

Chronique - Kroniek

Droit des sociétés - Vennootschapsrecht 2016-2017

Henri Culot et - en Dirk Van Gerven

Inhoud

Voorwoord

I. Algemeen

Nieuwe wetgeving (nrs. 1-2)

Bestanddelen van de vennootschap

Commerciële maatschap onder het mom van een VZW (nr. 3)

Affectio societatis, gelijke behandeling van vennoten en verbod van leeuwenbeding (nr. 4)

II. Vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid

Maatschap (nr. 5)

Tijdelijke handelsvennootschap (nr. 6)

III. Bepalingen gemeenschappelijk aan de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid

Rechtspersoonlijkheid

Wettelijke specialiteit (nr. 7)

Corporate social responsibility (CSR) (nr. 8)

Statutaire specialiteit (nr. 9)

Zelfstandig vermogen - vennootschapsbelang (nr. 10)

Inbreng in vennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid (nr. 11)

Intuitu personae (nr. 12)

Vennootschap in oprichting (nr. 13)

Naam (nr. 14)

Zetel (nr. 15)

Internationaal privaatrecht

Vrijheid van vestiging (nr. 16)

Openbaarmaking (nr. 17)

Organen en vertegenwoordiging

Besluitvorming - nietigverklaring (nrs. 18-19)

Vertegenwoordiging (nrs. 20-21)

Transparantie en controle

Jaarrekening (nr. 22)

Onderzoeks- en controlebevoegdheid (nr. 23)

Deskundigenonderzoek (nr. 24)

Sommaire

Préface

I. Généralités

Nouvelle législation (n° 1-2)

Caractéristiques de la société

Société de droit commun à objet commercial déguisée en ASBL (n° 3)

Affectio societatis, égalité de traitement des associés et interdiction des clauses léonines (n° 4)

II. Sociétés sans personnalité juridique

Société de droit commun (n° 5)

Société momentanée (n° 6)

III. Dispositions communes aux sociétés dotées de la personnalité juridique

Personnalité juridique

Spécialité légale (n° 7)

Responsabilité sociale des entreprises (RSE) (n° 8)

Spécialité statutaire (n° 9)

Patrimoine propre - intérêt social (n° 10)

Apport dans des sociétés à responsabilité illimitée (n° 11)

Intuitu personae (n° 12)

Société en formation (n° 13)

Dénomination (n° 14)

Siège (n° 15)

Droit international privé

Liberté d'établissement (n° 16)

Publicité (n° 17)

Organes et représentation

Prise de décision - annulation (n° 18-19)

Représentation (n° 20-21)

Transparence et contrôle

Comptes annuels (n° 22)

Pouvoir d'investigation et de contrôle (n° 23)

Expert-vérificateur (n° 24)

Ontbinding en vereffening

Gerechtelijke ontbinding van slapende vennootschappen (nr. 25)

Benoeming vereffenaar (nr. 26)

Geen benoeming van vereffenaars (nr. 27)

Intrekking ontbinding - gevolgen (nr. 28)

Samenloop (nr. 29)

Deficitaire vereffening (nr. 30)

Afsluiting van de vereffening (nr. 31)

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid

Algemeen (nrs. 32-33)

Strafregister voor rechtspersonen (nr. 34)

Lasthebber *ad hoc* (nr. 35)

De vennootschap in proces

Recht op een eerlijk proces (nr. 36)

Bevoegde rechtbank - scheidsgerecht (nrs. 37-39)

Betekening (nr. 40)

Optreden namens juiste partij (nr. 41)

Optreden in rechte - mandaat *ad litem* (nrs. 42-43)

Inschrijving in de KBO (nrs. 44-45)

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

Hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten van de VOF (nrs. 46-47)

Hoofdelijke aansprakelijkheid van de stille vennoot van een Comm.V omdat hij actief wordt (nr. 48)

Algemene vergadering en beslissing tot uitsluiting in de VOF (nr. 49)

V. Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA)

Algemeen

Starters-BVBA (nr. 50)

Oprichting - kapitaal

Inbreng in kapitaal (nr. 51)

Financieel plan (nr. 52)

Aansprakelijkheid enige vennoot-rechtspersoon (nr. 53)

Verlies van kapitaal (nr. 54)

Effecten

Lidmaatschapsrechten (nr. 55)

Toetreding, overdracht en koop-verkoopovereenkomsten (nrs. 56-58)

Overdracht en verjaring (nr. 59)

Vereniging alle aandelen in één hand (nr. 60)

Bestuur

Gewone zaakvoerder (nr. 61)

Bezoldiging (nr. 62)

Verbod van concurrentie (nr. 63)

Borg door een zaakvoerder (nr. 64)

Voorlopig bewindvoerder en andere voorlopige maatregelen

Voorlopig bewindvoerder (nrs. 65-66)

Dissolution et liquidation

Dissolution judiciaire des sociétés inactives (n° 25)

Nomination du liquidateur (n° 26)

Absence de nomination des liquidateurs (n° 27)

Annulation de la dissolution - conséquences (n° 28)

Concours (n° 29)

Liquidation déficitaire (n° 30)

Clôture de la liquidation (n° 31)

Responsabilité pénale

Généralités (n° 32-33)

Casier judiciaire des personnes morales (n° 34)

Mandataire *ad hoc* (n° 35)

La société en justice

Droit au procès équitable (n° 36)

Tribunal compétent - arbitrage (n° 37-39)

Signification (n° 40)

Action au nom de la bonne partie (n° 41)

Action en justice - mandat *ad litem* (n° 42-43)

Inscription à la BCE (n° 44-45)

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

Responsabilité solidaire des associés de la SNC (n° 46-47)

Responsabilité solidaire de l'associé commanditaire d'une société en commandite lorsqu'il devient actif (n° 48)

Assemblée générale et décision d'exclusion dans la SNC (n° 49)

V. Société privée à responsabilité limitée (SPRL)

Généralités

SPRL-starter (n° 50)

Constitution - capital

Apport en capital (n° 51)

Plan financier (n° 52)

Responsabilité de l'associé unique personne morale (n° 53)

Pertes du capital (n° 54)

Titres

Droits sociaux (n° 55)

Admission, transfert et contrats d'achat et de vente (n° 56-58)

Transfert et prescription (n° 59)

Réunion des parts en une seule main (n° 60)

Gestion

Gérant ordinaire (n° 61)

Rémunération (n° 62)

Non-concurrence (n° 63)

Cautionnement par un gérant (n° 64)

Administrateur provisoire et autres mesures provisoires

Administrateur provisoire (n° 65-66)

VI. Coöperatieve vennootschap (CVOA, CVBA en SCE)

Vennoten

Uittreding (nr. 67)

Uitsluiting (nr. 68)

Bestuur

Vergoeding (nr. 69)

Dagelijks bestuur (nr. 70)

CVOA

Hoofdelijke aansprakelijkheid en overdracht van aandelen (nr. 71)

VII. Naamloze vennootschap (NV)

Effecten

Effecten en verhandeling van effecten (nrs. 72-74)

Converteerbare obligaties en omzetting in aandelen (nr. 75)

Kapitaal

Kapitaalvermindering (nrs. 76-78)

Financiële bijstand (nr. 79)

Verlies van kapitaal (nrs. 80-81)

Raad van bestuur

Statuut van bestuurder (nrs. 82-83)

Bevoegdheden (nrs. 84-86)

Auditcomité (nr. 87)

Voorlopige maatregelen (nrs. 88-89)

VIII. Aansprakelijkheid van oprichters, vennoten en bestuurders

Aansprakelijkheid van vennoten (nr. 90)

Collectieve schade (nr. 91)

Oprichtersaansprakelijkheid (nr. 92)

Bestuursaansprakelijkheid

Bestuursfout (nr. 93)

Fout toe te rekenen aan de vennootschap (nr. 94)

Kennelijk grove fout die tot het faillissement bijdraagt (nrs. 95-98)

Extracontractuele fout (nr. 99)

Coëxistentie van aansprakelijkheden (nr. 100)

Aansprakelijkheid voor sociale en fiscale schulden (nrs. 101-105)

Kwijting (nr. 106)

Verjaring (nr. 107)

Aansprakelijkheid van de vaste vertegenwoordiger (nr. 108)

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid

Misbruik van vennootschapsgoederen (nr. 109)

IX. Geschillenbeslechting

Algemeen (nrs. 110-112)

Uitsluiting (nrs. 113-114)

Uittreding (nrs. 115-117)

Waardebepaling (nrs. 118-120)

VI. Société coopérative (SCRI, SCRL et SCE)

Associés

Retrait (n° 67)

Exclusion (n° 68)

Gestion

Rémunération (n° 69)

Gestion journalière (n° 70)

SCRI

Responsabilité solidaire et transfert de parts (n° 71)

VII. Société anonyme (SA)

Titres

Titres et opérations sur titres (n° 72-74)

Obligations convertibles et substitution d'actions aux obligations (n° 75)

Capital

Réduction de capital (n° 76-78)

Assistance financière (n° 79)

Perte de capital (n° 80-81)

Conseil d'administration

Statut de l'administrateur (n° 82-83)

Pouvoirs (n° 84-86)

Comité d'audit (n° 87)

Mesures provisoires (n° 88-89)

VIII. Responsabilité des fondateurs, des associés et des administrateurs

Responsabilité des associés (n° 90)

Préjudice collectif (n° 91)

Responsabilité des fondateurs (n° 92)

Responsabilité des administrateurs et gérants

Faute de gestion (n° 93)

Faute imputée à la société (n° 94)

Faute grave et caractérisée ayant entraîné la faillite (n° 95-98)

Faute extracontractuelle (n° 99)

Coexistence de responsabilités (n° 100)

Responsabilité pour dettes sociales et fiscales (n° 101-105)

Décharge (n° 106)

Prescription (n° 107)

Responsabilité du représentant permanent (n° 108)

Responsabilité pénale

Abus de biens sociaux (n° 109)

IX. Résolution des conflits

Généralités (n° 110-112)

Exclusion (n° 113-114)

Retrait (n° 115-117)

Evaluation des titres (n° 118-120)

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

Fusie na faillissement (nr. 121)

Pauliaanse vordering (nr. 122)

Overdracht van borgtocht bij fusie (nr. 123)

Grensoverschrijdende fusie (nr. 124)

XI. Groepen

Belangenconflicten (nr. 125)

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

Fusion après faillite (n° 121)

Action paulienne (n° 122)

Transfert de cautionnement par la fusion (n° 123)

Fusion transfrontalière (n° 124)

XI. Groupes

Conflits d'intérêts (n° 125)

Voorwoord

Deze kroniek wordt door het samengaan van *Revue pratique des sociétés* en *Tijdschrift voor rechtspersoon en vennootschap* in *TRV-RPS* tweetalig. Dit jaar heeft Henri Culot de taak van Yves De Cordt overgenomen om samen met Dirk Van Gerven deze kroniek te schrijven. Zoals in de vorige kroniek werd ervoor geopteerd dat elke auteur in zijn eerste taal schrijft. Dit levert een bijdrage 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 ze 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 eerder nummer van dit tijdschrift is opgenomen (S. BRIJS en R. LINDEMANS, "Kroniek insolventierecht 2015-2016", *TRV-RPS* 2017, 288).

I. Algemeen

Nieuwe wetgeving

1. De hervorming van het Wetboek van vennootschappen die wordt voorbereid door het Belgisch Centrum voor Vennootschapsrecht (BCV)/Centre belge du droit des sociétés (CBS), onder het voorzitterschap van Guy Horsmans, en onder impuls van de minister van Justitie, Koen Geens, ook redactielid van *TRV-RPS*, ligt klaar en zal eerstdaags in het parlement worden ingediend.

Ondertussen heeft de wet van 17 mei 2017 tot wijziging van diverse wetten met het oog op de aanvulling van de gerechtelijke ontbindingsprocedures van vennootschappen (*BS* 12 juni 2017) het regime van de

slapende vennootschappen verstrengd en uitgebreid (nieuwe artt. 182-182/3 W.Venn.). De wetgever wilde enerzijds het initiatiefrecht voor de ontbindingsvordering uitbreiden van het openbaar ministerie en elke belanghebbende naar de kamer voor handelsonderzoek van de rechtbank van koophandel (nieuw art. 12, § 5 WCO). Anderzijds wil men het regime verstrengen om de niet-actieve vennootschappen te vatten die nalaten een jaarrekening neer te leggen zodra ze één jaar in gebreke blijven of niet regelmatig functioneren. De vennootschap die nalaat haar jaarrekening binnen de zeven maanden na afsluiting van het boekjaar neer te leggen kan aldus op verzoek worden ontbonden. Ontbinding is bovendien mogelijk wanneer de vennootschap ambtshalve uit de KBO werd geschrapt, indien zij ondanks twee oproepingen met dertig dagen tussentijd, waarvan de tweede per gerechtsbrief, niet voor de kamer voor handelsonderzoek is verschenen, of indien de bestuurders niet over de fundamentele beheersvaardigheden of niet over de beroepsbekwaamheid beschikken die voor de uitoefening van de vennootschapsactiviteit krachtens de toepasselijke wetgeving worden vereist. De rechtbank kan nog steeds een regularisatietermijn toestaan. De vordering tot ontbinding wordt tegen de vennootschap ingesteld. In geval van mededeling van het dossier door de kamer voor handelsonderzoek wordt de vennootschap opgeroepen bij gerechtsbrief (in de zin van artikel 46 Ger.W.). De rechtbank kan hetzij de onmiddellijke afsluiting van de vereffening uitspreken hetzij de vereffeningwijze bepalen en één of meer vereffenaars aanwijzen. Bij het einde van de vereffening brengt de vereffenaar bij de rechtbank verslag uit, en legt, desgevallend, aan de rechtbank een overzicht voor van de waarden van de vennootschap en van het gebruik ervan. De bestuurders moeten hun medewerking verlenen aan de vereffening, zo niet kan de rechtbank van koophandel hen bij de afsluiting van de vereffening een beroepsverbod opleggen (art. 3^{quater} Beroepsverbod KB).

Deze nieuwe regeling geldt vanaf de dag van bekendmaking van de wet in het *Belgisch Staatsblad*, dit is vanaf 12 juni 2017.

2. De Richtlijn 2007/828 van 17 mei 2017 tot wijziging van de Aandeelhoudersrichtlijn van 11 juli 2007 (*Pb.L.* 14 juli 2007, afl. 184), die door de wet van 20 december 2010 (*BS* 18 april 2011) in het Wetboek van vennootschappen werd ingevoerd, is aangenomen en gepubliceerd (*Pb.L.* 20 mei 2017, afl. 132). Het Europees Parlement had op 14 maart 2017 in een resolutie (P8_TA(2015)0067) zijn instemming betuigd met het ontwerp van richtlijn. De bedoeling is met deze wijziging niet alleen de kleine aandeelhouders aan te moedigen deel te nemen aan de besluitvorming op de algemene vergadering, maar eveneens de langetermijninvestering van aandeelhouders in vennootschappen aan te moedigen. Deze richtlijn bevat bepalingen inzake de identificering van aandeelhouders, de mededeling van informatie door tussenpersonen aan aandeelhouders, de vergemakkelijking van de uitoefening van de aandeelhoudersrechten, de bekendmaking van het beleid van institutionele investeerders en fondsbeheerders ten aanzien van de vennootschap, de stemadviseurs, remuneratiepolitiek, de vergoeding van bestuurders en andere bedrijfsleiders, en transacties met verbonden partijen. De richtlijn moet uiterlijk op 10 juni 2019 worden omgezet. Het mag worden gehoopt dat de wetgever van de wijziging van het Wetboek van vennootschappen gebruikmaakt om ditmaal de eerste van de klas te zijn.

Ook heeft het Europees Parlement op 14 maart 2017 de Europese Commissie opgeroepen om maatregelen te nemen om de gelijkheid tussen man en vrouw te verzekeren. Eén van de gevraagde maatregelen ziet op het afwerken en goedkeuren van het voorstel van richtlijn inzake de verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en daarmee samenhangende maatregelen (COM(2012) 614 final). In dit voorstel wordt de drempel voor een minimum aantal bestuurders van het andere geslacht op 40 % geplaatst, zoals dat geldt in Noorwegen en Frankrijk (COM(2012) 614 final). Zie ook, Y. DE CORDT, “Diversité et indépendance”, *TRV-RPS* 2016, 477. In België is de drempel geplaatst op één derde (art. 518bis W.Venn.). De Belgische regeling treedt in werking voor de grotere beursgenoteerde vennootschappen waarvan het boekjaar na 14 september 2016 aanvangt (T. COEN en M. WYCKAERT, “Time’s up : vertegenwoordiging van beide geslachten in de raad van bestuur is een feit”, *TRV-RPS* 2016, 1027 e.v.).

Omwille van de vele wijzigingen die ondertussen aan de verschillende richtlijnen inzake vennootschapsrecht werden aangebracht sinds de Eerste Vennootschapsrichtlijn van 9 maart 1968, werden ze geconsolideerd in de EU-Richtlijn 2017/1132 van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht (*Pb.L.* 30 juni 2017, afl. 169). Deze consolidatie

vervangt (1) de Eerste Vennootschapsrichtlijn van 9 maart 1968 inzake publicatie van vennootschapsakten (*Pb.L.* 14 maart 1968; de gecoördineerde versie van 16 september 2009 (2009/101) is te lezen in *Pb.L.* 1 oktober 2009, afl. 258), (2) de Tweede Vennootschapsrichtlijn van 13 december 1976 inzake de inhoud van de oprichtingsakten en kapitaalvereisten, die meermaals nadien werd gewijzigd (*Pb.L.* 31 januari 1977; de gecoördineerde versie van 25 oktober 2012 (2012/30) is opgenomen in *Pb.L.* 14 november 2012, afl. 315), (3) de Derde Vennootschapsrichtlijn van 9 oktober 1978 inzake fusies (*Pb.L.* 20 oktober 1978, afl. 295; die werd vervangen door de EU-Richtlijn (2011/35) van 5 april 2011 (*Pb.L.* 29 april 2011, afl. 110); (4) de Zesde Vennootschapsrichtlijn van 17 december 1982 inzake splitsingen (*Pb.L.* 31 december 1982, afl. 378); (5) de Tiende Vennootschapsrichtlijn van 26 oktober 2005 die een harmonisch systeem voor grensoverschrijdende fusies uitwerkt (*Pb.L.* 26 oktober 2005, afl. 310), en (6) de Elfde Vennootschapsrichtlijn van 21 december 1989 betreffende de openbaarmakingsplicht voor in een lidstaat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere staat vallen (*Pb.L.* 30 december 1989, afl. 395).

Deze consolidatie gebeurde in navolging van de coördinatie van de richtlijnen inzake de Vierde Vennootschapsrichtlijn op de jaarrekeningen van 25 juli 1978 (*Pb.L.* 14 augustus 1978, afl. 222); de Zevende Vennootschapsrichtlijn van 13 juni 1983 inzake geconsolideerde jaarrekeningen (*Pb.L.* 18 juni 1983, afl. 193) door de EU-Richtlijn van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen (*Pb.L.* 29 juni 2013, afl. 182).

Bijgevolg is het kader van het Europese vennootschapsrecht, dat in de hele Europese Unie moet worden omgezet, samengebracht in twee richtlijnen : de Jaarrekeningenrichtlijn en de Vennootschapsrichtlijn.

Bestanddelen van de vennootschap

Commerciële maatschap onder het mom van een VZW

3. Indien binnen de VZW in werkelijkheid een handel wordt gevoerd, dan handelt men in strijd met de wettelijke specialiteit van de VZW. De handelingen in het kader van deze winstbeogende activiteit verbinden de VZW niet omdat ze buiten haar wettelijk oogmerk worden gesteld. Ze worden toegerekend aan de personen die deze activiteit voeren, zoals de bestuurders of de leden van de vereniging (Antwerpen 15 oktober 2015, *RW* 2016-17, 1630). In dit arrest wordt verder terecht geoordeeld dat indien ze deze

activiteit voeren op een voet van gelijkwaardigheid met winst voor ogen, tussen hen een vennootschap ontstaat. In geval van een handel is dit een commerciële maatschap. Dan kunnen de vennoten failliet worden verklaard. De maten zijn persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk (art. 52 W.Venn.) met inbegrip van de gevolgen van de oneerlijke marktpraktijken doordat geen BTW wordt aangerekend.

Affectio societatis, gelijke behandeling van vennoten en verbod van leeuwenbeding

4. Het 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, *RW* 2016-17, 1633; reeds besproken in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 709, nr. 6; ook aangehaald in randnr. 49).

II. Vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid

Maatschap

5. In geval van een conflict tussen vennoten waardoor de maatschap onbestuurbaar wordt, kan ter vervanging van de statutaire zaakvoerder die zich schuldig maakt aan bepaalde feitelijkheden, een voorlopig bewindvoerder worden aangesteld; daarbij houdt de kortgedingrechter rekening met de belangen van de werkvennootschappen waarvan de aandelen in de maatschap zijn ondergebracht (KG Kh. Gent (afd. Brugge) 31 oktober 2016, *T. Gent* 2017, 106).

Tijdelijke handelsvennootschap

6. De tijdelijke handelsvennootschap heeft geen rechtspersoonlijkheid; zij heeft één of meer bepaalde handelsverrichtingen tot doel die ze zonder een gemeenschappelijke of firmanaam verricht (art. 47 W.Venn.). Wanneer namens een tijdelijke handelsvennootschap een overeenkomst (met de vennoten) wordt aangegaan, moeten de vennoten de nakoming hiervan vorderen. De vennootschap kan dit niet. Dit kan door alle vennoten of door één van hen krachtens een volmacht. Elke vennoot kan echter ook in eigen naam ten belope van zijn deel in rechte optreden (Cass. 6 mei 2016, *TBH* 2016, 694; zie vorige kroniek, *TRV* 2015, 513, nr. 9; Mons 9 mei 2014, *JLMB* 2017, 129).

De vennoten van een tijdelijke vennootschap kunnen na de ontbinding slechts betaling vorderen van hun aandeel in de schuldvorderingen van de vennoot-

schap (Cass. 28 september 2015, *RW* 2016-17, 1419; besproken in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 711-712, randnr. 14).

III. Bepalingen gemeenschappelijk aan de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid

Rechtspersoonlijkheid

Wettelijke specialiteit

7. 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, *JDSC* 2016, 19, noot M. COIPEL, “La spécialité légale invoquée pour annuler un plan de réorganisation judiciaire par accord collectif”; aangehaald in de vorige kroniek, *TRV* 2016, 712, nr. 15).

