation, pour relever de la "gestion journalière", un acte doit revêtir peu d'importance et nécessiter une solution d'une promptitude telle qu'il ne peut attendre la réunion du conseil d'administration. S'agissant des procédures de réorganisation judiciaire, pour déterminer si le vote visé à l'article 54 de la loi relative à la continuité des entreprises relève ou non de la gestion journalière, le tribunal estime qu'il faut prendre en considération le montant de la créance en cause et le traitement qui lui est réservé par le plan.

Conflits d'intérêts

77. En matière de conflits d'intérêts dans le chef des administrateurs, le tribunal de commerce de Liège (21 avril 2015, *RPS-TRV* 2016, 279, note C. DEVESELEER, "Les conditions d'application de la procédure en conflit d'intérêts et la mise en cause de la responsabilité des administrateurs en cas de non-respect de l'article 523 du Code des sociétés"; également analysé aux n° 28, 64 et 87) rappelle un certain nombre de principes : un administrateur est confronté à un conflit d'intérêts lorsqu'il vend à la société dont il est administrateur un immeuble dont il est propriétaire; dans une telle situation, la procédure prévue à l'article 523 du Code des sociétés doit être respectée; en cas de non-respect, l'article 528 du Code des sociétés permet d'engager la responsabilité solidaire des administrateurs, à l'égard de la société et des tiers, s'il est démontré que le dommage subi résulte de cette violation (lien causal); l'article 529 du Code des sociétés prévoit la responsabilité personnelle et solidaire des administrateurs en cas de préjudice subi par la société ou des tiers suite à une opération qui, malgré le respect de l'article 523 du Code des sociétés, a procuré à l'un des administrateurs un avantage financier abusif au détriment de la société.

Dans le cas d'espèce, il s'agit d'une petite société anonyme, qui n'est pas une société immobilière. Son conseil d'administration était composé de trois administrateurs : M.B.D., une SPRL ayant M.B.D. comme

représentant permanent et une autre SPRL, ayant l'épouse de M.B.D. comme représentant permanent. M.B.D., par ailleurs actionnaire, cède à la société l'un de ses immeubles. Quelques mois plus tard, le tribunal de commerce de Liège déclare ouverte la procédure de réorganisation judiciaire de la société par accord collectif. Lors de la liquidation, il ressort d'un rapport d'expertise que le prix de vente de l'immeuble était nettement supérieur à sa valeur de marché. Le liquidateur lance citation contre les administrateurs, à titre principal, en vertu de l'article 528 et, à titre subsidiaire, sur la base de l'article 529 du Code des sociétés.

Il était avéré que les conditions d'application de l'article 523 du Code des sociétés étaient remplies : compétence du conseil d'administration et opposition d'intérêts (direct ou indirect) de nature patrimoniale dans le chef d'un ou de plusieurs administrateurs.

Le liquidateur aurait pu demander la nullité de la vente de l'immeuble car les conditions de l'article 523, § 2 du Code des sociétés étaient remplies : la procédure en conflit d'intérêts n'avait pas été formellement respectée et M.B.D. était bien placé pour savoir que la décision comportait un conflit d'intérêts devant être révélé au conseil d'administration. Toutefois, agissant au nom de la société, il pouvait se voir opposer la décharge octroyée en connaissance de cause par l'assemblée générale, composée de M.B.D et M.L.N.

Le liquidateur aurait également pu poursuivre la responsabilité des administrateurs sur la base de l'article 527 du Code des sociétés : en décidant d'acheter un immeuble à des conditions défavorables, les administrateurs ont commis une faute de gestion à défaut d'avoir agi comme l'aurait fait un administrateur prudent et diligent; la société a subi un dommage car le prix d'achat de l'immeuble est de loin supérieur à la valeur du marché; le lien causal est avéré car la société n'aurait pas acheté l'immeuble à ce prix si les administrateurs avaient correctement exécuté leur mandat. Toutefois, cette action aurait également pu être déboutée eu égard à la décharge votée en connaissance de cause.

Pour soutenir que l'article 523 du Code des sociétés n'est pas d'application, les défendeurs invoquaient l'exception prévue au § 2 car M.B.D. détenait plus de 95 % des actions. Cette exception vise spécifiquement les opérations intra-groupes mais, vu sa raison d'être, elle ne s'applique pas aux actionnaires-personnes physiques. Ne sont pas soumises à la procédure relative aux conflits d'intérêts (i) les opérations entre une société mère et la filiale dont elle détient directement ou indirectement au moins 95 % des

actions et (ii) les opérations entre sociétés sœurs dont au moins 95 % des actions de chacune sont détenues par une troisième société. Le législateur s'est montré pragmatique en voulant éviter d'imposer des obligations contraignantes dans le cadre d'opérations intra-groupes. En effet, au sein des groupes de sociétés, une société est souvent administratrice-personne morale d'une autre société du groupe et une même personne peut être administrateur de plusieurs sociétés. Or il est admis que les dirigeants d'une société membre du groupe puissent prendre des décisions dans l'intérêt du groupe.

Le tribunal estime que la responsabilité des administrateurs ne peut être engagée en vertu de l'article 528 du Code des sociétés que s'il est démontré que la décision prise en violation du Code des sociétés cause un préjudice à la société et qu'elle n'aurait pas été prise dans les mêmes termes si la procédure avait été suivie. En l'espèce, le lien causal faisait défaut : même si le conflit avait été révélé explicitement et formellement, la décision aurait été prise de la même façon étant donné que le conseil d'administration était composé de M.B.D. et de son épouse.

Le tribunal considère que la responsabilité solidaire des administrateurs ne peut être reconnue en vertu de l'article 529 du Code des sociétés car la procédure n'a pas été formellement suivie. Il aurait pu pousser sa réflexion plus loin. Si l'article 529 du Code des sociétés requiert que la procédure ait été respectée pour engager la responsabilité solidaire des administrateurs, c'est pour éviter qu'ils soient tenus responsables alors qu'ils ignoraient que les décisions critiquées comportaient un conflit d'intérêts et pouvaient procurer un avantage financier abusif à l'un d'entre eux. L'article 523 du Code des sociétés vise un objectif d'information pour que le conseil d'administration et l'assemblée générale prennent leurs décisions (effectuer l'opération / octroyer la décharge) en pleine connaissance de cause. Or, en l'espèce, puisque tous les administrateurs, par ailleurs actionnaires, avaient un intérêt direct ou indirect dans la décision, ils étaient *ipso facto* conscients de l'existence du conflit et leur consentement avait donc été éclairé nonobstant l'absence de déclaration formelle. En définitive, dans la mesure où tous les administrateurs étaient concernés, on aurait pu considérer que l'esprit et l'objectif de l'article 523 avaient été rencontrés, même si la procédure n'avait pas été formellement respectée.

78. A propos du droit d'agir en nullité des décisions prises et des opérations réalisées en violation de l'article 523 du Code des sociétés, il est intéressant de comparer deux jugements.

En se basant sur le texte de l'article 523, selon lequel seule la société est titulaire de l'action en nullité, le président du tribunal de commerce de Gand rejette une requête en suspension du contrat introduite par des actionnaires individuels (Gent 20 octobre 2014, *TRV* 2015, 470, note S. DE DIER).

Plus audacieux, voire téméraire, le tribunal de commerce de Dendermonde (27 septembre 2012, *TRV* 2015, 472, note S. DE DIER), estime que l'article 523 n'exclut pas qu'en vertu des règles de droit commun en matière d'annulation de décisions du conseil d'administration, un recours en annulation soit intenté par un membre individuel du conseil d'administration, qui pourrait avoir un intérêt fonctionnel à l'annulation de décisions illégales. Le tribunal rappelle que l'intérêt à agir, au sens de l'article 17 du Code judiciaire, est l'avantage - abstrait ou concret - qu'une action en justice peut apporter à son demandeur (maintien d'un droit subjectif ou objet de l'action), que l'action en nullité des décisions d'assemblée générale peut être exercée par "tout intéressé" (art. 178 CS) et qu'à défaut de disposition légale instaurant une action en nullité spécifique contre les décisions du conseil d'administration, la doctrine et la jurisprudence considèrent que les principes explicitement prescrits en matière de décisions d'assemblées générales peuvent être appliqués, par analogie, aux décisions de l'organe d'administration et de gestion (sur une conception étriquée de l'intérêt social réduit au "but de lucre collectif des associés actuels et futurs de la société", qui a été consacrée par la Cour de cassation à propos de la validité d'une clause d'incessibilité, voyez Cass. 28 novembre 2013, *JDSC* 2015, 61, obs. M. COIPEL, "La Cour de cassation définit l'intérêt social" et *Chronique*, *TRV* 2015, 537, n° 83).

Pour que la nullité d'une décision/opération réalisée en violation de l'article 523, § 1 du Code des sociétés puisse être invoquée, il faut démontrer le non-respect de la procédure légale et le fait que l'autre partie savait ou aurait dû savoir que la décision/opération comportait un conflit d'intérêts devant être révélé au conseil d'administration. Mais, sous prétexte que la procédure en conflit d'intérêts vise à protéger les intérêts de la société en tant qu'entité juridique distincte, l'article 523, § 2 du Code des sociétés, prévoit que l'action en nullité des décisions illégales est un monopole de la société représentée par son conseil d'administration ou conformément à ses statuts. La jurisprudence considère que l'action en nullité ne peut être intentée ni par un actionnaire minoritaire, ni par un créancier, mais qu'une fois que la société est en faillite ou en liquidation, l'action en nullité appartient respectivement soit au curateur, soit au liquidateur, qui représentent les intérêts de la société. En l'état, l'exercice de l'action en nullité est donc

assez rare puisque, sous réserve des hypothèses de cessions d'entreprise ou de contrôle, cela revient, pour le conseil d'administration, à attaquer une décision qu'il a lui-même prise. Dans certains cas, le conseil d'administration pourra simplement revenir, de sa propre initiative, sur sa décision, sans que l'intervention du juge soit nécessaire à cette fin.

