/15 BE DAOR



# DAOR

## Le droit des affaires

## Het ondernemings-recht



Trimestriel
Driemaandelijks

juillet – septembre
juli – september
2002

63

Afgiftekantoor Gent X

# DA OR

Le droit des affaires
Het ondernemingsrecht

**Mode de citation recommandé / Aanbevolen citeerwijze** : *DAOR*

**Comité de rédaction restreint / Kernredactie**

†Anne BENOIT-MOURY, Professeur ordinaire Université de Liège
Gabriel-Luc BALLON, Gewoon Hoogleraar K.U. Leuven, advocaat De Meester, Ballon, Billiet & Co
Denis PHILIPPE, Professeur à l'Université Catholique de Louvain et à l'ICHEC,
Chargé de cours à l'Université Paris-Nanterre, avocat Laga & Philippe

**Rédaction / Redactie**

Dominique BLOMMAERT, Wetenschappelijk medewerker Instituut financieel recht U.Gent, advocaat Janson & Baugniet
Jean-Philippe BONTE, Manager Corporate Finance BBL NV, Belastingconsulent
Olivier CAPRASSE, Chargé de Cours à l'Université de Liège, Avocat, Hanotiau & van den Berg
Delphine DEHASSE, Avocat Laga & Philippe
Damien DE KEYSER, Avocat Buyle Dieryck Van Looveren Mangain
Dominique DE MAREZ, Assistent Universiteit Antwerpen (UFSIA), advocaat
Dominique MOUGENOT, Juge au Tribunal de Commerce de Mons
Eric FELTEN, Juge au Tribunal de commerce de Charleroi
Etienne MONTERO, Professeur FUNDP Namur
Henri OLIVIER, Directeur Fédération Experts Comptables d'Europe
Olivier POELMANS, Conseiller juridique KB Luxembourg
Dean SPIELMANN, Avocat à la Cour (Luxembourg), Dupong & Spielmann, Chargé de cours au Centre Universitaire du Luxembourg
Christophe STEYAERT, Avocat Buyle Dieryck Van Looveren Mangain
Gert STRAETMANS, Hoofddocent R.U.Leiden, Docent Universiteit Antwerpen
Michel TISON, Docent Instituut financieel recht U.Gent

**Adresse de la rédaction / Redactie-adres**

DAOR
Avenue Louise 148 à 1050 Bruxelles
*Louizalaan 148 te 1050 Brussel*

**Initiative / Initiatief:**

La revue DA OR est une initiative de l'association sans but lucratif Carrefour Interdisciplinaire Administrations Universités – **C.I.E.A.U.**
*Het tijdschrift DA OR is een initiatief van de vereniging zonder winstoogmerk Interdisciplinair Trefpunt Ondernemingen Administraties Universiteiten* – ***I.T.O.A.U.***
Fondateur / Stichter: Leon DEWINCKLÉAR†

**Editeur / Uitgever**

Kluwer uitgevers
Ragheno Business Park
Motstraat 30, 2800 Mechelen
Tel. 0800-14 500 – Fax 0800-175 29
e-mail: info@kluwer.be

**Prix et conditions d'abonnements / Prijs en abonnementsvoorwaarden**

Année 2002 (4 numéros): 143 Euro (TVA et frais d'envoi inclus).
*Jaargang 2002 (4 nummers): 143 Euro (inclusief BTW en verzendingskosten).*

**Editeur responsable / Verantwoordelijke uitgever**

Daniel Lefebvre, Motstraat 30, 2800 Mechelen

K.U.LEUVEN
RECHTSBIBLIOTHEEK
21 MEI 2003
Tiensestraat 41
3000 LEUVEN

# HOMMAGE A MADAME ANNE BENOIT-MOURY / HOMMAGE AAN MEVROUW ANNE BENOIT-MOURY

Madame Benoît Moury, professeur de droit des sociétés à la Faculté de Droit de l'Université de Liège, faisait partie du comité de rédaction restreint de notre revue.

Elle fut enlevée par le destin bien prématurément, à l'âge de 59 ans.

Son apport à la science juridique est considérable; quel juriste ne s'est-il pas réjoui de la mise à jour par Madame Benoît Moury du Traité de droit des sociétés du Bâtonnier Resteau; elle animait de sa science et de sa gentillesse les milieux professionnels concernés par le droit des sociétés et elle se montra très active à propos des récentes réformes en matière de corporate governance; les regards tristes de ses proches et collaborateurs à la sortie de l'office d'adieu témoignent de l'affection qu'ils lui portaient et de l'admiration qu'ils lui vouaient.

Notre revue s'associe à leur douleur.

Mevrouw Benoît Moury, hoogleraar vennootschapsrecht aan de Rechtsfaculteit van de Universiteit van Luik, maakte deel uit van de hoofdredactie van ons tijdschrift.

Zij overleed veel te vroeg, op 59 jarige leeftijd. Haar bijdrage tot de rechtswetenschap is aanzienlijk: welke jurist was niet blij toen de bijwerking van haar hand van de Traité des sociétés van stafhouder Resteau verscheen? Zij begeesterde met haar vakkennis en door haar vriendelijkheid de professionele middens die met het vennootschapsrecht te maken hebben; zij toonde zich zeer actief met betrekking tot de recente hervormingen inzake corporate governance.

De droefenis en de verslagenheid bij haar dierbaren en haar medewerkers bij het verlaten van de afscheidsceremonie bewijzen de genegenheid die zij haar toedroegen en de bewondering die zij voor haar voelden.

Ons tijdschrift sluit zich daarbij aan.

# Sommaire – Inhoud

## Première partie – Eerste gedeelte

### *Doctrine – Rechtsleer*


- L'accès des particuliers aux juridictions communautaires: Une danse d'Echternach? – Dominique GRISAY, Vincentia MICHIELS .. 172
- La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales – Marc GOUDEN, Denis PHILIPPE, Marc BAETENS ..... 186
- De Integratie van de Tijdelijke Handelsvennootschap in de Jaarrekening – Bart DE MOOR, Dirk SMETS, Harry VANMEERBEEK ..... 197
- Le passeport européen: Amorce d'un véritable marché financier européen – Denis PHILIPPE, Delphine DEHASSE ..... 207
- Travailleurs-capitalistes de Belgique, rassurez-vous, la Commission bancaire et financière vous protège...souvent. Mais pour combien de temps encore? – Muriel BAUDONCQ, France WILMET ..... 212


## Deuxième partie – Tweede gedeelte

### *Jurisprudence – Rechtspraak*


- **Hof van beroep Gent (7° kamer) 8 november 2001**
  I. Facturen – Bewijskracht
  *I. Factures – Force probante* ..... 243
- **Hof van beroep Brussel (5° kamer) 23 november 2001**
  Algemene voorwaarden – Toepasbaarheid – Nieuwe overeenkomst – Toepassing op vroegere overeenkomsten – Wijziging aan de algemene voorwaarden – Duiken voor het eerst op in een factuur – Niet toepasbaar, ook indien er niet werd geprotesteerd
  *Conditions générales – Applicabilité – Nouveau contrat – Application à des contrats ultérieurs – Modification des conditions générales – Figurent pour la première fois sur une facture – Non applicables même en l'absence de protestation* ..... 244
- **Cass. (1° chambre) 24 octobre 2002**
  Notaire – Fonctionnaire public – Honoraires – Provision – Refus de prêter son ministère
  *Notaris – Openbaar ambtenaar – Honoraria – Voorschot – Weigering zijn ambt te verlenen* ..... 215
- **Cass. (1° kamer) 8 november 2002**
  Leasing – Ontbinding van de overeenkomst – Toerekening van de opbrengst van de geleasde zaak op de contractueel bedongen vergoedingen die aan de leasinggever toekomen
  *Location-financement – Résiliation du contrat – Imputation du revenu de la chose donnée en leasing sur les dommages-intérêts dûs au bailleur en leasing* ..... 246
- **Cour d'appel de Bruxelles (7° chambre) 29 avril 2002**
  I. Location-financement – Obligations du locataire portant sur l'entretien du bien – Licéité
  *I. Finance leasing – Verbintenissen van de leasingnemer met als oogmerk het onderhoud van het goed – Geoorloofdheid*
  II. Location-financement – Résiliation du contrat aux torts du locataire
  *II. Finance leasing – Verbreking van het contract ten nadele van de leasingnemer* ..... 249
- **Cour d'appel de Bruxelles (4° chambre) 8 avril 2002**
  I. Sponsoring – Engagement comme sponsor – Preuve – Déclarations d'un préposé
  *I. Sponsoring – Aanvaarding van het sponsorship – Bewijs – Verklaringen van een aangestelde*
  II. Sponsoring – Obligations du sponsor- Inexécution
  *II. Sponsoring – Verbintenissen van de sponsor – Niet-uitvoering* ..... 251
- **Comm. Mons 17 octobre 2002**
  Contrat d'agence commerciale – Moment de la naissance du contrat – Art. 16 de la loi du 13 avril 1995 – Applicabilité à l'égard des tiers
  *Handelsagentuurovereenkomst – Ogenblik waarop het contract is ontstaan – Art. 16 W. 13 april 1995 – Toepasselijkheid ten aanzien van derden* ..... 251
- **Cour d'appel Bruxelles 29 avril 2002**
  I. Contrat d'agence – Indemnité d'éviction – Clause de non concurrence – Présomption en faveur de l'agent d'avoir apporté une clientèle
  *I. Agentuur – Uitwinningsvergoeding – Niet-concurrentiebeding – Vermoeden ten voordele van de agent dat hij een cliënteel heeft aangebracht*
  II. Contrat d'agence – Indemnité d'éviction – Fixation du montant – Base de calcul
  *II. Agentuur – Uitwinningsvergoeding – Berekeningsbasis* ..... 257
- **Comm. Mons (2° chambre) 28 février 2002**
  Courtier de crédit – Obligation d'identification du demandeur de crédit – Obligation de résultat – Présentation de fausses cartes d'identité – Cas fortuit – Preuve
  *Kredietmakelaar – Verplichting om de kredietaanvrager te identificeren – Resultaatsverbintenis – Voorlegging van valse identiteitspapieren – Overmacht – Bewijs* ..... 261
- **Cour de cassation (1e chambre) 21 décembre 2001**
  Action directe du sous traitant – Art. 1798 C.CIV. – Etendue
  *Rechtstreekse vordering van de onderaannemer – Art. 1798 B.W. – Draagwijdte* ..... 263
  *Note*: Patrick WÉRY, L'assiette de l'action directe du sous-traitant ..... 264
- **Cour de cassation (1° chambre) 22 mars 2002**

# Erratum Sommaire - Inhoud

# DAOR 63

# Sommaire – Inhoud

## Première partie – Eerste gedeelte

### *Doctrine – Rechtsleer*


- L'accès des particuliers aux juridictions communautaires: Une danse d'Echternach? – Dominique GRISAY, Vincentia MICHIELS .. 172
- La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales – Marc GOUDEN, Denis PHILIPPE, Marc BAETENS ..... 186
- De Integratie van de Tijdelijke Handelsvennootschap in de Jaarrekening – Bart DE MOOR, Dirk SMETS, Harry VANMEERBEEK ..... 197
- Le passeport européen: Amorce d'un véritable marché financier européen – Denis PHILIPPE, Delphine DEHASSE ..... 207
- Travailleurs-capitalistes de Belgique, rassurez-vous, la Commission bancaire et financière vous protège...souvent. Mais pour combien de temps encore? – Muriel BAUDONCQ, France WILMET ..... 212