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, *JDSC* 2016, 15, noot M. COIPEL; zie ook vorige kronieken, *TRV-RPS* 2016, 712, nr. 15; *TRV* 2015, 513, nr. 10).

Corporate social responsibility (CSR)

8. Vennootschappen streven winst na. Steeds meer wensen ze zich niet als louter gedreven door het winstbejag voor te doen, maar ook initiatieven te ondernemen om de ontwikkeling van een maatschappij voor ieder te ondersteunen, en in hun beslissingen rekening te houden met de impact ervan op de maatschappij. Een bespreking van deze trend waarbij vennootschappen een zekere maatschappelijke verantwoordelijkheid opnemen, vindt de lezer bij R. AYDOGDU, “La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l’Etat”, *TRV-RPS* 2016, 669 en 868.

Statutaire specialiteit

9. 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, 1^o en 70, 2^o 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^o en 3^o 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^o, art. 403, 2^o en art. 454, 2^o W.Venn.). Dit geldt ook voor de SE en de SCE.

Over het gebruik van de juiste term voor het doel, voorwerp, vennootschapsdoel, zie P. LAMBRECHT, “Objet, objet de la société, objet social, doel, voorwerp, doel van de vennootschap, vennootschapsdoel. Pourrait-on simplifier?”, *TRV-RPS* 2016, 1167.

Zelfstandig vermogen - vennootschapsbelang

10. De vennootschap kan geen eigen belang putten uit de bepaling in haar doel dat ze bepaalde belangen van haar vennoten wil behartigen. Ook omgekeerd heeft een vennoot geen belang om in rechte op treden ter behartiging van de belangen van de vennootschap (RvS 20 december 2016, *Arr. RvS* 2016, XIV-35.602).

Inbreng in vennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid

11. In geval van een inbreng met een ontbindende voorwaarde is de verbintenis onmiddellijk uitvoerbaar, maar kan ze ongedaan worden gemaakt bij de verwezenlijking van de voorwaarde, zonder dat zeker is dat de voorwaarde zich zal verwezenlijken. De vervulling werkt retroactief en maakt ongedaan wat werd verricht. Wegens haar retroactieve karakter waardoor de inbreng aan de inbrenger wordt teruggegeven, is de ontbindende voorwaarde niet verzoenbaar met de vereiste dat de inbreng aan het vennootschapsrisico is onderworpen. De ingebrachte zaken kunnen immers met terugwerkende kracht aan het vennootschapsvermogen worden onttrokken. Anders is het gesteld met de ontbindende voorwaarde die voor de toekomst werkt (K. MARESCEAU, “Is de inbreng onder ontbindende voorwaarde in onvol-

komen rechtspersonen toegelaten”, *TRV-RPS* 2016, 1101; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Larcier, Brussel, 2016, 129, nr. 74). Deze ontbindende voorwaarde kan afhankelijk zijn van de wil van de betrokken vennoot (Cass. 24 februari 2014, *TBBR* 2016, 198, noot M. HIGNY, “Le point sur la condition résolutoire”). Dit betekent in wezen dat de vennoot uittreedt ingevolge een in de vennootschapsovereenkomst bepaalde uitsluitingsgrond of, indien ze door hem kan worden ingeroepen of van hem afhankelijk is, uittredingsgrond. De ontbindende voorwaarde is wel uitgesloten in vennootschappen met kapitaal (K. MARESCEAU, *o.c.*, 1101).

Intuitu personae

12. Voor een bespreking van het *intuitu personae*-element in het vennootschapsrecht, kan men terecht bij F. MOURLON-BEERNAERT, “Intuitus personae et sociétés”, *TRV-RPS* 2017, 273.

Zie ook, F. GEORGE en P. BAZIER, “Faillite et intuitus personae : un régime à redéfinir?”, *TBBR* 2017, 3.

Vennootschap in oprichting

13. Voor de verwerving van onroerende goederen en rechten is nodig dat bij de overschrijving op het hypotheekkantoor melding van de aankoop voor de vennootschap in oprichting wordt gemaakt opdat dit gegeven aan derden kan worden tegengeworpen (Cass. 8 mei 2015, *TRV-RPS* 2016, 1115, noot R. TAS, “Aankoop van een onroerend goed namens een vennootschap in oprichting : overname heeft zakelijke werking en leidt tot opheffing voordien gelegd beslag”; *JDSC* 2016, 45, noot H. CULOT, “Société en formation, achat d’immeuble et opposabilité aux tiers”; *RW* 2016-17, 417; *TBH* 2015, 746).

Bij overneming van de aangegane overeenkomst, gaan de rechtshandelingen in hun geheel over, met alle daaraan verbonden excepties en zekerheden. Bij de overneming van de aankoop van een onroerend goed vervallen de beslagen die ondertussen zijn gelegd wegens schulden van de promotor die niet worden overgenomen, op voorwaarde dat duidelijk is gemaakt bij de overschrijving op het hypotheekkantoor dat het onroerend goed voor een vennootschap in oprichting is gekocht (Cass. 8 mei 2015, hiervoor aangehaald).

Naam

14. 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). Het eerste gebruik volstaat (Voorz. Kh. Antwerpen (afd. Tongeren) 27 mei 2016, *RABG* 2017, 1495, noot D. NOESEN, “De verwarringstichtende handelsnaam : nood aan evolutie rekening houdend met het belang van het Internet”; *Rev. not. B.* 2016, 819). Dit geldt ook voor een domeinnaam (Voorz. Kh. Nivelles 9 januari 2013, *Ann. prat. marché* 2013, 632; *JDSC* 2016, 55, noot M. COIPEL).

Het depot van een merk houdt ook het recht in om dit merk te gebruiken. Derhalve, aldus werd geoordeeld, kan men niet op grond van een mogelijke verwarring met een oudere handelsnaam tegen dit merk opkomen zonder de nietigverklaring of doorhaling van het merk te vorderen (Gent 26 oktober 2015, *IRDI* 2016, 170, noot P. MAEYAERT, “Oudere buitenlandse handelsnaam versus jongere handelsnaam en merk”). De annotator wijst op de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin wordt beslist dat de houder van een ouder merk zich kan verzetten tegen het gebruik van een jonger merk zonder dat dit laatste merk eerst nietig moet worden verklaard. Ook de houder van een oudere handelsnaam zou dit kunnen.

Zetel

15. 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.). 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.). Zij maakt valsheid in geschrifte uit als vaststaat dat een fictieve zetel met bedrieglijke bedoelingen is opgenomen (Cass. 21 oktober 2014, *TRV-RPS* 2016, 992, noot (aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 714, randnr. 23); E.-J. NAVEZ en A. NAVEZ, “L’identification et les sanctions du siège social fictif ou frauduleux en droit belge des sociétés”, *TRV-RPS* 2016, 843-844). Het onrechtmatige voordeel, constitutief bestanddeel van het misdrijf, bestaat erin dat schuldeisers en andere belanghebbenden van de werkelijke zetel worden weggehouden; hierdoor wordt de controle door de fiscus vertraagd (Liège 15 januari 2015, *TRV-RPS* 2016, 995, noot; *Rev. pén. entr.* 2015, 231; *JDSC* 2016, 59).

Internationaal privaatrecht

Vrijheid van vestiging

16. De vennootschap opgericht in een EU-lidstaat die de incorporatieleer huldigt, kan haar bestuur en dus haar werkelijke zetel verplaatsen naar een ander land in de Europese Unie dat de werkelijke zetelleer huldigt, zonder dat dit enig gevolg mag hebben op haar bestaan. Zij moet door het land van aankomst worden erkend zonder dat ze in dat land opnieuw moet worden opgericht (HvJ 5 november 2002, *Überseering*, C-208/00, *Jur.* 2002, I-9943, *TRV* 2003, 189, noot; K. 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 de vennootschap ook aan haar recht is onderworpen, doet daaraan niets af (HvJ 16 december 2008, *Cartesio*, C-210/06, *Jur.* 2008, I-9641; *TRV* 2009, 578, noot F. JENNE). Aldus kan het Duitse insolventierecht en de daaraan verbonden bestuursaansprakelijkheid opgenomen in de Duitse vennootschapswetgeving worden toegepast op een vennootschap afkomstig uit Wales (HvJ 10 december 2015, *Kornbaas*, C-594/14, *TBH* 2016, 463, noot H. DE WULF; *TRV-RPS* 2016, 589, noot A. VAN HOE, “Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen door een vennootschapsrechtelijke bril”; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 714, randnr. 25). Deze laatste auteur merkt daarbij terecht op dat de vrijheid van vestiging niet wordt aangetast door de toepassing van nationaal recht, zoals het insolventierecht, na aankomst in de andere lidstaat.

Voor een uitvoerige bespreking van dit arrest kan de lezer eveneens terecht bij H. DE WULF, “*Kornbaas* : verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelen”, *TBH* 2016, 435.

Openbaarmaking

17. De openbaarmaking van de vennootschapsakten is opgelegd als voorwaarde voor de tegenwerpelijheid aan derden (art. 76 W.Venn.). Het Hof van Cassatie heeft andermaal kunnen bevestigen dat deze bijkomende voorwaarde voor de tegenwerpelijheid enkel geldt voor de derden die met de vennootschap of haar organen handelen. Derden die niet met de vennootschap wegens haar bestaan hebben gehandeld worden niet beschermd. Aldus zullen derden

die een vordering ten laste van de vennootschap hebben uit hoofde van een onrechtmatige daad of op grond van een wetsebepaling, zoals de fiscus, terugvallen op het gemeen recht (Cass. 2 september 2016, *TBH* 2016, 874; K. GEENS en M. WYCKAERT, *De vennootschap* in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, IV/IIA, 2011, 383; dit arrest wordt ook besproken in randnr. 47; zie voor een andere opvatting, O. MATTYCHUK, “La responsabilité de l’administrateur entre sa démission et la publication de celle-ci”, *DAOR* 2016/118, 14). Het gemeen recht maakt een onderscheid tussen het bestaan en de gevolgen van de akte op de rechtstoestand van de partijen (de externe gevolgen), enerzijds, en de inhoud van de akte (de interne gevolgen), anderzijds. Derden zijn in beginsel niet gebonden door een akte waartoe ze geen partij zijn, maar zij kunnen het bestaan en de gevolgen ervan op de rechtstoestand van de contractspartijen niet ontkennen (art. 1165 BW). Het is wel vereist dat de overeenkomst geldig is en dat de betrokken derden, gezien de omstandigheden, ervan kennis hebben of behoorden te hebben (Cass. 14 november 1986, *Pas.* 1987, I, 331; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel* in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, SWU, 1969, 379; M. FONTAINE, “Les effets ‘internes’ et les effets ‘externes’ des contrats” in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, Paris, L.G.D.J., 1992, 40 e.v.).

Organen en vertegenwoordiging

Besluitvorming - nietigverklaring

18. Wanneer een besluit van de algemene vergadering vatbaar is voor nietigverklaring wegens de aanwending van bedrieglijke kunstgrepen, zijn er gewichtige redenen die toelaten in kort geding de opschorting van het besluit te vorderen (art. 179, § 1 W.Venn.). Dit doet zich voor wanneer een algemene vergadering met als agendapunt het ontslag van de zaakvoerder-vennoot wordt bijeengeroepen tijdens zijn vakantieperiode in omstandigheden waardoor de ontdekking van de oproepingsbrief opzettelijk wordt bemoeilijkt (Antwerpen 1 december 2016, *TRV-RPS* 2017, 497).

Over de nietigverklaring van besluiten van het bestuursorgaan, zie S. DE DIER, “Nietigheid van bestuursbesluiten in een vennootschap : naar een gecontroleerde ontploffing”, *RW* 2016-17, 683, en in vergelijking met de pauliaanse vordering, *Idem*, “Pauliaanse vordering en nietigheidsvordering tegen vennootschapsbesluiten met externe werking : aan elkaar gewaagd”, *TPR* 2016, 1237.

De vordering tot nietigverklaring wordt, op straffe van verval, ingesteld binnen een termijn van zes maanden te rekenen vanaf de dag waarop het betrokken besluit kan worden tegengeworpen aan diegene die de nietigheid vordert of vanaf de dag waarop hij kennis ervan heeft gekregen (art. 198, § 2, derde lid W.Venn.). De termijn van zes maanden is op straffe van verval bepaald. De korte vervaltermijn loopt niet als de algemene vergadering tot een statutenwijziging besluit die een bepaling van dwingend recht of de openbare orde schendt (V. SIMONART, “L’ordre public et le droit des sociétés” in *L’ordre public. Concept et applications*, Brussel, Bruylant, 1995, 105; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 696-697). Volgens een andere visie zou deze vervaltermijn niet gelden voor statutenwijzigingen. Aldus als een statutenwijziging niet bij authentieke akte is verleden terwijl de wet dit oplegt (Rb. Namur (afd. Namur) 21 september 2015, *JDSC* 2016, 81). Dan zou de tienjarige verjaring gelden. Het is onduidelijk op grond waarvan dit onderscheid kan worden gemaakt. Hooguit kan worden voorgehouden dat het ontbreken van de authentieke akte de statutenwijziging blijvend aantast, maar dan verjaart ze niet zolang ze niet is geregulariseerd (W. VAN GERVEN, *Algemeen deel* in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, SWU, 1969, 442).

19. De vennoot die zijn stemrecht misbruikt, schendt zijn contractuele verplichting te goeder trouw te handelen. Hij kan hierop door de andere vennoten worden aangesproken. In welke mate de rechter bij misbruik van stemrecht zich in de plaats kan stellen van de vennoot en oordelen dat de sanctie erin bestaat het stemrecht uit te oefenen in de zin die de goede trouw gebiedt, zie S. DE REY, “Plaatsvervangende uitspraak bij misbruik van stemrecht in de algemene vergadering : mogelijkheden en grenzen”, *TRV-RPS* 2016, 523.

Vertegenwoordiging

20. 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 moeten duidelijk aangeven dat ze namens de vennootschap handelen (art. 62 W.Venn.). Indien het bestuurslid niet uitdrukkelijk of stilzwijgend aangeeft dat hij namens de vennootschap handelt, handelt hij in eigen naam en is hij persoonlijk gehouden. De feitenrechter beoordeelt dit soeverein in functie van de omstandigheden (Mons 29 oktober 2015, *DAOR* 2016/118, 96). Zo ook bij een offerte voor een overheidsopdracht (RvS 23 februari 2017, *Arr. RvS* 2017, XII-8303). Indien het bewijs niet wordt aangebracht,

en het bestuurslid in eigen naam handelt, is hij persoonlijk gehouden, en is de derde te goeder trouw geen rechtshandeling met de vennootschap aangegaan (Kh. Gent 26 mei 2016, *TGR* 2016, 382; ook aangehaald in randnr. 44). Dit is ook het geval indien de bestuurder met vermelding van zijn hoedanigheid tekent zonder de vennootschap te vermelden en uit de omstandigheden blijkt dat hij zich persoonlijk wilde verbinden (Antwerpen 5 november 2015, *NjW* 2017, 147, noot J. WAELKENS, “Geldigheid van wisselbrief waar tekst aan toegevoegd is”).

21. Aan de tegenwerpelijheid van de statutaire en wettelijke beperkingen aan de vertegenwoordiging wordt door de vertrouwensleer paal en perk gesteld. Derden die met de vennootschap handelen, mogen in geval van een (aan de vennootschap toe te schrijven) schijn omtrent de vertegenwoordiging erop vertrouwen dat deze schijn aan de werkelijkheid beantwoordt. De statutaire afbakening van bevoegdheden kan in beginsel worden tegengeworpen, maar als, niettegenstaande de openbaarmaking, de vennootschap de indruk doet ontstaan dat zij hiervan afwijkt, kan een derde te goeder trouw hierop vertrouwen. Voor een stap verder waarin de schijnvertegenwoordiging als regel geldt ter bescherming van derden te goeder trouw, en enkel kan worden doorbroken in geval van kwade trouw in hoofde van de derde-contractspartij, zie S. DE DIER, “Pauliaanse vordering en nietigheidsvordering tegen vennootschapsbesluiten met externe werking : aan elkaar gewaagd”, *TPR* 2016, 1269 e.v. Hij pleit voor een omkering van de bewijslast; het is aan de vennootschap om aan te tonen dat de derde niet kon zijn misleid (1271); hij steunt zijn standpunt op de gedachte dat onbevoegde vennootschapsbeslissingen enkel de interne werking van de vennootschap betreffen, en dat derden te goeder trouw enkel moeten rekening houden met de rechtshandelingen die de vennootschap in uitvoering van deze interne beslissingen stelt. Dit sluit nauw aan bij de gedachte dat elk orgaan de vennootschap kan verbinden ongeacht de interne bevoegdheidsbeperkingen. Het mooie van deze opvatting is dat de orgaantheorie nog meer tot haar recht komt : organen zijn dan werkelijk ledematen, hun handelen verbindt de vennootschap zelfs al mochten ze deze handeling niet stellen.

Transparantie en controle

Jaarrekening

22. Een goedgekeurde jaarrekening is definitief. Indien echter een vergissing in de boekhouding is gemaakt, kan de jaarrekening worden gecorrigeerd. Dit kan als gevolg hebben dat de belastingaangifte

moet worden aangepast. Dat de vergissing bewust is gemaakt, doet aan het voorgaande geen afbreuk. Dit is enkel anders als de boeking het gevolg is van een beleidsbeslissing binnen de grenzen van de wet die een keuze laat. Boeken en waarderingen die het gevolg zijn van een eerder genomen beleidsbeslissing zijn dan definitief, ook al zijn ze onoordeelkundig of lichtzinnig genomen (Cass. 10 maart 2016, *TBH* 2016, 704). In dat geval kan niet meer op deze beslissing worden teruggekomen (Brussel 15 april 2002, *DAOR* 2002/63, 295; Brussel 31 maart 1987, *TRV* 1988, 158, noot S. VAN CROMBRUGGE; Rb. Brussel 30 mei 2014, *FJF* 2014, 1009), zelfs indien men pas later beseft wat de (fiscale) gevolgen zijn (Brussel 10 maart 1992, *TRV* 1992, 251, noot; Brussel 6 oktober 1987, *Fisc.Koer.* 1987, 446).

Een wijziging van de jaarrekening na goedkeuring kan geen afbreuk doen aan de verworven rechten van derden. In geval van belangrijke wijzigingen moet de jaarrekening opnieuw door de algemene vergadering worden goedgekeurd, die daartoe moet worden bijeengeroepen. Zij doet dit op voorstel van het bestuursorgaan dat de wijzigingen toelicht (Liège 25 februari 2016, *DAOR* 2016/119, 68). In dit arrest wordt ook bevestigd in overeenstemming met de gevestigde rechtspraak, dat de jaarrekening aan de bestuurders die ze in ontwerp hebben opgesteld, kan worden tegengeworpen.

Onderzoeks- en controlebevoegdheid

23. Indien geen commissaris werd benoemd, heeft elke vennoot een onderzoeks- en controlebevoegdheid (art. 166 W.Venn.). Dit recht is aan de vennoot voorbehouden. Er wordt gepleit om dit recht ook aan de pandhouder van aandelen en de op de aandelen beslagleggende schuldeiser toe te kennen indien ze een opeisbare vordering op de vennoot hebben. Tevens zou het recht om een deskundige aan te stellen (art. 168 W.Venn.) aan deze schuldeisers moeten toekomen. Dit zal de waarde van de aandelen als onderliggend pand doen toenemen (P. MALHERBE, “Proposition de loi modifiant le Code des sociétés pour améliorer l’information du créancier gagiste ou saisissant sur les valeurs des actions gagées ou saisies”, *TRV-RPS* 2016, 821).

De individuele onderzoeks- en controlebevoegdheid laat de vennoot toe om op de vennootschapszetel inzage te nemen van de boekhouding met het oog op de controle “op de financiële toestand, op de jaarrekening en op de regelmatigheid, ten aanzien van dit wetboek en de statuten, van de in de jaarrekening weergegeven verrichtingen” (art. 142 W.Venn.), om alzo met kennis van zaken de jaarrekening te be-

spreken en goed te keuren (H. BRAECKMANS, “Conflicten in vennootschappen en het Wetboek van Vennootschappen; de vlag dekt niet de lading”, *TPR* 2010, 1621). Deze bevoegdheid krijgt dezelfde invulling als de taak van de commissaris. Zij kan enkel met voormeld doel worden aangewend. Dit houdt volgens een bepaalde visie in dat het onderzoeksrecht enkel kan worden uitgeoefend met betrekking tot de boekhouding voor een jaar waarvoor de jaarrekening nog niet werd goedgekeurd, tenzij in de mate dat de boekhouding van de andere jaren van belang is voor de beoordeling van de jaarrekening die voorligt (P. VANDEPITTE en J.M. GOLLIER, “De individuele controlebevoegdheid van de vennoot in kleine en middelgrote vennootschappen : enkele beschouwingen” (noot onder KG Kh. Brussel 20 december 1988, *TRV* 1990, 575). Dit is alvast het standpunt van een belangrijk deel van de rechtspraak (KG Kh. Brussel 20 december 1988, *TRV* 1990, 571, noot; KG Kh. Brussel 13 oktober 1988, *TRV* 1989, 220; KG Kh. Brussel 27 september 1988, *TRV* 1989, 223, noot P. VANDEPITTE en J.M. GOLLIER). Recente rechtspraak lijkt zich hier niet in te kunnen vinden (Kh. Liège 17 november 2015, *TRV-RPS* 2016, 1136, noot H. FICHEFET en N. KONINGS, “Le pouvoir d’investigation de l’associé et l’interdiction de concurrence dans le chef du gérant”; *DAOR* 2016/119, 43, noot E. LANCKSWEERDT, “Het stimuleren van bemiddeling door de rechtbank van koophandel : waarom en onder welke voorwaarden” (ook aangehaald in randnr. 63); KG Kh. Dendermonde 1 maart 1989, *TRV* 1989, 223, noot K. GEENS).

Voor een algemene bespreking van het individuele onderzoeks- en controlerecht van de vennoot en de rol van de accountant hierin, zie : M. ROELANTS, “Specifieke Kwesties in het Vennootschapsrecht”, *Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek*, Mechelen, Kluwer, december 2016, IV.4-5 t.e.m. IV.4-12.