De lege lata, le jugement du tribunal de commerce de Dendermonde est contestable car le texte de l'article 523 du Code des sociétés est clair. *De lege ferenda*, nous sommes tentés d'approuver le raisonnement du tribunal et nous plaçons, au demeurant, pour une modification de l'article 523, § 2 du Code des sociétés. A nos yeux, la procédure de règlement des conflits d'intérêts tend à protéger l'intérêt de l'ensemble des *stakeholders* et, dans cette perspective, la nullité des décisions prises en violation de cette procédure, prononcée à la requête de tout intéressé, semble une sanction adéquate, sous réserve d'une éventuelle régularisation et de la préservation des droits acquis par les tiers de bonne foi.

Après avoir reconnu, à juste titre, un conflit d'intérêts dans une opération de *sale and lease back* (un administrateur achète l'outillage de sa société pour ensuite le lui louer) et constate que la procédure de l'article 523 n'a pas été respectée, le tribunal de commerce de Liège décide que la nullité de l'opération/décision, prévue comme sanction, est formelle et ne requiert pas que la société ait subi un préjudice (Comm. Liège (div. Dinant (réf.) 1er septembre 2014, *JDSC* 2015, 107, obs. W. DAVID, "La procédure de conflit d'intérêts - Rappel de quelques principes"; en faveur de la solution appréciative, voyez D. WILLERMAIN, "Le fonctionnement des organes et la représentation des sociétés - Questions choisies" in *Droit des affaires et sociétés - Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthémis, 2013, 141).

Assemblée générale

79. A propos de la nullité des décisions d'assemblées générales, le tribunal de commerce de Dendermonde se prononce sur l'exception d'arbitrage invoquée *in limine litis*. Les dispositions légales relatives à la non-arbitrabilité d'une matière doivent être interprétées de manière restrictive. Or il n'existe aucune disposition spécifique excluant expressément de l'arbitrage des litiges relatifs à la validité de décisions de l'assemblée générale. L'article 178 du Code des sociétés, selon lequel le tribunal de commerce connaît de l'action en nullité, ne peut être dissocié des dispositions en matière d'arbitrage contenues dans le Code judiciaire. Les parties sont légalement en droit de soumettre un tel litige à l'arbitrage par convention et

cette clause arbitrale ne peut pas être ignorée par le tribunal (Comm. Dendermonde 28 février 2013, *RW* 2015-16, 1512; *T.Not.* 2014, 366, note L.W.; *RDJP* 2013, 86; *TRV* 2013, 266, note S. SOBRIE).

La Cour d'appel de Gand, qui confirme un jugement du 28 février 2013, rappelle qu'en vertu de l'article 574 du Code des sociétés, les décisions non visées à l'article 568, 2e, 2° ou 3° du Code des sociétés, qui ont été approuvées par l'assemblée générale des obligataires à une majorité de moins d'un tiers du montant des obligations en circulation, doivent être homologuées par la cour d'appel compétente pour le ressort dans lequel est situé le siège social de la société émettrice. Cette homologation peut être refusée si la société émettrice a agi de manière illégale à l'égard des obligataires, par exemple en délivrant des informations trompeuses ou fausses à propos de l'impact des décisions ou si les décisions sont affectées d'une irrégularité, notamment car les modalités et les formalités de la convocation ont été violées ou car l'assemblée a voté sur des points à l'ordre du jour qui ne relèvent pas de ses compétences (Gent 19 octobre 2015, *RDC* 2016, 493; *RABG* 2016, 469, note Y. HEBBRECHT, "Opgelet, gewijzigde voorwaarden - Het wijzigen van de voorwaarden van de obligatieleningsovereenkomsten").

Mesures provisoires

80. Un arrêt de la Cour d'appel de Mons (12 mai 2014, *JLMB* 2016, 257, note R. AYDOGDU, "Les conditions de la mise sous séquestre de parts ou actions de sociétés") rappelle les conditions dans lesquelles des mesures provisoires peuvent être prises : la crainte d'un péril grave et imminent nécessite une mesure plus rapide que celle que permet le recours à une procédure contradictoire. Le recours à la procédure unilatérale peut être justifié par la nécessité de provoquer un effet de surprise et d'éviter toute disparition d'une chose litigieuse jusqu'à ce que la procédure au fond tendant à sa restitution ait abouti.

Lorsqu'il existe un important contentieux entre parties et que l'une d'entre elles va introduire une procédure au fond en vue de se faire restituer des actions, elle peut en solliciter la mise sous séquestre (art. 1961, 2° du Code civil) si elle justifie, d'une part, de droits apparents sur les actions et, d'autre part, de la crainte légitime que leurs détenteurs s'en défassent pendant la procédure au fond.

L'annotateur examine les conditions de la mise sous séquestre (contestation sérieuse entre parties sans qu'il y ait nécessairement une procédure pendante devant une juridiction; prétentions contradictoires sur

la propriété des actions; risque/menace sérieuse que les titres soient cédés à des tiers de bonne foi, altérés, perdus ou affectés d'une moins-value, que des décisions sociales irréversibles soient adoptées ou que les titres soient mal gérés) et les mesures alternatives telles que la suspension du droit de vote attaché aux titres et la désignation d'un administrateur provisoire/expert-gardien.

81. Un jugement du tribunal de commerce de Bruxelles confirme que les demandes tendant à la désignation d'un administrateur provisoire, au respect du droit d'investigation individuel d'un associé ou à une expertise minoritaire - dirigées contre la société - ne relèvent pas de la compétence matérielle restrictive du président du tribunal statuant "comme en référé" en matière d'exclusion et de retrait car la société n'est pas partie "à part entière" à ces procédures (Comm. Bruxelles (réf.) 16 septembre 2015, *RDCB* 2016, 476).

82. Le tribunal de commerce de Dendermonde (20 février 2014, *DAOR* 2015/3, 24, note N. DELANG; *RW* 2014-15, 988) analyse la problématique de la désignation des experts-vérificateurs sur la base de l'article 168 du Code des sociétés, aux termes duquel "s'il existe des indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société, le tribunal de commerce peut, à la requête d'un ou de plusieurs associés possédant au moins 1 % des voix attachées à l'ensemble des titres existants, ou possédant des titres représentant une fraction du capital égale à 1.250.000 EUR au moins, nommer un ou plusieurs experts ayant pour mission de vérifier les livres et les comptes de la société ainsi que les opérations accomplies par ses organes". Cette désignation permet, le plus souvent, à l'actionnaire de rassembler les éléments de preuve nécessaires en vue d'une action en responsabilité contre les administrateurs.

La condition de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société doit être entendue non point au sens étroit de violation directe de la loi ou des statuts mais bien dans le sens large d'actes, d'omissions ou de négligences susceptibles de porter préjudice aux intérêts de la société. Tel est le cas lorsqu'un associé ne reçoit pas d'informations sur le chiffre d'affaires, s'inquiète de l'importance des avances consenties par les autres associés à la société, sous la forme de compte courant, alors que le capital est inférieur au montant de ces avances et que la société n'est plus bénéficiaire depuis deux exercices, redoute une surévaluation des stocks et craint que la société occupe son siège d'exploitation à titre précaire et que les règles en matière de conflits d'intérêts ne soient pas respectées.

La menace doit concerner seulement les intérêts de la société et non les intérêts particuliers d'un associé individuel. Une expertise ne peut être accordée pour la seule raison de l'animosité qui est apparue ou qui risque d'apparaître entre les associés. En outre, cette procédure n'a pas été conçue pour provoquer, à charge de la société, une expertise sur sa valeur intrinsèque et permettre ainsi à un associé de connaître la valeur de ses parts et d'en obtenir le meilleur prix.

En l'espèce, le tribunal confirme que le souhait de la demanderesse, voire une simple irrégularité, ne suffisent pas pour justifier une désignation d'expert-vérificateur. La circonstance que la société concernée se trouve dans une situation financière difficile n'est pas, en soi, révélatrice de comportements nuisibles à ses intérêts. Il faut que le conflit entre associés ait dégénéré au point d'affecter le fonctionnement normal de la société.

En outre, le principe de subsidiarité implique qu'avant une telle demande d'expertise, un associé fasse valoir ses droits par d'autres voies moins radicales, comme l'exercice du droit individuel d'investigation et de contrôle dont il dispose en l'absence de commissaire. L'exercice concret de ces droits ne peut perturber ni empêcher le bon fonctionnement de la société et ne peut entraîner aucune charge déraisonnable. En outre, ce n'est que s'il est prouvé qu'il est totalement impossible de réunir certaines preuves que le juge peut ordonner des mesures d'instruction qui sont ensuite exécutées sous sa surveillance.

83. Le tribunal de commerce de Gand (9 mars 2015, *NjW* 2015, 820, note J. WAELKENS, "Beheers-bevoegdheid faillissementscurator") estime que la désignation d'un administrateur provisoire est excessive quand le gérant d'une société refuse au curateur d'une autre société l'accès à la comptabilité en vue d'estimer la valeur de ses parts, qui font partie de la masse. Le curateur exerce non seulement les droits patrimoniaux mais aussi les droits politiques résultant de la qualité d'associé, qui ne constituent pas des droits personnels échappant à son pouvoir. Le curateur peut donc provoquer une réunion d'assemblée générale ayant la révocation du gérant à l'ordre du jour.

La Cour d'appel de Gand confirme que, nonobstant l'absence de disposition légale prescrivant que l'administrateur provisoire soit impliqué dans la procédure d'appel contre l'ordonnance qui le désigne, la nature de cette procédure requiert qu'il soit à la cause (Gent 16 novembre 2015, *DAOR* 2016/117, 53).

Un jugement du tribunal de commerce d'Anvers offre un aperçu des mesures que le juge peut ordonner, sur la base des articles 19, al. 3 et 735 du Code judiciaire, à l'audience d'introduction, vis-à-vis d'une personne qui continue à se présenter comme le gérant d'une société alors que son mandat a été révoqué (Comm. Antwerpen (section Turnhout) 2 décembre 2015, *DAOR* 2016/117, 57).