## Deuxième partie – Tweede gedeelte

### *Jurisprudence – Rechtspraak*


- **Hof van beroep Gent (7° kamer) 8 november 2001**
  I. Facturen – Bewijskracht
  *I. Factures – Force probante* ..... 243
- **Hof van beroep Brussel (5° kamer) 23 november 2001**
  Algemene voorwaarden – Toepasbaarheid – Nieuwe overeenkomst – Toepassing op vroegere overeenkomsten – Wijziging aan de algemene voorwaarden – Duiken voor het eerst op in een factuur – Niet toepasbaar, ook indien er niet werd geprotesteerd
  *Conditions générales – Applicabilité – Nouveau contrat – Application à des contrats ultérieurs – Modification des conditions générales – Figurent pour la première fois sur une facture – Non applicables même en l'absence de protestation* ..... 244
- **Cass. (1° chambre) 24 octobre 2002**
  Notaire – Fonctionnaire public – Honoraires – Provision – Refus de prêter son ministère
  *Notaris – Openbaar ambtenaar – Honoraria – Voorschot – Weigering zijn ambt te verlenen* ..... 246
- **Cass. (1° kamer) 8 november 2002**
  Leasing – Ontbinding van de overeenkomst – Toerekening van de opbrengst van de geleasde zaak op de contractueel bedongen vergoedingen die aan de leasinggever toekomen
  *Location-financement – Résiliation du contrat – Imputation du revenu de la chose donnée en leasing sur les dommages-intérêts dûs au bailleur en leasing* ..... 249
- **Cour d'appel de Bruxelles (7° chambre) 29 avril 2002**
  I. Location-financement – Obligations du locataire portant sur l'entretien du bien – Licéité
  *I. Finance leasing – Verbintenissen van de leasingnemer met als oogmerk het onderhoud van het goed – Geoorloofdheid*
  II. Location-financement – Résiliation du contrat aux torts du locataire
  *II. Finance leasing – Verbreking van het contract ten nadele van de leasingnemer* ..... 249
- **Cour d'appel de Bruxelles (4° chambre) 8 avril 2002**
  I. Sponsoring – Engagement comme sponsor – Preuve – Déclarations d'un préposé
  *I. Sponsoring – Aanvaarding van het sponsorship – Bewijs – Verklaringen van een aangestelde*
  II. Sponsoring – Obligations du sponsor- Inexécution
  *II. Sponsoring – Verbintenissen van de sponsor – Niet-uitvoering* ..... 251
- **Comm. Mons 17 octobre 2002**
  Contrat d'agence commerciale – Moment de la naissance du contrat – Art. 16 de la loi du 13 avril 1995 – Applicabilité à l'égard des tiers
  *Handelsagentuurovereenkomst – Ogenblik waarop het contract is ontstaan – Art. 16 W. 13 april 1995 – Toepasselijkheid ten aanzien van derden* ..... 254
- **Cour d'appel Bruxelles 29 avril 2002**
  I. Contrat d'agence – Indemnité d'éviction – Clause de non concurrence – Présomption en faveur de l'agent d'avoir apporté une clientèle
  *I. Agentuur – Uitwinningsvergoeding – Niet-concurrentiebeding – Vermoeden ten voordele van de agent dat hij een cliënteel heeft aangebracht*
  II. Contrat d'agence – Indemnité d'éviction – Fixation du montant – Base de calcul
  *II. Agentuur – Uitwinningsvergoeding – Berekeningsbasis* ..... 257
- **Comm. Mons (2° chambre) 28 février 2002**
  Courtier de crédit – Obligation d'identification du demandeur de crédit – Obligation de résultat – Présentation de fausses cartes d'identité – Cas fortuit – Preuve
  *Kredietmakelaar – Verplichting om de kredietaanvrager te identificeren – Resultaatsverbintenis – Voorlegging van valse identiteitspapieren – Overmacht – Bewijs* ..... 261
- **Cour de cassation (1e chambre) 21 décembre 2001**
  Action directe du sous traitant – Art. 1798 C.CIV. – Etendue
  *Rechtstreekse vordering van de onderaannemer – Art. 1798 B.W. – Draagwijdte* ..... 263
  *Note*: Patrick WÉRY, L'assiette de l'action directe du sous-traitant ..... 264

- **Cour de cassation (1° chambre) 22 mars 2002**
  Privilèges et hypothèques – Privilège du sous-traitant – Étendue – Art. 20, 12°, L. sur les hypothèques
  *Voorrechten en hypotheken – Voorrecht van de onderaannemer – Omvang – Art. 20, 12° HYP.W.* ..... 266
- **Comm. Mons (3° chambre) 26 juin 2002**
  Contrat d'entreprise de construction – Absence d'accès à la profession de l'entrepreneur – Nullité du contrat – Nullité étendue à tous les avenants ayant trait à la réalisation du même ouvrage – Conséquences de la nullité – Restitution réciproque
  *Aannemingsovereenkomst voor bouwwerken – Ontbreken van toegang tot het beroep in hoofde van de aannemer – Nietigheid van de overeenkomst – Nietigheid die zich uitstrekt tot alle overeenkomsten die betrekking hebben op de oprichting van hetzelfde gebouw – Gevolgen van de nietigheid – Wederzijdse teruggave* ..... 269
- **Comm. Mons (3° chambre) 6 novembre 2002**
  I. Contrat d'entreprise de construction – Absence d'accès à la profession de l'entrepreneur – Nullité du contrat – Conséquences de la nullité – Prise en compte des travaux qui profitent au maître de l'ouvrage – Sanction de l'entrepreneur – Prise en compte partielle
  *I. Aannemingsovereenkomst voor bouwwerken – Ontbreken van toegang tot het beroep in hoofde van de aannemer – Nietigheid van de overeenkomst – Gevolgen van de nietigheid – Aanrekening van de werken die voordeel opleveren voor de bouwheer – Sanctie voor de aannemer – Partiële aanrekening*
  II. Responsabilité des organes de société à l'égard des tiers – Infraction pénale – Responsabilité de l'administrateur à l'égard du cocontractant de la société
  *II. Aansprakelijkheid van de vennootschapsorganen ten aanzien van derden – Strafrechtelijke inbreuk – Aansprakelijkheid van de bestuurder ten aanzien van de wederpartij van de vennootschap* ..... 273
- **Gent (26° kamer), 3 december 2002**
  Vervoercontract – CMR-verdrag – ontheffing van aansprakelijkheid (art. 17 alinea 2 CMR) – te leveren bewijs
  *Contrat de transport – convention CMR – exonération de responsabilité (art. 17 alinea 2 CMR) – preuve* ..... 276
- **Hof van Cassatie (1° kamer) 24 oktober 2002**
  I. Faillissement – Curator – Opdracht – Schade ten gevolge van een fout waardoor het passief van het faillissement wordt verhoogd of het actief wordt verminderd – Schade door de fout van een derde
  *I. Faillite – Curateur – Mission – Dommages résultant d'une faute ayant pour effet d'augmenter le passif ou de diminuer l'actif – Dommages résultant de la faute d'un tiers*
  II. Vennootschap – Kapitaalverhoging – Geveinsd karakter – Notariskosten – Te vergoeden schade
  *II. Société – Augmentation du capital – Caractère fictif – Frais de notaire – Dommages indemnisables* ..... 278
- **Hof van Cassatie (1° kamer) 24 oktober 2002**
  I. Volmacht tot het vestigen van een hypotheek – Latere vestiging van de hypotheek – Geen terugwerkende kracht
  *I. Procuration à l'effet de constituer hypothèque – Constitution ultérieure d'une hypothèque – Pas d'effet rétroactif*
  II. Hypotheek – Gevestigd tijdens verdachte periode vóór faillissement – Zekerheid voor schulden van vóór deze periode – Art. 445, vierde lid Faill.w. (thans art. 17, 3° Faill.w.)
  *II. Hypothèque – Constituée au cours de la période suspecte précédant la faillite – Sûreté relative à des créances antérieures à cette période – Art. 445, quatrième alinéa loi Faill. (art. 17, 3° nouv. L. Faill.)* ..... 286
- **Kh. Brussel (5° kamer) 12 september 2002**
  Faillissement – Verdachte periode – Oprichting van een rechtspersoon met de activa van de gefailleerde – Niet-tegenwerpelijkheid aan de massa
  *Faillite – Période suspecte – Constitution d'une personne morale en apportant les actifs du failli – Non-opposable à la masse* 288
- **Kh. Brussel (5° kamer) 12 september 2002**
  Faillissement – Verdachte periode – Kapitaalverhoging die onmiddellijk gevolgd wordt door een overschrijving van het grootste deel van het ingebrachte bedrag naar de persoonlijke bankrekening van een bestuurder – Niet tegenwerpelijk
  *Faillite – Période suspecte – Augmentation du capital immédiatement suivie d'un versement de la plus grande partie du montant apporté sur le compte personnel d'un administrateur – Inopposabilité* ..... 289
- **Hof van Beroep Antwerpen (4° bis kamer) 18 november 2002**
  I. Eigendomsvoorbehoud – Faillissement – Toepasselijkheid op andere vormen van samenloop en m.n. deze na vereffening
  *I. Clause de réserve de propriété – Faillite – Applicabilité à d'autres formes de concours et plus précisément à celui qui naît après une liquidation*
  II. Retentierecht – Uitgeoefend op voor bewerking afgegeven goederen in verband met vroeger op andere goederen uitgevoerde bewerkingen
  *II. Droit de rétention – Exercé sur des biens remis en vue d'être façonnés mais concernant des travaux exécutés sur d'autres biens* ..... 290
- **Kh. Brussel (5° kamer) 22 oktober 2002**
  I. Vennootschappen – Vordering tot volstorting van het kapitaal – Art. 199, derde alinea W.Venn. – W. 13 april 1995 – Wettelijk minimumkapitaal van een naamloze vennootschap bij faillissement nog steeds niet volgestort – Aansprakelijkheid van de bestuurders
  *I. Sociétés – Action en libération du capital – Art. 199, al. 3 code soc. – Loi du 13 avril 1995 – Capital minimal imposé d'une société anonyme non encore libéré au moment de la faillite – Responsabilité des administrateurs*
  I. Vennootschappen – Bestuurder – Einde mandaat – Verplichting het mandaat te blijven uitoefenen tot in zijn vervanging werd voorzien
  *II. Sociétés – Administrateur – Fin du mandat – Obligation de continuer l'exercice du mandat jusqu'au remplacement de l'administrateur* ..... 293
- **Hof van beroep Brussel (8° kamer) 15 april 2002**
  I. Overdracht van aandelen – Miskenning van een statutaire overdrachtbeperking – Geen medeplichtigheid van de overnemer
  *I. Transfert d'actions – Méconnaissance d'une interdiction statutaire – Pas de complicité du cessionnaire*
  II. Algemene vergadering – Kosten – Te betalen door de vennootschap – Vernietiging van de op deze vergadering getroffen beslissingen – Invloed op het verschuldigd-zijn van deze kosten
  *II. Assemblée générale – Frais – À payer par la société – Annulation des décisions prises lors de cette assemblée – Influence sur la débition de ces frais*
  III. Beweerde privé-uitgaven voor een bestuurder betaald door de vennootschap – Opname in de jaarrekening – Goedkeuring door de algemene vergadering – Definitief karakter

*III. Dépenses prétendument privées en faveur d'un gérant, payées par la société – Reprise dans les comptes annuels – Approbation par l'assemblée générale – Caractère définitif* ..... 295
- **Hof van Beroep Gent (12° kamer) 29 mei 2002**
I. Vennootschap – Verkoop van aandelen – Toestemming – Dwaling
*I. Société – Vente d'actions – Consentement – Erreur*
II. Verkoop van aandelen – Niet-betaling – Sanctie
*II. Vente d'actions – Défaut de paiement – Sanction* ..... 298
- **Hof van Beroep Gent (23° kamer) 17 oktober 2001**
Vennootschappen – Bestuurdersaansprakelijkheid – Vereffening-verdeling van het vennootschapsvermogen zonder de wettelijke bepalingen te respecteren – Niet-neerleggen van de jaarrekening – Niet naleven van de alarmbelprocedure – Omkering van de bewijslast ten voordele van derden – Curator – Bezoldiging van de bestuurders en betaling van sociale lasten zonder wettelijke of statutaire basis
*Sociétés – Responsabilité des administrateurs – Liquidation-partage du patrimoine de la société sans que les dispositions légales soient respectées – Absence de dépôt des comptes annuels – Non respect de la procédure d'alerte – Renversement de la charge de la preuve en faveur des tiers – Curateur – Rémunération des administrateurs et paiement de charges sociales sans justification légale ou statutaire* ..... 300
- **Hof van beroep Brussel (8° kamer) 17 december 2002**
Vennootschappen – Gedwongen overdracht – Gegeronde reden – Belang van de vennootschap
*Sociétés – Cession forcée – Justes motifs – Intérêt de la société* ..... 304
- **Voorz. Kh. Kortrijk (vordering tot staken) 5 november 2001**
I. Internationale rechtsmacht – Verschijning van verweerders zonder de internationale rechtsmacht van de voorzitter te betwisten
*I. Compétence internationale – Comparution des défendeurs sans contester la compétence internationale du président*
II. Exceptie van onbevoegdheid – In te roepen vóór alle excepties of verweer – Vordering tot staken op grond van de handelspraktijkenwet – Territoriale bevoegdheid
*II. Exception d'incompétence – Doit être soulevée avant toute autre exception ou défense – Action en cessation basée sur la loi sur les pratiques du commerce – Compétence territoriale*
III. Taalwijziging – Art. 7 § 1 W. 15 juni 1935
*III. Changement de langue – Art. 7 § 1 L. 15 juin 1935*
IV. Toelaatbaatheid van de vordering – Belang
*IV. Admissibilité de la demande – Intérêt à agir*
V. Handelspraktijkenwet – Territoriale uitwerking
*V. Loi sur les pratiques du commerce – Portée territoriale*
VI. Misleidende reclame – Misleidingsgevaar – Criterium
*VI. Publicité trompeuse – Risque de tromperie – Critère*
VII. Misleidende reclame – Miskenning van art. 93 handelspraktijkenwet
*VII. Publicité trompeuse – Infraction à l'art. 93 loi sur les pratiques du commerce* ..... 307
- **Gent (26° kamer) 17 december 2002**
I. Makelaarsovereenkomst – Bemiddeling bij verkoop onroerend goed – Opdracht vanwege de echtgenoot die geen eigenaar is – Gezinswoning
*I. Contrat de courtage – Intervention en vue de la vente d'un immeuble – Ordre émanant de l'époux qui n'est pas propriétaire du bien – Logement principal de la famille*
II. Handelspraktijkenwet – Bezwarende bedingen – Verkoper – Vastgoedmakelaar
*II. Loi sur les pratiques du commerce – Clauses abusives – Vendeur – Courtier de biens immobiliers*
III. Handelspraktijkenwet – Bezwarende bedingen – Art. 32, 15° – Geen aanspraak op schadeloosstelling ten gunste van makelaar
*III. Loi sur les pratiques du commerce – Art. 32, 15° – Exclusion du droit à des dommages-intérêts dans le chef du courtier*
IV. Makelaarsovereenkomst – Bemiddeling bij verkoop onroerend goed – Toepassing art. 1794 B.W.
*IV. Contrat de courtage – Intervention en vue de la vente d'un immeuble – Art. 1794 c.c.*
V. Makelaarsovereenkomst – Bemiddeling bij verkoop onroerend goed – Wanprestatie door de opdrachtgever – Schadeloosstelling
*V. Contrat de courtage – Intervention en vue de la vente d'un immeuble – Résiliation par le donneur d'ordre – Dommages-intérêts* ..... 314