Deskundigenonderzoek

24. Het Wetboek van vennootschappen heeft voor alle vennootschapsvormen een regeling uitgewerkt die de vennoten, die een minimaal percentage van aandelen bezitten, toelaten om zich, in geval van gevaar voor de vennootschap, tot de rechtbank te richten. Op verzoek van één of meer vennoten, die ten minste 1 % vertegenwoordigen van het geheel van de stemmen of die effecten, die een gedeelte van het kapitaal gelijk aan ten minste 1.250.000 euro vertegenwoordigen, aanhouden, kan de rechtbank van koophandel één of meer deskundigen aanstellen om de boeken en de rekeningen van de vennootschap na te zien (art. 168 W.Venn.).

De rechter stelt enkel een deskundige aan als de verzoekende vennoten aantonen dat er aanwijzingen zijn dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen (aldus de woorden, gebezigd in artikel 168 W.Venn.). Een-voudige vermoedens volstaan niet (Kh. Liège 22 december 1922, *Pas.* 1923, III, 108). De aanwijzingen moeten op het eerste gezicht aangeven dat de vennootschapsbelangen op ernstige wijze in gevaar zijn of dreigen te zijn; dat de belangen van een individuele vennoot in gevaar zijn volstaat niet. De door de wet vereiste aanwijzingen zien op alle handelingen, verzuimen of nalatigheden die de belangen van de vennootschap ernstig kunnen schaden; een overtreding van de wet of de statuten is niet nodig (Kh. Dendermonde 20 februari 2014, *DAOR* 2015/3, 24, noot N. DELANG; *JDSC* 2016, 177; *RABG* 2017, 644, noot T. MERTENS en A. LECOMTE, “Het deskundigenonderzoek en het subsidiariteitsbeginsel in het vennootschapsrecht : concepten in balans” en *RW* 2014-15, 988; ook aangehaald in randnr. 37). Het kan worden gevraagd, zelfs indien de eiser voordien zijn individueel onderzoeks- en controlerecht heeft uitgeoefend. Maar indien, aldus voormeld vonnis, hij zijn onderzoeks- en controlerecht nog niet heeft uitgeoefend en hij de informatie via deze weg kan bekomen, verstoort een deskundigenonderzoek onnodig de werking van de vennootschap.

Voor een bespreking van o.m. de vereiste van belang en andere procedurele aspecten in verband met de aanstelling van de vennootschapsrechtelijke deskundige, zie : M. ROELANTS, “Specifieke Kwesties in het Vennootschapsrecht”, *Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek*, Mechelen, Kluwer, december 2016, IV.4-13 t.e.m. IV.4-21.

Ontbinding en vereffening

Gerechtelijke ontbinding van slapende vennootschappen

25. Artikel 182 W.Venn. dat de ontbinding van slapende vennootschappen regelt, werd herschreven door de wet van 17 mei 2017 tot wijziging van diverse wetten met het oog op de aanvulling van de gerechtelijke ontbindingsprocedure van vennootschappen (zie randnr. 1).

In de nieuwe regeling kan een vennootschap worden ontbonden van zodra ze nalaat haar jaarrekening binnen de zeven maanden na afloop van het boekjaar neer te leggen. In de oude regeling was ontbinding enkel mogelijk indien ze nalaat haar jaarrekening neer te leggen gedurende drie opeenvolgende boekjaren (art. 182 W.Venn.; art. 574, 10° Ger.W.). Onder

de oude regeling was de gerechtelijke ontbinding geen sanctie, wel deel van een schoonmaakoperatie, omdat wordt vermoed dat de vennootschap niet meer actief is. Indien wordt aangetoond dat zij niet meer slaapt, kan de rechter de ontbinding niet uitspreken. Indien een vordering tot ontbinding wordt ingeleid, kan de vennootschap, lopende het proces, haar toestand in orde brengen; de ontbinding wordt niet uitgesproken indien dit vóór de uitspraak is gebeurd (art. 182, § 1 W.Venn.). De rechter die lopende het proces vaststelt dat regularisatie nog mogelijk is, spreekt geen ontbinding uit. De regularisatie is immers mogelijk tot de dag van de uitspraak. Ook is er dan slechts grond voor ontbinding indien uit het dossier blijkt dat door de vennoten niet alles in het werk werd gesteld om de jaarrekening te laten goedkeuren (Gent 20 juni 2016, *RABG* 2017, 675; *RW* 2016-17, 422). Het mag worden aangenomen dat het opruimen van inactieve vennootschappen nog altijd de beweegreden is voor de mogelijkheid van ontbinding wegens niet-neerlegging van de jaarrekening. Regularisatie is daarom nog steeds aangewezen als de vennootschap blijkt actief te zijn. Zij draagt dan wel de kosten van de procedure.

Benoeming vereffenaar

26. 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.). De bevestiging van de benoeming wordt geweigerd indien er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat de voorgestelde vereffenaar de vereffening niet in het belang van de vennootschap zal voeren maar enkel om zich te beschermen tegen betwistingen over zijn persoonlijke aansprakelijkheid als gewezen bestuurder van de ontbonden vennootschap (Liège 27 september 2016, *TRV-RPS* 2017, 508, noot). Hij voldoet niet als hij bij het gerecht bekend staat voor handelingen met frauduleus of deloyaal karakter (Voorz. Kh. Liège (afd. Liège) 18 oktober 2016, *TRV-RPS* 2017, 502, noot M. LEMAL, “De quelques difficultés liées à la confirmation de la nomination du liquidateur”; ook besproken in randnr. 80). Indien een vennoot zich verzet tegen de bevestiging van de benoeming omwille van voormelde redenen, moet hij het bewijs ervan aanbrengen (Voorz. Kh. Liège (afd. Liège) 24 november 2015, *TRV-RPS* 2017, 512, noot).

Indien de voorzitter de vereffenaar niet bevestigt of niet homologeert, wijst hij één van de door de ven-

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

Geen benoeming van vereffenaars

27. Indien de vennootschap wordt ontbonden zonder dat een vereffenaar wordt benoemd, worden de bestuurders ten aanzien van derden als vereffenaars beschouwd (art. 185, eerste lid W.Venn.). De bestuursleden zijn niet benoemd tot vereffenaar. Hun mandaat heeft een einde genomen bij de ontbinding. Dit houdt onder meer in dat ze niet meer namens de vennootschap kunnen optreden. Een belangrijk gevolg van deze regel is dat ze niet bevoegd zijn om een vordering namens de vennootschap in te stellen (Mons 31 oktober 2013, *JDSC* 2016, 21, noot M. LEMAL, “Considérations sur l’article 185 du Code des sociétés”; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV* 2015, 518, nr. 26).

Intrekking ontbinding - gevolgen

28. 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.). In de vorige kroniek werd gewag gemaakt van het arrest van 28 mei 2015 van het hof van beroep van Antwerpen dat besliste dat, krachtens artikel 1398 Ger.W., diegene die het vonnis uitvoert, instaat voor de schade die hierdoor ontstaat indien dit vonnis nadien wordt vernietigd, en dat de vereffenaar die op eigen initiatief handelde zonder de uitkomst van het hoger beroep af te wachten, bijgevolg aansprakelijk is ten aanzien van de vennootschap (*TRV-RPS* 2016, 717-718, randnr. 38). Dit arrest werd vernietigd door

het Hof van Cassatie omdat artikel 1398 Ger.W. zich enkel tot de partijen richt, en niet tot derden; de vereffenaar is een derde (Cass. 28 oktober 2016, *TRV-RPS* 2017, 173, noot J. VAN EETVELDE en J. VANAN-ROYE, “Trekt de hervorming in hoger beroep van een gerechtelijke ontbinding het tapijt weg onder de vereffenaar?”; *RW* 2016-17, 1618). De vereffenaar is enkel aansprakelijk als in zijn hoofde een fout wordt aangetoond.

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.). Voor rechtspersonen, zoals vennootschappen, ziet de staat op hun bestaan in een bepaalde rechtsvorm (vennootschapsvorm) en hun rechtsbekwaamheid (bv. de wettelijke specialiteit) (D. VAN GERVEN, “De staat van de rechtspersoon”, *TRV-RPS* 2016, 1025). De gerechtelijke ontbinding valt 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. Niet iedereen deelt deze mening (aldus niet, J. VAN EETVELDE en J. VANAN-ROYE, “Trekt de hervorming in hoger beroep van een gerechtelijke ontbinding het tapijt weg onder de vereffenaar” (noot onder Cass. 28 oktober 2016), *TRV-RPS* 2017, 178). Zij menen dat het vonnis van ontbinding uitvoerbaar is en de vereffenaar reeds met zijn werkzaamheden een aanvang kan nemen. Dan bestaat wel het risico dat de beroepsrechter de ontbinding vernietigt, wat tot een onmogelijke toestand aanleiding geeft, want de ondertussen verrichte vereffeningswerkzaamheden moeten ongedaan worden gemaakt (A. FETWEISS, *Manuel de procédure civile*, Fac. dr. Liège, Liège, 1987, 604; K. BROECKX, “Risicoaansprakelijkheid bij voorlopige tenuitvoerlegging” (noot onder Cass. 7 april 1995), *RW* 1995-96, 186). Om deze reden al kan deze andere opvatting

niet worden bijgetreden. De door deze annotatoren aangeboden oplossing dat het beroepsarrest enkel voor de toekomst werkt omdat het een constitutieve uitspraak is, vindt geen steun in het Gerechtelijk Wetboek; ook in dat geval zal bij vernietiging in hoger beroep het eerste vonnis worden ongedaan gemaakt en dus met terugwerkende kracht verdwijnen (art. 26 Ger.W.; zie bv. Cass. 3 november 2011, *Pas.* 2011, 2425).

Samenloop

29. 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, buiten juridische verknochtheid, 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). In geval van een achtergestelde lening van de zaakvoerder die ook gelden uit rekening-courant aan de vennootschap is verschuldigd (zonder dat beiden juridisch verknocht zijn), moet de zaakvoerder aantonen dat deze lening vóór de ontbinding opeisbaar is geworden, zo niet kan hij geen schuldvergelijking inroepen (Kh. Gent (afd. Oostende) 7 april 2016, *TGR* 2017, 48).

Deficitaire vereffening

30. Voor aangifte van faillissement moeten, benevens het handelaarschap, twee voorwaarden zijn vervuld : de vennootschap is op duurzame wijze opgehouden met betalen en haar krediet is geschokt (art. 2 Faill.W.). Deze voorwaarden worden beoordeeld op de datum van faillietverklaring, ook al mag de rechter rekening houden met feiten die dateren van na het faillissement als deze een ander of beter licht werpen op de vervulling van de voormelde voorwaarden (Antwerpen 30 april 2015, *NjW* 2016, 165, noot J. WAELKENS, “Bevoegdheid gedelegeerd bestuurder van een vennootschap”; S. BRIJS en R. LINDEMANS, “Kroniek insolventierecht 2015-2016”, *TRV-RPS* 2017, 313, randnr. 60).

De tweede voorwaarde, het wankelen van het krediet, wordt ingevuld rekening houdend met de hou-

ding van de schuldeisers. Indien de vereffening het vertrouwen heeft van alle of een zeer belangrijk deel van de schuldeisers en op een correcte en voor de schuldeisers transparante wijze zonder fraude wordt afgewikkeld - zodat hun vertrouwen niet wordt beschaamd - wankelt het krediet niet (Gent 1 juni 2015, *TRV-RPS* 2016, 1122, noot J. VAN EETVELDE, "Het oneigenlijk gebruik van het faillissement als deficitaire vereffeningprocedure").

Afsluiting van de vereffening

31. Door de afsluiting van de vereffening verdwijnt de rechtspersoon. Wel is het nog mogelijk tot verjaring van de vorderingen door vijf jaar, zich tegen de vereffenaar *qualitate qua*, dit is in zijn hoedanigheid van vereffenaar van de vennootschap, te keren. Dit veronderstelt natuurlijk dat er nog vennootschapsactiva overblijven, en niet alles werd aangewend om de schuldeisers te betalen of aan de vennoten werd uitgekeerd. Indien er niets meer is, kan de schuldeiser niet uitvoeren op het persoonlijk vermogen van de vereffenaar. Hij kan dan nog enkel de nietigverklaring van de afsluiting vorderen wegens bedrog of de pauliaanse vordering instellen om de verdeling hem niet tegenwerpelijk te horen verklaren (Gent 18 april 2016, *RW* 2016-17, 1628).

De vennootschap kan na de afsluiting van de vereffening niet meer in rechte optreden. De vereffenaar heeft bij gebreke van opdrachtgever geen mandaat meer om de vennootschap te vertegenwoordigen. Zijn opdracht houdt op met de afsluiting van de vereffening (D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 952-953). De vennootschap kan zich wel verder verdedigen tegen gerechtelijke acties die na de afsluiting van de vereffening tegen de vennootschap worden ingesteld door middel van haar vereffenaar die in deze hoedanigheid of *qualitate qua* of, bij gebreke van vereffenaar, door de bestuurders *qualitate qua* die dan, ten aanzien van derden, als vereffenaar worden aangemerkt (art. 185 W.Venn.). Aldus kan de vereffenaar *qualitate qua* bezwaar aantekenen tegen een inkohiering van belastingen na afsluiting van de vereffening en desgevallend hiertegen in recht optreden; dit staat gelijk met een verweer om een vordering af te weren (Antwerpen 5 januari 2016, *FJF* 2017, 80). Dit is in lijn met de gevestigde rechtspraak (Cass. 8 november 1960, *Pas.* 1961, I, 252; Brussel 19 oktober 2006, *Fiscoloog* 2007/1055, 7-8, noot M. ROELANTS en D. VAN GERVEN, "Kan een vereffende vennootschap nog optreden tegen de fiscus?"; Liège 2 december 2009, *FJF* 2010, 1173; *JDSC* 2011, 228).

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid

Algemeen

32. Krachtens artikel 5 Sw. kan een rechtspersoon strafrechtelijk verantwoordelijk worden gehouden voor misdrijven die hetzij een intrinsiek verband hebben met de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen, of voor misdrijven die, zoals blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening werden gepleegd (art. 5 Sw). Bovendien moet schuld (onachtzaamheid of opzet) worden aangetoond. Dit is het moreel bestanddeel. Wordt dit niet aangetoond, dan kunnen enkel de natuurlijke personen, die het misdrijf hebben gepleegd, worden vervolgd en veroordeeld (zie voor een bespreking, H. VAN BAVEL, "De strafrechtelijke aansprakelijkheid van vennootschappen en leidinggevend", *T.Strafr.* 2017, 3, die ook ingaat op de wijzigingen die aan de strafrechtelijke verantwoordelijkheid zouden worden aangebracht in het kader van de hervorming van het strafrecht die op til staat en is uitgewerkt door de Commissie voor de Hervorming van het Strafwetboek).

Voor de beoordeling van de schuld kan rekening worden gehouden met de gedragingen van de bestuurders. In een eenpersoonsvennootschap mag daarbij rekening worden gehouden met de gedragingen van de enige zaakvoerder die ook de vennoot is (Cass. 3 maart 2015, *JDSC* 2016, 35, noot M. COIPEL; al aangehaald en besproken in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 718, nr. 40).

Een vennootschap kan enkel voor strafbare deelneming (in de zin van art. 66 Sw.) worden vervolgd indien in hoofde van deze rechtspersoon een positieve daad van deelneming aan het misdrijf of een als zodanig geldend verzuim vaststaat en dat deze vennootschap handelt met het vereiste deelnemingsopzet of onachtzaam is geweest (Cass. 29 december 2015, *RW* 2016-17, 1347, noot).

Het is echter niet nodig dat het misdrijf door een orgaan wordt gepleegd; ook een lasthebber of een aangestelde kan een misdrijf voor de vennootschap plegen (Mons 10 februari 2016, *Dr.pén.entr.* 2017, 75, noot C.-E. CLESSE).

33. Indien de rechtspersoon uitsluitend wegens het optreden van een nader bepaalde natuurlijke persoon verantwoordelijk wordt gehouden, wordt enkel diegene aan wie de zwaarste fout wordt toegeschreven, veroordeeld (dus ofwel de rechtspersoon, ofwel de natuurlijke persoon). Dit is een grond tot strafuitsluiting ten voordele van de persoon die de minst zware fout heeft gepleegd. Indien de natuurlijke per-

soon het misdrijf wetens en willens heeft gepleegd, geldt de strafuitsluitingsgrond niet, en kunnen beiden samen worden veroordeeld (art. 5, tweede lid Sw.). De gepleegde fouten moeten niet gelijkaardig zijn, maar wel nauw met elkaar zijn verbonden om van de strafuitsluitende grond te kunnen genieten. Er is geen bezwaar dat in hoofde van de persoon die de lichtste fout heeft gepleegd het misdrijf wordt vastgesteld, als hij maar niet wordt veroordeeld (Cass. 25 mei 2016, *Dr.pén.entr.* 2016, 307, concl. contr. adv.-gen. NOLET DE BRAUWERE). Bij overlijden van een kind als gevolg van een gebrekkig toezicht is de fout van de directeur die niet alleen verantwoordelijk is voor de organisatie en controle van de activiteiten en in het bijzonder de veiligheid minder zwaar dan die van de vennootschap (Mons 5 november 2015, *JDSC* 2016, 193, noot M.A. DELVAUX; *Rev.dr.pén.* 2016, 845).

Indien bijgevolg het misdrijf wetens en willens is gepleegd voor rekening van de rechtspersoon door een natuurlijke persoon, kan de natuurlijke persoon niet genieten van de strafuitsluitingsgrond (zie vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 718, randnr. 40). De rechtspersoon *moet* in ieder geval worden veroordeeld. Dit blijkt uit de bewoordingen van artikel 5 dat in het tweede lid bepaalt dat de natuurlijke persoon samen met de rechtspersoon kan worden veroordeeld. Het is dus niet zo dat de rechtspersoon samen met de natuurlijke persoon *kan* worden veroordeeld (Cass. 6 mei 2015, *Dr.pén.entr.* 2016, 265, concl. adv.-gen. VANDERMEERSCH).

Strafregister voor rechtspersonen

34. In 2016 is een bijzonder strafregister voor rechtspersonen ingevoerd. Het Wetboek van Strafvordering is aangepast door de wet van 25 december 2016 (*BS* 30 december 2016) om duidelijk te maken dat ook straffen opgelegd aan rechtspersonen in het strafregister moeten worden opgenomen. De aan de rechtspersoon opgelegde straf wordt nu opgenomen in het Centraal Strafregister (art. 590 Sv.). De correctionele en criminele straffen worden bij uittreksel overgemaakt aan de griffie van de rechtbank van koophandel waar het dossier van de vennootschap wordt bijgehouden om daar te worden neergelegd (art. 592 Sv.). De vennootschap kan via een persoon die bevoegd is om haar te vertegenwoordigen een uittreksel bekomen met een overzicht van de in het strafregister opgenomen informatie (art. 595 Sv.).

Politiestraffen worden na drie jaar uitgewist te rekenen van de dag van de definitieve rechterlijke beslissing waarbij zij zijn uitgesproken (art. 619 Sv.); dit heeft herstel in eer en rechten tot gevolg (art. 620 Sv.). Voor andere straffen kan de vennootschap her-

stel in eer en rechten vragen overeenkomstig de bepalingen van artikel 621 e.v. van het Wetboek van Strafvordering.

Lasthebber ad hoc

35. In overeenstemming met artikel 2*bis* van de Voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, wordt, in geval van een belangenconflict tussen de vennootschap en de personen die haar bestuursorgaan bemannen omdat ze ook worden vervolgd, een lasthebber *ad hoc* aangesteld als dezelfde of samenhangende feiten worden verweten aan de vennootschap en de natuurlijke persoon die bevoegd is om deze rechtspersoon in rechte te vertegenwoordigen. Indien er echter geen risico is van belangentegenstelling is er geen reden om een lasthebber *ad hoc* aan te stellen. Dit doet zich voor indien de vennootschap die samen met haar bestuurders wordt vervolgd in vereffening is gesteld en van dan af door een vereffenaar die niet wordt vervolgd, wordt vertegenwoordigd (Liège 24 november 2016, *Dr.pén.entr.* 2017, 125, noot J. CASTIAUX, “Le tribunal doit-il désigner un mandataire *ad hoc* ? Quid en cas de faillite et de liquidation ?”).

De lasthebber is alleen bevoegd om namens de vennootschap alle rechtsmiddelen aan te wenden met inbegrip van het cassatieberoep, en afstand te doen van de tegen de vennootschap ingestelde rechtsmiddelen (Cass. 6 september 2016, *RABG* 2017, 51, noot P. WAETERINCKX, “Het aanwenden van rechtsmiddelen voor de rechtspersoon door de lasthebber *ad hoc*, een verdere verfijning van de rechtspraak van het Hof van Cassatie”). In deze zaak had de kortgedingrechter het mandaat van de lasthebber *ad hoc* met betrekking tot het instellen van het cassatieberoep opgeheven, zodat het bestuursorgaan het cassatieberoep kon instellen. Deze opheffing was beperkt tot dit rechtsmiddel zodat, aldus het hof, nadien de lasthebber *ad hoc* voor alle andere rechtsmiddelen terug alleen bevoegd is.

Omgekeerd moet een rechtsmiddel, zoals een cassatieberoep aan de lasthebber *ad hoc* als enig bevoegd orgaan worden betekend (Cass. 15 juni 2016, *Dr.pén.entr.* 2017, 119, noot J. CASTIAUX, “Le rôle et les pouvoirs du mandataire *ad hoc*”; *Rev.dr.pén.* 2017, 295, noot V. TRUILLET, “Le mandataire *ad hoc*, représentant incontournable de la personne morale poursuivie”). In dit arrest beslist het Hof van Cassatie dat een betekening van een rechtsmiddel ingesteld tegen de vennootschap vertegenwoordigd door een lasthebber *ad hoc* enkel rechtsgeldig aan deze laatste kan worden betekend. Deze rechtspraak lijkt ingegeven door de noodzaak de lasthebber *ad hoc*, die van

buitenaf wordt opgelegd en derhalve niet werkzaam is in de lokalen van de vennootschap waar de bestuurders, die ook worden vervolgd, de vennootschap verder besturen, in te lichten van het rechtsmiddel dat wordt ingesteld. Zie voor een kritische bespreking, V. TRUILLET, in haar noot onder voormeld cassatiearrest van 15 juni 2016, *Rev.dr.pén.* 2017, 304 e.v.

De lasthebber *ad hoc* kan een advocaat aanwijzen om de rechtspersoon in rechte te vertegenwoordigen. Hij kan voor het cassatieberoep dezelfde advocaat als die van de bestuurders mandateren als hij meent dat er geen gevaar van tegenstrijdigheid van belangen bestaat. Deze beslissing moet blijken uit de stukken die aan het Hof van Cassatie worden voorgelegd, zo niet is de memorie tot staving van het cassatieberoep niet ontvankelijk (Cass. 13 oktober 2015, *RW* 2016-17, 707).