VIII. Responsabilité des fondateurs, des associés et des administrateurs

Responsabilité des associés

84. La Cour d'appel de Gand établit une subtile distinction, selon que l'associé est débiteur ordinaire ou associé-débiteur dans un compte courant. L'approbation par l'assemblée générale des comptes annuels comportant un compte courant, qui constitue une créance/dette d'une société à l'égard d'un associé, a pour conséquence que l'associé est lié, sauf s'il n'a pas approuvé les comptes et les a contestés dans un délai de six mois (article 198, § 2 du Code des sociétés). La simple reprise d'une créance dans les comptes annuels n'a pas cette conséquence : l'associé qui n'approuve pas les comptes préserve ses droits s'il est attaqué en justice, même si le délai de six mois est dépassé (Gent 9 mars 2015, *RW* 2015-16, 663; *TRV* 2015, 573).

85. Un arrêt de cassation du 19 novembre 2015 (*RW* 2015-16, 1414) confirme que, dans l'article 198, § 1er, premier tiret du Code des sociétés, en vertu duquel les actions contre les associés sont prescrites par cinq ans à compter de la publication de leur "retrait" ou d'un acte de dissolution de la société ou à compter de l'expiration du terme contractuel, le retrait concerne l'associé en cette qualité.

Responsabilité des fondateurs au regard du plan financier

86. Dans un arrêt du 16 avril 2015, la Cour d'appel d'Anvers considère que, lorsque le juge saisi d'une action en responsabilité des fondateurs au regard du plan financier examine si le capital social était suffisant pour les activités envisagées, il doit tenir compte de l'ensemble des moyens financiers dont la société pouvait disposer pour réaliser ses objectifs, même s'il n'en est pas fait mention dans le plan financier. Font aussi partie de ces moyens financiers les fonds que les associés mettent à la disposition de la société en dehors du capital social (*RDC* 2016, 468, note H. CULOT, "Plan financier et avances d'associé"; *RABG* 2016/6, 444, note C. VERSTAPPEN, "Het finan-

cieel plan als (enig) instrument bij de beoordeling van oprichtersaanprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal”).

L'arrêt commenté statue sur l'action en responsabilité des fondateurs pour capital insuffisant (art. 229, al. 1er, 5°, CS), introduite par le curateur de la société faillie (sur cette problématique, voy. notamment O. CAPRASSE, “La responsabilité des fondateurs en cas de capital insuffisant” in B. TILLEMANS, A. BENOIT-MOURY, O. CAPRASSE et N. THIRION, *La constitution de sociétés et la phase de démarrage d'entreprises*, Brugge, die Keure, 2003, 573; A. COIBION, “L'insuffisance manifeste du capital social à la lumière du plan financier et la responsabilité encourue par les fondateurs et le notaire instrumentant”, *RDC* 2002, 715; Y. DE CORDT et al., “La société anonyme”, *RPDB*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 31; M.-A. DELVAUX, “Les responsabilités des fondateurs, associés, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL”, vol. 1, *Guide juridique de l'entreprise*, Livre 24.3, 2011, n° 070-250).

Le plan financier de la société prévoyait un montant de 26.000 euros à titre d'aide financière des associés. Mais dès son premier exercice, la société a obtenu indirectement une avance d'associé de 162.000 euros, comptabilisée en compte courant. Selon le curateur, ce type de financement n'équivaut pas à du capital puisqu'il s'agit de fonds remboursables, soumis à un moindre risque et productifs d'intérêts.

En affirmant que l'examen du capital suffisant doit tenir compte de l'ensemble des moyens financiers mis à la disposition de la société pour réaliser son activité, la Cour place les fonds empruntés sur le même pied que les fonds propres. Elle ajoute que même si les avances d'associés représentent un financement plus instable et onéreux que le capital, aucun remboursement n'avait, en l'espèce, été demandé par le prêteur, qui n'avait pas exigé le paiement d'intérêts. Aussi bien, le financement de la société au moyen d'un prêt d'associé plutôt que d'un apport en capital n'avait causé ni ses difficultés financières, ni sa faillite.

S'il va de soi que tous les types de financement ne sont pas équivalents, ce dont le plan financier doit rendre compte, le juge qui statue sur la responsabilité des fondateurs doit néanmoins tenir compte de tous les moyens financiers mis à la disposition de la société, quelle que soit leur nature.

Le plan financier permet au tribunal qui examine l'adéquation des moyens financiers de se replacer dans la situation des fondateurs au moment de la constitution. Le juge qui, par hypothèse, statue à un moment où il est avéré que ces moyens étaient insuffisants

doit se garder de toute appréciation *a posteriori*. Or, précisément, l'arrêt se livre à une telle appréciation en faveur du fondateur.

Dans la mesure où le plan financier ne prévoyait qu'une avance d'associé de 26.000 euros et où l'associé allait devoir rapidement prêter (indirectement) des montants importants à la société, on aurait pu estimer que le capital était insuffisant eu égard aux moyens financiers repris dans le plan. En se basant sur les moyens financiers dont la société a concrètement disposé, fussent-ils imprévus dans le plan financier, la Cour cherche à éviter, en équité, que le fondateur doive rembourser une partie du passif social alors qu'il a largement contribué au financement de la société et que son investissement a perdu toute valeur.

Le plan financier n'est qu'un des révélateurs potentiels de l'insuffisance du capital. En définitive, l'essentiel n'est pas de savoir si le plan financier a été établi avec assez de clairvoyance mais si le capital était suffisant, tous les éléments factuels étant pertinents pour forger cette conviction. Dans cet esprit, la Cour aurait pu constater qu'indépendamment de ce que prévoyait le plan, le fondateur avait l'intention de compléter le financement par des avances conséquentes, en cas de besoin, et que cette intention avait effectivement été mise en œuvre. Enfin, les avances octroyées sans demande de remboursement ou de paiement d'intérêts peuvent amener le juge à ne mettre à charge des fondateurs qu'une partie du passif social.

L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 27 septembre 2012, analysé dans la Chronique 2015 (p. 568, n° 169), concernait l'hypothèse d'un plan financier lacunaire, irréaliste et truffé d'invraisemblances, qui démontrait, de manière flagrante, que les fondateurs n'avaient pas eu un comportement raisonnablement prévoyant et consciencieux. En outre, la Cour rappelle, d'une part, que la dette de libération n'est pas exigible en l'absence d'appel de fonds subséquent et, d'autre part, que la créance en compte courant d'un associé à l'égard de la société n'est pas exigible aussi longtemps que ce compte n'est pas clôturé; en conséquence, elle considère qu'aucune compensation légale n'a pu intervenir avant la faillite (Bruxelles 27 septembre 2012, *JDSC* 2015, 127, note M.-A. DELVAUX, “Fonder une société avec légèreté... cela finit par coûter cher !”).

Obligation du gérant de rembourser des avances perçues

87. Dans un jugement du 21 avril 2015, le tribunal de commerce de Liège analyse, dans le cadre de la

faillite d'une SPRL, le sort des avances en compte courant et de la rémunération dont un gérant, associé quasi unique, a bénéficié au cours de son mandat (*RPS-TRV* 2016, 294, note H. CULOT et O. MARESCHAL, "Rémunération du gérant : mention dans la comptabilité et approbation par l'assemblée générale"; à propos de la problématique de la rémunération, voy. également n° 28 et 64).

Le capital social s'élevait à 18.600 euros, était libéré à concurrence d'un tiers et était représenté par 100 parts sociales réparties entre deux associés (99 parts pour D. et 1 pour C.). La gestion était confiée à D. et N., qui exerçaient leur mandat à titre gratuit. Les statuts précisaient néanmoins qu'il pourrait être alloué des émoluments fixes ou variables, imputables aux frais généraux, pour autant que l'assemblée générale le décide. A la suite de la faillite, les comptes communiqués au curateur ont révélé que D. avait bénéficié à titre personnel d'avances à terme. En conséquence, l'action du curateur tendait à obtenir sa condamnation au remboursement du montant des avances. Dans ce contexte, le tribunal a fait preuve de pragmatisme et de flexibilité dans l'application des règles relatives à la preuve par la comptabilité.

Les problèmes liés aux comptes d'associé surgissent lorsque, suite à une faillite, le curateur constate que le gérant a effectué des prélèvements sur les comptes de la société. A l'appui de sa demande de remboursement, le curateur invoque alors la comptabilité de la société, qui fait mention d'une dette du gérant à son égard.

En l'espèce, le gérant contestait la demande en remboursement au motif que les montants repris dans ce compte de dirigeant n'étaient pas conformes à la réalité car ils résultaient d'une "*mauvaise habitude*" de la société, qui faisait passer par un compte ouvert au nom du gérant les écritures qu'elle ne pouvait, à la clôture des comptes, justifier par des pièces comptables.

Le tribunal reproche au gérant d'invoquer une erreur dans les comptes, postérieurement à leur approbation, alors qu'il les a lui-même arrêtés, à plus forte raison si l'erreur concerne sa propre dette. Pour motiver sa décision, le tribunal se fonde sur l'opposabilité des comptes et sur la notion d'aveu extrajudiciaire, qui fait foi contre son auteur, sous réserve du contrôle du juge sur le caractère sérieux, volontaire et non entaché d'illicéité et de l'erreur de fait.

Cependant, comme le soulignent les annotateurs, considérer le gérant comme étant l'auteur de la comptabilité de la société aboutit à méconnaître la théorie de l'organe : l'acte posé par le gérant dans

l'exercice de ses fonctions est, en droit, un acte de la société qui, dans la rigueur des principes, ne peut donc être opposé au gérant au titre de l'aveu. A l'instar de notre Cour de cassation, qui admet que la responsabilité de l'organe coexiste avec celle de la personne morale, en cas de faute aquilienne/précontractuelle, le tribunal de commerce de Liège oppose donc, de manière pragmatique, au gérant un aveu qui, au sens strict, est celui de la société.

Avec les annotateurs, nous pensons que ce pragmatisme, révélateur de la sensibilité des juridictions consulaires, permet certes d'apporter des solutions utiles et équitables aux problèmes des entreprises mais que l'atténuation du formalisme sur lequel repose l'exercice d'une activité économique en société (distinction entre la personne morale et l'associé ainsi qu'entre leurs patrimoines respectifs) doit être appliquée avec circonspection afin de ne pas entraîner des conséquences néfastes pour les associés et les dirigeants.