# Troisième partie – Derde gedeelte

## *Livres – Boeken / Communications – Mededelingen*

- D.-B. Floor, La Société Momentanée, *Répertoire Notarial*, Tome XII, Livre V/5, Brussel, Larcier, 2002, 286 p., 136 euro en D.-B. Floor, Formulaire – La Société Momentanée, Brussel, Larcier, 2003, 54 p., 32 euro – Marc Dalle ..... 320
- Rapport 2001 sur le fonctionnement du Tribunal de commerce de Bruxelles – Frédéric d'Angelo, Marc Gouden ..... 321
- Mélanges offerts au Professeur Marcel Fontaine ..... 322

Privilèges et hypothèques – Privilège du sous-traitant – Étendue – Art. 20, 12°, L. sur les hypothèques
*Voorrechten en hypotheken – Voorrecht van de onderaannemer – Omvang – Art. 20, 12° HYP.W.* ..... 235

- **Comm. Mons (3° chambre) 26 juin 2002**
Contrat d'entreprise de construction – Absence d'accès à la profession de l'entrepreneur – Nullité du contrat – Nullité étendue à tous les avenants ayant trait à la réalisation du même ouvrage – Conséquences de la nullité – Restitution réciproque
*Aannemingsovereenkomst voor bouwwerken – Ontbreken van toegang tot het beroep in hoofde van de aannemer – Nietigheid van de overeenkomst – Nietigheid die zich uitstrekt tot alle overeenkomsten die betrekking hebben op de oprichting van hetzelfde gebouw – Gevolgen van de nietigheid – Wederzijdse teruggave* ..... 238
- **Comm. Mons (3° chambre) 6 novembre 2002**
I. Contrat d'entreprise de construction – Absence d'accès à la profession de l'entrepreneur – Nullité du contrat – Conséquences de la nullité – Prise en compte des travaux qui profitent au maître de l'ouvrage – Sanction de l'entrepreneur – Prise en compte partielle
*I. Aannemingsovereenkomst voor bouwwerken – Ontbreken van toegang tot het beroep in hoofde van de aannemer – Nietigheid van de overeenkomst – Gevolgen van de nietigheid – Aanrekening van de werken die voordeel opleveren voor de bouwheer – Sanctie voor de aannemer – Partiële aanrekening*
II. Responsabilité des organes de société à l'égard des tiers – Infraction pénale – Responsabilité de l'administrateur à l'égard du cocontractant de la société
*II. Aansprakelijkheid van de vennootschapsorganen ten aanzien van derden – Strafrechtelijke inbreuk – Aansprakelijkheid van de bestuurder ten aanzien van de wederpartij van de vennootschap* ..... 242
- **Gent (26° kamer), 3 december 2002**
Vervoercontract – CMR-verdrag – ontheffing van aansprakelijkheid (art. 17 alinea 2 CMR) – te leveren bewijs
*Contrat de transport – convention CMR – exonération de responsabilité (art. 17 alinea 2 CMR) – preuve* ..... 245
- **Hof van Cassatie (1° kamer) 24 oktober 2002**
I. Faillissement – Curator – Opdracht – Schade ten gevolge van een fout waardoor het passief van het faillissement wordt verhoogd of het actief wordt verminderd – Schade door de fout van een derde
*I. Faillite – Curateur – Mission – Dommages résultant d'une faute ayant pour effet d'augmenter le passif ou de diminuer l'actif – Dommages résultant de la faute d'un tiers*
II. Vennootschap – Kapitaalverhoging – Geveinsd karakter – Notariskosten – Te vergoeden schade
*II. Société – Augmentation du capital – Caractère fictif – Frais de notaire – Dommages indemnisables* ..... 247
- **Hof van Cassatie (1° kamer) 24 oktober 2002**
I. Volmacht tot het vestigen van een hypotheek – Latere vestiging van de hypotheek – Geen terugwerkende kracht
*I. Procuration à l'effet de constituer hypothèque – Constitution ultérieure d'une hypothèque – Pas d'effet rétroactif*
II. Hypotheek – Gevestigd tijdens verdachte periode vóór faillissement – Zekerheid voor schulden van vóór deze periode – Art. 445, vierde lid Faill.w. (thans art. 17, 3° Faill.w.)
*II. Hypothèque – Constituée au cours de la période suspecte précédant la faillite – Sûreté relative à des créances antérieures à cette période – Art. 445, quatrième alinéa loi Faill. (art. 17, 3° nouv. L. Faill.)* ..... 255
- **Kh. Brussel (5° kamer) 12 september 2002**
Faillissement – Verdachte periode – Oprichting van een rechtspersoon met de activa van de gefailleerde – Niet-tegenwerpelijkheid aan de massa
*Faillite – Période suspecte – Constitution d'une personne morale en apportant les actifs du failli – Non-opposable à la masse* 257
- **Kh. Brussel (5° kamer) 12 september 2002**
Faillissement – Verdachte periode – Kapitaalverhoging die onmiddellijk gevolgd wordt door een overschrijving van het grootste deel van het ingebrachte bedrag naar de persoonlijke bankrekening van een bestuurder – Niet tegenwerpelijk
*Faillite – Période suspecte – Augmentation du capital immédiatement suivie d'un versement de la plus grande partie du montant apporté sur le compte personnel d'un administrateur – Inopposabilité* ..... 258
- **Hof van Beroep Antwerpen (4° bis kamer) 18 november 2002**
I. Eigendomsvoorbehoud – Faillissement – Toepasselijkheid op andere vormen van samenloop en m.n. deze na vereffening
*I. Clause de réserve de propriété – Faillite – Applicabilité à d'autres formes de concours et plus précisément à celui qui naît après une liquidation*
II. Retentierecht – Uitgeoefend op voor bewerking afgegeven goederen in verband met vroeger op andere goederen uitgevoerde bewerkingen
*II. Droit de rétention – Exercé sur des biens remis en vue d'être façonnés mais concernant des travaux exécutés sur d'autres biens* ..... 259
- **Kh. Brussel (5° kamer) 22 oktober 2002**
I. Vennootschappen – Vordering tot volstorting van het kapitaal – Art. 199, derde alinea W.Venn. – W. 13 april 1995 – Wettelijk minimumkapitaal van een naamloze vennootschap bij faillissement nog steeds niet volgestort – Aansprakelijkheid van de bestuurders
*I. Sociétés – Action en libération du capital – Art. 199, al. 3 code soc. – Loi du 13 avril 1995 – Capital minimal imposé d'une société anonyme non encore libéré au moment de la faillite – Responsabilité des administrateurs*
I. Vennootschappen – Bestuurder – Einde mandaat – Verplichting het mandaat te blijven uitoefenen tot in zijn vervanging werd voorzien
*II. Sociétés – Administrateur – Fin du mandat – Obligation de continuer l'exercice du mandat jusqu'au remplacement de l'administrateur* ..... 262
- **Hof van beroep Brussel (8° kamer) 15 april 2002**
I. Overdracht van aandelen – Miskenning van een statutaire overdrachtbeperking – Geen medeplichtigheid van de overnemer
*I. Transfert d'actions – Méconnaissance d'une interdiction statutaire – Pas de complicité du cessionnaire*
II. Algemene vergadering – Kosten – Te betalen door de vennootschap – Vernietiging van de op deze vergadering getroffen beslissingen – Invloed op het verschuldigd-zijn van deze kosten
*II. Assemblée générale – Frais – À payer par la société – Annulation des décisions prises lors de cette assemblée – Influence sur la débition de ces frais*
III. Beweerde privé-uitgaven voor een bestuurder betaald door de vennootschap – Opname in de jaarrekening – Goedkeuring door de algemene vergadering – Definitief karakter

*III. Dépenses prétendument privées en faveur d'un gérant, payées par la société – Reprise dans les comptes annuels – Approbation par l'assemblée générale – Caractère définitif* ..... 295
- **Hof van Beroep Gent (12° kamer) 29 mei 2002**
I. Vennootschap – Verkoop van aandelen – Toestemming – Dwaling
*I. Société – Vente d'actions – Consentement – Erreur*
II. Verkoop van aandelen – Niet-betaling – Sanctie
*II. Vente d'actions – Défaut de paiement – Sanction* ..... 298
- **Hof van Beroep Gent (23° kamer) 17 oktober 2001**
Vennootschappen – Bestuurdersaansprakelijkheid – Vereffening-verdeling van het vennootschapsvermogen zonder de wettelijke bepalingen te respecteren – Niet-neerleggen van de jaarrekening – Niet naleven van de alarmbelprocedure – Omkering van de bewijslast ten voordele van derden – Curator – Bezoldiging van de bestuurders en betaling van sociale lasten zonder wettelijke of statutaire basis
*Sociétés – Responsabilité des administrateurs – Liquidation-partage du patrimoine de la société sans que les dispositions légales soient respectées – Absence de dépôt des comptes annuels – Non respect de la procédure d'alerte – Renversement de la charge de la preuve en faveur des tiers – Curateur – Rémunération des administrateurs et paiement de charges sociales sans justification légale ou statutaire* ..... 300
- **Hof van beroep Brussel (8° kamer) 17 december 2002**
Vennootschappen – Gedwongen overdracht – Gegeronde reden – Belang van de vennootschap
*Sociétés – Cession forcée – Justes motifs – Intérêt de la société* ..... 304
- **Voorz. Kh. Kortrijk (vordering tot staken) 5 november 2001**
I. Internationale rechtsmacht – Verschijning van verweerders zonder de internationale rechtsmacht van de voorzitter te betwisten
*I. Compétence internationale – Comparution des défendeurs sans contester la compétence internationale du président*
II. Exceptie van onbevoegdheid – In te roepen vóór alle excepties of verweer – Vordering tot staken op grond van de handelspraktijkenwet – Territoriale bevoegdheid
*II. Exception d'incompétence – Doit être soulevée avant toute autre exception ou défense – Action en cessation basée sur la loi sur les pratiques du commerce – Compétence territoriale*
III. Taalwijziging – Art. 7 § 1 W. 15 juni 1935
*III. Changement de langue – Art. 7 § 1 L. 15 juin 1935*
IV. Toelaatbaatheid van de vordering – Belang
*IV. Admissibilité de la demande – Intérêt à agir*
V. Handelspraktijkenwet – Territoriale uitwerking
*V. Loi sur les pratiques du commerce – Portée territoriale*
VI. Misleidende reclame – Misleidingsgevaar – Criterium
*VI. Publicité trompeuse – Risque de tromperie – Critère*
VII. Misleidende reclame – Miskenning van art. 93 handelspraktijkenwet
*VII. Publicité trompeuse – Infraction à l'art. 93 loi sur les pratiques du commerce* ..... 307
- **Gent (26° kamer) 17 december 2002**
I. Makelaarsovereenkomst – Bemiddeling bij verkoop onroerend goed – Opdracht vanwege de echtgenoot die geen eigenaar is – Gezinswoning
*I. Contrat de courtage – Intervention en vue de la vente d'un immeuble – Ordre émanant de l'époux qui n'est pas propriétaire du bien – Logement principal de la famille*
II. Handelspraktijkenwet – Bezwarende bedingen – Verkoper – Vastgoedmakelaar
*II. Loi sur les pratiques du commerce – Clauses abusives – Vendeur – Courtier de biens immobiliers*
III. Handelspraktijkenwet – Bezwarende bedingen – Art. 32, 15° – Geen aanspraak op schadeloosstelling ten gunste van makelaar
*III. Loi sur les pratiques du commerce – Art. 32, 15° – Exclusion du droit à des dommages-intérêts dans le chef du courtier*
IV. Makelaarsovereenkomst – Bemiddeling bij verkoop onroerend goed – Toepassing art. 1794 B.W.
*IV. Contrat de courtage – Intervention en vue de la vente d'un immeuble – Art. 1794 c.c.*
V. Makelaarsovereenkomst – Bemiddeling bij verkoop onroerend goed – Wanprestatie door de opdrachtgever – Schadeloosstelling
*V. Contrat de courtage – Intervention en vue de la vente d'un immeuble – Résiliation par le donneur d'ordre – Dommages-intérêts* ..... 314

# Troisième partie – Derde gedeelte

## *Livres – Boeken / Communications – Mededelingen*

- D.-B. Floor, La Société Momentanée, *Répertoire Notarial*, Tome XII, Livre V/5, Brussel, Larcier, 2002, 286 p., 136 euro en D.-B. Floor, Formulaire – La Société Momentanée, Brussel, Larcier, 2003, 54 p., 32 euro – Marc Dalle ..... 319
- Rapport 2001 sur le fonctionnement du Tribunal de commerce de Bruxelles – Frédéric d'Angelo, Marc Gouden ..... 321
- Mélanges offerts au Professeur Marcel Fontaine ..... 322

# Première partie – Eerste gedeelte

## Doctrine – Rechtsleer

# L'ACCÈS DES PARTICULIERS AUX JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES: UNE DANSE D'ECHTERNACH?

Par Dominique GRISAY et Vincentia MICHIELS
*Avocats au Barreau de Bruxelles*
*Chargé de Cours auprès de la Haute École Francisco Ferrer et de H.E.C. Reims*

## I. INTRODUCTION.

1. Le 3 mai 2002, la première chambre élargie du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes rendait un arrêt exceptionnel autorisant des particuliers à introduire un recours contre un règlement communautaire d'ordre général (affaire Jégo-Quéré).