De lasthebber kan zich niet tot de Staat richten als hij niet door de vennootschap wordt betaald (GwH 11 juni 2015, *TRV-RPS* 2017, 478, noot P. WAETERINCKX, “De kosten en erelonen van de lasthebber *ad hoc*. Dwingt het Grondwettelijk Hof de wetgever eindelijk tot de broodnodige (lieft integrale) wijziging van artikel 2bis V.T.Sv.?”; *JLMB* 2015, 1245; aangehaald en besproken in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 720, randnr. 44). Hij moet er dus op toezien tijdig te worden geprovisioneerd. Wel werd geoordeeld dat de Staat, in het licht van artikel 6 EVRM, moet zorgen voor de vergoeding van lasthebbers *ad hoc* die vennootschappen vertegenwoordigen die insolvent zijn; zo niet zijn deze vennootschappen niet in staat om zich te verdedigen. De Staat moet een dergelijk mechanisme van kosteloze rechtsbijstand uitwerken; de beperking van de juridische bijstand tot natuurlijke personen (art. 508/1 Ger.W.) strijdt met het gelijkheidsbeginsel (GwH 17 november 2016, *TRV-RPS* 2017, 469, noot; *Dr.pén.ent.* 2017, 113; *JLMB* 2017, 175; *NjW* 2017, 25, noot M. HORSEEELE, “Honorarium en kosten van lasthebber *ad hoc*”; *Rev.dr.pén.* 2017, 285; *RW* 2016-17, 1347, noot).

De vennootschap in proces

Recht op een eerlijk proces

36. Een vennootschap heeft zoals elk rechtssubject recht op een eerlijk proces (gewaarborgd door artikel 6 EVRM; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 1115-1116, nr. 536). Dit houdt onder meer in dat zij recht heeft op kosteloze juridische bijstand in strafzaken als zij niet de nodige inkomsten heeft om een raadsman te betalen (zie randnr. 35 *in fine*). De ven-

nootschap die geen inkomsten heeft, kan zich richten tot het bureau van juridische bijstand. Buiten een insolventieprocedure moet de vennootschap hiervoor aantonen dat haar actief ontoereikend is om de kosten van de procedure die ze wil instellen te dragen. Dat de vennootschap verlieslatend is of dat haar kapitaal tot onder het wettelijk minimum is gedaald volstaat niet (Cass. 12 februari 2015, *JT* 2017, 318).

Bevoegde rechtbank - scheidsgerecht

37. 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 een van de partijen een vennootschap is die werd opgericht met het oog op de uitoefening van het beroep van advocaat, notaris of gerechtsdeurwaarder*” (art. 574, 1° Ger.W.).

De vordering tot het uitvoeren van een deskundigenonderzoek in toepassing van artikel 168 W.Venn. is een geschil ter zake van een vennootschap; de rechtbank van koophandel is derhalve bevoegd, ook al is de vennootschap van accountants en belastingconsulenten geen handelaar (Kh. Dendermonde 20 februari 2014, *DAOR* 2015/3, 24, noot N. DELANG; *RABG* 2017, 644, noot T. MERTENS en A. LECOMTE, “Het deskundigenonderzoek en het subsidiariteitsbeginsel in het vennootschapsrecht : concepten in balans” en *RW* 2014-15, 988; ook aangehaald in randnr. 24).

38. 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. (laatst 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 gedaan van de oude bevoegdheidsregeling die zich in essentie tot de handelaars beperkte. Het afbakeningscriterium is de onderneming geworden. Voorheen was deze rechtbank enkel bevoegd voor geschillen tussen handelaars. Het handelskarakter van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid wordt bepaald door het statutaire doel.

Eenmaal vastgesteld dat een handel wordt gevoerd, worden alle verbintenissen van de handelaar geacht daden van koophandel te zijn. Dit geldt ook voor de verbintenissen uit onrechtmatige daad (Kh. Gent (afd. Kortrijk) 10 oktober 2016, *TGR* 2017, 34; *TWVR* 2017, 104).

Het overheidsbedrijf dat een economische activiteit ontplooit, is een onderneming (Arrondrb. Limburg 29 juni 2016, *Limb.Rechtsl.* 2017, 35). De VZW die goederen en diensten aanbiedt op een bepaalde markt is dat ook (Arrondrb. Hainaut 11 december 2015, *TBH* 2016, 673, noot J. VANANROYE en K.-J. VAN DORMAEL, “De rechtbank van koophandel is bevoegd voor een vordering tegen een VZW met ondernemingsactiviteiten”; aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 720, nr. 46).

De bestuursopdracht is geen handelsactiviteit. De bestuurder is in het huidige recht ook geen ondernemer, zodat de rechtbank van koophandel niet uit dien hoofde op grond van artikel 573, 1° Ger.W. bevoegd is. Het is de vennootschap die als ondernemer naar buiten treedt in het rechtsverkeer door een economische activiteit te voeren en dus als onderneming kwalificeert; de bestuurder treedt enkel op voor rekening van de vennootschap (Arrondrb. Antwerpen 12 april 2016, *TRV-RPS* 2017, 379, noot; Arrondrb. Antwerpen 10 november 2015, *TRV-RPS* 2017, 381, noot; Arrondrb. Antwerpen 30 juni 2015, *NjW* 2015, 329, noot; *RW* 2015-16, 1395; Arrondrb. Antwerpen 10 maart 2015, *NjW* 2015, 696, noot C. VAN SEVEREN). Ook de vaste vertegenwoordiger van een bestuurder-rechtspersoon is uit dien hoofde geen ondernemer, zelfs niet indien hij voor zijn prestaties wordt vergoed (Arrondrb. Antwerpen 13 oktober 2015, *TRV-RPS* 2017, 383, noot SDD).

De vordering wegens schending van een contractueel verbod van concurrentie opgenomen in een samenwerkingsovereenkomst gesloten tussen een rechtspersoon en de vennootschap waarin de eerste zaakvoerder is, is geen vennootschapsvordering want niet ingesteld wegens slechte uitvoering van het bestuursmandaat, maar een contractuele vordering op grond van een overeenkomst die hiervan losstaat. Bijgevolg geldt artikel 574, 1° Ger.W. niet (Arrondrb. Antwerpen 13 oktober 2015, *l.c.*). Verder oordeelde de rechtbank dat de vordering eveneens op grond van artikel 573 Ger.W. niet tot de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel behoorde, omdat de vordering werd ingesteld tegen de zaakvoerder (en zijn vaste vertegenwoordiger) die uit dien hoofde geen ondernemer zijn. Hierbij mag een vraagteken worden geplaatst. Ofwel is de vordering gesteund op een schending van het bestuursmandaat, en dan is de rechtbank van koophandel

bevoegd ex artikel 574, 1° Ger.W. Ofwel is de vordering gesteund op een samenwerkingsovereenkomst waarin de betrokkene benevens zijn bestuursmandaat diensten aanbiedt, maar dan handelt hij als ondernemer naast het bestuursmandaat, en is de rechtbank van koophandel bevoegd ex artikel 573, 1° Ger.W.

39. De vordering tegen de bestuurder ter zake van de vennootschap op grond van artikel 574, 1° Ger.W. wordt door de rechtbank van koophandel beslecht. Aldus behoort een betwisting omtrent de bestuursaansprakelijkheid tot de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel; dat de schade bestaat uit een niet-betaalde belastingschuld doet hieraan geen afbreuk als de vordering is gesteund op artikel 1382 BW en artikel 528 W.Venn. (Arrondrb. Antwerpen 10 november 2015, aangehaald in vorig randnr.). Ook de aansprakelijkheidsvordering wegens herhaalde niet-betaling van belasting- en BTW-schulden ex artikel 442^{quater} WIB 1992 en artikel 93^{undecies} C BTW-Wetboek wordt door de rechtbank van koophandel beslecht (Arrondrb. Antwerpen 13 november 2015, *TRV-RPS* 2016, 812, noot S. DE GEYTER; ook aangehaald in randnr. 100).

Betekening

40. 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 onbinding 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.). Als echter 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, *JDSC* 2016, 233, noot M. LEMAL; *RABG* 2017, 671; *RW* 2016-17, 220, noot B. VAN DEN BERGH, “De voorlopig bewindvoerder als volwaardig vennootschapsorgaan : procesrechtelijke implicaties voor betekeningen aan de vennootschap in vereffening”; zie ook randnr. 66; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 721, randnr. 47).

Optreden namens juiste partij

41. Een huurovereenkomst wordt gesloten door twee natuurlijke personen, waarbij de verhuurder deze huurovereenkomst heeft opgesteld op briefpapier van zijn vennootschap. De rechter komt tot de vaststelling dat de vennootschap geen partij is tot de huurovereenkomst. Bijgevolg is de invordering van de achterstallige huurgelden door de vennootschap niet ontvankelijk. De overeenkomst van vastgoedbeheer tussen de verhuurder en zijn vennootschap verandert hier niets aan omdat deze geen overdracht van schuldvordering (ten voordele van de vennootschap) inhoudt (Vred. Brugge (4de kanton) 21 januari 2016, *TGR* 2016, 53, noot F. MOEYKENS).

Optreden in rechte - mandaat ad litem

42. Bij afloop van de duur en zelfs bij ontslag of afloop van de opzeggingstermijn, kan een bestuurslid verplicht zijn om in het belang van de vennootschap verder aan te blijven totdat in zijn vervanging is voorzien om de werking van de vennootschap te verzekeren (zie randnr. 82). Dit is in het algemeen het geval wanneer, door zijn vertrek, de werking van de vennootschap onmogelijk wordt, zoals wanneer het betrokken collegiaal bestuursorgaan niet meer geldig is samengesteld omdat het wettelijke of statutaire minimumaantal bestuursleden niet meer aanwezig is, of als hij het enige bestuurslid is en geen ander bestuursorgaan zijn opdracht kan overnemen, zodat de vennootschap bestuurloos achterblijft (D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 608).

De bestuurder voert zijn opdracht verder uit in het belang van de vennootschap in overeenstemming met zijn bestuursovereenkomst; zijn opdracht is niet beperkt tot dringende zaken. Hij moet alles kunnen doen wat nodig is om het bestuur van de vennootschap te verzekeren. Dit omvat onder meer de bevoegdheid om namens de vennootschap in rechte op te treden (Cass. 27 juni 2014, *TRV-RPS* 2017, 214, noot; Brussel 15 oktober 2015, *TRV-RPS* 2016, 617, noot E. LOUIS en T. LE HARDY, “La procédure de réorganisation judiciaire en Belgique, procédure cible en cas de *forum shopping* ? La notion centrale de “COMI” (*center of main interest*)”).

43. 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 om 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 te treden (Vred. Thuin 6 februari 2012, *JJP* 2016, 26, noot E. DE LOPHEM).

Inschrijving in de KBO

44. 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). De vennootschap die wordt afgewezen moet opnieuw dagvaarden. Het is niet mogelijk om tijdens het geschil de inschrijving te regulariseren. Deze sanctie in de mate dat ze niet toelaat om te regulariseren in het hangende geschil werd niet als onevenredig zwaar bevonden (GwH 14 december 2016, *JLMB* 2017, 251).

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). Dit is ook zo als ze niet ingeschreven is voor een activiteit die in het maatschappelijk doel is opgenomen (Gent 13 mei 2015, *DAOR* 2016/117, 92). De exceptie kan enkel worden opgeworpen voor de handelsactiviteit waarvoor de vennootschap niet is ingeschreven (Cass. 9 januari 2017, *RW* 2016-17, 1500).

De niet-inschrijving op het ogenblik van de uitvoering van de activiteit die het voorwerp is van het geschil, is niet bepalend, wel die op het ogenblik van het inleiden van de vordering. Indien de vordering wordt afgewezen, kan de vennootschap na regularisatie opnieuw dagvaarden; dat strijdt niet met het gezag van gewijsde van het vonnis dat de vordering afwijst op grond van deze exceptie (Gent 18 januari 2017, *TGR* 2017, 51, noot).

Het cassatiearrest van 6 februari 2015 dat het arrest van 2 januari 2013 van het hof van beroep te Gent bevestigde dat oordeelde dat de niet-inschrijving in de KBO de overeenkomst van overdracht van de betrokken schuldvordering niet nietig maakt wegens ongeoorloofde oorzaak, werd in de rechtsleer besproken (Cass. 6 februari 2015, *TBH* 2016, 646, noot J. VAN DONINCK en P. TAELEMAN, “De inschrijving in de Kruispuntbank van Ondernemingen als procesvoorschrift”; zie vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016,

722, randnr. 49). Dit standpunt wordt door de lagere rechtspraak bijgetreden (Kh. Gent 26 mei 2016, *TGR* 2016, 382; ook aangehaald in randnr. 20).

45. In het kader van de openbaarheid van bestuur hebben de rechtsonderhorigen via internet op de vrij toegankelijke webstek van de KBO toegang tot een deel van de informatie opgenomen in de Kruispuntbank; ze kunnen deze informatie bekomen door het opvragen van een uittreksel bij het ondernemingsloket (art. III.31 en III.34 WER). Dankzij de wet van 6 juni 2016 kan een uittreksel benevens in de landstalen ook in het Engels worden gevraagd (nieuw § 2 van art. III.35 WER). Hiermee wil de wetgever de administratieve rompslomp voor Belgische ondernemingen die een uittreksel nodig hebben voor buitenlandse contracten of aanbestedingen vermindern. Voorheen moesten deze bedrijven een beëdigde vertaling van het uittreksel laten opmaken (*Parl.St.* Kamer 2015-2016, nr. 1540/1, 3).

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

Hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten van de VOF

46. De beherende vennoten zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap onder firma (art. 204 W.Venn.). Niet alleen is de vennoot aldus aansprakelijk voor de fiscale schulden, maar ook voor de geldboeten die ten laste van de vennootschap worden gelegd (Antwerpen 29 november 2016, *TFR* 2017, 433, noot K. ROELANTS, “Een voor allen, allen voor een = de ene zonder de andere”).

Volgens de huidige rechtspraak van het Hof van Cassatie brengt het faillissement automatisch het faillissement van de onbepaald aansprakelijke vennoten met zich mee (Cass. 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; zie voor bespreking en kritiek, de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 722-723, nr. 52). Het vermogen van de vennootschap moet wel van dat van de vennoten worden onderscheiden. Er ontstaat derhalve niet één boedel, maar verschillende boedels, die van de vennootschap en één voor elke vennoot. Dit is ook zo als het faillissement van allen in hetzelfde vonnis wordt uitgesproken en daarbij dezelfde persoon als curator voor de vereffening van allen wordt aange-

steld. De erelonen van de curator ten laste van de boedel van de vennootschap zijn geen boedelschulden in het faillissement van de vennoten (Kh. Gent (afd. Kortrijk) 30 maart 2016, *TGR* 2017, 42, noot; dit vonnis werd in hoger beroep bevestigd (aldus de noot)).

47. Wanneer een vennoot zijn aandeel in de vennootschap overdraagt, verdwijnt hij uit de vennootschap. Deze overdracht is pas aan derden tegenwerpelijk vanaf de openbaarmaking van de overdracht in de *Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad* (art. 209 W.Venn.). Om de overdracht aan de vennootschap tegen te werpen, wordt deze aan haar ter kennis gebracht of door haar erkend (art. 1690 BW *jo.* art. 209 W.Venn.). Deze tegenwerpelijkheid beschermt de derden die met de vennootschap wegens haar bestaan hebben gehandeld. Derden die uit hoofde van een onrechtmatige daad of een wettelijke verplichting een vordering hebben op de vennootschap, zoals de fiscus op grond van de onbetaalde bedrijfsvoorheffing, behoren hier niet toe; voor hen geldt het gemeen recht (Cass. 2 september 2016, *Rev.not.B.* 2016, 782 (in dat tijdschrift verkeerd gedateerd op 6 september); *TBH* 2016, 874; ook besproken in randnr. 17).

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

48. 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.).

Voor een pleidooi om de wetgeving aan te passen, en de stille vennoot toe te laten zich in het bestuur te mengen en namens de vennootschap op te treden, zie J. VANANROYE, “t Amendement. De commanditair kan uit de kast”, *TRV-RPS* 2016, 628).

Algemene vergadering en beslissing tot uitsluiting in de VOF

49. In de VOF en de Comm.V is de algemene vergadering geen verplicht orgaan. De vennoten kunnen wel een algemene vergadering instellen. Ze regelen de oproeping en besluitvorming in de statuten. De besluiten kunnen nietig worden verklaard voor één

van de gronden vermeld in artikel 64 W.Venn. (Kh. Gent (afd. Ieper) 12 oktober 2015, *RW* 2016-17, 1633; reeds besproken in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 723-724, nr. 55; ook aangehaald in randnr. 4).

In voormeld vonnis werd verder beslist dat 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.

V. Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA)

Algemeen

Starters-BVBA

50. De vennoot van een Starters-BVBA met een kapitaal van 1 euro kan niet aansprakelijk worden gehouden in geval van een faillissement binnen de drie jaar tot betaling van het wettelijk minimumkapitaal, omdat dit niet opeisbaar is (Kh. Brussel 17 december 2013, *JDSC* 2016, 39, noot H. CULOT, “Responsabilité des associés d’une SPRL-Starter”; besproken in de kroniek 2015, *TRV* 2015, 526-527, nr. 50).

Oprichting - kapitaal

Inbreng in kapitaal

51. De inbreng in kapitaal van een goed houdt in dat de vennootschap vanaf dat ogenblik de houder van alle eigendomsrechten op dit goed wordt en er vrij over kan beschikken. Dit is op het ogenblik van de oprichting of nadien bij een kapitaalsverhoging op de dag waarop de algemene vergadering tot kapitaalsverhoging beslist waarbij het goed wordt ingebracht. Deze beslissing wordt bij authentieke akte vastgesteld. Bij inbreng van een pachtovereenkomst, zal de vennootschap vanaf dat ogenblik alle rechten onder de pachtovereenkomst kunnen uitoefenen; de inbreng en de verwerving door de vennootschap van de hoedanigheid van verpachter zijn onmiddellijk tegenwerpelijk aan de pachter; de bekendmaking door neerlegging ter griffie en de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* zijn hiervoor niet vereist omdat een inbreng in natura bij inschrijving moet worden volgestort (art. 305 W.Venn.) en de vennootschap vanaf dat ogenblik eigenaar is geworden. De vennootschap kan dus vóór de bekendmaking de pachtovereenkomst opzeggen (Cass. 1 februari 2016, *JLMB* 2017, 978, concl. conf. adv.-gen. PALUMBO; *TBO* 2017, 129).

Financieel plan

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

Bij de beoordeling van het maatschappelijk kapitaal wordt rekening gehouden met het geheel van financiële middelen waarover de vennootschap kon beschikken om haar doelstellingen te verwezenlijken, ook al is daarvan geen melding gemaakt in het financieel plan. Daarbij houdt hij rekening met de gelden die de vennoten buiten het kapitaal ter beschikking hebben gesteld van de vennootschap (Antwerpen 16 april 2015, *TBH* 2016, 468, noot H. CULOT, “Plan financier et avances d’associé”; zie ook randnr. 92).

Aansprakelijkheid enige vennoot-rechtspersoon

53. De rechtspersoon die enige vennoot is, is hoofdelijk aansprakelijk voor alle verbintenissen aangaan zolang hij de enige vennoot is. Dit is zo als hij de BVBA alleen heeft opgericht en wanneer hij alle aandelen nadien verwerft indien hij, in dat laatste geval, binnen het jaar geen tweede vennoot vindt of de vennootschap niet wordt ontbonden (art. 213, § 2 W.Venn.).

Hieruit volgt dat de vennoot-rechtspersoon gehouden is ten aanzien van alle schuldeisers van de BVBA, maar de omvang van die gehoudenheid is beperkt tot de schulden ontstaan na een bepaalde periode. De curator kan zich keren tegen deze vennoot in het kader van zijn opdracht om de activa van de gefailleerde BVBA te gelde te maken en het provenu te verdelen. De noodzaak van een efficiënte afwikkeling van het faillissement en de gelijke behandeling van de schuldeisers maken dat de curator gerechtigd is dit vorderingsrecht uit te oefenen tegen een derde die moet instaan voor de schulden van de gefailleerde vennootschap wanneer die gehoudenheid bestaat tegenover alle schuldeisers, ook al behoren die vorderingsrechten niet toe aan de gefailleerde vennootschap (Cass. 16 september 2016, *TRV-RPS* 2017, 42, noot R. VERHEYDEN, “Collectieve vordering 2.0 : curator kan enige vennoot aanspreken voor

schulden ontstaan tijdens eenhoofdigheid”; *TBH* 2017, 516, noot D. WILLERMAIN, “Nouveau cas d’action (collective) du curateur : le droit d’agir à l’égard des associés solidairement tenus aux dettes sociales”; ook besproken in randnr. 60). Hiermee sluit het hoogste hof zich aan bij zijn recente rechtspraak in die zin (Cass. 6 december 2012, *TRV* 2013, 710, noot; *JLMB* 2013, 280; Cass. 19 december 2008, *TRV* 2009, 456, noot H. DE WULF. *RCJB* 2013, 399, noot D. VAN GERVEN; *RPS* 2008, 491, concl. conf. adv.-gen. VAN INGELGEM, noot V. SIMONART). Zie voor kritiek op deze rechtspraak de hiervoor aangehaalde rechtsleer die deze rechtspraak annoteert (en ook D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 1014-1015, nr. 482).