Responsabilité des administrateurs/gérants

88. Durant la période faisant l'objet de cette Chronique, plusieurs décisions ont confirmé des principes établis de longue date en matière de responsabilité des dirigeants.

Faute de gestion

89. La Cour d'appel d'Anvers (Antwerpen 30 octobre 2014, *TRV* 2015, 371) rappelle qu'une faute de gestion, au sens de l'article 527 du Code des sociétés, est la faute que n'aurait pas commise un administrateur normalement prudent, compétent et diligent placé dans les mêmes circonstances. En l'espèce, elle considère que commettent une faute de gestion les administrateurs qui, après avoir confié à un délégué à la gestion journalière leurs pouvoirs dans une affaire importante, placé en lui une grande confiance depuis des années et ne lui avoir jamais demandé des informations détaillées, refusent de signer des contrats d'une importance cruciale pour la société et ne justifient leur refus que par leur manque d'implication dans la gestion. La Cour estime que l'administrateur délégué n'a pas manqué à son obligation d'information du conseil d'administration mais qu'il a été confronté à des administrateurs nonchalants, qui témoignaient de peu d'intérêt pour le fonctionnement de la société.

Dans un autre arrêt, la même Cour rappelle qu'il y a faute de gestion dès que le gérant n'exécute pas correctement son mandat et que, dans l'évaluation de l'attitude du gérant par rapport au standard précité, le

juge ne dispose que d'un pouvoir d'appréciation marginal. Il doit donc s'agir d'une faute de gestion manifeste, qui va au-delà de la marge de manœuvre à l'intérieur de laquelle les décisions des gérants peuvent s'écarter de l'idéal-type. La reconnaissance d'une liberté d'appréciation et la tolérance d'une marge d'erreur permettent d'éviter que, redoutant une mise en cause trop aisée de leur responsabilité en cas d'échec de leurs initiatives, les administrateurs renoncent à des projets risqués mais dignes d'intérêt. Quant à l'absentéisme et à la négligence, qui peuvent, dans certaines circonstances, être considérés comme des fautes de gestion, le fait que l'un des gérants travaille depuis son domicile n'implique pas, en soi, l'existence d'une telle faute, singulièrement si la gestion avait été confiée à plusieurs gérants statutairement autorisés à agir indépendamment l'un de l'autre (Bruxelles 5 novembre 2015, *RPS-TRV* 2016, 430).

Un arrêt de la Cour d'appel de Gand du 6 octobre 2014 (*DAOR* 2015, 73; *NjW* 2015, 695, note P. BRULEZ, "Voorschot op commissies van handelsagent") confirme que l'appréciation de la faute de gestion ne peut pas être basée sur des faits connus *a posteriori*. En l'espèce, le demandeur devait prouver que le gérant avait commis une faute de gestion en payant de manière anticipée, sur la base d'une convention existante, une commission à un agent. Selon la Cour, l'administrateur n'avait commis aucune faute car il avait tenu compte de ce que chaque initiative/démarche de l'agent n'entraînerait pas nécessairement l'obtention de commandes et avait prévu, dans certaines circonstances, un remboursement des commissions perçues.

Un arrêt de la Cour d'appel de Gand du 30 septembre 2013, analysé dans la Chronique 2014, *TRV* 2014, 575, n° 53, avait rappelé que tout administrateur doit s'informer de la portée de ses obligations, s'occuper effectivement de la gestion et de la politique de la société et en suivre les affaires; s'il en est incapable matériellement ou intellectuellement, il doit refuser le mandat (Gent 30 septembre 2013, *DAOR* 2014, 274; *JDSC* 2015, 136, obs. M.-A. DELVAUX, "Tout dirigeant de société doit-il assumer des responsabilités civiles?").

Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, analysé dans la Chronique 2015 (*TRV* 2015, 545, n° 109, 567, n° 165 et 168) offrait une illustration de faute de gestion à propos de laquelle le juge doit comparer le comportement du dirigeant incriminé à celui d'une sorte de "modèle" imposé. Trop souvent, les dirigeants de petites sociétés confondent les intérêts et mélangent les patrimoines. Or une SPRL est une personne morale distincte, qui doit administrer et gérer son patrimoine dans son propre intérêt, mais également dans le respect des attentes légitimes de ses créanciers. En l'espèce, le gérant d'une maison de

repos n'avait pas réclamé à sa mère, durant 38 mois, le paiement d'un loyer similaire à celui facturé aux autres résidents. Même si le souci filial était louable, le gérant devait assumer ces frais d'hébergement sur ses fonds propres, la SPRL n'ayant aucun intérêt à offrir gracieusement pareils services. Si la mère du gérant avait, dans le passé, fourni des services en faveur de la SPRL, il lui appartenait de la rémunérer en bonne et due forme dans le respect des règles fiscales et sociales (Bruxelles 16 octobre 2014, *JDSC* 2015, 186; *RPS* 2014, 73).

Violation de la loi ou des statuts

90. Selon la Cour d'appel d'Anvers, les administrateurs commettent une faute au sens de l'article 528 du Code des sociétés lorsque, pendant plusieurs années, aucune réunion du conseil d'administration n'a lieu, à l'exception de celle préalable à l'assemblée générale ordinaire pour arrêter les comptes annuels, alors que les statuts prévoient une réunion mensuelle et une réunion dès que l'intérêt de la société l'exige (Antwerpen 30 octobre 2014, *TRV* 2015, 371).

A propos des responsabilités qui pèsent sur les dirigeants d'une société - SA ou SCRL - qui n'ont pas adapté son capital social au nouveau minimum légal, il est renvoyé à deux arrêts de cassation déjà traités dans la Chronique de 2015 (*TRV* 2015, 548, n° 117 et 550, n° 121) : Cass. 17 janvier 2014 (*JDSC* 2015, 139, obs. M.-A. DELVAUX, "Près de 20 ans après l'adoption de la loi du 13 avril 1995, des administrateurs négligents sont condamnés pour le défaut d'adaptation du capital social de la SA gérée aux "nouvelles" exigences légales"; *JLMB* 2014, 1413 et *RPS* 2013, 377) et Cass. 17 octobre 2014 (*JDSC* 2015, 145, obs. M.-A. DELVAUX, "Près de 25 ans après l'adoption de la loi du 20 juillet 1991, des dirigeants négligents sont condamnés pour le défaut d'adaptation du capital social de la SCRL gérée aux "nouvelles" exigences légales"; *TRV* 2015, 34, note D. VAN GERVEN et *RDC* 2015, 123). La violation légale persiste aussi longtemps que le capital n'a pas été augmenté pour atteindre le montant requis.

Faute grave et caractérisée ayant entraîné la faillite

91. La notion de "faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite" suscite toujours beaucoup de jurisprudence, qui en esquisse les contours. Une telle faute réside dans la violation d'une norme essentielle et primordiale pour la conservation et la pérennité d'une société, qu'un administrateur raisonnable, diligent et prudent n'aurait pas commise.

Pour la Cour d'appel de Mons, les administrateurs d'une société agréée et subsidiée comme entreprise d'insertion commettent une faute que n'aurait pas commise un dirigeant raisonnablement prudent et diligent, en s'abstenant d'observer les obligations liées à l'agrément (notamment, la communication des comptes annuels) et en faisant obstacle au contrôle des agents de l'autorité subsidiante. Cette faute ayant provoqué le retrait d'agrément et, partant, la cessation des subsides, est à l'origine de la faillite, qui ne serait pas, sans celle-ci, survenue telle qu'elle s'est réalisée (17 juin 2014, *JLMB* 2016, 268).

Le tribunal de commerce de Gand estime qu'un entrepreneur ne peut pas se voir reprocher d'avoir exploité les ultimes chances raisonnables de sauver son entreprise; dans une conjoncture difficile, il y est même tenu. Pour évaluer s'il est question de poursuite d'une entreprise irrémédiablement perdue, le tribunal ne peut simplement affirmer *a posteriori* que la société n'avait aucune chance de survie mais doit vérifier si le déclin de l'entreprise pouvait être prévu eu égard à la conjoncture, aux aléas, aux changements de circonstances et aux opportunités propres à la vie économique et à tel ou tel secteur d'activités. Le prétendu "*démantèlement de la société*" pouvait, en l'espèce, être compris dans le cadre d'une opération de sauvetage et ne constituait pas une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite (Gent (sect. Dendermonde) 22 décembre 2014, *RW*, 2015-16, 669; *TRV* 2015, 592, note S. DE GEYTER, "Bestuurdersaansprakelijkheid wegens verderzetten van een reddeloos verloren onderneming : de rechter mag ondernemingsbeslissingen niet *ex post* beoordeelen").

Coexistence de responsabilités

92. Quant à la coexistence des responsabilités de la société et de son dirigeant, une synthèse préalable des principes consacrés par la jurisprudence n'est pas superflue (M.-A. DELVAUX, "Sur le paiement en période suspecte constitutif d'une faute engageant la responsabilité de droit commun du dirigeant à l'égard des tiers et sur le droit d'action du curateur dans pareil contexte" (note sous Cass. 2 octobre 2014), *JDSC* 2015, 197) :

- la *responsabilité aquilienne* d'un dirigeant coupable d'une *infraction pénale* peut être engagée à l'égard des tiers;
- lorsque, dans le cadre de l'*exécution d'une obligation contractuelle* de la société, le dirigeant commet une faute qui ne constitue pas une infraction pénale, il ne peut être responsable à l'égard des tiers, *sur le plan extracontractuel*, que si sa faute consti-

tue un manquement à l'obligation générale de prudence et a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat;

- si le dirigeant commet une faute autre qu'une infraction pénale au cours des négociations d'un contrat de la société (*culpa in contrahendo*), il engage sa *responsabilité aquilienne*, qui *coexiste* avec celle de la société;
- si le dirigeant commet une faute autre qu'une infraction pénale *en-dehors de l'exécution d'une obligation contractuelle* de la société, il engage également sa *responsabilité aquilienne*, qui *coexiste* avec celle de la société.