Dans un arrêt du 25 juillet 2002 (affaire Union de Pequenos Agricultores), la Cour de Justice a refermé la parenthèse ouverte par le Tribunal en déclarant non recevable une procédure introduite par des particuliers dans une hypothèse identique.

2. Dans le cadre de notre note, nous définirons d'abord ce qu'il y a lieu de considérer comme des particuliers, en droit communautaire. Nous examinerons ensuite brièvement les divers recours ouverts aux particuliers, tant directs qu'indirects. Nous développerons plus particulièrement la question du recours en annulation.

3. Nous évoquerons dans une seconde partie de notre texte la jurisprudence classique en matière de recevabilité des recours en annulation ouverts aux particuliers, ainsi que les principes généraux de droit communautaire qui s'appliquent dans cette sphère.

Nous procéderons ensuite à l'analyse de l'arrêt Jégo-Quéré. Nous examinerons en contrepoint l'affaire Union de Pequenos Agricultores.

Nous nous pencherons en guise de conclusion sur la solution préconisée par la Cour de Justice des Communautés Européennes.

## II. LA NOTION DE "PARTICULIER".

4. Les "particuliers" au sens du droit communautaire sont les personnes physiques et morales, ressortissants et citoyens de l'Union Européenne, sujets et destinataires du droit communautaire.

Les particuliers sont donc non seulement les nationaux, les ressortissants des États membres, mais également les "citoyens" de l'Union Européenne.

Les "citoyens" de l'Union sont définis par le Traité C.E. comme *"toute personne ayant la nationalité d'un État membre"* (Traité C.E., art. 8 §1).

5. Notons d'emblée qu'une personne morale en droit national n'est pas nécessairement aussi une personne morale en droit communautaire.

Un syndicat peut, par exemple être considéré comme une personne morale si *"selon ses statuts, sa structure interne est de nature à lui assurer l'autonomie nécessaire pour agir comme une entité responsable dans les rapports juridiques"*[1].

En pratique, *"Un requérant qui n'est pas une personne physique ne peut être considéré comme une personne morale que s'il possède l'autonomie nécessaire pour avoir des droits propres"*[2].

*"La réponse à la question de savoir si l'organe requérant remplit ces conditions dans un cas d'espèce est fonction de ses caractéristiques juridiques objectives, telles qu'elles ressortent en règle générale du droit interne (y compris du droit des contrats), sans que le droit communautaire et le droit interne tirent obligatoirement les mêmes conséquences de ces caractéristiques. L'autonomie de l'organe requérant peut à cet égard se limiter à certains droits, sans que cela fasse nécessairement obstacle à sa qualité de personne morale au sens de l'article 173, deuxième alinéa."* [Art. 230 alinéa 4][3].

6. Un *"groupe fermé identifiable avec précision et non susceptible d'élargissement"* est également considéré par la jurisprudence, en matière de recours en annulation, comme un "particulier"[4].

Une association qui, conformément à ses statuts, s'est substituée à certains de ses membres, lesquels auraient pu introduire un recours recevable, semble aussi être considérée comme un particulier sur le plan communautaire[5].

---

[1] C.J.C.E., arrêt du 8 octobre 1974, SYNDICAT GENERAL DU PERSONNEL DES ORGANISMES EUROPEENS c/ COMMISSION, aff. 18/74, *Rec.*, p. 933, point 7.

[2] Conclusions de l'Avocat Général LENTZ présentées le 4 mai 1993, GOVERNMENT OF GIBRALTAR c/ CONSEIL, aff. C-298/89, *Rec.*, p. I-03605, point 40.

[3] Conclusions de l'Avocat Général MANCINI, DEFT c/ COMMISSION, aff. 282/85, *Rec.*, p. 2471 sous 2 et Conclusions de l'Avocat Général LENTZ présentées le 4 mai 1993, GOVERNMENT OF GIBRALTAR c/ CONSEIL, aff. C-298/89, *Rec.*, p. I-03605, point 41.

[4] C.J.C.E., arrêt du 23 avril 1986, LES VERTS, aff. C-294-83, *Rec.*, p. 1339.

[5] T.P.I., arrêt du 6 juillet 1995, ASSOCIAZIONE ITALIANA TECNICO ECONOMICA DEL CEMENTO ET CONSORTS c/ COMMISSION, aff. T-447/93, T-448/93 et T-449/93, *Rec.*, p. II-01971 ; notons que le Tribunal a estimé que *"le recours collectif introduit par le biais-* ☞

7. On retiendra donc que la Cour a une tendance à élargir la notion de particulier à des associations ou groupes qui ne bénéficieraient pas nécessairement du droit d'ester en justice au niveau national.

## III. Les recours ouverts aux particuliers.

8. Le Traité distingue deux types de recours: les recours directs et les recours indirects.

Les recours directs, qui peuvent être introduits directement devant le Tribunal ou la Cour, sont principalement les suivants:

- le recours en manquement (articles 226 et 227 du Traité C.E.),
- le recours en annulation (articles 230 et 231 du Traité C.E.),
- le recours en carence (articles 232 et 233 du Traité C.E.),
- le contentieux de la responsabilité de la Communauté (articles 288 et suivants du Traité C.E.).

Mentionnons, en sus de ces procédures, l'hypothèse du contrôle incident de la légalité des actes communautaires (article 241 du Traité C.E.).

9. Les questions préjudicielles que peuvent poser les juridictions nationales à la Cour de Justice des Communautés Européennes, à propos de la validité ou de l'interprétation de normes communautaires auxquelles il est fait référence dans un litige national forment, à l'inverse, ce que l'on appelle les recours indirects (article 234 du traité C.E.).

Les recours qui viennent d'être cités ne sont pas tous ouverts aux particuliers.

Nous les évoquerons successivement en insistant sur les procédures qui ne sont pas l'apanage des autorités communautaires ou des États membres.

### *A. Les recours indirects.*

10. L'article 234 du Traité précise que:

Traité de l'Union, Article 234

*"La Cour de Justice est compétente pour statuer à titre préjudiciel*

1. *Sur l'interprétation du présent Traité,*
2. *Sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté,*
3. *Sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil lorsque les statuts le prévoient.*

*Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de Justice de statuer sur cette question.*

*Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de Justice".*

L'objectif de l'article 234 du Traité est de permettre aux juridictions des États Membres, et de les obliger dans certaines hypothèses, à poser une question préjudicielle, en interprétation ou en appréciation de validité, à la Cour de Justice, et, partant, d'affirmer la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux, en garantissant l'uniformité de son interprétation.

11. Le particulier ne peut poser directement une question préjudicielle à la Cour de Justice. Pour que sa question parvienne à la Cour, le particulier devra se trouver devant un juge national, lequel pourra ou devra, selon le cas, poser une question d'interprétation ou de validité à la Cour de Justice.

Pour qu'une procédure judiciaire soit introduite, il faudra souvent que le particulier adopte d'emblée un comportement à priori irrégulier aux yeux de la disposition légale qu'il souhaite contester, pour que son cas soit soumis au juge national.

Il sera ensuite nécessaire de *"convaincre le juge national de poser la question ... que celui-ci apprécie le contexte factuel et juridique du litige dont il est saisi pour que la question posée soit reçue par la Cour ...*[6]*"*.

12. En principe, le juge national procède à un filtrage et est seul maître pour décider si oui ou non il saisit la Cour de Justice d'une question préjudicielle. Le juge national qui souhaite soumettre une question préjudicielle à la Cour de Justice rendra une décision avant dire droit dans laquelle il formulera ses interrogations relatives au texte communautaire.

Un appel reste envisageable contre cette décision avant dire droit, laquelle sera confirmée ou infirmée par la juridiction nationale de recours.

La pratique nous montre cependant que les juges nationaux restent peu enclins à poser une question préjudicielle à la Cour.

13. Parfois cependant, le juge national a non pas l'opportunité, mais l'obligation de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice. C'est le cas lorsqu'est soulevée, dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, une question portant sur l'interprétation du Traité, ou sur la validité d'actes pris par les institutions de la Communauté, ou encore sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil lorsque les statuts le prévoient.

---

*de l'association présente des avantages procéduraux en permettant d'éviter l'introduction d'un nombre élevé de recours différents dirigés contre le mêmes décisions, sans que l'article 173 du Traité risque d'être contourné par le biais d'un tel recours collectif"* (point 60 de l'arrêt).

6 G. VANDERSANDEN, "Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées", *Cahiers de droit Européen*, 1995, p. 549.

14. Lorsqu'une question préjudicielle est posée à la Cour, le caractère contradictoire du débat reste limité. D'autre part, les délais dans lesquels sont rendus les arrêts sur questions préjudicielles posent un réel problème de sécurité juridique, le particulier devant introduire autant de procédures qu'il y a d'États membres dans lesquels sa situation est affectée par les mesures d'exécution de la disposition communautaire contestée.

15. Le système des questions préjudicielles est[7] censé offrir aux particuliers la possibilité de remettre en cause les textes d'ordre généraux adoptés par les autorités communautaires dans leur sphère de compétence.

De nombreux auteurs[8], et même le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes[9] ont souligné les limites du système de la question préjudicielle. Les nombreux recours directs que tentent des particuliers dans certaines matières relevant des compétences communautaires, et qui se heurtent à la question de la recevabilité, indiquent qu'un malaise important subsiste.

### *B. Les recours directs.*

16. Ceux-ci sont au nombre de quatre:
- le recours en manquement,
- le recours en carence,
- le recours en responsabilité,
- le recours en annulation.

### 1. Le recours en manquement.

17. Le recours en manquement est visé par les articles 226 et 227 du Traité de l'Union.

Ces dispositions précisent que:

Traité de l'Union, Article 226

*"Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent Traité, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations.*

*Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de Justice".*

Traité de l'Union, Article 227

*"Chacun des États membres peut saisir la Cour de Justice s'il estime qu'un autre État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent Traité.*

*Avant qu'un État membre n'introduise, contre un autre État membre, un recours fondé sur une prétendue violation des obligations qui lui incombent en vertu du présent Traité, il doit en saisir la Commission.*

*La Commission émet un avis motivé, après que les États intéressés ont été mis en mesure de présenter contradictoirement leurs observations écrites et orales.*

*Si la Commission n'a pas émis d'avis dans un délai de trois mois à compter de la demande, l'absence d'avis ne fait pas obstacle à la saisine de la Cour de Justice."*

18. Le recours en manquement a pour objectifs, d'une part, de faire constater qu'un État membre n'a pas respecté l'une des obligations imposées par le Traité, et, d'autre part, de déterminer exactement quelle est la portée des obligations des États membres lorsque celles-ci peuvent être interprétées différemment[10].

L'existence du recours en manquement crée un moyen de pression permettant à la Cour de Justice d'obliger les États membres à se conformer au Traité, d'autant que ce recours peut être assorti d'une astreinte à l'encontre de l'État membre récalcitrant.

19. Le recours en manquement est exclusivement réservé aux États membres et aux autorités communautaires. Nous ne l'aborderons dès lors pas en profondeur, sauf à préciser que ce recours comporte une phase administrative antérieure à la procédure judiciaire devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, laquelle examine la recevabilité ainsi que le fondement du recours en manquement[11].