Verlies van kapitaal

54. Indien het nettoactief daalt tot beneden het bedrag van EUR 6.200, 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 Starters-BVBA (art. 333 W.Venn.). Met belanghebbende wordt niet enkel verwezen naar een schuldeiser. Anderen, zoals het openbaar ministerie of een concurrent kunnen eveneens belang hebben om de ontbinding te vorderen (K. BAUWENS, “Ontoereikend netto-actief, wie kan de gerechtelijke ontbinding van de vennootschap vorderen?” (noot onder Cass. 2 april 2015), *RABG* 2017, 687; zie de vorige kronieken, *TRV-RPS* 2016, 724, nr. 56; *TRV* 2015, 527, nr. 52 *TRV* 2014, 577, nr. 62; *TRV* 2012, 581, nr. 42; *TRV* 2011, 487, nr. 64). Een daadwerkelijk en rechtmatig belang in de zin van de artikelen 17 en 18 Ger.W. is nodig. De uitschakeling van een concurrent is een rechtmatig belang (Kh. Antwerpen 18 oktober 2016, *TRV-RPS* 2017, 360, noot). Ook een derde die geen schuldeiser is, kan een belang hebben, zoals de kredietinstelling die de bouw van een onroerend goed heeft gefinancierd en die de ontbinding vordert van de vennootschap-huurder van het goed, die in gebreke blijft om de huurgelden te betalen aan de vennootschap-schuldenaar van de kredietinstelling (Mons 12 september 2016, *TRV-RPS* 2017, 355, noot; *TBH* 2017, 552, noot Z. JANSSEN, “Quelques précisions sur les conditions d’application des règles en matière de dissolution pour insuffisance du capital social”). Dit is conform de rechtspraak van het Hof van Cassatie (zie hierover, randnr. 80). Dat het openbaar ministerie deze vordering kan instellen, wordt sinds de wet van 17 mei 2017 (randnr. 1) uitdrukkelijk in artikel 333 opgenomen.

Een rechtmatig belang veronderstelt dat de vordering tot ontbinding noodzakelijk en evenredig is met een

rechtmatig voordeel dat de eiser beoogt (Mons 12 september 2016, *I.c.*; Liège 17 december 2015, *TRV-RPS* 2017, 346, noot B. PAQUOT en T. CLAES, “Les notions d’”intérêt à agir” et d’”abus de droit” en matière de dissolution judiciaire : des garde-fous à utiliser avec modération”). Het hof van beroep te Luik oordeelde dat het vragen van de gerechtelijke ontbinding om aldus te voorkomen dat de eiser door de vennootschap in een duur deskundigenonderzoek zou worden gesleurd getuigt van misbruik. De annotatoren zijn kritisch; zij menen dat het pogen voorkomen van deze kost een rechtmatig belang is.

Effecten

Lidmaatschapsrechten

55. 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, *JDSC* 2016, 185, noot M. CALUWAERTS, “Désignation d’un expert vérificateur : compétence matérielle et subsidarité de la mesure”, *RABG* 2017, 673; besproken in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 724, randnr. 58, en eveneens aangehaald in deze kroniek in randnr. 65).

Toetreding, overdracht en koop-verkoopovereenkomsten

56. Een koop-verkoop komt slechts tot stand als er overeenstemming is over de prijs en het voorwerp, zijnde de aandelen (art. 1582 BW). De prijs kan vastgesteld zijn of aan een formule worden onderworpen waarbij deze pas later wordt bepaald. Zolang deze formule toelaat de prijs te bepalen zonder dat een nieuwe tussenkomst van de partijen nodig is, is deze bepaalbaar. Soms bestaan de formules erin dat rekening wordt gehouden met toekomstige inkomsten; deze prijsbepaling wordt in het Engels aangeduid als *earn out*. Over deze clausules in het Belgisch recht, leze men, P. SMEETS, “Point sur les clauses d’earn out en droit belge”, *TBH* 2016, 449.

57. De nieuwe wending in de rechtspraak van het Hof van Cassatie waarin feitenrechters de mogelijkheid wordt gelaten om de omvang van een niet-concurrentiebeding dat in tijd of ruimte of in zijn voorwerp te ver gaat, te matigen als dit niet tegen de wil van de partijen ingaat (besproken in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 725, randnr. 60), is ook in de in deze kroniek besproken periode geannoteerd (Cass. 25 juni 2015, *TRV-RPS* 2016, 601, concl. contr. adv.-gen. T. WERQUIN, noot I. SCHOCKAERT, “Splitsbaarheid en gerechtelijke matiging van niet-concurrentie-

bedingen in overnameovereenkomsten *bis*”; M. SERVAIS, “La proportionnalité comme unique condition de validité des clauses de non-concurrence”, *JT* 2016, 505).

58. Om de reden dat de vrijwaring voor verborgen gebreken tot de aandelen, voorwerp van de koop-verkoop, 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 (B. PIERART, “Garanties conventionnelles en matière de cession de titres”, *TRV-RPS* 2016, 1075; M. ROELANTS, “Verklaringen en waarborgen bij de verkoop van aandelen : waarom ? - Déclarations et garanties lors de la cession d’actions : pourquoi ?”, *Pacioli* 5-18 juni 2017, nr. 447, 1-5). Zie voor een nieuw overzicht en bespreking van de regelmatig voorkomende clausules in acquisitiecontracten in België, B. BELLEN m.m.v. E. ALBOORT, I. SCHOKAERT, J. DOCX, B. HERMANS en I. MOLDENAERS, “M&A Survey - 4th edition”, *TRV-RPS* 2017, 251.

Overdracht en verjaring

59. De overdracht van aandelen kan slechts aan de vennootschap, als gecedeerde schuldenaar, worden tegengeworpen vanaf het ogenblik dat zij aan de vennootschap ter kennis is gebracht of door haar werd erkend. De rechtsoverdrachten tegen een vennoot verjaren door verloop van vijf jaar te rekenen van de bekendmaking van de uittreding (art. 198, § 1, eerste streepje W.Venn.), dit is vanaf de inschrijving in het aandelenregister. De verjaring loopt aldus tegen de curator (Liège 27 april 2009, *JDSC* 2011, 102, noot M. COIPEL; *JLMB* 2010, 944). Dit ziet op de uittreding van de vennoot in die hoedanigheid en niet op zijn ontslag als zaakvoerder (Cass. 19 november 2015, *TRV-RPS* 2016, 990, noot D. VAN GERVEN, “Verjaring vordering tegen vennoten van een BVBA”).

Vereniging alle aandelen in één hand

60. Indien een BVBA wordt opgericht door een vennoot die rechtspersoon is, is deze laatste hoofdelijk aansprakelijk voor alle verbintenissen die ondertussen worden aangegaan zolang er geen tweede vennoot is (art. 213, § 2, eerste lid W.Venn.). Indien na oprichting een rechtspersoon alle aandelen verwerft, is hij hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsverbintenissen aangegaan gedurende deze periode indien na één jaar geen tweede vennoot werd gevonden (art. 213, § 2, tweede lid W.Venn.). Dit is een hoofdelijke aansprakelijkheid ten aanzien van alle schuldeisers, maar de omvang van die

gehoudenheid is beperkt tot de schulden ontstaan tijdens de betrokken periode (Cass. 16 september 2016, *TRV-RPS* 2017, 42, noot R. VERHEYDEN, “Collectieve vordering 2.0 : curator kan enige vennoot aanspreken voor schulden ontstaan tijdens eenhoofdigheid”; *TBH* 2017, 516, noot D. WILLERMAIN, “Nouveau cas d’action (collective) du curateur : le droit d’agir à l’égard des associés solidairement tenus aux dettes sociales”; ook besproken in randnr. 53; zie ook J. LOOSEN, “Wie zit uiteindelijk met de hand(en) in het haar bij een vereniging van alle aandelen?”, *TRV-RPS* 2017, 129).

Bestuur

Gewone zaakvoerder

61. Indien de zaakvoerder niet in de statuten wordt benoemd, is geen statutenwijziging nodig om hem te ontslaan. In beginsel kan hij te allen tijde bij gewone meerderheid aan de deur worden gezet. De *ad nutum* herroepbaarheid is wel niet van openbare orde. Hiervan kan worden afgeweken in de statuten of in de overeenkomst die bij zijn aantreden wordt gesloten; aldus kan hierin een beëindigingsvergoeding worden bedongen (Antwerpen 11 februari 2016, *TRV-RPS* 2017, 96).

Bezoldiging

62. Indien is overeengekomen dat de zaakvoerder zijn mandaat onbezoldigd uitoefent, zijn de vergoedingen die aan hem worden uitgekeerd onverschuldigde betalingen die de curator kan terugvorderen. De algemene vergadering kan tijdens het mandaat beslissen om een vergoeding toe te kennen (Gent 7 december 2015, *DAOR* 2016/119, 86).

De beslissing van de algemene vergadering kan blijken uit een goedkeuring van de jaarrekening (Antwerpen 17 februari 2015, *FJF* 2015, 189; *JDSC* 2016, 91, noot C. BERTSCH).

Verbod van concurrentie

63. De verplichting te handelen in het belang van de vennootschap bestaat in hoofde van elke bestuurder. Hij moet loyaal zijn (D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 632-633, nr. 331). Bij een conflict tussen het eigen belang en het vennootschapsbelang in de uitoefening van zijn opdracht moet hij steeds het vennootschapsbelang laten voorgaan. Anders handelt hij in strijd met het vennootschapsbelang. In het verleng-

de hiervan is het hem verboden te concurreren met de vennootschap (S. DE DIER en F. PARREIN, “Niet-concurrentieverplichtingen in de vennootschap” in *Vennootschapsrechtelijke clausules voor het notariaat. Liber amicorum prof. dr. Luc Weyts*, Gent, Larcier, 2011, 637). Aldus kan een bestuurder niet werken als bestuurder of in een andere functie met beslissingsbevoegdheid voor een vennootschap die concurrentie voert met de vennootschap waarvan hij bestuurder is, tenzij zulks door de algemene vergadering wordt toegelaten (Liège 17 november 2015, *TRV-RPS* 2016, 1136, noot H. FICHEFET en N. KONINGS, “Le pouvoir d’investigation de l’associé et l’interdiction de concurrence dans le chef du gérant”; *DAOR* 2016/119, 43, noot E. LANCKSWEERDT, “Het stimuleren van bemiddeling door de rechtbank van koop-handel : waarom en onder welke voorwaarden”; ook aangehaald in randnr. 23).

Borg door een zaakvoerder

64. De onbepaalde borgtocht voor een hoofdverbintenis strekt zich uit tot al hetgeen bij de schuld komt, zelfs tot de kosten van de eerste vordering, en tot alle kosten die gemaakt zijn nadat van deze vordering aan de borg is kennis gegeven (art. 2016 BW). De zaakvoerder die zich, in het kader van een handels-huurovereenkomst aangegaan door een BVBA, onbeperkt borg stelt voor de verbintenissen van de vennootschap is gehouden tot betaling van het kapitaal van de hoofdschuld en tot alle accessoria, zoals interesten, gerechtskosten en kosten van tenuitvoerlegging die nauw met de hoofdschuld zijn verbonden (Rb. Limburg (afd. Hasselt) 19 januari 2015, *T. Vred.* 2016, 292).

Voorlopig bewindvoerder en andere voorlopige maatregelen

Voorlopig bewindvoerder

65. De aanstelling van een voorlopig bewindvoerder in kort geding vereist dat de vordering hoogdringend is. De hoogdringendheid moet op het ogenblik van de uitspraak voorhanden zijn; zowel de feiten als de vordering moeten hoogdringend zijn. Een precaire verlieslatende toestand en een onenigheid tussen vennoten zijn op zich niet voldoende indien blijkt dat het bestuur maatregelen neemt, de vennootschapsorganen werken en de rechten van de minderheidsvennoot niet worden miskend. De aanstelling van een voorlopig bewindvoerder is een zeer ingrijpende maatregel die slechts in uiterste nood, wanneer dringende en bijzondere omstandigheden de normale werking van de vennootschap blokkeren of quasi

onmogelijk maken of haar voortbestaan ernstig in gevaar brengen, kan worden opgelegd; daarbij dient het belang van de vennootschap te primeren (KG Kh. Leuven 25 augustus 2016, *RABG* 2017, 659, noot S. CNUDE, “De voorlopig bewindvoerder : een uitzonderlijke maatregel ter vrijwaring van het vennootschapsbelang”). In het hier aangehaalde vonnis wordt opgemerkt dat de hoogdringendheid ook aanwezig moet zijn op de dag van de inleiding van de vordering. Dit wordt wel niet uitdrukkelijk als vereiste gesteld door het Hof van Cassatie (Cass. 11 mei 1998, *Pas.* 1998, I, 536; Cass. 24 april 2009, *Pas.* 2009, 1012). De rechtsleer meent dat de hoogdringendheid ook bij de inleiding van de zaak aanwezig moet zijn (G. DE LEVAL en F. GEORGES, *Droit judiciaire. Institutions judiciaires et éléments de compétence*, Brussel, Larcier, 2014, 464; W. WECKHUYSEN, “Kort geding en gemeen recht” in *Kort Geding*, Vlaamse Conferentie van de balie van Antwerpen (ed.), Gent, Larcier, 2009, 2-4). Wel dient de hoogdringendheid te worden ingeroepen in de dagvaarding om de bevoegdheid van de voorzitter zetelend in kort geding te verantwoorden (Brussel 8 september 2000, *JDSC* 2003, 329; *RPS* 2001, 284, noot).

Er is geen reden om een voorlopig bewindvoerder op verzoek van de curator van de gefailleerde moeder-vennootschap aan te stellen om de boekhouding met het oog op de waardebeoordeling van de aandelen door te nemen terwijl het bestuur toegang weigert; de curator kan immers de rechten verbonden aan de aandelen aanwenden om een algemene vergadering te laten bijeenroepen om het bestuur te vervangen (Kh. Gent (afd. Dendermonde) 9 maart 2015, *JDSC* 2016, 185, noot M. CALUWAERTS, “Désignation d’un expert vérificateur : compétence matérielle et subsidiarité de la mesure”, *RABG* 2017, 673; besproken in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 724, randnr. 58, en eveneens aangehaald in deze kroniek in randnr. 55).

66. 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, *RABG* 2017, 668; *TGR* 2016, 137; dit arrest werd reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 728, randnr. 67).

Eenmaal de voorlopig bewindvoerder is aangesteld, met als opdracht om het bestuur te voeren, kan het bestuursorgaan geen rechtshandelingen meer stellen (Cass. 10 september 2015, *JDSC* 2016, 233, noot M. LEMAL; *RABG* 2017, 671; *RW* 2016-17, 220, noot B. VAN DEN BERGH, “De voorlopig bewindvoerder als volwaardig vennootschapsorgaan : procesrechtelijke implicaties voor betekenissen aan de vennoot-

schap in vereffening”; aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 721, randnr. 47). In dit arrest wordt verder bevestigd dat de dagvaarding van de vennootschap in vereffening niet meer rechtsgeldig op de woonplaats van de vereffenaar kan worden betekend vanaf de aanstelling van de voorlopig bewindvoerder die de opdracht van de vereffenaar (van een vennootschap in vereffening) heeft overgenomen (randnr. 40).

VI. Coöperatieve vennootschap (CVOA, CVBA en SCE)

Vennoten

Uittreding

67. Tenzij de statuten anders bepalen, hebben de vennoten het recht uit te treden; dit recht mag enkel worden uitgeoefend tijdens de eerste zes maanden van het boekjaar (art. 367 W.Venn.). Een statutaire regeling van aandelenoverdracht verhindert niet dat de vennoot de uittreding vraagt. Het voorkeepsrecht en een prijsbepalingsclausule in een aandeelhoudersovereenkomst vinden geen toepassing bij uittreding.

Wanneer de samenwerking tussen vennoten absoluut en definitief onmogelijk is geworden, kan een vennoot de uittreding vragen. Bovendien poogden de andere vennoten hem al voordien buiten te werken (Gent 23 november 2015, *TRV-RPS* 2017, 113).

De uittredende vennoot heeft recht op een uitkering van de waarde van zijn aandelen zoals deze blijkt uit de balans van het boekjaar waarin de uittreding plaatsvindt (art. 374 W.Venn.). In voormeld arrest wordt als peildatum voor de waardebepaling inspiratie gezocht in de rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot de prijsbepaling in geval van de geschillenregeling die geldt voor de BVBA en de kapitaalvennootschappen (die niet beursgenoteerd zijn), en de datum van de uitspraak van de eerste rechter daartoe aangenomen. Het hof wil, overeenkomstig voornoemde cassatierechtspraak, geen rekening houden met de gedragingen die eventueel aan de oorsprong liggen van het conflict tussen vennoten. Het hof van beroep stelt een deskundige aan om de waarde te bepalen.

In dit arrest kwam artikel 374 W.Venn. dat oplegt de waarde te bepalen aan de hand van de balans van het boekjaar waarin de uittreding plaatsvond niet aan bod. Dit wetsartikel houdt in dat men kijkt naar de waarde van de aandelen zoals die blijkt uit de jaarrekening op de afsluitdatum van het boekjaar waarin de vennoot is uitgetreden.

Uitsluiting

68. De bepaling van uitsluitingsgronden in de statuten verhindert niet dat een vennoot van een CVBA om andere redenen kan worden uitgesloten op voorwaarde dat de ingeroepen reden een gegronde reden in de zin van artikel 370 W.Venn. vormt. De aanhoudende en systematische wanbetaling van de bedragen die een vennoot aan de vennootschap is verschuldigd en die op onmiskenbare en ernstige wijze de belangen van de vennootschap in het gedrang brengt en miskent, vormt een gegronde reden die een uitsluiting verantwoordt (Gent 4 januari 2016, *TRV-RPS* 2016, 998, noot D. VAN GERVEN; *DAOR* 2016/118, 96 *RABG* 2017, 607; ook besproken in randnr. 112). Er is een gegronde reden in geval van een feit dat op onomkeerbare wijze elke vorm van samenwerking tussen de vennootschap en de betrokken vennoot onmogelijk maakt; dit moet zo ernstig zijn dat in de ogen van een redelijk persoon het behoud van de vennoot ondenkbaar is geworden. Dit is het geval als de onenigheid van die aard is geworden dat elke vergadering in ruzie onttaardt (Liège 18 april 2013, *Rev. Fac. dr. Liège* 2016, 375, noot O. CAPRASSE en L. LEONARD, “De l’exclusion des coopérateurs : recours organisé en interne, notion de justes motifs et remboursements des parts”).

De uitgesloten vennoot heeft recht op uitkering van de waarde van zijn aandelen, zoals die zal blijken uit de balans van het boekjaar waarin deze gebeurtenis heeft plaatsgehad (art. 374 W.Venn.). Deze regeling is aanvullend. In de statuten kan zowel van de waardebepaling als van de betalingsmodaliteiten worden afgeweken. Een vergoeding mag zelfs worden uitgesloten (Liège 18 april 2013, *l.c.*). Dit is in overeenstemming met de rechtsleer en rechtspraak (zoals aangehaald door de annotatoren; zie ook in die zin, J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Brussel, Bruylant, II, 1957, 79). De uitsluiting van elke vergoeding vormt geen leeuwenbeding omdat de vennoot voordien recht heeft op een deel in de winst, en zijn uitsluiting niet arbitrair is, maar afhangt van de verwezenlijking van de uitsluitingsgronden.

Bestuur

Vergoeding

69. De statuten bepalen veelal dat de vergoeding door de algemene vergadering wordt vastgesteld. Zolang in zulk geval de algemene vergadering geen vergoeding toekent, kan de bestuurder niet op eigen initiatief een vergoeding uitkeren (Mons 23 juni 2014, *DAOR* 2015/114, 124 en *JDSC* 2016, 93, noot; zie ook randnr. 83).

Dagelijks bestuur

70. Het is toegelaten het dagelijks bestuur aan een andere persoon dan de leden van de raad van bestuur of de zaakvoerder op te dragen. Deze delegatie indien voorzien in de statuten kan mits openbaarmaking aan derden worden tegengeworpen. In zulk geval wordt het dagelijks bestuur doorgaans uitgelegd zoals dit gebeurt door de rechtspraak met betrekking tot het dagelijks bestuur in de NV. Een cassatiearrest van 26 februari 2009 heeft het dagelijks bestuur beperkt tot (1) de handelingen, nodig voor de dagelijkse werking, en (2) de handelingen van gering belang, die dringend zijn zodat niet kan worden gewacht tot de raad van bestuur de tijd vindt zich erover te buigen (Cass. 26 februari 2009, *TRV* 2009, 444, noot C. CLOTTENS). Daarmee werden belangrijke handelingen maar die dringend zijn en waarvoor het niet mogelijk is om een raad van bestuur bijeen te roepen, uitgesloten. Dit stootte op heel wat kritiek in de rechtsleer (O. CAPRASSE, “La délégation à la gestion journalière et les mandats particuliers dans la société anonyme”, *JT* 2011, 226; P. LAMBRECHT, “Pour une définition légale de la gestion journalière”, *TRV-RPS* 2016, 472; zie deze kroniek, *TRV* 2009, 546-547, randnr. 73; *TRV* 2010, 471, randnr. 64). In een recent vonnis heeft ook de lagere rechtspraak aangegeven niet te kunnen leven met deze wereldvreemde visie van het Hof van Cassatie. Daarin werd beslist dat de gedelegeerd bestuurder van een CVBA een vordering in rechte kan instellen - in casu het verzoek tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder wegens vermoede wanpraktijken van de bestuurders - ook al valt ze buiten het dagelijks bestuur, indien blijkt dat ze dringend is en het onmogelijk is om de goedkeuring van de raad van bestuur te bekomen (Rb. Hainaut (afd. Charleroi) 29 januari 2016, *TRV-RPS* 2016, 1010, noot P. MALHERBE, “L'impossible inaction et la gestion journalière”). In de voorgenomen wijziging van het Wetboek van vennootschappen (randnr. 1) wordt teruggerepen naar de oude omschrijving van het dagelijks bestuur.

CVOA

Hoofdelijke aansprakelijkheid en overdracht van aandelen

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

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 vennootschapsschulden aanspreekt. Dit bewijs kan met alle middelen van recht worden aangebracht (Cass. 30 oktober 2014, *RW* 2016-17, 417; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 729, nr. 69, en *TRV* 2015, 531, nr. 66). Wanneer hij tekent met de woorden “*goed voor aanvaarding der statuten*”, is hij niet gehouden tot de schulden van de vennootschap (Cass. 3 april 2014, *JDSC* 2016, 31; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV* 2016, 729, nr. 69).

VII. Société anonyme (SA)

Titres

Titres et opérations sur titres

72. La nouvelle édition du tome 5 du *Traité pratique de droit commercial* livre une synthèse des règles applicables aux titres. Après avoir rappelé les principes et les incertitudes concernant la définition du concept, l'auteur décrit les différents types et formes de titres, qu'ils soient prévus dans le Code des sociétés, créés par la pratique ou régis par des lois particulières. Elle expose ensuite les règles applicables aux opérations sur titres, dont la cession, mais aussi pas moins de dix autres mécanismes au rang desquels le portage, le dépôt et la certification (F. MES-SINE, “Les opérations sur titres”, *Traité pratique de droit commercial - Tome 5 : droit bancaire et financier*, Bruxelles, Kluwer, 2016, 687-768).