93. Un jugement récent du tribunal de commerce d'Antwerpen (7 juillet 2015, *RPS-TRV* 2016, 449, note C. BERCKMANS, "Bestuurdersaansprakelijkheid op hete kolen. Over samenloop, coëxistentie en quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent") confirme l'essentiel de ces principes dans le cadre d'une action en responsabilité intentée par un curateur (voy. également, à propos de la reconnaissance du droit du curateur d'agir contre les dirigeants en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil, Cass. 2 octobre 2014, *JDSC* 2015, 197, note M.-A. DELVAUX, "Sur le paiement en période suspecte constitutif d'une faute engageant la responsabilité de droit commun du dirigeant à l'égard des tiers et sur le droit d'action du curateur dans pareil contexte"; *JLMB* 2015, 408 et précédente Chronique, *TRV* 2015, 568, n° 167).

Le tribunal de commerce de Gand (Gent (sect. Dendermonde) 22 décembre 2014, *RW* 2015-16, 669; *TRV* 2015, 592, note S. DE GEYTER, "Bestuurdersaansprakelijkheid wegens verderzetten van een reddeloos verloren onderneming : de rechter mag ondernemingsbeslissingen niet *ex post* beoordelen") va dans le même sens : la responsabilité extracontractuelle des administrateurs vis-à-vis du cocontractant de la société ne peut être mise en cause lorsqu'ils n'ont commis aucun manquement au devoir général de prudence. L'organe d'une société bénéficie à cet égard de la même immunité que le préposé ou l'agent d'exécution; lorsqu'il intervient pour exécuter un engagement contractuel du débiteur principal, il n'est pas considéré comme un tiers à l'égard de la partie adverse. Les administrateurs peuvent être tenus responsables sur la base de l'article 1382 du Code civil, de fautes commises durant la phase précontractuelle, qui ont causé un dommage individuel au demandeur.

Dans son arrêt du 11 mai 2015 (*RPS-TRV* 2016, 439, note substantielle J. VAN EETVELDE, "Externe bestuurdersaansprakelijkheid wegens de verderzetting van een reddeloos verloren onderneming : een verduidelijking van de voorwaarden"), la Cour d'ap-

pel de Gand admet le principe de la responsabilité personnelle d'un gérant qui, dans une phase précontractuelle, trompe les tiers quant à la situation financière de la société. Mais, en l'espèce, la Cour estime que la connaissance par le gérant de la situation financière de sa société n'impliquait pas nécessairement qu'il savait que certains fournisseurs ne seraient jamais payés, que la procédure en réorganisation judiciaire échouerait, que la société serait déclarée en faillite et qu'en définitive, la société était irrémédiablement perdue.

Responsabilité pour dettes sociales et fiscales

94. Dans un arrêt du 18 décembre 2014 (*JLMB* 2016, 274), la Cour d'appel de Liège revient sur la responsabilité à l'égard de l'O.N.S.S. visée par l'article 265, § 2, du Code des sociétés, dont le fait générateur est la faillite de la société. Est objective la responsabilité personnelle et solidaire tirée de ce qu'au cours de la période de cinq ans précédant la faillite, le gérant s'est trouvé dans la situation décrite à l'article 38, § 3^{octies}, 8° de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés, à savoir l'implication 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. Cette implication est avérée lorsque de telles procédures ont été ouvertes peu après sa démission et que les dettes sociales avaient été contractées, pour partie, durant son mandat. Dans le silence de la loi à cet égard, il n'y a pas lieu de distinguer selon que le mandat était rémunéré ou exercé à titre gratuit ou selon que le dirigeant était ou non associé. Le tribunal peut apprécier, en droit et en fait, le montant de la condamnation, compte tenu notamment de la bonne foi du dirigeant.

A propos de l'opinion selon laquelle les articles 265, § 2 et 409, § 2, alinéa 1er du Code des sociétés, qui confèrent à l'ONSS et au curateur un pouvoir d'appréciation pour réclamer la totalité ou une partie des cotisations de sécurité sociale, ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution, malgré la différence de traitement entre les dirigeants des sociétés commerciales ou des sociétés civiles, fondations ou ASBL, voyez Cour constitutionnelle n° 133/2014, 25 septembre 2014 (question préjudicielle), *JDSC* 2015, 216, obs. M.-A. DELVAUX, "Les dirigeants de sociétés civiles à forme commerciale, de fondations et d'ASBL mieux traités que les dirigeants de sociétés commerciales relativement aux dettes ONSS"; *RABG* 2015, 370, note M. NUITTEN, "Bestuurdersaansprakelijkheid bij niet-betaling RSZ-schulden - Wetgever, bezint eer gij begint"; *RDC* 2015, 122, et *Chronique* 2015, *TRV* 2015, 547, n° 116).

95. Avant l'entrée en vigueur de la loi-programme du 20 juillet 2006 aggravant substantiellement la responsabilité des dirigeants à l'égard du fisc, l'administration fiscale avait souvent tenté de mettre en cause la responsabilité des administrateurs afin de les contraindre à payer le précompte professionnel que n'avait pas acquitté leur société. Les trois angles d'attaque étaient la responsabilité aquilienne de droit commun (art. 1382 et 1383 du Code civil), l'infraction d'abus de confiance (art. 491 du Code pénal) et l'omission de tirer la sonnette d'alarme en cas de perte grave de l'actif net (art. 332, 431 et 633 du Code des sociétés).

La plupart des décisions privilégiaient la thèse selon laquelle le versement du précompte professionnel/de la TVA incombait uniquement à la société et qu'en soi, l'absence de paiement ne constituait pas une faute personnelle des administrateurs. Le non-paiement d'impôts échus ne pouvait constituer une faute aquilienne des administrateurs que s'il procédait d'un comportement frauduleux. Ainsi, dans son arrêt du 22 novembre 2013, analysé dans la *Chronique* 2015 (*TRV* 2015, 545, n° 111 et 547, n° 115; *JDSC* 2015, 206, note M.-A. DELVAUX, "L'État peut-il réclamer aux dirigeants d'une société à responsabilité limitée la T.V.A. impayée par celle-ci une fois qu'elle a été déclarée en faillite ?"; *RDC* 2014, 874, note H. CULOT), la Cour d'appel de Bruxelles a estimé qu'un administrateur ne commet pas d'abus de confiance en affectant des sommes destinées *in fine* au fisc à certains besoins de la société plutôt qu'au versement de la taxe. D'une part, en dehors d'une situation de concours, les dirigeants d'une société rencontrant des difficultés financières ne commettent pas nécessairement une faute en ne respectant pas l'égalité des créanciers et l'ordre des préférences. D'autre part, puisque le Code de la TVA impose seulement à l'assujetti de déclarer périodiquement les opérations taxées et que la taxation intervient après déduction de la TVA payée en amont, seul l'éventuel solde débiteur constituant la taxe due au Trésor, l'assujetti peut disposer, dans l'intervalle, des sommes perçues auprès de ses clients.

96. Les articles 442^{quater} du CIR 92 et 93^{undecies}C du Code TVA, dont la *ratio legis* est la lutte contre la fraude fiscale s'agissant de sommes perçues/retenues qui, dans l'attente d'être versées au Trésor, ne constituent pas véritablement des moyens financiers de la société, prévoient la responsabilité solidaire des dirigeants chargés de la gestion journalière quand la société ne paie pas le précompte professionnel/la TVA, si ce manquement est "imputable à une faute, au sens de l'article 1382 du Code civil, qu'ils ont commise dans la gestion de la société".

Cette responsabilité, qui pèse en première ligne sur les délégués à la gestion journalière, peut être étendue aux autres dirigeants de droit ou de fait, en ce compris des actionnaires majoritaires, si une faute ayant contribué au manquement est établie dans leur chef. Mais seules les personnes informées du non-paiement des dettes fiscales sont susceptibles d'être poursuivies.

La solidarité, qui existe non seulement entre le délégué à la gestion journalière et la société mais aussi entre dirigeants chargés de la gestion journalière, implique qu'aucune proportionnalité entre le manquement et le rôle exact de tel ou tel administrateur n'est prise en considération.

La question du dommage est esquivée : la responsabilité solidaire est engagée sans que le fisc doive démontrer que le dommage subi s'identifie à l'impôt impayé.

Pourraient être considérées comme fautes, au sens de l'article 1382 du Code civil, commises dans la gestion : la poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire; la fraude en vue d'éluider l'impôt; le choix délibéré de la rétention des sommes dues comme mode de financement et le défaut d'aveu de faillite dans le délai légal. Le texte instaure également une présomption simple de faute, au sens de l'article 1382 du Code civil, en cas de "*non-paiement répété*" (à savoir le défaut de paiement d'au moins deux/trois dettes au cours d'une période d'un an, selon qu'il s'agit d'un redevable trimestriel/mensuel du précompte professionnel/d'un assujetti tenu au dépôt de déclarations trimestrielles/mensuelles à la TVA).

La présomption de faute tombe lorsque le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire (sorte d'"état de nécessité"). Le texte n'apporte aucune précision quant au moment où doivent s'ouvrir ces procédures. Même si de telles procédures sont introduites *a posteriori* par rapport à la mise en cause de la responsabilité, l'administration devra établir leur caractère tardif pour démontrer la faute du dirigeant.

L'action judiciaire n'est recevable qu'à l'expiration d'un délai d'un mois à dater d'un avertissement adressé par le receveur au dirigeant responsable. Ce dernier pourra proposer des mesures pour remédier au manquement (plan d'apurement assorti de mesures conservatoires) ou démontrer que ce manquement n'est pas imputable à une faute qu'il a commise. Il invoquera, à cette fin, les aléas économiques ou

juridiques qui affectent le *cash-flow* de la société (récupération de créances infructueuses, litiges, perte de contrats...), voire des événements qui le touchent personnellement.