### 2. Le recours en carence.

20. Le recours en carence est visé par les articles 232 et 233 du Traité.

L'article 232 du Traité précise:

Traité de l'Union, Article 232

*"Dans le cas où, en violation du présent Traité, le Parlement européen, le Conseil, la Commission, s'abstiennent de statuer, les États membres et les autres institutions de la Communauté peuvent saisir la Cour de Justice en vue de faire constater cette violation.*

---

[7] Comme l'a encore affirmé la Cour de Justice dans l'affaire Union de Pequenos Agricultores, C.J.C.E.-arrêt du 25 juillet 2002, aff. UNION DE PEQUENOS AGRICULTORES c/ CONSEIL, www.Europa.eu.int, *documents officiels, EUR-Lex, le droit de l'Union européenne, jurisprudence.*

[8] Voyez par exemple G. VANDERSANDEN, Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées, *Cahiers de droit Européen*, 1995, p. 536 et s.; D. WAELBROECK et A.-M. VERHEYDEN, Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires à la lumière du droit comparé et de la Convention des droits de l'homme, *Cahiers de droit Européen*, 1995, p. 400 et s.

[9] T.P.I., arrêt du 3 mai 2002, JEGO QUERE, aff. T-177/01, www.Europa.eu.int, *documents officiels, EUR-Lex, le droit de l'Union européenne, Jurisprudence.*

[10] C.J.C.E., 14 décembre 1970, Commission c/ France, aff. 7/79, *Rec.* 1971, p. 1021.

[11] D. GRISAY, Procédures par devant la Cour de Justice des Communautés européennes: droits de recours des particuliers, pages 6 et s.

*Ce recours n'est recevable que si l'institution mise en cause a été préalablement invitée à agir.*

*Si, à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de cette invitation, l'institution n'a pas pris position, le recours peut être formé dans un nouveau délai de deux mois.*

*Toute personne physique ou morale peut saisir la Cour de Justice dans les conditions fixées aux alinéas précédents pour faire grief à l'une des institutions de la Communauté d'avoir manqué de lui adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis.*

*La Cour de Justice est compétente, dans les mêmes conditions, pour se prononcer sur les recours formés par la B.C.E. dans les domaines relevant de ses compétences, ou intentés contre elle."*

L'article 233 du Traité stipule quant à lui que:
Traité de l'Union, Article 233
*"L'institution ou les institutions dont émane l'acte annulé, ou dont l'abstention a été déclarée contraire au présent Traité, sont tenues de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de Justice.*

*Cette obligation ne préjuge pas à celle qui peut résulter de l'application de l'article 288, deuxième alinéa.*

*Le présent article s'applique également à la B.C.E."*

21. Le recours en carence a pour objectif d'obliger les institutions communautaires à agir lorsqu'elles sont tenues de prendre des mesures qu'elles n'ont pas encore prises.

Le recours en carence peut être introduit non seulement par les requérants privilégiés, à savoir les États membres et les organes dynamiques de la Communauté, mais également par les particuliers.

Ceux-ci ne pourront agir que si l'une des autorités de l'Union ne leur a pas adressé un acte obligatoire, prévu par la législation communautaire.

Les actes concernés peuvent à l'évidence être des décisions, mais également être limités à des lettres clôturant des procédures (en matière de concurrence par exemple).

Le particulier pourra reprocher à la Commission son immobilisme[12].

### 3. Le recours en responsabilité.

22. Le recours en responsabilité est visé par l'article 288 du Traité qui dispose que:

Traité de l'Union, Article 288
*"La responsabilité contractuelle de la Communauté est régie par la loi applicable au contrat en cause.*
*En matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions.*
*Le deuxième alinéa s'applique selon les mêmes conditions aux dommages causés par la B.C.E. ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions.*
*La responsabilité personnelle des agents envers la Communauté est réglée dans les dispositions fixant leur statut ou le régime qui leur est applicable".*

L'article 288 du Traité a pour objectif d'attribuer à la Cour de Justice des Communautés européennes les litiges relatifs aux conséquences des fautes aquiliennes ou contractuelles des autorités communautaires.

23. La responsabilité extra contractuelle est soumise au seul droit communautaire alors que la responsabilité contractuelle dépendra du droit national applicable au contrat.

*a) Responsabilité non contractuelle:*

Le Traité précise que *"la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par les institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions...*[13]*"*.

Les principes généraux communs aux droits des États membres sont, en pratique, ceux qui guident habituellement la jurisprudence[14], à savoir: l'existence d'un dommage, de la faute reprochée aux institutions communautaires, ainsi que du lien causal entre le dommage et le comportement des institutions communautaires[15].

*b) Responsabilité contractuelle:*

La responsabilité contractuelle est visée non seulement par l'article 288 § 1 du Traité, mais également par les articles 236 et 238 du Traité.

Ces dispositions communautaires stipulent que:
Traité de l'Union, Article 236
*"La Cour de Justice est compétente pour statuer sur tout litige entre la Communauté et ses agents dans les limites et conditions déterminées au statut ou résultant du régime applicable à ces derniers".*

Traité de l'Union, Article 238
*"La Cour de Justice est compétente pour statuer en ver-*

---

[12] Arrêt du Tribunal du 3 juin 1999, T-17/96, TF1 c/ COMMISSION, *Rec.*, p. II-1757 et arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, C-302/99 P et C-308/99 P, COMMISSION et RÉPUBLIQUE FRANÇAISE c/ TF1, *Rec.*, p. I-05603.

[13] Traité, article 288 alinéa 2.

[14] *"S'agissant d'actes normatifs comportant des mesures de politique économique, la responsabilité de la Communauté pour le préjudice que les particuliers auraient subi par les faits de ses actes ne saurait être engagée, compte tenu des dispositions de l'article (288) alinéa 2, qu'en présence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers"*, in arrêt de la Cour du 2 décembre 1971, ZUCKER FABRIK, 5/71, *Rec.*, p. 975.

[15] Voyez par exemple Aff. Jointes C-258 et 259/90, PESQUERIAS DE BERMEO ET NAVIERA LAIDA, 7 mai 1992, point 42.

*tu d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de droit public ou de droit privé passé par la Communauté ou pour son compte".*

Traité de l'Union, Article 288 § 1
*"La responsabilité contractuelle de la Communauté est régie par la loi applicable au contrat en cause".*

24. Le recours en responsabilité est ouvert à toute personne intéressée, qui se prétend victime d'un dommage causé par la Communauté, peu importe que cette personne soit un particulier, ou une entreprise, ou une autorité publique, ou éventuellement une association dont est membre la victime du dommage, pour autant que cette association puisse justifier d'un dommage qui lui est propre[16].

En pratique, on soulignera que la Cour de Justice reste très réservée quant à l'octroi de dommages et intérêts à des particuliers. On comprendra certainement que les juridictions communautaires ne souhaitent pas se voir envahies par des hordes de plaignants.

D'autre part, le juriste soulignera que si, dans certaines hypothèses, le recours en responsabilité peut adéquatement dédommager le particulier, il n'en reste pas moins qu'il laissera parfois subsister un acte illégal.

### 4. Le recours en annulation.

25. Les articles 230 et 231 du Traité, qui sont aujourd'hui au cœur des débats, prévoient que:

Traité de l'Union, Article 230
*"La Cour de Justice contrôle la légalité des actes adoptés conjointement par le Parlement européen, par le Conseil, des actes du Conseil, de la Commission et de la B.C.E., autres que les recommandations et les avis, des actes du Parlement européen destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers.*
*A cet effet, la Cour est compétente pour se prononcer sur des recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent Traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir, formé par un État membre, le Conseil ou la Commission.*
*La Cour est compétente dans les mêmes conditions, pour se prononcer sur les recours formés par le Parlement européen et par la BCE qui tendent à la sauvegarde des prérogatives de ceux-ci.*
*Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concerne et directement et individuellement.*
*Les recours prévus au présent article doivent être formés dans un délai de deux mois à compter, suivant le cas, de la publication de l'acte, de sa notification au requérant, ou, à défaut, du jour où celui-ci en a eu connaissance".*

Traité de l'Union, Article 231
*"Si le recours est fondé, la Cour de Justice déclare nul et non avenu l'acte contesté.*
*Toutefois, en ce qui concerne les règlements, la Cour de Justice indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets du règlement annulé qui doivent être considérés comme définitifs".*

26. Les recours en annulation ont pour objectif de faire déclarer nul et non avenus les actes communautaires qui ont un caractère obligatoire, et qui visent à produire des effets de droit, lorsque ces actes sont affectés du vice d'incompétence ou de violation des formes substantielles ou de violation du Traité ou encore de violation de toute règle de droit relative à l'application du Traité ou enfin de détournement de pouvoir.

En d'autres termes, la Cour de Justice va, dans le cadre du recours en annulation, "mesurer" la régularité formelle de l'acte qui lui est soumis, et vérifier la légalité de cet acte par rapport au Traité et au droit communautaire dérivé.

27. Les institutions communautaires et les États membres, requérants privilégiés, peuvent toujours introduire un recours en annulation contre n'importe quel acte communautaire ayant un caractère obligatoire.

Les particuliers peuvent également introduire, dans certaines hypothèses, un recours en annulation, mais doivent justifier d'un intérêt à agir.

Cet intérêt exige, pour être démontré, d'une part l'existence d'un certain nombre de caractéristiques objectives et, d'autre part, la constatation que les conditions spécifiques de l'article 230 alinéa 4 du Traité soient remplies.

28. 1°) Conditions de base qui doivent être remplies aussi bien par les requérants privilégiés que par les particuliers:

1. l'acte attaqué doit être un acte à caractère obligatoire,
2. visant à produire des effets de droit,
3. et qui est entaché d'un vice,
   - d'incompétence,
   - ou de violation des formes substantielles,
   - ou de violation du Traité,
   - ou de violation de toute règle de droit relative à l'application du Traité,
   - ou de détournement de pouvoir.

29. 2°) Conditions spécifiques:

Par delà ces conditions "de base", le particulier doit justifier des conditions de recevabilité supplémentaires suivantes:

4. il doit être le destinataire de l'acte communautaire entaché d'un vice, ou à tout le moins;
5. être directement et individuellement concerné par une décision qui est prise sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne.

[16] Aff. 72/74, UNION SYNDICALE c/ CONSEIL, 18 mars 1975.

Lorsqu'il remplit toutes les conditions énumérées ci-dessus, le particulier peut saisir le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes[17].

Il devra introduire son recours en annulation dans un délai de deux mois à dater de l'adoption de l'acte en cause[18].

30. Lorsque le particulier est le destinataire de l'acte communautaire entaché d'un vice, parce qu'il est directement et individuellement visé par cet acte communautaire, aucun problème de recevabilité du recours en annulation ne se posera[19].

Il n'en va pas de même lorsque le particulier n'est pas directement et individuellement visé par l'acte communautaire.

Dans ce cas, il faudra se référer à la jurisprudence communautaire pour déterminer si l'acte visé par le particulier pourra ou non être attaqué par celui-ci devant le Tribunal et la Cour de Justice.

*a. La jurisprudence classique en matière de recevabilité des recours de particuliers.*

31. La Cour de Justice, depuis les premières années de son existence, a défini d'une part, quels actes pourront être attaqués devant elle (1), et, d'autre part, dans quelles circonstances les particuliers pourront se pourvoir devant elle (2).

A.A. LA NOTION D'ACTE ATTAQUABLE.

32. Les actes susceptibles d'annulation sont, selon la jurisprudence constante, les mesures qui produisent des effets de droit obligatoires, de nature à affecter les intérêts du requérant, privilégié ou non, en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique[20].

La Cour de Justice a notamment précisé, dans une affaire AETR[21], qu'il y avait lieu d'entendre par "actes autres que les recommandations et les avis", *"toutes les dispositions prises par les institutions, quelles qu'en soient la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit"*.

Peu importe donc l'appellation et la forme[22] de l'acte attaqué, pourvu que ce dernier vise à produire des effets de droit.

Ainsi, ne pourraient faire l'objet d'un recours en annulation ni une simple déclaration d'intention, ni les actes de caractère préparatoire, ni les actes purement confirmatifs, ni les mesures dont les effets sont purement internes à l'administration communautaire[23].

Les actes par lesquels le Conseil déciderait d'engager la Communauté dans les liens d'une convention internationale pourraient par contre faire l'objet d'un recours en annulation. Il en va de même en cas de violation du règlement intérieur d'une institution dès lors que son fonctionnement interne n'est pas exclusivement en cause[24].

Il va de soi que le plus grand nombre de procédures concernent en pratique les règlements, les directives et les décisions individuelles.

A.B. LE DROIT POUR LES PARTICULIERS D'ESTER EN ANNULATION D'ACTES NORMATIFS DEVANT LA COUR DE JUSTICE: LA NOTION D'AFFECTATION DIRECTE ET INDIVIDUELLE.

33. Dès lors que se trouvent définis les types d'actes qui peuvent faire l'objet d'un recours en annulation, il convient de définir, dans les lignes de l'article 230 du Traité, dans quelles conditions les particuliers peuvent attaquer la validité un acte communautaire.

On rappellera tout d'abord qu'un particulier pourra toujours attaquer une décision individuelle (et donc pas un texte de portée générale) lorsqu'il se trouve visé par cette dernière.

Il arrive également qu'un particulier soit directement et individuellement concerné par une décision dont il n'est pas le destinataire.

Enfin, il se peut que la décision concernant le particulier soit "cachée" derrière un acte normatif à caractère général.

Le Traité, mais également la jurisprudence, permettent aux particuliers de porter ces deux situations à la connaissance de la Cour, sous certaines conditions.