Les clauses de garantie usuellement insérées dans les conventions de cession d'actions, généralement inspirées de la pratique anglo-américaine, font l'objet d'une étude publiée par cette Revue, dans laquelle l'auteur plaide pour une meilleure adaptation des clauses aux concepts et aux spécificités de notre système juridique (B. PIERART, “Garanties conventionnelles en matière de cession de titres. Une coopération plus adéquate comme alternative au “Brexite” ?”, *RPS-TRV* 2016, 1075-1100).

Les cessions d'actions ou de parts non entièrement libérées posent fréquemment problème dans la pratique, en particulier au moment où la société demande la libération du solde des apports. Deux auteurs se penchent sur cette question et proposent de recourir à l'acte notarié pour réduire l'insécurité juridique posée par cette situation. L'article contient

en annexe des modèles de clauses qui seront utiles aux praticiens (N. VAN HIMME et A. VAN BAEL, “De notariële akte als oplossing voor de rechtsonzekerheid bij de overdracht van (niet-volgestorte) aandelen”, *Not. Fisc. M.* 2016, 322-333).

73. Un autre chapitre du *Traité pratique* précité décrit les mécanismes des sûretés financières, principalement le gage sur titres (F. MESSINE, “De quelques sûretés financières : gage sur ‘titres’, cession de propriété à titre de garantie et compensation conventionnelle”, *Traité pratique de droit commercial - Tome 5 : droit bancaire et financier*, Bruxelles, Kluwer, 2016, 771-806).

Toujours dans cet ouvrage, d’autres auteurs exposent les règles relatives au *squeeze-out*, au sein d’une contribution plus large dédiée aux offres publiques d’acquisition (S. HIRSCH et V. MARQUETTE, “La loi du 1er avril 2007 relative aux offres publiques d’acquisition”, *Traité pratique de droit commercial - Tome 5 : droit bancaire et financier*, Bruxelles, Kluwer, spéc. 1317-1366).

74. La certification des actions comme mode de maintien du contrôle, en particulier dans les entreprises familiales, est examinée de manière approfondie dans un article contenant aussi d’intéressantes références au droit néerlandais et de nombreuses considérations de droit fiscal (M. NUITTEN, “Certificering van aandelen als techniek tot controlebehoud en opvolging binnen familiebedrijven”, *Tijdschrift Estate Planning* 2016, 132-176).

Obligations convertibles et substitution d’actions aux obligations

75. Un intéressant article fait le point sur les règles applicables aux obligations convertibles (art. 489 et s. C.Soc.) et distingue celles-ci du mécanisme de la substitution d’actions à des obligations ordinaires, tel qu’il est prévu à l’article 568, al. 1er, 3° du Code des sociétés (F. JORENS, “Vennootschapsrechtelijke behandeling van converteerbare obligaties en mogelijkheden tot omzetting van obligaties in het kapitaal van de vennootschap”, *RPS-TRV* 2017, 143). Moins connu, ce dernier mécanisme a pour objectif de parer à une situation d’endettement excessif de la société et permet de remplacer la dette obligataire par des capitaux propres, même si cela n’avait pas été prévu au moment de l’émission des obligations. Il requiert l’assentiment tant de l’assemblée générale des obligataires que de l’assemblée générale des actionnaires.

Capital

Réduction de capital

76. La loi du 22 novembre 2013 modifie l’article 613 du Code des sociétés (applicable à la SA) pour prévoir la possibilité d’accorder une sûreté aux titulaires de créances contestées en justice ou par voie d’arbitrage avant l’assemblée générale décidant de la réduction de capital. Auparavant, cette possibilité était réservée aux titulaires de créances non échues.

Dans un arrêt du 9 juin 2016, la Cour constitutionnelle déclare cette loi contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu’elle modifie l’article 613 du Code des sociétés, applicable à la SA, sans prévoir la même possibilité pour les créanciers d’une SPRL (art. 317 C.Soc.). La question préjudicielle invitait aussi la Cour à se prononcer sur la différence de régime, pour ce qui concerne la SPRL, entre la réduction de capital et les restructurations (art. 684 et 766 C.Soc.). Ces articles 684 et 766 du Code des sociétés sont en effet applicables à toutes les sociétés, et la même loi de 2013 les avait complétés de manière similaire à l’article 613 C.Soc. Vu sa décision sur le premier aspect, la Cour ne se prononce pas sur le second (*RPS-TRV* 2016, 977, note J. VAN RIEL, “De gelijkheid van BVBA- en NV-schuldeisers bij kapitaalvermindering”; *RDC* 2016, 705; *NjW* 2017, 223, note S. DE GEYTER, “Bescherming van schuldeisers bij kapitaalvermindering : schuldeisers van een BVBA ongelijk behandeld”; P. ERNST, “Protection des créanciers en cas de réduction du capital : lacune dans la loi”, *Bilan* 2016, 1-3).

77. On ne rencontre pas tellement de décisions publiées qui appliquent l’article 613 du Code des sociétés. On remarquera donc avec intérêt une décision du président du Tribunal de commerce de Bruxelles développant trois idées. Premièrement, l’article 613 précité s’applique dès qu’intervient une réduction de capital par remboursement aux actionnaires, même si cette décision a été immédiatement précédée d’une augmentation de capital du même montant, de sorte que, financièrement, la réduction de capital paraissait assez formelle. Ensuite, le fait d’agir en justice pour demander une sûreté n’est pas en soi abusif, même si cette demande est accompagnée d’une demande d’interdiction faite à la société de rembourser ses actionnaires avant l’octroi de la sûreté. Cette demande accessoire n’est, en réalité, que la confirmation d’une interdiction applicable de plein droit en vertu de l’article 613 C.Soc. Enfin, la solvabilité du groupe dont fait partie la société n’est pas un argument utile pour refuser la sûreté, car rien n’oblige les autres sociétés du groupe à acquitter la dette de la société envers le demandeur. Il s’agit là d’une conséquence logique de la responsabilité limi-

tée et de la séparation des patrimoines entre la société à responsabilité limitée et ses associés (Prés. Comm. Bruxelles 18 février 2016, *RPS-TRV* 2016, 1150, note G. DE PIERPONT, “Réduction de capital par remboursement aux actionnaires - la protection des créanciers à tout prix”).

78. Sur le plan fiscal, la réduction de capital peut ne pas être considérée comme un dividende (imposable) à la condition, notamment, qu'elle ait été faite conformément aux dispositions du Code des sociétés (art. 18, 2° CIR 92). Or la société ayant décidé de réduire son capital par remboursement aux actionnaires doit, avant tout paiement, laisser s'écouler un délai de deux mois permettant aux créanciers d'introduire une demande de sûreté (art. 613 C.Soc.). Le non-respect de ce délai ne suffit toutefois pas à considérer que l'opération n'est pas conforme au Code des sociétés pour la requalifier fiscalement de distribution de dividendes, ni à considérer qu'il existe un abus au sens de l'article 344 CIR 92 (Civ. West-Vl. (div. Brugge) 9 mars 2016, *Fiscoloog* 2016, afl. 1488, 9; Civ. Namur 6 février 2014, *Not. Fisc. M.* 2015, 90, note A. SPRUYT, “De kapitaalvermindering versus belastbare dividenduitkering : wat is een “regelmatige beslissing” conform de vennootschapswetgeving ?”; *TFR* 2015, 264; *JDSC* 2016, 63; *Chronique* 2015, *TRV* 2015, 534, n° 75). Il en va de même du non-respect des formalités de convocation de l'assemblée générale, *a fortiori* si tous les actionnaires étaient présents ou représentés (Civ. Namur 6 février 2014, *précité*).

Assistance financière

79. Lauréate du prix de la *RPS-TRV*, E. Hellinx publie une version résumée de son mémoire consacré aux règles sur l'assistance financière et plaide, à la lumière de l'exemple anglais, pour une suppression des restrictions légales dont cette pratique est affectée, à tout le moins en ce qui concerne les sociétés privées (E. HELLINX, “Are Sinners Lending to Sinners ? Financial Assistance in Belgium and the UK - An Elegy”, *RPS-TRV* 2016, 1041-1074).

Perte de capital

80. Malgré les critiques doctrinales à l'égard de la notion de capital et sa disparition programmée dans les SPRL, la “perte du capital” continue d'être utilisée comme motif de dissolution de la société (art. 634 C.Soc.). Cet article étant souvent invoqué comme prétexte pour gêner le fonctionnement d'une société plus qu'en raison d'une réelle préoccupation pour le montant des fonds propres, l'intérêt et la qualité du demandeur font souvent l'objet de contestations.

Sur le plan des principes, la qualité à agir est largement reconnue à tout intéressé, y compris les créanciers, le Ministère public et les entreprises cherchant à éliminer un concurrent (Liège 17 décembre 2015, *RPS-TRV* 2017, 346, note B. PAQUOT et Th. CLAES, “Les notions d’“intérêt à agir” et d’“abus de droit” en matière de dissolution judiciaire : des garde-fous à utiliser avec modération”; Comm. Antwerpen 18 octobre 2016, *RPS-TRV* 2017, 360, aussi évoqué *supra*, n° 54).

La Cour de cassation tient à l'idée que le capital relève de l'ordre public, de sorte que la réduction de l'actif net par suite de pertes, dans la proportion fixée à l'article 634 du Code des sociétés, justifie l'intervention du Ministère public, recevable à citer la société en dissolution (Cass. 17 octobre 2014, *Pas.* 2014, 2281; *Arr. Cass.* 2014, 2290; *DAOR* 2015/113, 95 (sommaire); *RABG* 2017, 690; *JDSC* 2015, 339; *RW* 2014-15, 399 (sommaire); voy. égal. n° 54).

La qualité du Ministère public pour agir en dissolution sur la base de l'article 634 du Code des sociétés a entretemps été confirmée par la loi du 17 mai 2017 modifiant diverses lois en vue de compléter la procédure de dissolution judiciaire des sociétés (*MB* 12 juin 2017; résumée au n° 1).

81. Les juridictions ont toutefois tendance à atténuer cette rigueur, par exemple en vérifiant la légitimité de l'intérêt à rejeter la demande constitutive d'un abus de droit (Cass. 2 avril 2015, *RPS* 2014, 409, obs. H. CULOT, “Qui croit encore au capital ?”; *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 ?”; *RABG* 2017, 679, note K. BAUWENS, “Ontoereikend netto-actief, wie kan de gerechtelijke ontbinding van de vennootschap vorderen ?” et *Chronique* 2016, *RPS-TRV* 2016, 729, n° 71; Liège 17 décembre 2015, *RPS-TRV* 2017, 346, note B. PAQUOT et Th. CLAES, “Les notions d’“intérêt à agir” et d’“abus de droit” en matière de dissolution judiciaire : des garde-fous à utiliser avec modération”), ou en accordant à la société défenderesse un délai pour régulariser sa situation (Comm. Antwerpen 18 octobre 2016, *RPS-TRV* 2017, 360).

Conseil d'administration

Statut de l'administrateur

82. Ont à nouveau été publiés et commentés, les arrêts par lesquels la Cour de cassation affirme que, même si l'article 518, § 3 du Code des sociétés limite la durée de son mandat à six ans, l'administrateur

reste en fonction jusqu'à ce qu'il soit effectivement remplacé et pas seulement pendant le temps raisonnablement suffisant pour que l'assemblée générale procède au remplacement (Cass. 12 mai 2014, *RPS-TRV* 2017, 219, note G. DE Vlieghe, "Que se passe-t-il quand le terme du mandat d'un administrateur prend fin mais qu'il n'a pas été pourvu à son remplacement ? Quels éclaircissements nous apportent les arrêts du 12 mai 2014 et du 27 juin 2014 à ce sujet ?"; *JDSC* 2015, 95, obs. W. David, "Les pouvoirs d'un dirigeant d'entreprise après l'échéance de son mandat"; *RABG* 2016, 415; Cass. 27 juin 2014, *RPS-TRV* 2017, 214; O. MATYCHUK, "La responsabilité de l'administrateur entre sa démission et la publication de celle-ci", *DAOR* 2016/118, 14; Chronique 2015, *TRV*, 2015, 542, n° 96; Chronique 2016, *RPS-TRV* 2016, 733, n° 75).

Cette jurisprudence est suivie par d'autres juridictions, notamment le Conseil d'Etat, qui l'invoque pour renforcer une argumentation selon laquelle une offre déposée dans un marché public était signée par l'organe compétent du soumissionnaire, même si son mandat était (peut-être) expiré. Les circonstances de fait étaient un peu confuses mais sur le plan des principes, il ressort clairement de l'arrêt que le Conseil d'Etat se range à la jurisprudence précitée de la Cour de cassation, écartant la jurisprudence et la doctrine antérieures (C.E. 16 mai 2015, n° 230.867, *Elkarij*).

83. Plusieurs décisions se repenchant sur la rémunération des dirigeants, en l'absence de décision formelle de l'assemblée générale (évoquées aux n° 62 et 69). Dans une société anonyme, l'administrateur délégué percevait des rémunérations sans l'autorisation préalable de l'assemblée générale mais, depuis plusieurs années, l'assemblée générale ratifiait ces rémunérations au moment de l'approbation des comptes. Lorsque la société fut déclarée en faillite, le curateur réclama le remboursement des rémunérations de la dernière année, dès lors qu'elles n'avaient pas été ratifiées par l'assemblée générale, qui ne s'était pas tenue puisque la faillite était intervenue avant la date fixée pour sa réunion. Dans ces circonstances, la Cour d'appel de Mons estime que les curateurs qui demandent le remboursement de la rémunération perçue par l'administrateur, alors qu'elle correspond à des prestations effectives et a été taxée, commettent un abus de droit. L'abus est sanctionné par un rejet de la demande (Mons 17 mars 2015, *JDSC* 2016, 95, obs. C. BERTSCH, "Une décision formelle de l'assemblée générale est-elle nécessaire pour rémunérer les administrateurs ou gérants ?"; *Pli juridique* mars 2016, 38, note C. JASSOGNE, "L'abus de droit revisité").

La Commission des normes comptables a par ailleurs actualisé son avis sur le traitement comptable des

rémunérations accordées aux dirigeants (Avis CNC 2016/15 - *Rémunérations aux administrateurs et aux associés actifs*, 7 septembre 2016; S. VAN CROMBRUGGE, *Rémunérations aux administrateurs et aux associés actifs : avis CNC définitif*, Bilan 2016, 4).

Pouvoirs

84. Les personnes qui représentent une société doivent accompagner leur signature de l'indication de la qualité en laquelle elles agissent (art. 62 C.Soc.). Le non-respect de cette règle peut avoir des conséquences insoupçonnées. Une société anonyme a notamment comme administrateurs une personne physique et une SPRL, laquelle a désigné comme représentant permanent la personne physique précitée. La SPRL est aussi déléguée à la gestion journalière. La société anonyme soumissionne à un marché public avec une offre signée par la personne physique, qui indique sous son nom sa qualité d'administrateur. Le Conseil d'Etat considère que l'offre est nulle, dès lors qu'elle n'a pas été signée par une personne engageant la société. Cette solution, quoique correcte, est très formaliste : on aura remarqué en effet que la même signature aurait engagé valablement la société si elle avait été apposée au nom de la SPRL en sa qualité d'administrateur délégué (C.E. 30 juin 2016, n° 235.288, *Dranken Pede*).

85. De manière similaire, le *Raad voor vergunningsbetwistingen* (juridiction administrative flamande compétente en matière de permis d'urbanisme et d'environnement) prononce l'irrecevabilité du recours introduit par une société anonyme, au motif que l'introduction du recours a été décidée par l'assemblée générale et non par le conseil d'administration. La requérante a eu beau protester que son conseil d'administration et son assemblée générale étaient composés des trois mêmes personnes physiques, rien n'y a fait. La juridiction s'en tient à une conception purement formaliste de la qualité en laquelle les personnes physiques ont déclaré avoir décidé de l'introduction du recours, même s'il s'agissait manifestement d'une erreur de leur part puisqu'il ne faisait aucun doute qu'elles entendaient tenir une réunion de l'organe compétent et non de l'organe incompétent (RvVb 29 mars 2016, n° RvVb/A/1516/0872, *Ecam-Zepperen*).

Il faudra un jour se demander si la protection juridictionnelle des administrés, fussent-ils des personnes morales un peu distraites, ne mérite pas un traitement reposant davantage sur la substance (pour une position plus souple, voy. C.E. 27 octobre 2016, n° 236.291, *Aclagro*).

86. La recevabilité d'un recours devant le Conseil d'Etat suppose aussi que le requérant ait intérêt à agir. Dans le cadre des marchés publics, ce n'est pas le cas d'une société anonyme dont l'offre, non retenue, est nulle pour n'être pas signée par l'organe compétent. Même s'il affirme se limiter, dans le cadre d'un recours en suspension en extrême urgence, à un "examen limité", le Conseil d'Etat étudie en détail la composition et les pouvoirs des organes de la société requérante (C.E. 22 décembre 2016, n° 236.888, *Blue-Mobility*).

Comité d'audit

87. La loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises (*MB* 13 décembre 2016) modifie les compétences du comité d'audit pour se conformer au droit européen, en particulier au règlement (UE) n° 537/2014. Elle apporte également quelques corrections à la composition du comité, notamment en clarifiant que le membre compétent en matière de comptabilité et d'audit peut être n'importe quel membre du comité (et pas uniquement un administrateur indépendant) et en précisant que les membres du comité doivent disposer "d'une compétence collective dans le domaine d'activités de la société contrôlée". Quelques indications sont aussi ajoutées au sujet de la présidence du comité.

Mesures provisoires

88. La désignation d'un expert-vérificateur (art. 168 C.Soc.) ou d'un administrateur provisoire (art. 19, al. 2 C.Jud.) revêt un caractère subsidiaire par rapport à d'autres mesures possibles, et ne peut être admise qu'avec modération (Comm. Dendermonde 20 février 2014, *DAOR* 2015/3, 24, note N. DELANG; *RW* 2014-15, 988; *JDSC* 2016, 177, note M. CALUWAERTS, "Désignation d'un expert vérificateur : compétence matérielle et subsidiarité de la mesure"; Chronique 2016, *RPS-TRV* 2016, 736, n° 82 et Comm. Gent (div. Dendermonde) 9 mars 2015, *NjW* 2015, 820, note J. WAELKENS, "Beheersbevoegdheid faillissementscurator"; *JDSC* 2016, 185, note M. CALUWAERTS, "Désignation d'un expert vérificateur : compétence matérielle et subsidiarité de la mesure"; Chronique 2016, *RPS-TRV* 2016, 737, n° 83).

89. Un conflit entre actionnaires peut donner lieu à la désignation d'un administrateur provisoire par le juge des référés. Lorsqu'il existe des sociétés opérationnelles dont une société holding détient les actions, le conflit entre les associés de la holding peut justifier la désignation d'un administrateur provisoire tant dans

la holding que dans les sociétés opérationnelles. Il convient en effet que l'assemblée générale des sociétés opérationnelles puisse fonctionner, notamment pour approuver les comptes, ce qui, dans certaines circonstances, ne serait pas possible sans désignation d'un administrateur provisoire dans la holding. La désignation d'un administrateur provisoire d'une société s'explique ainsi principalement par la volonté d'assurer le fonctionnement le plus normal possible d'autres sociétés (Comm. Gent (div. Brugge) 31 octobre 2016, *TGR* 2017, 106, aussi présenté *supra*, n° 5).

VIII. Responsabilité des fondateurs, des associés et des administrateurs

Responsabilité des associés

90. On trouve encore des sociétés qui n'ont pas adapté le montant de leur capital à la suite de réformes datant du siècle dernier. La loi du 13 avril 1995 impose aux sociétés anonymes de porter leur capital à 2.500.000 francs belges, et prévoit une responsabilité solidaire des administrateurs des sociétés qui ne se sont pas conformées à cette règle au plus tard le 30 juin 2001, pour la différence entre le montant du capital souscrit et le nouveau montant minimum du capital. Les administrateurs peuvent se défendre en démontrant qu'ils ont proposé à l'assemblée générale d'augmenter le capital, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. En revanche, n'excuse évidemment pas les administrateurs le fait que le comptable de la société n'aurait pas attiré leur attention sur le problème du capital minimum (Comm. Huy 13 janvier 2016, *JDSC* 2016, 155).

Préjudice collectif

91. Lorsqu'une société subit un dommage, sa valeur diminue, ce qui conduit à une réduction de la valeur des actions ou parts représentant son capital, et donc indirectement à une perte économique dans le chef de ses actionnaires. Si le responsable du dommage indemnise la société, le patrimoine social retrouve (en principe) sa valeur antérieure à la faute, et il en va automatiquement de même de celui des actionnaires. L'indemnisation de la société suffit donc à corriger l'effet dommageable de la faute tant pour la société que pour ses actionnaires. Si l'on accordait une indemnisation à l'actionnaire pour compenser la perte de valeur de ses actions résultant d'un dommage subi par la société, on risquerait d'indemniser deux fois la même perte économique.

Pour éviter cette double indemnisation, on doit distinguer clairement le préjudice de la société et l'éven-

tuel préjudice individuel de certains actionnaires. Basée sur la condition du caractère personnel du dommage réparable, cette distinction conduit à refuser l'indemnisation des pertes subies par les actionnaires d'une société lorsqu'il s'agit en réalité d'un dommage subi par la société dont les conséquences économiques se répercutent proportionnellement sur tous ses actionnaires.

En revanche, rien n'empêche qu'un actionnaire demande l'indemnisation d'un dommage qu'il a subi personnellement, parce qu'il se trouve dans une situation particulière qui n'est pas partagée par la collectivité des actionnaires.

La Cour de cassation fonde sur ces principes son arrêt du 25 janvier 2017 (P.16.1021.F). Dans le cadre du sauvetage d'une entreprise en difficulté, les prévenus avaient, par des manœuvres frauduleuses, amené la Région wallonne à faire un investissement en capital et à accorder un prêt à une société. Cette dernière avait ensuite été déclarée en faillite, de sorte que l'argent investi par la Région wallonne - désormais actionnaire - était définitivement perdu. Les prévenus invoquaient la circonstance que, dès lors que la perte de l'investissement résultait de la faillite, la Région wallonne subissait le même dommage que tous les autres actionnaires et qu'il s'agissait d'un préjudice collectif, donc non personnel.

La Cour de cassation ne censure pas l'arrêt de la Cour d'appel de Mons, qui avait considéré que le dommage subi par la Région résultait directement des investissements qu'elle avait consentis, et non de sa qualité d'actionnaire de la société en faillite. Même si la perte s'est révélée à l'occasion de la faillite, le dommage ne procède pas de celle-ci, mais des actes frauduleux commis par les prévenus.