Dans la Chronique 2015 (*TRV* 2015, 547, n° 116), avait été examiné un arrêt de cassation du 19 septembre 2014 (*JDSC* 2015, 243; *RDC* 2015, 122; *TRV* 2015, 139, concl. conf. av.-gén. THIJS; note D. DESCHRIJVER; *RABG* 2015, 367; *RPS* 2013, 491, note), qui comporte deux enseignements. D'une part, en matière de précompte professionnel, l'action contre le dirigeant d'une société sur la base de l'article 442^{quater} du CIR/1992 n'est pas une action en responsabilité tendant à une indemnisation; dès lors, l'Etat n'est pas tenu, pour agir sur cette base, d'attendre la clôture de la faillite dans le cadre de laquelle il a fait valoir son droit. D'autre part, l'article 93^{undecies}C, § 1er, du Code de la TVA n'exclut pas que ledit dirigeant soit déclaré responsable sur la base d'un autre fondement juridique du chef d'une faute relative au non-paiement par la société des dettes en matière de TVA.

97. Plusieurs décisions rendues durant la période examinée concernent la mise en œuvre de ces principes.

Dans son arrêt du 8 décembre 2014 (*Limb. Rechtsl.* 2015, 122), la Cour d'appel d'Anvers considère qu'à défaut de participation active à la gestion de la société, un administrateur doit au moins exercer une surveillance et un contrôle sur les autres administrateurs; aux yeux de la Cour, avoir négligé cette obligation de contrôle est une faute qui a contribué au non-paiement de la TVA. Par ailleurs, l'arrêt confirme que l'article 93^{undecies}C du Code de la TVA tend à la responsabilité solidaire des administrateurs pour le paiement de la dette fiscale et n'implique aucune demande de paiement de dommages-intérêts; l'Etat peut donc intenter l'action même si une faillite est éventuellement intervenue. En revanche, lorsque le non-paiement des dettes fiscales est dû à des difficultés financières ayant conduit à une procédure de faillite, la responsabilité des dirigeants, qui repose toujours sur une notion de faute, peut être exclue (Antwerpen 24 septembre 2015, *RABG* 2016, 454).

Dans son arrêt du 28 avril 2015 (*Cour. fisc.* 2015, 954, note S. VERTOMMEN), la même Cour rejette la défense d'un gérant qui estimait ne pouvoir être assimilé à des personnes visées par l'article 442^{quater}, § 1 CIR/1992. Selon la Cour, ce gérant avait été nommé sans limites de compétence; or un gérant peut faire tout acte qui est nécessaire ou utile à la réalisation de l'objet social, à l'exclusion de ceux pour lesquels l'assemblée générale est compétente. En cas

de non-paiement répété du précompte professionnel, la présomption de faute prévue pour un dirigeant chargé de la gestion journalière vaut également pour un gérant. Par ailleurs, selon la Cour, un seul avertissement suffit pour engager la responsabilité. Dès qu'il y a un avertissement, le gérant est informé qu'un problème se pose dans sa société et qu'il est souhaitable de s'accorder avec le receveur soit pour démontrer que le non-paiement est imputable à des circonstances étrangères, soit pour veiller à ce que la société remédie au défaut de paiement. Estimant que la faute du gérant était à la base du défaut de paiement, la Cour le condamne au paiement des arriérés de précompte professionnel.

La Cour d'appel de Liège confirme que constitue un comportement fautif dans le chef de l'administrateur de la société redevable des impôts le fait de tolérer pendant plusieurs années le non-paiement systématique de la TVA alors que la société n'a pas été confrontée à des impayés importants de la part de ses clients et que l'administrateur a continué à être rémunéré au moyen de la TVA non acquittée. La Cour précise qu'en présence d'un administrateur qui est également actionnaire majoritaire, a la mainmise sur la société et s'oppose à toutes initiatives, les autres administrateurs, associés minoritaires, ne commettent pas une faute (Liège 7 mai 2015, *JLMB* 2016, 278).

Action individuelle en responsabilité de l'actionnaire d'une SICAV

98. Un arrêt de la Cour de cassation du Luxembourg du 2 juillet 2015 (*DAOR* 2016/117, 66, note O. POELMANS) a rejeté un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel du Luxembourg (15 juillet 2014, *DAOR* 2016, 59) dans le cadre d'une action individuelle en responsabilité introduite par l'actionnaire d'une SICAV.

Une société de gestion et une banque dépositaire avaient délégué la gestion des actifs de leur SICAV à la société Bernard Madoff Investment Securities. Après la découverte de la fraude de Madoff, elles ont constaté que la quasi-totalité des actifs avait disparu. Des détenteurs de parts de la SICAV ont alors intenté des actions en responsabilité tous azimuts (contre la banque dépositaire, la société de gestion...), que ce soit sur une base contractuelle ou sur une base délictuelle.

La Cour d'appel confirme le jugement entrepris en ce qu'il a considéré que l'article 16 de la directive 85/611 CE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires, administratives concernant certains OPCVM, vu son silence quant à une mise en cause de la responsabi-

lité du dépositaire de la SICAV à l'égard de la société d'investissement et des participants, renvoie au droit national de l'Etat où est situé le siège statutaire de la société d'investissement, sans lui imposer d'introduire dans son droit national une action directe au bénéfice des actionnaires, ce que ne prévoit pas, en l'état, l'article 36 de la loi luxembourgeoise du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif.

La Cour a estimé que les juges du fond ont correctement interprété tant l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002 que l'article 16 de la directive 85/611/CEE, à la lumière des droits fondamentaux protégés par le droit communautaire (droit à une protection juridique effective) et ont à bon droit considéré qu'il appartient à la société d'exercer l'action en réparation affectant le patrimoine social, l'actionnaire ne disposant du droit d'agir contre le dépositaire qu'en réparation du préjudice personnel et distinct qu'il subit.

Un actionnaire subit un préjudice personnel et distinct de celui de la société lorsque la valeur de ses titres ou sa situation patrimoniale sont directement affectées sans atteindre ou appauvrir le patrimoine de la société. Ce préjudice individuel réparable ne doit pas constituer une simple répercussion du préjudice social et, partant, il doit être dissocié d'une perte réduisant l'actif social (par exemple, dommage provoqué par la mauvaise exécution, voire la non-exécution, de l'ordre de rachat confirmé d'un investisseur qui souhaite sortir du fonds).

C'est également la solution retenue en droit belge (voy. Cass. 23 février 2012, *RDC* 2013, 875, note D. WILLERMAIN, "L'absence de préjudice réparable des actionnaires en cas d'atteinte au patrimoine social"; voyez, plus largement, un arrêt très didactique de la Cour d'appel de Gent 23 octobre 2013, *JDSC* 2015, 190; *TRV* 2014, 292, note W. VAN GAVER, "Aandeelhouders, schade en het vermoeden van causaliteit in het kader van de alarmbelprocedure"; Chronique 2014, *TRV* 2014, 584, n° 89 : après avoir distingué la responsabilité des dirigeants à l'égard de la société, des tiers et d'un actionnaire individuel, la Cour rejette la possibilité d'indemniser un "dommage patrimonial dérivé ou accessoire" subi de la même façon, à proportion de leur participation dans la société, par tous les actionnaires suite à la réduction/dépréciation de valeur de leurs actions).

Décharge

99. Après avoir rappelé que la décharge ne couvre que les violations des statuts spécialement mentionnées dans les convocations aux assemblées générales

(article 554, al. 2 CS), la Cour d'appel d'Anvers considère que, si les conséquences néfastes de plusieurs années de négligence ne se manifestent qu'à un certain moment et si aucune décharge n'est accordée lors de l'assemblée générale suivante, les administrateurs ne peuvent s'exonérer de toute responsabilité pour ces négligences en invoquant la décharge accordée antérieurement à ce moment (Antwerpen 30 octobre 2014, *TRV* 2015, 371).

Prescription

100. En matière de prescription quinquennale de l'article 198 CS, lorsque le dommage résulte d'un ensemble de fautes successives et indivisibles ou du maintien d'une situation fautive, le délai prend cours lors de l'accomplissement du dernier fait ou de la cessation de la situation illégale.

Dans le cadre de la Chronique 2015 (*TRV* 2015, 549-550, n° 121) ont été commentés un arrêt de la Cour d'appel de Gand et un jugement du tribunal de commerce de Gand confirmant un certain nombre de principes en la matière : la prescription quinquennale s'applique aux actions en responsabilité contre les administrateurs, qu'elles soient contractuelles ou quasi délictuelles; le point de départ de la prescription est, en principe, la date du fait critiqué; si la faute de gestion est la conséquence de faits inextricablement liés, la prescription ne commence à courir qu'à partir du dernier fait, soit au jour où prend fin la situation fautive persistante; si le juge constate diverses fautes de gestion continues et résultant d'une même décision, ce qui leur donne un caractère indivisible, la prescription ne court également qu'à compter du dernier fait; la notion de dol évoquée par l'article 198, § 1er, 4e tiret ("*le délai légal commence à courir à partir de la découverte des faits, s'ils ont été celés par dol*") doit être comprise dans le sens d'un "*agissement conscient et voulu ayant pour but que certains faits restent cachés, sans qu'un agissement frauduleux ne soit nécessaire*" (Gent 6 janvier 2014, *JDSC* 2015, 149, obs. M.-A. DELVAUX; *DAOR* 2014, 111; Comm. Gent (sect. Dendermonde), 22 mai 2014, *JDSC* 2015, 158, obs. M.-A. DELVAUX, "Le point de départ du délai quinquennal de l'action en responsabilité contre les dirigeants de sociétés et le droit d'action de l'actionnaire majoritaire isolé"; *DAOR* 2014/111, 132; *TRV* 2015, 397).

Dans son jugement précité du 7 juillet 2015, le tribunal de commerce d'Anvers (*RPS-TRV* 2016, 449, note C. BERCKMANS, "Bestuurdersaansprakelijkheid op hete kolen. Over samenloop, coëxistentie en quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent") estime que la

présentation de comptes annuels erronés et le non-respect de la procédure de la sonnette d'alarme pendant plusieurs années sont des faits pour lesquels la prescription commence à courir, respectivement, à partir de la date à laquelle ces comptes annuels sont présentés à l'assemblée générale et de la date ultime à laquelle la procédure de la sonnette d'alarme aurait dû être respectée. Aux yeux du tribunal, ces faits ne forment pas un ensemble indivisible qui constituerait une faute de gestion.