Nous nous attacherons, dans les lignes qui suivent, à la question de savoir quand un particulier peut introduire un recours contre un acte de portée générale.

34. A l'origine, le Juge communautaire appréciait la recevabilité de tels recours en recherchant en premier lieu l'intérêt individuel du requérant et ce en vérifiant si le règlement litigieux visait une catégorie limitée de particuliers dont l'identité était ou pouvait être déterminée, et en

---

[17] Décision 93/350/ EURATOM, CECA, CEE du Conseil, 8 juin 1993, modifiant la décision 88/591/CECA, CEE, EURATOM, instituant le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, *J.O.C.E.*, L 144, p. 21.

[18] Règlement de procédure du Tribunal, art. 101 à 103 et annexes I et II au règlement de procédure de la Cour pour les jours fériés et les délais de distance.

[19] Tel sera par exemple le cas si l'acte attaqué est une décision de la Commission condamnant un particulier au paiement d'une amende pour violation de l'article 81 du Traité (concurrence).

[20] C.J.C.E., arrêt du 11 novembre 1981, INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES CORP. c/ COMMISSION, aff. 60/81, *Rec.*, p. 02639, point 9.

[21] C.J.C.E., arrêt du 31 mars 1971, COMMISSION c/ CONSEIL, aff. 22/70, *Rec.*, p. 263, points 39 à 42.

[22] C.J.C.E., arrêt du 9 février 1984, KÖHLER c/ COUR DES COMPTES, aff. 316/82 et 40/83, *Rec.*, 1984, p. 00641, point 9 ; C.J.C.E. arrêt du 24 mars 1994, AIR France c/ COMMISSION, aff. T-3/93, *Rec.*, 1994, p. II-00121, point 58.

[23] J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté Européenne*, Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, LARCIER, 1996, p. 285.

[24] J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté Européenne*, Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, LARCIER, 1996, p. 286 et jurisprudence y citée.

s'assurant que c'était bien la spécificité de leur situation qui était à l'origine de l'adoption la mesure litigieuse[25].

La jurisprudence communautaire estimait en effet que:

*"Des requérants ne seront considérés comme individuellement concernés que s'ils sont atteints dans leur position juridique en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle d'un destinataire"*[26].

35. Lorsqu'il considérait qu'un intérêt individuel existait, le Juge communautaire examinait alors la condition de l'intérêt direct.

Le particulier était considéré comme ayant un intérêt direct lorsqu'il pouvait prouver que l'acte litigieux produisait *"directement des effets qui lui sont préjudiciables sans que ces effets soient tributaires de l'intervention discrétionnaire d'une autorité étatique ou communautaire qui viendrait rompre la relation directe entre l'acte et le requérant"*[27].

Dès 1986, trois décisions ont semblé vouloir donner au particulier un plus grand accès à la justice communautaire.

a.b.1. L'arrêt "LES VERTS"[28].

36. Le Parlement européen avait adopté une décision permettant le remboursement des dépenses électorales de partis politiques qui s'y trouvaient représentés.

Le groupe des écologistes, qui n'avait obtenu aucun siège au Parlement européen, avait introduit un recours en annulation contre cette décision, qui, selon lui, favorisait les partis politiques déjà représentés au Parlement européen par rapport aux partis politiques qui n'y étaient pas représentés, mais qui existaient dans un voire plusieurs États membres lors de l'adoption de la décision litigieuse.

La Cour de Justice a admis la recevabilité du recours, en donnant une interprétation large à la notion de "groupe fermé identifiable avec précision et non susceptible d'élargissement".

La Cour s'est défendue d'avoir ouvert la porte des recours individuels plus largement en argumentant que si elle avait refusé le droit d'agir en annulation au groupe des écologistes, elles aurait refusé le recours aux particuliers auxquels ce recours pourrait profiter, et aurait permis aux seuls partis politiques en place d'introduire un recours en annulation dont ils n'avaient pas besoin[29].

a.b.2. L'arrêt "EXTRAMET"[30].

37. La société EXTRAMET, importateur important et consommateur final d'un produit faisant l'objet d'un règlement instituant des droits antidumping, introduit un recours en annulation du règlement concerné.

Le règlement litigieux s'appliquant à la généralité des opérateurs économiques intéressés, la Cour de Justice des Communautés européennes estime logiquement qu'il a, par sa nature et par sa portée, un caractère normatif, et est donc à priori inattaquable par des particuliers.

La Cour de Justice considère ensuite que le caractère normatif du règlement n'empêche pas que le règlement puisse affecter individuellement certains opérateurs économiques. Elle admet la recevabilité du recours introduit par la Société EXTRAMET, individuellement concernée par le règlement instituant des droits antidumping dans la mesure où celui-ci est de nature à mettre en cause ses activités économiques, notamment sur le plan concurrentiel.

La limite entre cette construction juridique et celle de l'arrêt Jégo-Quéré, est très ténue. En l'occurrence, la Cour refuse cependant de se départir, en principe, de l'interprétation classique donnée à l'article 230 § 4 du Traité.

a.b.3. l'arrêt "CODORNIU"[31].

38. Le Conseil avait adopté un règlement réservant l'appellation "Crémant" aux vins mousseux produits en France et au Grand-Duché du Luxembourg.

La Société espagnole Codorniu a introduit un recours en annulation contre ce règlement en arguant que depuis 1924, elle utilisait la marque graphique dûment enregistrée "Gran cremant de Codorniu", et que le nouveau règlement ne lui permettait plus de commercialiser ses produits en Espagne sous cette appellation.

La Cour de Justice a, logiquement à nouveau, estimé que le règlement attaqué avait, par sa nature et sa portée, un caractère normatif.

Elle a cependant admis la recevabilité du recours dans la mesure où la requérante se trouvait dans une situation individuelle tout à fait particulière et caractéristique par rapport aux autres opérateurs économiques.

39. Dans les trois affaires que nous venons de décrire, la jurisprudence européenne est restée conforme à ses principes, tout en reconnaissant plus largement le droit d'action de tout particulier qui peut prouver qu'il subit un préjudice immédiat et individualisé en raison de l'adoption d'une mesure communautaire à caractère normatif.

---

[25] C.J.C.E., arrêt du 15 juillet 1963, PLAUMANN c/ COMMISSION, aff. 25/62, *Rec.*, p. 199.

[26] C.J.C.E., arrêt du 15 juillet 1963, PLAUMANN c/ COMMISSION, aff. 25/62, *Rec.*, p. 95 et C.J.C.E., arrêt du 22 novembre 2001, ANTILLEAN RICE MILLS, aff. C-451/98, *Rec.*, p. I-08949.

[27] G. VANDERSANDEN, Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées, *Cahiers de droit Européen*, 1995, p. 536 et C.J.C.E., arrêt du 5 mai 1998, DREYFUS, aff. 386/96 P, *Rec.*, p. I-02309.

[28] C.J.C.E., arrêt du 23 avril 1986, LES VERTS, aff. C-294/83, *Rec.*, p. 1339.

[29] R. JOLIET, "The reimbursment of Election Expenses: a Forgotten Dispute", *Cur. Law*, 1994, p. 243-254.

[30] C.J.C.E., arrêt du 16 mai 1991, aff. C-358-89, EXTRAMET c/ CONSEIL, *Rec.*, p. I-2501.

[31] C.J.C.E., arrêt du 18 mai 1994, aff. C-69/89, CODORNIU SA c/ CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, *Rec.*, p. I-1853.

40. En 1995, dans une **affaire "GREENPEACE"**[32], la Cour a, par contre à nouveau, rejeté un recours en annulation formé par un certain nombre de particuliers et d'organisations environnementales, en estimant que:

*"S'agissant de l'argument des requérants selon lequel l'application de la jurisprudence de la Cour aurait comme conséquence que, en l'espèce, les droits qu'ils tirent de la directive 85/337 seraient privés de toute protection juridictionnelle effective, il y a lieu de relever que, ainsi qu'il ressort du dossier, Greenpeace a [formé un recours] devant les juridictions nationales [...] Bien que ces recours ainsi que celui introduit devant le Tribunal aient des objets différents, ils se fondent cependant sur les mêmes droits résultant pour les particuliers de la directive 85/337 en sorte que ces droits se trouvent, en l'espèce, pleinement protégés par les juridictions nationales qui, le cas échéant, peuvent saisir la Cour d'une question préjudicielle en vertu de l'article [234 CE]... Dès lors, le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en appréciant la qualité pour agir des requérants au regard des critères développés par la jurisprudence de la Cour rappelée au point 7 du présent arrêt"*[33].

41. Le résultat de cette jurisprudence classique renvoie bien au "trou noir" du système. La directive ne peut être directement attaquée par des particuliers devant la juridiction communautaire, qui se fera par contre un plaisir de répondre aux éventuelles questions préjudicielles posées par des juridictions nationales. Mais qu'en est-il de la pratique juridictionnelle effective lorsque les juridictions nationales se refusent à poser des questions préjudicielles à la Cour.

42. Enfin, dans une **affaire ACAV**[34], les juridictions communautaires se sont à nouveau conformées à leur jurisprudence traditionnelle. Le Tribunal estime en effet dans cette affaire, qui est l'antithèse parfaite de l'arrêt que nous allons analyser, que le règlement litigieux, qui concerne des questions en matière de pêche, a une portée générale, et qu'il s'applique objectivement, sans distinction, à tout navire battant pavillon communautaire, se livrant actuellement ou potentiellement, à une activité de pêche dans la zone déterminée par le règlement attaqué, de sorte que les requérants ne peuvent prétendre remplir les conditions leur permettant d'agir en annulation contre le texte adopté par la Commission.

## IV. L'arrêt Jégo-Quéré.

43. Lorsque la conservation des ressources halieutiques est menacée par des perturbations graves et imprévues, la Commission peut prendre des mesures d'urgence[35].

Sur cette base, la Commission a adopté un règlement dont l'objectif principal est la reconstitution du stock de merlu par la réduction immédiate de la pêche de ce poisson dans certaines zones géographiques, en imposant diverses interdictions telle que des maillages compris entre 55 et 99 mm pour les filets remorqués...[36].

La Société anonyme Jégo-Quéré et Cie est une société d'armement à la pêche établie en France, qui exerce de façon permanente une activité de pêche ciblée sur le merlan, dans l'une des zones géographiques visées par le règlement susmentionné de la Commission.

Jégo-Quéré possède 4 navires de plus de 30 mètres et utilise des filets d'un maillage de 80 mm. La pêche de merlan représente environ 67,3% de ses captures. Les mesures prises par la Commission rendront donc son activité économique impossible.

Jégo-Quéré introduit dès lors un recours en annulation contre certaines dispositions du règlement adopté par la Commission.

44. Le Tribunal de première instance des Communautés Européennes va examiner la recevabilité du recours introduit par la Société Jégo-Quéré & Cie en vérifiant, selon la jurisprudence habituelle:

a) Si l'acte attaqué est une mesure qui produit des effets de droit obligatoires de nature à affecter les intérêts de la requérante, en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique;
b) Si la requérante est directement et individuellement concernée par l'acte attaqué?

45. Le Tribunal va répondre positivement à la première question.

Il note cependant que *"les dispositions attaquées ont, par leur nature, une portée générale*[37], mais qu'*il importe cependant d'examiner si, malgré leur portée générale, la requérante peut néanmoins être considérée comme directement et individuellement concernée par les dispositions attaquées*[38]*"*.

Le Tribunal considère que la requérante est directement affectée par l'acte attaqué puisque *"les dispositions attaquées n'appellent, pour produire leurs effets à l'égard de la requérante, l'adoption d'aucune mesure complémentaire, communautaire ou nationale"*[39].

---

[32] C.J.C.E., arrêt du 2 avril 1998, aff. GREENPEACE, C-321/95 P, *Rec.*, p. I-1651, points 32 à 34.

[33] C.J.C.E., arrêt du 2 avril 1998, aff. GREENPEACE, C-321/95 P, *Rec.*, p. I-1651, points 32 à 34.

[34] T.P.I., arrêt du 22 février 2000, ACAV, aff. T-138/98, *Rec.*, p. I-01577.

[35] Règlement CEE n° 3760/92 du Conseil, du 20 décembre 1992, instituant un régime communautaire de la pêche et de l'aquaculture, *J.O.*, L 389, p. 1.

[36] Règlement CE n° 1162/2001 de la Commission, du 14 juin 2001, instituant des mesures visant à reconstituer le stock de merlu dans les sous-zones CIEM III, IV, V, VI et VII et les divisions CIEM VIII a, b et e, ainsi que les conditions associées pour le contrôle des activités des navires de pêche, *J.O.*, L 159, p. 4.

[37] Arrêt point 24.

[38] Arrêt point 25.

[39] Arrêt point 26.

En effet, la mesure communautaire attaquée produit *"directement des effets sur la situation juridique du particulier et... ne laisse aucun pouvoir d'appréciation aux destinataires de cette mesure qui sont chargés de sa mise en œuvre, celle-ci ayant un caractère purement automatique et découlant de la seule réglementation communautaire sans application d'autres règles intermédiaires..."*[40].