Responsabilité des fondateurs

92. Le contentieux de la responsabilité des fondateurs repose principalement sur un examen en fait. Les juridictions rappellent cependant régulièrement les grands principes en la matière : l'insuffisance du capital s'apprécie en tenant compte de toutes les sources de financement, dont les prêts d'actionnaires et les financements bancaires; il faut tenir compte de l'activité projetée par la société, et donc des spécificités du secteur économique dans lequel elle opère; le plan financier est certes un élément d'appréciation, mais le fait que les moyens financiers n'aient pas été apportés dans la forme qu'il prévoyait ne suffit pas à rendre les fondateurs responsables; il faut apprécier les prévisions des fondateurs sur la base des éléments connus au moment de la constitution, sans tenir

compte d'événements ultérieurs imprévisibles à ce moment (Antwerpen 18 février 2016, *NjW*, 2017, 192, note J. WAELKENS, "Oprichtersaansprakelijkheid"). On retrouve globalement dans cet arrêt la conception adoptée par la même Cour d'appel dans son arrêt du 16 avril 2015 (*RDC* 2016, 468, note H. CULOT, "Plan financier et avances d'associé"; *RABG* 2016/6, 444, note C. VERSTAPPEN, "Het financieel plan als (enig) instrument bij de beoordeling van oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal", *Chronique* 2016, *RPS-TRV* 2016, 737, n° 86 et *supra*, n° 52).

Responsabilité des administrateurs et gérants

Faute de gestion

93. Sauf le cas de l'action minoritaire, la recevabilité de l'action sociale suppose une décision préalable de la société, prise par son assemblée générale. L'assemblée générale peut toutefois ratifier la décision prise par un organe incompétent, pour autant que la ratification intervienne avant la fin du délai de prescription (Comm. Gent (div. Dendermonde) 9 mars 2015, *RW* 2015-16, 663; *TRV* 2015, 573, *JDSC* 2016, 131, déjà présenté sur un autre point dans la *Chronique* 2016, *RPS-TRV* 2016, 737, n° 84).

Faute imputée à la société

94. Plusieurs arrêts se prononcent sur la relation entre la faute de la société et la faute du dirigeant.

Ainsi, le fait que la société ait été condamnée pour la commission de fautes vis-à-vis de tiers (en l'espèce, des manquements contractuels, étant la violation d'une obligation de non-concurrence et un licenciement pour motif grave injustifié) ne signifie pas nécessairement que le dirigeant a commis une faute dans la gestion de la société (Antwerpen 27 octobre 2016, *RPS-TRV* 2017, 68). Les critères d'appréciation de la faute sont en effet différents, en particulier si l'on tient compte de la règle de l'appréciation marginale, très majoritairement admise en matière de faute de gestion.

On sait qu'en principe, les actes des organes sont considérés comme ceux de la société (art. 61 C.Soc.). Ainsi, si l'organe d'une société commet une faute, on considère que la faute a été commise par la société. Une affaire relative à la gestion frauduleuse d'un casino, impliquant de multiples acteurs dont des employés et administrateurs, des fonctionnaires du fisc et un banquier, a donné lieu à un raisonnement

intéressant. La société préjudiciée par la fraude, représentée par son curateur, obtient en appel un dédommagement à charge d'un des protagonistes. Ce dernier argumente devant la Cour de cassation que le principe *fraus omnia corrumpit* "s'oppose à ce que la victime d'une infraction obtienne la réparation du dommage résultant d'une faute intentionnelle commise par elle et qui est commune à celle de l'auteur de l'infraction génératrice du dommage". En clair, le demandeur en cassation soutenait que, dès lors que les organes de la société (donc, selon lui, la société elle-même) avaient participé à, voire organisé, la fraude, la société ne pouvait recevoir d'indemnisation.

La Cour de cassation valide sur ce point le raisonnement de la Cour d'appel, fondé sur la théorie de l'abus de fonction, qui relève que les organes n'engagent pas la société lorsqu'ils ne sont pas "restés dans les limites de leurs attributions légales" et que leurs actes ne sont pas de ceux "qu'en vertu de leurs fonctions, ils avaient le pouvoir ou le devoir d'accomplir, mais [que ces actes] constituent un abus de fonction grave et intentionnel, sans relation avec l'objet social" (Cass. 2 mars 2016, *Dr. pén. entr.* 2017, 43, concl. D. VANDERMEERSCH; *JT* 2017, 400, note F. GLANS-DORFF, *RGAR* 2016, n° 15336; *RGCF* 2017, 25, concl. D. VANDERMEERSCH).

Cette décision a donné lieu à un commentaire critique de F. GLANS-DORFF ("Fraus omnia corrumpit : un arrêt qui pose question", *JT* 2017, 400-401), signalant son incohérence avec les principes du droit de la responsabilité civile, en particulier ceux qui s'appliquent à la responsabilité du commettant. L'auteur doute qu'il puisse s'agir d'un arrêt de principe.

On se demande si la Cour a voulu s'écarter de sa jurisprudence antérieure, qui impute à la société la faute des organes qui ont agi *en cette qualité* (voir Cass. 20 juin 2005, *Pas.* 2005, 1354). L'examen au regard des *fonctions* de l'organe qu'on observe dans l'arrêt du 2 mars 2016 pourrait opérer un rapprochement avec la jurisprudence française selon laquelle "une société répond des fautes qu'elle commet par ses organes agissant dans l'exercice de leurs fonctions" (Cass. com. 3 juin 2008, 07-12017 et 07-15228). Il s'agirait potentiellement d'un changement important car, pour retenir la responsabilité de la société, on devrait se demander, par exemple, s'il relève de la fonction d'un gérant ou administrateur de tromper un futur co-contractant, de rouler plus vite que la vitesse autorisée, ou plus généralement de commettre une faute. La question de savoir si le caractère "grave et intentionnel" de l'abus de fonction est une condition d'exonération de responsabilité pour la société est aussi posée.

Faute grave et caractérisée ayant entraîné la faillite

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

Le dirigeant doit rapporter la preuve de ces conditions. La comptabilité de la société ne peut être utilisée comme élément probant que si elle est régulière. Une irrégularité remontant à plus de trois ans peut continuer à vicier la comptabilité (Liège 25 février 2016, *RPS-TRV* 2017, 73, note A. HOUET et O. MARE-SCHAL, "Inapplicabilité de l'exemption de responsabilité du gérant en cas d'irrégularité dans les comptes d'un exercice non visé par l'article 265, § 1er, alinéa 2 du Code des sociétés : lorsque le ver est dans le fruit..."; *DAOR* 2016/119, 68).

La jurisprudence diverge quant à la manière d'appliquer cette disposition lorsque la société n'a pas survécu pendant trois exercices complets. Pour certains, il convient d'extrapoler les chiffres disponibles, ce qui revient à calculer la moyenne annuelle pendant la période d'activité de la société (Comm. Gent (div. Kortrijk) 6 janvier 2016, *RPS-TRV* 2016, 1004, note D. VAN GERVEN, "De uitsluiting van de verzwaarde aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout voor de zaakvoerder van de kleine BVBA"). D'autres estiment que l'exception ne peut s'appliquer aux sociétés âgées de moins de trois ans (M. COIPEL, "Les sociétés privées à responsabilité limitée", *Rép. Not.*, t. XII, liv. 4, Bruxelles, Larcier, 2008, 491, n° 317-2). La première solution doit être préférée. On pourrait même aller plus loin en considérant que, pour les années antérieures à la faillite pendant lesquelles la société n'existait pas encore, son chiffre d'affaires et le total de son bilan sont nuls.

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

L'absence de "toute forme de" comptabilité est considérée comme une telle faute (Comm. Gent (div. Kortrijk) 6 janvier 2016, *RPS-TRV* 2016, 1004, note D. VAN GERVEN, "De uitsluiting van de verzwaarde aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout voor de zaakvoerder van de kleine BVBA").

La non-inscription dans les comptes d'une importante dette à l'égard de l'administration de la TVA, qui avait pourtant fait l'objet d'une contrainte, suivie de la distribution de dividendes dont l'irrégularité serait apparue si la dette de TVA avait été comptabilisée, consti-

tue un autre exemple (Liège 25 février 2016, *RPS-TRV* 2017, 73, note A. HOUET et O. MARESCHAL, “Inapplicabilité de l’exemption de responsabilité du gérant en cas d’irrégularité dans les comptes d’un exercice non visé par l’article 265, § 1er, alinéa 2 du Code des sociétés : lorsque le ver est dans le fruit...”; *DAOR* 2016/119, 68).

La fraude fiscale grave au sens de la loi du 11 janvier 1993, même si elle n’est pas organisée, constitue une faute grave et caractérisée. Le dirigeant qui a été condamné pour fraude fiscale par le tribunal correctionnel, et qui n’a pas interjeté appel de cette condamnation, ne peut pas soutenir dans le procès en responsabilité que la fraude fiscale n’a pas été commise ou n’est pas prouvée. La fraude fiscale était accompagnée, en l’espèce, d’importants paiements faits sans justification ni contrepartie à des sociétés liées, entretemps également déclarées en faillite (Gent 12 octobre 2015, *NjW* 2017, 319, note S. DE GEYTER, “Onverantwoorde betalingen aan verbonden vennootschappen en de aansprakelijkheid van de zaakvoerder wegens kennelijk grove fout”). A propos des responsabilités particulières en matière fiscale, voy. aussi *infra*, n° 101 et s.

Par contre, sortir en mer avec un navire non assuré n’est pas une faute grave et caractérisée, mais il s’agit d’une faute au sens de l’article 1382 du Code civil (Comm. Gent (div. Oostende) 7 avril 2016, *TGR* 2017, 48).

97. La responsabilité du dirigeant ne requiert pas que la faute grave et caractérisée soit la cause directe ou unique de la faillite; il suffit qu’elle y ait contribué (Gent 12 octobre 2015, *NjW* 2017, 319, note S. DE GEYTER, “Onverantwoorde betalingen aan verbonden vennootschappen en de aansprakelijkheid van de zaakvoerder wegens kennelijk grove fout”).

98. En matière de responsabilité pour dettes de sécurité sociale, l’article 265, § 2 du Code des sociétés *juncto* article 38, § 3 *octies*, 8. de la loi du 29 juin 1981, établit comme fait générateur de la responsabilité des gérants le fait qu’ils aient été impliqués, au cours des cinq dernières années, dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l’égard d’un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale. La responsabilité particulière s’applique donc à partir de la troisième faillite (ou opération similaire).

Dans l’affaire soumise à la Cour d’appel d’Anvers, le défendeur avait été impliqué dans une faillite en 2009. Ensuite, deux autres sociétés dont il était gérant ont été déclarées en faillite le même jour, soit le 13 septembre 2012. Confirmant le jugement *a quo*, la

Cour constate que, même si l’on compte trois faillites en tout, on ne peut dire, pour aucune des faillites de 2012, qu’il y a deux faillites *antérieures*. En conséquence, elle rejette la demande de l’ONSS (Antwerpen 21 avril 2016, *Limb. Rechtsl.* 2016, 206).

La Cour de cassation censure toutefois cette décision, estimant que ce n’est pas parce que deux faillites sont intervenues le même jour que l’une n’est pas antérieure à l’autre. Pour la seconde des deux faillites prononcées le 13 septembre 2012, la condition menant à la responsabilité du gérant est remplie (Cass. 7 avril 2017, C.16.0390.N).

La bonne foi ne peut pas, dans ce cadre, exonérer le dirigeant; l’arrêt qui considère que les conditions de l’article 265, § 2 du Code des sociétés ne sont pas remplies, eu égard à la bonne foi du gérant, est dès lors cassé (Cass. 24 mars 2016, *RPS-TRV* 2017, 67; *RDC* 2016, 874).

Faute extracontractuelle

99. Le tribunal de commerce de Gand retient la faute du gérant d’une SPRL qui, juste avant la faillite, a vendu les stocks de marchandises à une société étrangère qu’il contrôle, privant par là le fournisseur impayé de son privilège sur les marchandises, puis a utilisé le prix de vente pour (se) rembourser son compte courant. La faute résulte du caractère frauduleux de l’opération, démontré par les circonstances de fait, notamment temporelles. Le dommage, particulier à un créancier et non commun à tous les créanciers dans la masse, se limite à la valeur des marchandises livrées, non payées et vendues à la société étrangère (Comm. Gent (div. Gent) 3 septembre 2015, *RPS-TRV* 2016, 83, note G. LINDEMANS, “Keizer, blauwhelm, protégé : de curator, de vereffenaar en de schuldenaar-in-reorganisatie in hun verhouding tot de schuldeisers”; *JDSC* 2016, 159).

Coexistence de responsabilités

100. Le curateur représente à la fois la société et la masse des créanciers. Ainsi, il peut exercer les actions appartenant à la société (responsabilité pour faute de gestion simple, par exemple), ainsi que celles appartenant aux créanciers. Or la mise en cause de la responsabilité des dirigeants par les créanciers de la société obéit à des règles différentes selon que le demandeur est un créancier contractuel ou extracontractuel. A ces derniers s’applique la théorie de la coexistence des responsabilités, alors que les créanciers contractuels sont soumis à la jurisprudence beaucoup plus stricte du concours, aussi appelé

“option” des responsabilités (voir à ce sujet Chronique 2016, *RPS-TRV* 2016, 741 n° 92).

Plusieurs décisions admettent que le curateur, en tant que représentant des créanciers, invoque sans autres conditions la responsabilité des dirigeants sur la base de l'article 1382 du Code civil (Antwerpen 27 octobre 2016, *RPS-TRV* 2017, 68; Comm. Gent (div. Oostende) 7 avril 2016, *TGR* 2017, 48; Comm. Gent (div. Kortrijk) 12 octobre 2016, *RW* 2016-17, 1107). Partant probablement de l'idée que la masse contient des créances tant contractuelles qu'extracontractuelles, ces décisions assimilent donc (implicitement) le curateur à un créancier extracontractuel, conformément à l'opinion reçue (sur ce point, voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2009, 907).

Responsabilité pour dettes sociales et fiscales

101. Conformément à une jurisprudence établie, l'action fondée sur l'article 442*quater* du CIR 92 est une action en responsabilité des dirigeants sociaux relevant de la compétence du tribunal de commerce et non, contrairement à ce que pourrait laisser penser une lecture superficielle, une contestation relative à une loi d'impôt confiée au tribunal de première instance (Trib. arr. Antwerpen 13 novembre 2015, *RPS-TRV* 2016, 812, note S. DE GEYTER; aussi *supra*, n° 39).

102. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation concernant ce type de responsabilité ont été publiés pendant l'année écoulée (pour une mise en contexte au sein d'une brève chronique de jurisprudence consacrée à ce sujet, voy. M.-H. VRIELINCK, “Responsabilité personnelle et solidaire des gérants, administrateurs et dirigeants de fait de sociétés en cas de faillite : la jurisprudence”, *Dr. pén. entr.* 2017, 3-7). Le 17 décembre 2015, la Cour de cassation a confirmé son point de vue selon lequel les actions contre les administrateurs basées sur les articles 442*quater* du CIR 92 et 93*undecies* C du Code de la TVA ne sont pas des actions en dommages et intérêts (*RPS-TRV* 2016, 750, note S. DE GEYTER; voir aussi Cass. 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 et Chronique 2015, *TRV* 2015, 547, n° 116). Elle censure l'arrêt d'appel ayant décidé que le fait générateur de l'application des articles précités s'identifiait à la notion de faute exigée par les articles 1382 du Code civil et 530 du Code des sociétés.

Les juridictions de fond tirent les conséquences de cette jurisprudence. Ainsi la Cour d'appel d'Anvers, après avoir constaté que les conditions des articles 442*quater* du CIR 92 et 93*undecies* C du Code de la TVA ne sont pas réunies, examine si l'on peut néanmoins reprocher au gérant une faute au sens des articles 1382 du Code civil et 265 du Code des sociétés. En cas de réponse négative, le dirigeant ne peut pas être condamné au paiement des dettes fiscales ou sociales (Antwerpen 24 septembre 2015, *RPS-TRV* 2016, 808; *RABG* 2016, 454 et Chronique 2016, *RPS-TRV* 2016, 743, n° 97).

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

La présomption de responsabilité ne concerne que les dirigeants “chargés de la gestion journalière de la société ou de la personne morale”, visés à l'article 93*undecies* C, § 1er, al. 1er du Code de la TVA. A l'égard des autres dirigeants, le fisc doit prouver l'existence d'une faute personnelle. La notion de dirigeant chargé de la gestion journalière au sens de cette disposition s'apprécie en fait, et non sur la seule base des publications aux *Annexes* du *Moniteur belge*. Le tribunal vérifie si, concrètement, la défenderesse exerçait les tâches relevant de la gestion journalière et, constatant que ce n'était pas (ou plus) le cas, ne lui applique pas la présomption (Civ. Oost-Vl. (div. Gent) 23 novembre 2015, *Cour. Fisc.* 2016, 536).

104. Le dirigeant peut s'exonérer de la responsabilité s'il démontre que le non-paiement des dettes s'explique par les difficultés financières qui ont ensuite conduit à la faillite ou à la procédure de réorganisation judiciaire. Il supporte la charge de la preuve de ces éléments (Cass. 11 mars 2016, *RPS-TRV* 2016, 1105, note Ph. MALHERBE, “Eluder la responsabilité solidaire du dirigeant en matière de TVA”; *RGCF* 2017, 162).

Le dirigeant qui souhaite échapper à la responsabilité ne peut se borner à montrer que le non-paiement a été suivi d'une faillite. Si la société, qui était en procédure de réorganisation judiciaire avant sa faillite, a utilisé les liquidités disponibles pour exécuter le plan de redressement plutôt que pour payer ses dettes fiscales, on peut en déduire que le non-paiement de ces dernières résulte des difficultés financières de la société, car c'étaient déjà les mêmes difficultés financières qui avaient justifié la procédure de réorganisa-

tion judiciaire (Gent 7 juin 2016, *DAOR* 2016/119, 88; *RW* 2016-17, 424).

105. Indépendamment de ces dispositions particulières, le fisc se base aussi sur la responsabilité civile de droit commun (art. 1382 C.Civ.) pour obtenir des dommages et intérêts à charge du dirigeant dont la société ne s'est pas acquittée de ses dettes fiscales (Comm. Turnhout 28 janvier 2013, *RW* 2016-17, 113). Le tribunal de commerce de Turnhout condamne le gérant et n'admet pas les difficultés financières de la société comme circonstance exonératoire, alors qu'elles auraient pu l'être sur la base de l'article 442^{quater} du CIR 92.

Cette décision pose question au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle, si "l'Etat, administration des contributions directes, a [...] le droit, comme toute personne préjudiciée, de former une action civile du chef d'un dommage", ce droit n'existe que si "la législation en matière d'impôt ne prévoit aucune possibilité propre de réparation" (Cass. 25 mai 2011, *Pas* 2011, 1465; Cass., 17 décembre 2015, *RABG* 2016, 1061; Cass. 2 mars 2016, *Dr. pén. entr.* 2017, 43 concl. D. VANDERMEERSCH; *JT* 2017, 400, note F. GLANSDORFF, *RGAR* 2016, n° 15336; *RGCF* 2017, 25, concl. D. VANDERMEERSCH). Cette jurisprudence a pour objectif d'éviter que le fisc n'invoque le droit commun de la responsabilité pour échapper aux conditions particulières prévues par la loi fiscale, danger qui se réalise précisément dans le cas tranché par le tribunal de commerce de Turnhout à propos de l'exonération de responsabilité basée sur les difficultés financières de la société.

Par ailleurs, comme le rappelle le Tribunal de première instance de Flandre orientale, le fait qu'une société ne paie pas ses dettes fiscales ne signifie pas nécessairement que son gérant s'est comporté de manière imprudente ou non diligente (Civ. Oost-Vl. (div. Gent) 23 novembre 2015, *Cour. fisc.* 2016, 536). Cette décision se place à juste titre dans la ligne de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 septembre 2012 (*Pas* 2012, 1719; *RPS* 2013, 63), qui rappelle que seule la société, et non son dirigeant, est tenue au paiement des dettes fiscales. Dans cette hypothèse, il n'existe pas de norme légale applicable au dirigeant qui lui impose ou lui interdit un comportement déterminé, de sorte que le non-paiement des impôts ne peut entraîner la responsabilité du dirigeant sur la base de l'article 1382 du Code civil que s'il est démontré qu'il a méconnu la norme générale de diligence, c'est-à-dire si, dans les circonstances, il ne s'est pas comporté comme un dirigeant normalement avisé.

A cet égard aussi, le jugement du tribunal de commerce de Turnhout (*précité*) est critiquable, en ce

qu'il déduit la faute du seul non-paiement des dettes fiscales par la société ("*de loutere miskenning van de betreffende fiscale bepaling [...] maakt immers een fout*"), sans se demander si l'absence de paiement des dettes fiscales était ou non un comportement raisonnable dans les circonstances de l'espèce.

Décharge

106. La décharge ne couvre que la responsabilité des dirigeants vis-à-vis de la société. Elle n'empêche pas l'action des tiers, qui ne sont pas les auteurs de cette décharge et n'ont dès lors en rien renoncé à leurs droits, tel le curateur agissant en tant que représentant des créanciers et fondant sa demande sur la responsabilité aquilienne (Antwerpen 27 octobre 2016, *RPS-TRV* 2017, 68; Comm. Gent (div. Kortrijk) 12 octobre 2016, *RW* 2016-17, 1107).

En toute hypothèse, la décharge ne vaut que pour les actes commis pendant l'exercice sur les comptes duquel l'assemblée générale s'est prononcée. S'il est exact que la décharge n'est valable que lorsqu'elle est donnée en connaissance de cause, on ne peut toutefois déduire du seul fait que le dirigeant détient directement ou indirectement la majorité des parts que l'assemblée générale n'a pas reçu une information suffisante (Antwerpen 27 octobre 2016, *RPS-TRV* 2017, 68). L'arrêt, qui considère le contraire, ne peut être approuvé sur ce point.

Prescription

107. Selon l'article 198, § 1er, 4e tiret du Code des sociétés, le délai de prescription quinquennal court à partir des faits fautifs, ou éventuellement de la découverte de ces faits. On ne peut donc pas tenir compte du moment de la découverte du dommage, en contraste avec le droit commun de la responsabilité aquilienne (art. 2262^{bis}, § 1er, al. 2 du Code civil) (Antwerpen 27 octobre 2016, *RPS-TRV* 2017, 68).