Dans le même sens, la Cour d'appel de Liège considère que le simple constat que des faits successifs sont de même nature et ont concouru à la réalisation d'un même dommage ne suffit pas à leur conférer un caractère indivisible. Il importe d'établir que ces faits forment exceptionnellement un tout indivisible parce qu'ils procèdent d'une même intention, d'un seul et unique comportement fautif, qui ne se trouve consommé que par le dernier fait de cette chaîne. En l'espèce, la Cour arrête que le non-paiement systématique d'impôts comme mode de financement des activités constitue un tout indivisible et que le délai de prescription prend donc cours à dater de la dernière opération (Liège 7 mai 2015, *JLMB* 2016, 278).

Un arrêt de cassation commenté dans la Chronique 2015 (*TRV* 2015, 519, n° 32 et 550, n° 122) avait confirmé que la prescription quinquennale de la responsabilité des liquidateurs et dirigeants (article 198, § 1er, 3e tiret) est interrompue selon les modalités du droit commun, en application de l'article 2244 du Code civil (signification d'une citation en justice, d'un commandement de payer ou d'une saisie et, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 3 mai 2013, mise en demeure envoyée par courrier recommandé par l'avocat ou l'huissier de justice du créancier contenant toutes les mentions légales) (Cass. 2 juin 2014, *TRV* 2015, 36; *JDSC* 2015, 148).

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid

Misbruik van vennootschapsgoederen

101. Het is voor bestuursleden verboden om activa van de vennootschap te gebruiken voor persoonlijke doeleinden. Dit is overigens strafbaar gesteld als misbruik van vennootschapsgoederen. Artikel 492bis Sw. straft bestuurders "*die met bedrieglijk opzet en voor persoonlijke rechtstreekse of indirecte doeleinden gebruik hebben gemaakt van de goederen of van het krediet van de rechtspersoon, hoewel zij wisten dat zulks op betekenisvolle wijze in het nadeel was van de vermogensbelangen van de rechtspersoon en van die van zijn schuldeisers of vennoten*" met een gevangenisstraf en een geldboete. De veroordeelde kan ook

uit zijn politieke en andere rechten, omschreven in artikel 31 Sw., worden ontzet.

Bijzonder opzet in de vorm van bedrieglijk opzet moet worden aangetoond. Het bedrieglijk opzet bestaat erin doeleinden na te streven die vreemd zijn aan de belangen van de rechtspersoon. Het opzet is aangetoond als vaststaat dat de schuldlige de vennootschaps gelden heeft weggemaakt om de schuldeisers te benadelen (Cass. 3 juni 2015, *Dr.pén.entr.* 2015, 335; *JDSC* 2015, 325, noot M.A. DELVAUX, “De quelques infractions que l’on rencontre parfois dans le cadre de la gestion d’une société commerciale...”).

Voormelde wetsbepaling sluit niet uit dat de door de dader gestelde gedragingen behoorden tot zijn bevoegdheid als bestuurder, zoals de betaling van een opeisbare schuldvordering. Het bedrieglijk opzet maakt het onderscheid tussen een geoorloofde bestuurshandeling en een strafbaar misbruik. Als de bestuurder kennelijk op de hoogte was van de liquiditeitsmoeilijkheden van de vennootschap en hij in die hoedanigheid vennootschapsmiddelen heeft aangewend om zijn persoonlijke schuldvordering aan te zuiveren op een ogenblik dat het duidelijk was dat de vennootschap geen voldoende middelen meer zou kunnen ontwikkelen om andere bestaande schulden te betalen, en daarbij handelde vanuit een onrechtmatig eigenbelang en geheel tegen de rechtmatige belangen van de vennootschap en andere schuldeisers in, maakt hij zich schuldig aan misbruik van vennootschapsgoederen (Cass. 2 februari 2016, *TRV-RPS* 2016, 261, noot G. LINDEMANS, “Een kapitein gaat mee ten onder. Over rangdoorbraak bij dreigende insolventie”).

Het handelen met persoonlijke doeleinden moet niet noodzakelijkerwijze gericht zijn op het bekomen van een materieel vermogensvoordeel; het kan ook bestaan in een onthouding wanneer die de uiting is van een doelgerichte wil om een bepaald resultaat te bereiken, zoals wanneer een bestuurder een bepaald bedrag niet opeist om zich een voordeel te verschaffen (Cass. 17 maart 2015, *RABG* 2015, 998, noot V. VEREECKE, “Misbruik van vennootschapsgoederen door verzuim”; *RW* 2015-16, 1539).

De strafrechter kan schadevergoeding bevelen of uitspraak doen over de vordering tot teruggave van de onvreemde zaken (art. 44 Sw en art. 161 Sv.). Dit houdt in dat hij om de gevolgen van het misbruik van vennootschapsgoederen ongedaan te maken, kan bevelen een overeenkomst die door dit misbruik werd bekomen, nietig te verklaren wegens ongeoorloofde oorzaak, zelfs indien hiermee afbreuk wordt gedaan aan een zakelijk recht dat door een derde te goeder trouw wordt verkregen na het sluiten van de

overeenkomst (Cass. 3 september 2013, *TRV-RPS* 2016, 271, noot J. HUYSMANS, “The criminal judge can do everything... ? De ruime draagwijdte van de teruggave (art. 44 Sw.) in strafzaken en de impact daarvan op de bevoegdheid van de strafrechter op burgerlijk gebied”).

IX. Résolution des conflits

Généralités

102. Dans le cadre des actions en exclusion et en retrait, le juge, statuant sur la base de l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire, peut organiser la situation des parties et adopter des mesures pour garantir la bonne fin de la procédure. Ces mesures doivent toutefois être intimement liées au résultat de la procédure, sans quoi elles excèderaient la compétence particulière instituée par le législateur (Prés. Comm. Mons et Charleroi (sect. Mons) 24 avril 2015, *JT* 2016, 225).

103. Une ordonnance du président du tribunal de commerce de Bruxelles (16 septembre 2015, *RDC* 2016, 476, note R. AYDOGDU, “Quelques réflexions au sujet des actions en exclusion et en retrait : le statut procédural de la société et l'évaluation des titres”) confirme la distinction entre l'exclusion et le retrait judiciaires du point de vue des intérêts protégés : dans la procédure en exclusion, l'accent est mis sur l'intérêt de la société tandis que l'intérêt du demandeur est décisif dans l'action en retrait. L'exclusion n'est justifiée que si elle constitue l'unique solution pour sortir d'une impasse, sans qu'il soit requis que le fonctionnement de la société soit paralysé ou que l'associé exclu ait commis une faute; il s'agit davantage de constater une situation de fait que de sanctionner une faute. Le demandeur en retrait doit établir, quant à lui, que, vu les motifs invoqués, il est préjudicié dans ses droits ou ses intérêts à un point tel qu'on ne peut raisonnablement plus lui demander de demeurer associé; le comportement de l'associé à l'origine des justes motifs ne doit pas nécessairement être fautif (voy. également, dans le même sens, Prés. Comm. Antwerpen 30 mai 2014, *RW* 2015-16, 674; Gent 23 novembre 2015, *DAOR* 2016/117, 55 (également analysé au n° 103 de la présente Chronique); Liège 31 août 2015, *Dr.pén.entr.* 2016, 49 - à propos de la question de savoir si, vu leur raison d'être (éviter la discontinuité de la société), les modes de résolution des conflits internes peuvent être mis en œuvre après sa dissolution ou sa faillite, voyez Comm. Gent (section Kortrijk) 14 octobre 2013, *RPS-TRV* 2016, 206, note W. VAN GAVER, “Ontbinding en faillissement tijdens de vordering tot uittreding : een analyse in het licht van de cassatierechtspraak over de peildatum”).

104. Vu le caractère impératif des règles de conflits, un droit de préemption ou une clause de détermination de prix ne peuvent faire obstacle à une procédure d'exclusion/de retrait ou s'y appliquer d'office (Gent 23 novembre 2015, *DAOR* 2016/117, 55). Dans le même arrêt, la Cour indique que, si le transfert de propriété doit, en principe, coïncider avec le paiement du prix, il peut être ordonné moyennant une provision ou la constitution d'une sûreté.

Exclusion

105. La Cour d'appel de Bruxelles rappelle que l'exclusion constitue une expropriation d'utilité privée dont l'objectif, à défaut d'autre remède efficace, est d'assurer la continuité de la société en réglant le conflit entre actionnaires et d'éviter que celui-ci n'aboutisse à une mise en liquidation judiciaire de la société, voire à une faillite. En tant que mesure subsidiaire et ultime, l'exclusion ne peut être appliquée à tout conflit ou mésentente entre associés. Les justes motifs invoqués doivent être d'une nature telle que le maintien dans la société de l'associé dont l'exclusion est demandée met en péril, compte tenu de son comportement ou de sa personnalité, les intérêts fondamentaux ou la continuité de l'entreprise. Il n'est toutefois pas indispensable que l'avenir de la société soit définitivement compromis (Bruxelles 16 octobre 2014, *RPS* 2014, 487 - voy. également Prés. Comm. Antwerpen 30 mai 2014, *RW* 2015-16, 674).

Evaluation des titres

106. Plusieurs décisions analysées confirment qu'en matière d'exclusion, les actions doivent être évaluées au moment où le transfert de propriété est ordonné par le juge puisque le droit au paiement du prix naît à ce moment. En évaluant les titres, le juge doit faire abstraction des circonstances ayant donné lieu à la demande d'exclusion et du comportement des parties à la suite de cette demande. La valeur de la société doit dès lors être déterminée sur la base des comptes annuels ou d'un état intermédiaire arrêtés à une date aussi proche que possible du jugement (Gent 23 novembre 2015, *DAOR* 2016/117, 54 (également analysé au n° 103 de la présente Chronique); Comm. Bruxelles (réf.) 16 septembre 2015, *RDC* 2016, 476, note R. AYDOGDU, "Quelques réflexions au sujet des actions en exclusion et en retrait : le statut procédural de la société et l'évaluation des titres"; Prés. Comm. Antwerpen 30 mai 2014, *RW* 2015-16, 674).