46. Le Tribunal rappelle ensuite la jurisprudence communautaire constante sur la notion d'affectation individuelle[41] et estime que ce n'est pas parce que la requérante est, en fait, le seul armateur pêchant le merlan dans les eaux au sud de l'Irlande avec des navires de plus de 30 mètres et dont les captures se trouveront fortement diminuées en raison de l'application de l'acte attaqué, que la requérante peut se considérer comme individuellement concernée par l'acte attaqué.

Le Tribunal estime en effet que *"cette circonstance n'est pas de nature à individualiser la requérante au sens de la jurisprudence évoquée au point 27*[42]*, dès lors que les dispositions attaquées ne la concernent qu'en raison de sa qualité objective de pêcheur de merlan utilisant une certaine technique de pêche dans une zone déterminée, au même titre que tout autre opérateur économique se trouvant, actuellement ou potentiellement, dans une situation identique..."*[43].

47. Toutefois, le Tribunal estime qu'il y a lieu de reconsidérer l'interprétation stricte de la notion de "personne individuellement concernée" au sens du quatrième alinéa de l'article 230 du Traité en arguant notamment que, *"comme l'a relevé l'avocat général M. Jacobs dans ses conclusions dans l'affaire Union de Pequenos Agricultores / Conseil..., aucun argument impérieux ne permet de soutenir que la notion de personne individuellement concernée au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE comporte l'obligation pour un particulier désireux de contester une mesure de portée générale d'être individualisé de manière analogue à celle dont le serait un destinataire"*[44].

48. L'interprétation qui est finalement retenue par le Tribunal est la suivante:

*"... une personne physique ou morale doit être considérée comme individuellement concernée par une disposition communautaire de portée générale qui la concerne directement si la disposition en question affecte, d'une manière certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations. Le nombre et la situation d'autres personnes également affectées par la disposition ou susceptibles de l'être ne sont pas, à cet égard, des considérations pertinentes"*[45].

49. Le Tribunal n'a pas été aussi loin dans sa définition assouplie que l'Avocat Général M. JACOBS lequel avait suggéré en mars 2002 dans les conclusions qu'il avait prises dans le cadre de l'affaire U.P.A., (qui sera analysée ci-dessous) qu'une personne peut être considérée comme individuellement concernée par une mesure communautaire *"lorsque, en raison de la situation dans laquelle elle se trouve, la mesure nuit, ou est susceptible de nuire, à ses intérêts de manière substantielle"*.

50. La définition de l'Avocat Général M. JACOBS est à la fois plus étroite et plus large que celle retenue par le Tribunal. Elle est plus étroite dans la mesure où elle vise une nuisance et pas une affectation. Elle est plus large dans la mesure où elle inclut la potentialité de la nuisance.

Comme l'a précisé Madame Laura PARRET[46], la nuance n'est pas des moindres dans la mesure où le terme "susceptible" suggéré par l'Avocat Général M. JACOBS pourrait avoir une influence importante non seulement concernant le délai d'introduction du recours, mais également sur le plan de la preuve.

En effet, si le Tribunal avait retenu l'interprétation avancée par l'Avocat Général, le requérant ne devait pas nécessairement apporter la preuve du caractère préjudiciable certain et actuel de la mesure attaquée, mais pouvait se limiter à apporter la preuve de ce que la mesure était potentiellement nuisible à ses intérêts.

51. Après avoir procédé à la vérification des conditions de recevabilité, pour constater que la requérante ne remplit pas cumulativement les critères définis par le Traité, le Tribunal estime qu'*il convient donc d'examiner si, dans une affaire comme celle de l'espèce, dans le cadre de laquelle la légalité de dispositions de portée générale affectant directement la situation juridique d'un particulier est contestée par celui-ci, l'irrecevabilité du recours en annulation priverait la requérante du droit à un recours effectif*"[47].

Il s'agit en l'occurrence d'une véritable nouvelle lecture des textes.

52. La Société Jégo-Quéré avait affirmé qu'*"une irrecevabilité de son recours en annulation la priverait de voie de droit dès lors qu'il n'existe pas d'acte adopté au niveau national susceptible d'être attaqué en justice..."*[48].

En effet, dans le cas d'espèce, le règlement attaqué ne

---

[40] Arrêt point 26.

[41] Voir infra, n°64.

[42] C.J.C.E., arrêt du 15 juillet 1963, PLAUMANN c/ COMMISSION, aff. 25/62, *Rec.*, p. 197, 223.

[43] Arrêt, point 30.

[44] Arrêt, point 49.

[45] Arrêt, point 51.

[46] Colloque du 21 juin 2002, Délégation des Barreaux de France, Bruxelles.

[47] Arrêt, point 43, cfr également, S. Prechal et L. Parret Commentaire de l'arrêt UPA, SEW 2003/1, page 37.

[48] Arrêt, point 21.

prévoit pas l'adoption de mesures d'exécution par les États membres. La requérante se trouve donc en pratique dépourvue de tout recours par-devant les juridictions nationales et, par ricochet, de toute possibilité de porter indirectement le problème devant la Cour de Justice par le truchement d'une question préjudicielle.

Cette situation amène la requérante à solliciter du Tribunal qu'il réserve à l'article 230 du Traité une interprétation large, à la lumière de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

53. Le Tribunal rappelle à ce propos que *"la Cour elle-même a affirmé que l'accès au juge est un des éléments constitutifs d'une communauté de droit et qu'il est garanti dans l'ordre juridique fondé sur le Traité CE du fait que celui-ci a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions [...]. La Cour fonde sur les traditions constitutionnelles communes aux États membres et sur les articles 6 et 13 de la CEDH le droit à un recours effectif devant une juridiction compétente[...]"*[49].

54. Le Tribunal précise que tant le recours à la question préjudicielle que l'action en réparation fondée sur la responsabilité non contractuelle de la Communauté *«ne peuvent plus être considérés, à la lumière des articles 6 et 13 de la CEDH et de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux, comme garantissant aux justiciables un droit de recours effectif leur permettant de contester la légalité des dispositions communautaire de portée générale qui affectent directement leur situation juridique»*[50].

55. Le Tribunal ajoute que *«certes, une telle circonstance ne saurait autoriser une modification du système des voies de recours et des procédures établies par le Traité et destiné à confier au juge communautaire le contrôle de la légalité des actes des institutions»*, et que *«en aucun cas, elle ne permet de déclarer recevable un recours en annulation formé par une personne physique ou morale qui ne satisfait pas aux conditions posées par l'article 230, quatrième alinéa CE [voir ordonnance du président de la Cour du 12 octobre 2000, Federacion de Cofradias de Pescadores de Giupuzcoa e.a. / Conseil, C-3001P, Rec., p. I-8797, point 37]*[51]».

Le Tribunal estime que la résolution du problème passe par une interprétation souple des critères contenus dans l'article 230 du traité et il admet, sur base de son raisonnement, de manière quelque peu révolutionnaire, la recevabilité de la procédure intentée par Jégo-Quéré.

## V. L'AFFAIRE UNION DES PEQUENOS AGRICULTORES.

56. Dans cette affaire, l'**Union de Pequenos Agricultores**, association professionnelle regroupant et assurant la défense des intérêts des petites entreprises agricoles espagnoles, avait introduit une demande en annulation d'un règlement n° 1638/98 réformant l'organisation commune des marchés de l'huile d'olive.

Comme la précise Monsieur l'Avocat Général JACOBS dans ses conclusions, la question de principe que soulève le recours introduit par l'association d'agriculteurs est la suivante:

*"Une personne physique ou juridique (ci-après un "particulier"), directement mais non pas individuellement concernée par les dispositions d'un règlement au sens de l'article 230, paragraphe 4, CE tel qu'interprété dans la jurisprudence, devrait-elle toutefois être admise à agir lorsqu'elle ne pourrait sans cela bénéficier d'une protection juridictionnelle effective en raison des difficultés qu'elle rencontrerait pour contester ce règlement de manière indirecte devant les juridictions nationales ou convient-il de déterminer la qualité d'agir au titre de l'article 230, paragraphe 4, CE indépendamment de la possibilité d'introduire un tel recours indirect"*[52].

Cette question est la même que celle qui était en cause dans l'affaire Jégo-Quéré.

57. Le Tribunal de Première Instance, qui a été amené à se prononcer le premier sur le recours d'UPA, rappelle que des dispositions d'un acte communautaire normatif qui s'applique en principe à la généralité des opérateurs économiques peuvent concerner certains de ces opérateurs de manière individuelle.

L'opérateur qui s'estime individuellement concerné par une disposition communautaire doit démontrer, comme le précise classiquement le Tribunal, qu'il est visé en raison de certaines qualités particulières ou d'une situation de fait qui le caractérise par rapport aux autres.

Le Tribunal a estimé que trois catégories de situations peuvent en pratique justifier la recevabilité des recours introduits par des associations:

- lorsqu'une disposition légale reconnaît expressément aux associations professionnelles une série de facultés à caractère procédural;
- lorsque l'association représente les intérêts d'entreprises qui, elles, seraient recevables à agir;
- lorsque l'association est individualisée parce que ses propres intérêts en tant qu'association sont affectés, notamment parce que sa position de négociatrice a été affectée par les mesures dont l'annulation est demandée.

Le Tribunal a considéré, dans l'affaire UPA, que l'association requérante ne se trouvait dans aucune de ces situa-

---

[49] Arrêt, point 41.

[50] Arrêt, point 47.

[51] Arrêt, point 48.

[52] Conclusions de l'Avocat général M. JACOBS présentées le 21 mars 2002, UNION DE PEQUENOS AGRICULTORES c/ CONSEIL, (C-50/00 P, point 37), www.Europa.eu.int, *documents officiels, EUR-Lex, le droit de l'Union européenne, Jurisprudence*, point 3.

tions et qu'elle n'était dès lors pas recevable à introduire la procédure.

58. Il restait à savoir si les entreprises concernées étaient, elles, en droit d'introduire un recours.

A ce niveau, le Tribunal va très classiquement affirmer que:

"*61. En ce qui concerne l'argument tiré du défaut de protection juridictionnelle effective, il consiste à dénoncer l'absence de voies de recours internes permettant, le cas échéant, un contrôle de validité du règlement attaqué par la voie du renvoi préjudiciel fondé sur [l'article 234 CE].*

*62. A cet égard, il convient de souligner que le principe d'égalité de tous les justiciables quant aux conditions d'accès au juge communautaire par le biais du recours en annulation requiert que ces conditions ne soient pas fonction des circonstances propres au système juridictionnel de chaque État membre. A ce sujet, il y a d'ailleurs lieu de relever que, par application du principe de coopération loyale énoncé à [l'article 10 CE], les États membres sont tenus de contribuer au caractère complet du système des voies de recours et de procédure mis en place par le Traité CE et destiné à confier au juge communautaire le contrôle de la légalité des actes des institutions communautaires (voir, à cet égard, l'arrêt Les Verts / Parlement, 294/83, Rec., p. 1339, point 23).*"

Ce paragraphe, un peu maladroit, n'affirme finalement rien puisqu'il précise que les États sont censés organiser un système de recours préjudiciel uniforme, ce qui ne répond évidemment pas à la question, mais écarte en quelque sorte la responsabilité de cette situation insatisfaisante de la sphère européenne.

Le Tribunal, sur base du raisonnement repris ci-dessus, déclarera le recours non recevable.

59. Nous nous sommes déjà fait l'écho de la position adoptée dans le cadre de cette affaire par Monsieur l'Avocat Général JACOBS.

Comme il le précise lui-même, il tente, dans ses conclusions, de démontrer que *"la qualité à agir doit en effet être déterminée de manière indépendante et que, de surcroît, la seule solution qui garantit une protection juridictionnelle adéquate consiste à modifier la jurisprudence sur la notion de particulier individuellement concerné"*[53].

60. Un recours ayant été introduit contre l'arrêt du Tribunal de première instance, la Cour de justice s'est également prononcée sur la question.

Dans le cadre de la procédure devant la Cour, la Commission et le Conseil ont estimé que le pourvoi était manifestement irrecevable à défaut pour UPA de remplir la condition d'affectation individuelle.

La Cour considère pour sa part, à l'inverse du Tribunal, qu'UPA a bien un intérêt à agir.

61. Après avoir constaté que UPA ne conteste ni que le règlement attaqué a une portée générale, ni que ses intérêts propres pas plus que ceux de ses membres, ne sont affectés par le règlement litigieux, la Cour détermine les contours de la question fondamentale, et se demande si UPA, en tant que représentant de ses membres, peut être recevable à introduire une recours en annulation pour le seul motif de l'absence de toute voie de recours devant le juge national, sur base du principe de protection juridictionnelle effective.

62. La Cour répond à cette question par étapes, en se référant à sa jurisprudence bien établie en la matière.

La Cour rappelle ainsi qu'en principe, un règlement ne peut être attaqué en annulation par un particulier[54] que si cet acte de portée générale cache en réalité une décision qui concerne individuellement un particulier[55] en raison de ses qualités particulières ou d'une situation de fait qui l'individualise de la même façon qu'un destinataire[56,57].