Responsabilité du représentant permanent

108. Le représentant permanent d'une personne morale exerçant les fonctions d'administrateur ou de gérant est personnellement soumis aux mêmes règles de responsabilité que celles qui s'appliquent à la personne morale qu'il représente (art. 61, § 2, al. 1er C.Soc.). Cette règle s'applique tant à la responsabilité vis-à-vis de la société administrée qu'à la responsabilité à l'égard des tiers, quel que soit le fondement juridique (Comm. Gent (div. Kortrijk) 12 octobre 2016, *RW* 2016-17, 1107).

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid

Misbruik van vennootschapsgoederen

109. 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. Het gebruik dat op betekenisvolle wijze in het nadeel was van de vermogensbelangen van de rechtspersoon of van die van zijn schuldeisers of vennoten is een constitutief bestanddeel van dit misdrijf (Mons 8 juni 2016, *DAOR* 2016/119, 92). Voor een algehele bespreking van dit misdrijf, B. GILLARD, *Misbruik van vennootschapsgoederen*, Larcier, Gent, 2017, 460 p.

Dit wanbedrijf kan worden gepleegd door een werknemer die feitelijk de vennootschap bestuurt (Corr. West-Vlaanderen (afd. Brugge) 27 april 2016, *TGR* 2016, 301).

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 tegen de rechtmatige belangen van de vennootschap en andere schuldeisers in, maakt hij zich schuldig aan misbruik van vennootschapsgoederen (Cass. 2 februari 2016, *RW* 2016-17, 1132, noot; *TGR* 2016, 154; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 746, nr. 101).

De verbetering van de financiële toestand van de rechtspersoon doet niet af aan het wanbedrijf. De benadeling moet op het ogenblik van de feiten worden beoordeeld (Brussel 17 december 2015, *Rev.dr.pén.* 2017, 187).

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 bepaalde som niet opeist om zich een voordeel te verschaffen (Cass. 17 maart 2015, *T.Strafr.* 2016, 169; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2016, 746, nr. 101).

IX. Résolution des conflits

Généralités

110. L'arbitrage est un mode traditionnel de résolution des conflits entre associés. Il est toujours aujourd'hui un mode de résolution non seulement autorisé, mais aussi particulièrement adapté en raison notamment de la rapidité avec laquelle il permet d'aboutir à une solution. Soumettre les conflits entre associés à une clause d'arbitrage n'est cependant pas exclusif de l'utilisation d'autres modes de résolution des conflits comme la médiation (D. VAN GERVEN, "Arbitrage ter zake van vennootschappen", *RW* 2016-17, 1242-1254).

111. L'exclusion ne suppose pas une faute de l'associé exclu (Gent 23 novembre 2015, *RPS-TRV* 2017, 113; *DAOR* 2016/117, 54; *RABG* 2016, 617 - voir Chronique 2016, 746, n° 103; Gent 12 octobre 2015, *NjW* 2017, 280, note S. DE GEYTER, "Geschillenregeling en duurzame onenigheid tussen vennoten"). De même, le retrait n'exige pas la démonstration d'une faute du défendeur (Liège 19 novembre 2015, *DAOR* 2016/119, 85).

112. Les règles qui concernent la résolution des conflits sont impératives, de sorte que les dispositions statutaires ne peuvent empêcher leur application (Gent 23 novembre 2015, *RPS-TRV* 2017, 113; *DAOR* 2016/117, 54; *RABG* 2016, 617 - voir Chronique 2016, 747, n° 104).

Sans invoquer explicitement le caractère impératif, la Cour d'appel de Gand applique ce principe au sujet d'une société coopérative. Pour rappel, l'article 370, § 1er, al. 1er du Code des sociétés autorise l'exclusion d'un coopérateur "pour justes motifs ou pour toute autre cause indiquée dans les statuts". Alors que les statuts de la société n'autorisaient l'exclusion que dans deux cas énoncés de manière limitative (le non-respect des conditions d'admission et les actes contraires à l'intérêt de la société), la Cour estime que ceci n'empêche pas de valider une exclusion fondée sur des justes motifs, autres que ceux indiqués dans

les statuts. Les justes motifs au sens de l'article 370 du Code des sociétés reçoivent la même définition qu'en matière de SA et de SPRL (Gent 4 janvier 2016, *RABG* 2017, 607, aussi présenté *supra*, n° 68).

Exclusion

113. L'exclusion est une mesure prise dans l'intérêt de la société, pour lui permettre de poursuivre son développement malgré la mésentente entre associés. Ainsi, le juge confronté à une demande principale et une demande reconventionnelle visant toutes deux à l'exclusion de l'autre partie, sans qu'il puisse déterminer précisément à qui la mésentente est imputable, doit se demander quel associé est le mieux placé pour assurer la continuité de la société. Il s'agit d'une question que le juge examine en fait, par exemple au regard de la puissance financière de l'associé ou de son implication dans la gestion quotidienne de la société (Gent 12 octobre 2015, *NjW* 2017, 280, note S. DE GEYTER, "Geschillenregeling en duurzame onenigheid tussen vennoten").

114. Dans ce cadre, les justes motifs sont appréciés de manière stricte. Les demandeurs doivent démontrer que la présence du défendeur dans l'actionnariat porte une telle atteinte à l'intérêt de la société que son maintien dans la société n'est plus raisonnablement possible. Des relations difficiles avec un associé minoritaire ne suffisent pas, s'il n'est pas ou plus impliqué dans la gestion et si son comportement n'empêche pas la réalisation de l'objet social et l'exercice de leurs droits par les autres associés (Prés. Comm. Leuven 3 décembre 2015, *RABG* 2017, 601).

Retrait

115. L'action en retrait est une action attitrée, qui n'appartient qu'au titulaire de droits sociaux sur les actions ou parts (Prés. Comm. Leuven 22 septembre 2016, *RABG* 2017, 635).

Il s'agit d'une action visant à régler un conflit entre actionnaires. Si la société doit être à la cause conformément à l'article 637, alinéa 2, du Code des sociétés, elle ne peut toutefois pas être condamnée au rachat des actions (Liège 19 novembre 2015, *DAOR* 2016/119, 85).

116. Le retrait est une procédure visant à protéger les droits de l'actionnaire, souvent minoritaire, qui demande le retrait, plutôt que l'intérêt de la société. Aussi les justes motifs s'y apprécient-ils de manière plus souple que dans une procédure d'exclusion. Il n'est pas nécessaire de constater que le maintien du

demandeur dans la société mettrait en péril la survie de cette dernière (Gent 18 mai 2015, *RPS-TRV* 2016, 1129, note J. VAN EETVELDE, "De zaakvoerder als superman in de geschillenregeling"; *RABG* 2017, 624), mais il faut qu'on ne puisse plus raisonnablement exiger du demandeur qu'il reste associé (Prés. Comm. Leuven 22 septembre 2016, *RABG* 2017, 635).

Ceci étant, ces motifs doivent être imputables aux actionnaires défendeurs (à distinguer de la société), et il ne doit pas exister d'alternatives moins attentatoires à la liberté contractuelle pour régler la mésentente entre les actionnaires. L'action en retrait ne peut devenir un droit de sortie accordé à l'actionnaire simplement mécontent de l'évolution des affaires ou de la stratégie de la société (Liège 19 novembre 2015, *DAOR* 2016/119, 85).

Mesurée, la Cour d'appel de Mons se réfère aux écrits d'O. CAPRASSE et R. AYDOGDU pour estimer que "c'est en définitive à un équilibre des intérêts que le juge doit tendre dans l'action en retrait et dans l'action en exclusion en mettant en balance intérêt social et intérêts des associés; c'est dans le cadre de cette pesée des intérêts qu'il conviendra de donner plus de poids tantôt à l'intérêt social (action en exclusion) tantôt aux intérêts des associés (action en retrait)". Ainsi l'intérêt social n'est-il pas non plus totalement absent dans l'examen d'une action en retrait (Mons 18 janvier 2016, *JDSC* 2016, 257, confirmant Prés. Comm. Mons et Charleroi (div. Mons) 24 avril 2015, *JT* 2016, 225; *Ius & Actores* 2015, 91, *JDSC* 2016, 247, Chronique 2016, *RPS-TRV* 2016, 746, n° 102).

117. Dans une société dont les parts sont détenues à égalité par deux associés, le fait que l'un d'eux ait le projet d'entreprendre des activités concurrentes à celles de la société justifie le retrait de l'autre associé (Gent 18 mai 2015, *RPS-TRV* 2016, 1129, note J. VAN EETVELDE, "De zaakvoerder als superman in de geschillenregeling"; *RABG* 2017, 624).

Evaluation des titres

118. Le moment où les titres doivent être évalués continue à faire l'objet de discussions devant les juridictions de fond.

En matière de retrait, la Cour d'appel de Gand a fixé la date au jour du jugement *a quo*, qui avait admis le retrait, conformément au principe résultant de l'arrêt de la Cour de cassation 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; *RABG* 2017, 630, note S. CNUDE, “Het arrest van het Hof van Cassatie van 20 februari 2015 inzake de peildatum : eindelijk duidelijkheid of blijvende controverse?”; *JDSC* 2016, 243, obs. I. CORBISIER, “Poursuite de la controverse concernant la détermination du prix de cession dans le cadre d’une procédure d’exclusion-retrait?”; *JLMB* 2016, 580, note R. AYDOGDU, “Les critères et le moment de l’évaluation des titres dans les actions en exclusion et en retrait : une responsabilité sans faute pour une société sans risque?”. La Cour de Gand relève que le demandeur était par ailleurs gérant de la société et avait jusqu’à cette date le pouvoir d’éviter les dommages qu’il alléguait pour tenter d’obtenir une date de référence antérieure (Gent 18 mai 2015, *RPS-TRV* 2016, 1129, note J. VAN EETVELDE, “De zaakvoerder als superman in de geschillenregeling”; *RABG* 2017, 624).

Le principe est le même en matière d’exclusion, où il est plus facilement admis (Gent 23 novembre 2015, *RPS-TRV* 2017, 113; *DAOR* 2016/117, 54; *RABG* 2016, 617 - voir *Chronique* 2016, *RPS-TRV* 2016, 747, n° 106).

Tout en reconnaissant le principe fixé par la Cour de cassation, le président du Tribunal de commerce de Louvain estime pouvoir y déroger dans un cas où les circonstances ont, depuis la mésentente entre associés, influencé la valeur des parts. Il fixe dès lors la date de référence au moment où l’entente a cessé d’exister, à savoir, s’agissant d’associés mariés, à la date de la citation en divorce, qui remontait à plus de huit ans avant la décision sur le retrait (Prés. Comm. Leuven 22 septembre 2016, *RABG* 2017, 635).

119. La Cour de cassation s’est prononcée sur la question des intérêts dus par la partie acquérant les titres. Le prix des titres ne devient exigible qu’à la date fixée par le jugement. A compter de cette date - mais pas avant - courent des intérêts moratoires jusqu’au moment du paiement. Lorsque le transfert de propriété est ordonné moyennant le paiement d’un prix provisionnel, dans l’attente de la fixation du prix définitif par un expert, des intérêts compensatoires sont dus sur la différence entre le prix provisionnel et le prix définitif. Cette différence est en effet une dette de valeur (Cass. 3 décembre 2015, *RPS-TRV* 2017, 206, note R. TAS, “Het Hof van Cassatie en de geschillenregeling : nu ook meer duidelijkheid over de interesten op de prijs”; *RABG* 2017, 614; *RW* 2016-17, 416).

120. Même s’il ne s’agissait pas d’une procédure de résolution des conflits fondée sur le Code des sociétés, mais bien d’une liquidation-partage d’un régime matrimonial, on remarquera avec intérêt un arrêt de

la Cour d’appel d’Anvers du 22 décembre 2015, qui met en lumière les différences entre les deux procédures notamment sur les plans de l’évaluation des parts (critère du prix de marché pour la résolution des conflits et critère de la valeur pour la liquidation-partage) et de la date à utiliser pour l’évaluation.

La Cour refuse l’application automatique d’une décote lors de l’évaluation d’une participation minoritaire. Dans une société familiale à l’actionnariat stable, la liquidité des titres et la recherche de plus-values sur les titres ne sont pas des éléments déterminants. Les conventions d’actionnaires et les statuts peuvent en outre conférer à l’associé minoritaire des pouvoirs importants sur la gestion de la société (Antwerpen 22 décembre 2015, *T. Not.* 2016, 162).

Pour un résumé des développements récents en matière de prix et d’évaluation des actions dans le cadre d’une procédure de retrait ou d’exclusion, et le rôle de l’expert dans une telle procédure, M. ROELANTS, “Specifieke Kwesties in het Vennootschapsrecht”, *Bestending Handboek Deskundigenonderzoek*, Mechelen, Kluwer, décembre 2016, IV.4-28 à IV.4-38.

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

Fusie na faillissement

121. De vennootschap die failliet is verklaard kan nog worden opgeslorpt of gesplitst in twee of meer nieuwe vennootschappen op voorwaarde dat er geen uitkering aan de vennoten is gebeurd (art. 681 W.Venn.; Kh. Liège 9 mei 2016, *DAOR* 2016/119, 59). Volgens dit vonnis kan zelfs na fusie door opslorping nog het faillissement van de vennootschap worden uitgesproken tot zes maanden na de voltrekking van de fusie, naar analogie met de zesmaandentermijn waarbinnen de vordering tot nietigverklaring van de fusie kan worden ingesteld (art. 198, § 2 W.Venn.). De rechtbank is van mening dat deze gevolgtrekking toegelaten is omwille van artikel 2 Faill.W. dat bepaalt dat het faillissement kan worden uitgesproken tot zes maanden na afsluiting van de vereffening en dus de verdwijning van de rechtspersoon. Artikel 682 W.Venn. bepaalt inderdaad dat na voltrekking van de fusie de opgeslorpte vennootschap wordt geacht gedurende zes maanden voort te bestaan, maar dan enkel voor de instelling van de vordering tot nietigverklaring, en dus niet voor andere doeleinden. Overigens gaat het vermogen, met inbegrip van de schulden, over naar de opslorpende vennootschap. Het is bijgevolg deze vennootschap die voorwerp is van een vordering tot faillissement vanaf voltrekking

van de fusie. Er zijn geen activa meer in de opgeslorpte vennootschap. Het faillissement was ambtshalve uitgesproken buiten aanwezigheid van de betrokken vennootschap zonder dat de rechter op de hoogte was van de fusie. In het besproken vonnis, op derdenverzet, wordt trouwens vastgesteld dat de voorwaarden van faillissement niet meer zijn vervuld nadat de fusie is voltrokken; het faillissement wordt ingetrokken.

Pauliaanse vordering

122. Een schuldeiser die een vordering heeft die dateert van vóór de herstructurering, zou deze kunnen aanvechten met de pauliaanse vordering (art. 1167 BW, of art. 20 Faill.W.) en aldus pogen ze niet aan hem tegenwerpelijk te verklaren. Dit kan van nut zijn in geval van een splitsing, als daardoor zijn onderpand vermindert. Het pauliaans bedrog vereist wel dat de schuldeiser aantoont dat de splitsing aan hem abnormale schade berokkent; hiervoor is vereist dat zijn schuldvordering dateert van vóór de splitsing, tenzij in geval van bedrieglijk oogmerk; in geval van faillissementspauliana moet minstens één schuldvordering in de massa van voordien dateren. De rechter houdt in zijn beoordeling rekening met de schuldeisersbescherming die in geval van herstructurering geldt. Terecht werd opgemerkt dat een pauliaanse vordering nog zelden zal slagen (K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1992-1998”, *TPR* 2000, 533; T. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Kluwer, Brussel, 1993, 333). In bedrieglijke omstandigheden is dit echter niet uitgesloten. Aldus kan de pauliaanse vordering slagen wanneer in een partiële splitsing de passiva met bedrieglijk oogmerk worden afgesplitst naar een vennootschap die geen overlevingskansen heeft, terwijl de realiseerbare en waardevolle activa in de andere afgesplitste vennootschap worden ondergebracht om zo de daarin overgebrachte activiteit te redden. In werkelijkheid was de partieel gesplitste vennootschap reeds virtueel failliet. Nadien werd ze trouwens failliet verklaard. De curator vocht de splitsing aan met de faillissementspauliana, en vorderde schadevergoeding niet alleen van de zaakvoerders wegens onrechtmatige daad, maar ook van de verkrijgende vennootschappen omdat ze hebben meegewerkt aan deze bedrieglijke herstructurering, wat een onrechtmatige daad uitmaakt (Kh. Gent (afd. Dendermonde) 28 november 2016, *TRV-RPS* 2017, 363, noot G. LINDEMANS, “Ook een rechtspersoon mag waardig sterven. De pauliana tegen de splitsing van een insolvente vennootschap”). In deze zaak oordeelde de rechter dat omdat de pauliaanse handeling met bedrieglijk oogmerk een onrechtmatige daad vormt, de curator

recht heeft op schadevergoeding ex artikel 1382 BW bij wijze van herstel bij equivalent. De annotator wijst er terecht op dat dit niet nodig is, daar door de niet-tegenwerpelijkheid van de splitsing, de curator van de overdragende vennootschap (die i.g.v. de partiële splitsing nog bestaat) beslag kan leggen op alle goederen in het vermogen van de verkrijgende vennootschappen.

Overdracht van borgtocht bij fusie

123. De fusie heeft als gevolg dat de activa en passiva van het overgedragen vermogen, met inbegrip van alle rechten en verplichtingen, van rechtswege op de entiteit die de ontvanger ervan is, overgaan. Dit geldt voor de fusie en de splitsing waarin het gehele vermogen van iedere ontbonden vennootschap op de verkrijgende vennootschap overgaat (art. 682, 3^o en 772/3 W.Venn.).

Hieruit wordt afgeleid dat ook alle zekerheden van rechtswege overgaan. Dit geldt volgens de rechtspraak en rechtsleer ook voor de borgstelling (Gent 25 januari 2001, *TRV* 2004, 245, noot M. WAUTERS, “De overdracht van verbintenissen *intuitu personae* bij fusie, splitsing en inbreng van algemeenheid of bedrijfstak”; G. KEUTGEN en J.F. TOSSENS, “La nouvelle loi sur les fusions et les scissions”, *JT* 1994, 358). Deze laatste auteurs wijzen erop dat de borg van de overnemende vennootschap een groter onderpand verwerft.

Volgens recente rechtspraak moet daarbij rekening worden gehouden met artikel 2015 BW dat bepaalt dat een borgtocht niet wordt vermoed, uitdrukkelijk moet zijn aangegaan en niet verder mag strekken dan de perken waarbinnen de borgtocht is aangegaan. Hieruit volgt dat de borgtocht beperkend moet worden uitgelegd in die zin dat de borg enkel kan worden geacht zich te willen verbinden tot zekerheid van verbintenissen die hij redelijkerwijze kan voorzien bij het sluiten van de borgtocht (Cass. 19 mei 2016, *TBH* 2017, 394, noot M. SERVAIS, “De voorzienbaarheid van de schulden als nieuwe geldigheidsvoorwaarde voor de borgstelling?”). Dit houdt dan in, volgens dit cassatiearrest, dat bij opslorping de rechter moet nagaan of bij het aangaan van de borgtocht verleend voor schulden van de opslorpende vennootschap redelijkerwijze voorzienbaar was dat de borg zich zou uitstrekken tot de schulden van de overgenomen vennootschappen.

Het hof van beroep te Brussel meent alvast dat de borg van de verbintenissen van de opgeslorpte vennootschap niet kan worden geacht gebonden te zijn tot betaling van de verbintenissen van de overnemende vennootschap omdat dit niet de bedoeling was op

het ogenblik van het aangaan van de borg. In de overweging van het hof speelde mee dat naar aanleiding van de fusie de aandeelhoudersstructuur en het maatschappelijk doel werden gewijzigd, de activiteiten werden uitgebreid met meer risicovolle activiteiten en verder het bestuur, de vennootschapsnaam en de -zetel werden aangepast (Brussel 21 juni 2016, *TBH* 2017, 544, noot H. DE WULF, “Borgtocht en fusie : enkele opmerkingen”).

Grensoverschrijdende fusie

124. Overeenkomstig artikel 15 van de Fusierichtlijn van 9 oktober 1978 (artikel 101 van de Richtlijn (EU) 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht (randnr 2)) die ziet op interne fusies, moeten de houders van effecten waaraan bijzondere rechten verbonden zijn maar die geen aandelen zijn, in de overnemende vennootschap over rechten beschikken die ten minste gelijkwaardig zijn aan die waarover ze in de overgenomen vennootschap beschikten, tenzij een vergadering van deze effectenhouders met de wijziging heeft ingestemd of ze hun effecten kunnen laten inkopen. De Belgische wetgever heeft ervoor gekozen de wijziging te onderwerpen aan een instemming door een vergadering van deze effectenhouders (D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 1219-1220). Deze regeling geldt niet voor gewone obligaties, maar wel voor converteerbare obligaties en ook warrants (P. VAN OMME-SLAGHE, “La réforme des fusions et scissions en droit belge” in *Tendensen in het bedrijfsrecht*, Brussel/Antwerpen, Bruylant/Kluwer, 1992, 110). Dit wordt bevestigd in een recent arrest van het Hof van Justitie (HvJ 7 april 2016, *TRV-RPS* 2016, 963, noot K. MARESCEAU, “Het lot van een obligatielening bij een (grensoverschrijdende) fusie : annotatie bij het arrest KA Finanz AG van het Hof van Justitie”).

In dit arrest wordt ook aangegeven dat in een grensoverschrijdende fusie de bescherming van deze effectenhouders wordt beheerst door het nationale recht van de overgenomen vennootschap. Dit nationale recht beheerst overigens ook de leningsvoorwaarden daar deze lening zoals andere verbintenissen zonder wijziging overgaat naar het vermogen van de overnemende vennootschap.

XI. Groepen

Belangenconflicten

125. Gezien het eigen belang van de individuele groepsvennootschap en de verantwoording aan schuldeisers die haar eigen zijn, moeten de contractuele relaties tussen groepsvennootschappen aan normale marktomstandigheden (*at arms' length*) worden aangegaan. Transacties tussen verbonden vennootschappen doen belangenconflicten ontstaan die nadelig kunnen zijn voor de gecontroleerde vennootschap (N. HALLEMEESCH, “Belangenconflicten van meerderheidsaandeelhouders. Zoektocht naar betere minderheidsbescherming vanuit rechtseconomisch en rechtsvergelijkend perspectief”, *TRV-RPS* 2017, 5).