Ces jugements vont dans le sens de la jurisprudence de notre Cour de cassation (Cass. 21 février 2014, *TRV* 2015, 224, note R. TAS, "De peildatum en criteria

voor de waardebepaling van de aandelen in de geschillenregeling : het Hof van Cassatie schept duidelijkheid"; *JLMB* 2014, 1418, note R. AYDOGDU, "Les critères et le moment de l'évaluation des titres dans les actions en exclusion et en retrait : Socrate est-il mortel?"; Cass. 5 octobre 2012, *Pas.* 2012, 1852; *JLMB* 2014, 1416, note R. AYDOGDU; *JDSC* 2013, 293; *TRV* 2013, 469, concl. conf. av.-gén. VAN INGELGEM; note F. PARREIN, "Op zoek naar een objectieve peildatum in het kader van de geschillenregeling"; Cass. 9 décembre 2010, *RDC* 2011, 259).

Il nous semble cependant judicieux de distinguer l'hypothèse de l'exclusion de celle du retrait (voy. en ce sens Gent 7 janvier 2013, *TGR-TWVR* 2013, 199; *JDSC* 2014, 348).

En matière de retrait, notre Cour de cassation elle-même semble hésiter dans son arrêt du 20 février 2015 (*RW* 2015-16, 1223, note B. VAN DEN BERGH, "Over aandelen, lidmaatschapsrechten en (ex-) echtgenoten : de controverse rond art. 1405.5 BW eindelijk beslecht"; *T.Fam.* 2015, 234, note J. DU MONGH; *T.Not.* 2016, 7, note L. WEYTS, "Aandelen van echtgenoten-vennoten. Het einde van een quasi dertigjarige oorlog"; *TRV*, 2015, 222, note R. TAS; également analysé au n° 57) : après avoir affirmé qu'en cas de retrait, la valeur des actions doit, *en principe*, être estimée au moment où le juge ordonne le transfert de propriété, en faisant abstraction des circonstances ayant mené au retrait et du comportement des parties suite à cette demande, la Cour semble admettre que le juge prenne comme référence le moment où est apparue la perturbation de l'entente entre associés, suite à leur divorce (quant aux conséquences de cet arrêt sur la mise en œuvre des modes de résolution des conflits en cas de dissolution ou de faillite, voyez Comm. Gent (section Kortrijk) 14 octobre 2013, *RPS-TRV* 2016, 206, note W. VAN GAVER, "Ontbinding en faillissement tijdens de vordering tot uittreding : een analyse in het licht van de cassatierechtspraak over de peildatum"; voy. aussi la Chronique précédente, *TRV* 2015, 552-553, n° 129).

Même si le président n'est pas compétent pour condamner l'associé à l'origine des justes motifs du retrait au paiement de dommages et intérêts, il doit, selon nous, jouir d'un pouvoir d'appréciation lors de la fixation du prix, et des circonstances concrètes peuvent l'amener à choisir une autre date que celle du jugement (Bruxelles 14 décembre 2000, *A/T* 2001-02, 319). Dans le passé, il est arrivé que le juge tienne compte de l'influence exercée sur la valeur de l'entreprise par l'attitude des parties dès la survenance des premières difficultés (Gent 8 novembre 2002, *TRV* 2004, 373) ou décide que la valeur des actions soit déterminée au moment où la collaboration au

sein de la société n'a plus été possible (Gent 21 juin 2004, *TGR -TWVR* 2004, 310).

Pour atténuer les conséquences négatives des comportements du défendeur sur la valeur des actions, le juge situe même parfois la date de référence à un moment antérieur à l'apparition de ces comportements (Gent 16 juin 2003, *JDSC* 2005, 329, note E. POTTIER et A. COIBION; *TRV* 2004, 349). On peut concevoir que la valeur des parts soit fixée à la date de révocation d'un administrateur considérée comme un juste motif (Prés. Comm. Tongeren 5 novembre 2002, *TRV* 2004, 383) ou à l'époque où l'associé condamné à l'achat des actions a repris seul la gestion de la société, sans immixtion ultérieure de l'actionnaire sortant (Gent 17 mars 2003, *TRV* 2004, 367). Dans le cas de l'exercice d'une activité concurrente par un associé sous le couvert d'une société, considéré comme un juste motif de retrait, la date d'estimation de la valeur était immédiatement antérieure à la constitution de cette société concurrente afin que les demandeurs ne supportent pas, fût-ce partiellement, le dommage subi par la société suite aux agissements du défendeur (Prés. Comm. Bruges 13 juin 2001, *DAOR* 2001, 280; cette Chronique, *TRV* 2002, 438, n° 72). Rendues en matière de retrait, ces décisions nous semblent toujours pertinentes quant à la détermination de la valeur des titres, nonobstant les arrêts récents de notre Cour de cassation en matière d'exclusion.

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

Geen retroactieve werking

107. In het fusievoorstel en het splitsingsvoorstel moet de datum vanaf welk de handelingen van de over te nemen vennootschap boekhoudkundig geacht worden te zijn verricht voor rekening van de overnemende vennootschap worden bepaald (art. 693, tweede lid, 5° en art. 728, tweede lid, 5° W.Venn.). Deze retroactiviteit ziet enkel op de boekhoudkundige verwerking; ze creëert geen verbintenrechtelijke retroactiviteit : sinds deze datum maar voor de fusie aangegane verbintenissen, zijn door de overgenomen vennootschap aangegaan (Cass. 12 juni 2014, *DAOR* 2015/114, 80, noot R. MESSIAEN en S. WESTERLINCK, "Cassatie spreekt zich (niet) uit over de draagwijdte van de boekhoudkundige retroactiviteit bij fusies en splitsingen"; *TRV* 2015, 146, noot C. DE BACKERE, "De juridische gevolgen van werken met boekhoudkundige retroactiviteit in het kader van (partiële splitsingen)"; *TBH* 2015, 121; en het arrest *a quo* : Gent 7 maart 2011, *TRV* 2015, 194, noot; S. VAN CROMBRUGGE, "Retroactiviteits-

clausules bij splitsing" (noot onder Gent 22 september 1994), *TRV* 1995, 62; J.-M. NELISSEN GRADE, "Rechtshandelingen die leiden tot een fusie" in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *De nieuwe fusiewetgeving 1993*, Kalmthout, Biblo, 1994, 67-68; T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Brussel, Kluwer, 1993, 270). De wet bepaalt geen maximumtermijn, maar het wordt aanvaard dat deze datum niet eerder dan de afsluitingsdatum van de laatst goedgekeurde jaarrekening kan worden gesitueerd (T. TILQUIN, *o.c.*, 266). Voor de belastingadministratie is de terugwerkende kracht van een vennootschapsakte niet aan haar tegenwerpelijk; ze aanvaardt wel een retroactiviteit die met de werkelijkheid overeenstemt en ziet op een korte periode, met name niet langer dan zeven maanden; deze termijn moet volstaan om de fusie te verwezenlijken (Circulaire Ci.RH.421/461.318 van 19 januari 1995 van FOD Financiën, *Bull.* nr. 747, 764, nrs. 56 en 57). In de praktijk aanvaardt de fiscus in uitzonderlijke omstandigheden een langere periode.

Overdracht van een algemeenheid of van een bedrijfstak

108. Een algemeenheid of een bedrijfstak kan ten algemene titel worden overgedragen op een andere wijze dan via een inbreng. Dit brengt de overdracht van rechtswege van alle activa en passiva die deel uitmaken van de algemeenheid of de bedrijfstak met zich mee (art. 770 W.Venn.). De procedure loopt gelijk met de inbreng (A. GOEMINNE en N. VERBIST, "De overdracht van een algemeenheid of van een bedrijfstak", *TRV* 1998, 355).

Er zal door het bestuur van beide vennootschappen een voorstel van overdracht moeten worden opge maakt, dat zes weken vóór de goedkeuring van de overdracht door de overdragende vennootschap en het verlijden van de akte van overdracht ter griffie van de rechtbank van koophandel wordt neergelegd; deze termijn geldt mede in het belang van derden. In dit voorstel van overdracht dat dezelfde informatie moet bevatten als de informatie die in het voorstel van inbreng moet worden opgenomen, moet uitdrukkelijk worden gemeld dat de regels inzake inbreng van een algemeenheid respectievelijk een bedrijfstak worden toegepast. Deze melding moet ook in de akte van overdracht worden opgenomen. Zowel het voorstel van overdracht als de akte van overdracht moeten in authentieke vorm worden opgemaakt (art. 770, tweede lid W.Venn.). Worden de voormelde regels en de procedure van inbreng van een algemeenheid niet geëerbiedigd, dan kan elke derde weigeren zich de overdracht te laten tegenwerpen (art. 770, derde lid W.Venn.).

Een dubbele authentieke akte vereisen, is gezien de vergaande sanctie, overbodig. Eén volstaat. Het wordt daarom voorgesteld om enkel de akte van overdracht authentiek te laten verlijden (C. CLOTTENS, “t Amendement. Vereiste van een dubbele authentieke akte bij overdracht van een algemeenheid of van een bedrijfstak - trop is te veel”, *TRV* 2014, 835).

XI. Omzetting

Hoofdelijke aansprakelijkheid na omzetting van een VOF in een BVBA

109. Bij omzetting van een VOF in een BVBA blijven de vennoten van de VOF verder aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap die dateren van vóór de datum waarop, ingevolge de bekendma-

king in de *Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad*, de omzetting aan derden kan worden tegengeworpen (art. 786 W.Venn.). Dit is ook zo als de aansprakelijkheid pas wordt vastgesteld door een gerechtelijke uitspraak die nadien wordt gewezen, zoals in het geval dat een schadevergoeding wordt toegekend voor een onrechtmatige verbreking van een overeenkomst door de vennootschap begaan vóór de omzetting. De omzetting is geen ontbinding van de vennootschap, noch een uitreiding van de vennoten. Bijgevolg loopt de vijfjarige verjaringstermijn voor vorderingen tegen vennoten wegens ontbinding of hun uitreiding niet (art. 198, § 1, eerste streepje W.Venn.). De vennoten blijven aansprakelijk overeenkomstig de gemeenschappelijke verjaringstermijnen, in casu de tienjarige verjaring voor contractuele vorderingen bedoeld in artikel 2262*bis* BW (Antwerpen 15 oktober 2015, *RABG* 2016, 459).