63. D'autre part, la Cour reconnaît que le particulier a droit à une protection juridictionnelle effective, tout en estimant que le système des voies de recours et de procédures de contrôle de la légalité des actes des institutions établi par le Traité est complet puisque le particulier dispose de la faculté d'amener le juge national à poser une question préjudicielle à la Cour ou, s'il est partie au litige, d'invoquer la nullité du règlement litigieux.

Conformément au principe de coopération loyale, il revient, d'après la Cour, aux États membres de mettre en place un système respectueux du droit du particulier à une protection juridictionnelle effective.

64. La condition d'affectation individuelle du particulier doit être interprétée à la lumière du principe de protection juridictionnelle effective, consacré par la Convention européenne des droits de l'homme et les principes généraux de droit, en tenant compte des diverses circonstances qui sont de nature à individualiser le requérant. Cette interprétation ne saurait avoir pour conséquence d'écarter la condition de l'affectation individuelle, expressément prévue par le Traité, sans excéder les compétences conférées au juge communautaire.

---

[53] Conclusions de l'Avocat Général M. JACOBS présentées le 21 mars 2002, UNION DE PEQUENOS AGRICULTORES c/ CONSEIL, (C-50/00 P, point 37), www.Europa.eu.int, *documents officiels, EUR-Lex, le droit de l'Union européenne, Jurisprudence*, point 4.

[54] C.J.C.E., arrêt du 6 mars 1979, SIMMENTAHAL c/ COMMISSION, aff. 92/78, *Rec.*, p. 777.

[55] C.J.C.E., arrêt du 16 mai 1991, aff. C-358-89, EXTRAMET c/ CONSEIL, *Rec.*, p. I-2501, point 13; C.J.C.E., arrêt du 18 mai 1994, aff. C-69/89, CODORNIU SA c/ CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, *Rec.*, p. I-1853, point 19 et C.J.C.E. , arrêt du 31 mai 2001, SADAM ZUCCHERIFICI e.a. c/ CONSEIL, aff. 41/99, *Rec.*, p. I-4239, point 27.

[56] C.J.C.E., arrêt du 15 juillet 1963, PLAUMANN c/ COMMISSION, aff. 25/62, *Rec.*, p. 197, 223; C.J.C.E., arrêt du 22 novembre 2001, ANTILLEAN RICE MILLS, aff. C-451/98, *Rec.*, p. I-08949.

[57] Ordonnance de la Cour du 24 avril 1996, CNPAAP c/ CONSEIL, aff. 87/95, *Rec.*, p. I-2003.

65. En pratique, le juge communautaire ne devra donc pas vérifier, dans chaque cas d'espèce, si le droit national du particulier lui confère la protection juridictionnelle à laquelle il a droit.

La Cour n'écarte toutefois pas la possibilité de la mise en place d'un système autre que celui prévu par le Traité, mais estime que c'est aux États membres qu'il revient de réformer le système en vigueur.

Le pourvoi de UPA sera donc finalement rejeté par la Cour qui estime que le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en déclarant le recours irrecevable sans examiner s'il existait une voie de recours en examen de la validité du règlement attaqué pardevant le juge national.

## VI. Conclusion: Les principes de "securite juridique" et de "protection juridictionnelle effective" au cœur des principes generaux de droit communautaire.

66. Les solutions contradictoires adoptées par le Tribunal et la Cour de Justice dans les affaires Jégo-Quéré et UPA ne résolvent en rien le malaise lié à l'insuffisance des droits de recours offerts aux particuliers par le Traité.

Plutôt que de reprendre le raisonnement au fil des arguments contradictoires, il nous parait plus constructif de repartir des principes qu'il conviendra, d'une manière ou d'une autre, de replacer au centre de l'échiquier du droit communautaire, à savoir, les principes de "sécurité juridique" et de "protection juridictionnelle effective".

67. Le principe de "sécurité juridique" est un principe fondamental issu des traditions des droits nationaux européens. Il affirme que le droit communautaire doit être interprété et appliqué d'une manière uniforme sur le territoire de l'Union.

Le juge national, qui est juge de droit communautaire lorsqu'il l'applique, reste cependant susceptible d'apprécier discrétionnairement la disposition communautaire, et ce malgré les lignes directrices que donne la Cour de Justice des Communautés européennes à travers sa jurisprudence aux dispositions communautaires. Il s'ensuit un risque réel d'application non uniforme du droit communautaire[58].

Comme le précise Monsieur l'Avocat général F. JACOBS, nul doute que *"les recours formés directement devant le Tribunal permettent toutefois de trancher les questions de validité de manière plus adéquate que les procédures introduites devant la Cour au titre de l'article 234 CE, et sont également moins susceptibles d'engendrer une insécurité juridique pour les particuliers et pour les institutions communautaires..."*[59].

68. La "protection juridictionnelle effective" est le principe qui veut que le particulier, qui estime être lésé par un acte qui le prive d'un droit ou d'un avantage qui lui est conféré sur le plan communautaire, doit pouvoir disposer d'un recours contre cet acte.

Ce principe est un principe reconnu en droit communautaire[60].

69. Ce principe est également reconnu par tous les États membres, lesquels ont adhéré à la Convention européenne des Droits de l'Homme. Plus spécifiquement, l'article 6 § 1 accorde à toute personne le droit à un procès équitable. L'article 13 de la Convention reconnaît quant à lui le droit à un recours effectif.

70. Curieusement, la Communauté européenne et ses institutions n'ont cependant à ce jour pas adhéré à la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Dès 1986, la Cour de justice des Communautés européennes s'est toutefois prononcée pour affirmer le principe de la protection effective, par les juridictions nationales, des droits tirés par le particulier du droit communautaire[61].

La jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés européennes affirme que: *"Les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. A cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopérés ou adhérés... La Convention européenne des droits de l'homme revêt à cet égard, une signification particulière... Il en découle que, comme la Cour l'a affirmé dans son arrêt du 13 juillet 1989, Wachauf (5/88, Rec., p. 2609) ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec le respect des droits de l'homme ainsi reconnus et garantis"*[62].

---

[58] Préambule de la décision du Conseil du 24 octobre 1988 instituant un Tribunal de première instance des Communautés européennes, *J.O.*, L 319 du 25 novembre 1988, cinquième considérant; voyez également les amendements proposés par le Traité de Nice, *J.O.*, 2001, C 80, p. 1.

[59] Conclusions de l'Avocat général M. JACOBS présentées le 21 mars 2002, UNION DE PEQUENOS AGRICULTORES c/ CONSEIL, (C-50/00 P), www.Europa.eu.int, *documents officiels, EUR-Lex, le droit de l'Union européenne, Jurisprudence*, point 37.

[60] Voyez notamment les conclusions de l'Avocat général M. JACOBS présentées le 21 mars 2002, UNION DE PEQUENOS AGRICULTORES c/ CONSEIL, (C-50/00 P), www.Europa.eu.int, *documents officiels, EUR-Lex, le droit de l'Union européenne, Jurisprudence*; conclusions de l'Avocat général DARMON présentées le 9 juin 1992, OLEIFICIO BORELLI c/ COMMISSION (C-97/91, *Rec.*, p. I-6313, point 31), C.J.C.E., arrêt du 15 mai 1986, JOHNSTON, aff. 222/84, *Rec.*, p. 1651, point 18 ; K. LENAERTS, Le respect des Droits Fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union Européenne, in *Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck, Études de Droit Européen et International*, Bruylant, Bruxelles, 1999, vol. I, p. 423 et s. ; charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000, *J.O.*, 2000, C 364, p. 1 et s.

[61] C.J.C.E., arrêt du 15 mai 1986, JOHNSTON, aff. 222/84, *Rec.*, p. 1651.

[62] C.J.C.E., arrêt du 18 juin 1991, aff. ERT c/ COMMISSION, *Rec.*, p. I-2925, D. WAELBROECK et A.-M. VERHEYDEN, Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires à la lumière du droit comparé et de la Convention des droits de l'homme, *Cahiers de droit Européen*, 1995, p. 425 et s., et note 86.

71. En 1992 déjà, Monsieur l'Avocat Général DARMON précisait, en terme de conclusions, que les exigences du principe du droit au juge avaient pour conséquence que lorsqu'un particulier *"s'estime lésé par un acte qui le prive d'un droit ou d'un avantage tiré de la réglementation communautaire*, ce particulier *doit pouvoir disposer d'un recours contre cet acte et bénéficier d'une protection juridictionnelle complète"*[63].

72. La question qui se pose en l'occurrence est celle de savoir si le système actuel est satisfaisant pour rencontrer le principe de "protection juridictionnelle effective".

Nous avons déjà souligné le caractère pour le moins imparfait du système des questions préjudicielles et de la responsabilité non contractuelle. Par opposition à ces procédures, le recours en annulation paraît être la solution idéale. C'est d'ailleurs ce qu'affirme la Cour elle-même, en 1987, lorsqu'elle se reconnaît *"à juste titre le rôle de juge naturel de la légalité des actes communautaires"* et affirme, dès 1994, que *"le recours direct devant elle au titre de l'article [230] devait être privilégié par rapport au renvoi préjudiciel en validité"*[64].

73. La Cour, dans son rapport sur l'application du Traité sur l'Union européenne, marquait son doute sur l'efficacité de la formulation reprise à l'article 230 du Traité.

*"L'on peut toutefois se demander si le recours en annulation prévu par l'article 173* [230] *du traité CE et par les dispositions correspondantes des autres traités, qui n'est ouvert aux particuliers qu'à l'égard des actes qui le concernent directement et individuellement, est suffisant pour garantir une protection juridictionnelle effective contre les atteintes à leurs droits fondamentaux pouvant résulter de l'activité législative des institutions"*[65].

La question ainsi posée en mai 1995[66] semblait en partie résolue par l'interprétation donnée à la disposition du Traité par l'arrêt Jégo-Quéré, mais retrouve, comme dans une danse d'Echternach, toute son actualité suite à l'arrêt UPA.

74. Les hésitations de la jurisprudence donnent à penser que la mise en place d'une solution acceptable ne pourra se réaliser dans les limites étriquées de l'article 230 du Traité, dont l'interprétation ne peut du reste être étendue au-delà du raisonnable.

C'est donc un réaménagement du Traité qui doit être réalisé, pour permettre aux particuliers, dont l'état d'esprit et la conscience européenne ont évolué avec le temps, d'obtenir justice lorsque de réelles questions de validité de textes communautaires, quels qu'ils soient, se posent.

75. Faut-il pour autant permettre à tout un chacun d'introduire une procédure devant la Cour ? Non, le droit d'agir doit certainement faire l'objet d'un filtre qui pourrait aisément prendre la forme de l'analyse de la recevabilité telle qu'elle est aujourd'hui pratiquée par la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Toutefois, la Commission, qui a, le 17 juillet 2002, introduit un pourvoi[67] contre l'arrêt rendu le 3 mai 2002 par le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire Jégo-Quéré, invoque comme moyens d'une part la violation du règlement de procédure[68], et d'autre part, la violation du droit communautaire[69].

A l'appui de son pourvoi, la Commission argue de ce que le Tribunal confond le droit à un recours effectif avec le droit général de recours direct des particuliers dans le contentieux en annulation des actes de portée générale, et, partant, commet une erreur de droit.

La Commission précise que *"ni la jurisprudence de la Cour de justice, ni la jurisprudence de la Cour des Droits de l'Homme n'assimile 'recours effectif' et 'recours directs'. Il n'est ainsi pas exact que les voies de recours ouvertes aux particuliers à l'encontre de dispositions de portée générale ne peuvent plus être considérées, à la lumière des articles 6 et 13 de la Convention des Droits de l'Homme et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, comme garantissant aux justiciables un droit de recours effectif. Une telle assimilation ne peut pas non plus être déduite des traditions constitutionnelles communes des États membres. Dans la plupart des États membres le droit de recours direct des particuliers en annulation d'un acte de portée générale est limité de diverses façons"*[70].

La Commission estime que *"les critiques adressées par*

---

[63] Conclusions de l'Avocat Général DARMON précédant l'arrêt du 3 décembre 1992, BORELLI, aff. C-97/91, *Rec.*, p. I-63/3, point 31, cité par D. WAELBROECK et A.-M. VERHEYDEN, Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires à la lumière du droit comparé et de la Convention des droits de l'homme, *Cahiers de droit Européen*, 1995, p. 431.

[64] C.J.C.E., arrêt du 22 octobre 987, FOTO-FROST, aff. 314/85, *Rec.*, p. 4199; C.J.C.E., arrêt du 9 mars 1994, TWD DEGGENDORF GMBH, aff. C-188/92, *Rec.*, p. I-833 et D. WAELBROECK et A.M. VERHEYDEN, Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires à la lumière du droit comparé et de la Convention des droits de l'homme, *Cahiers de droit Européen*, 1995, p. 435.

[65] Rapport de la Cour de justice sur certains aspects de l'application du Traité sur l'Union européenne, Luxembourg, mai 1995, cité par l'Avocat général M. JACOBS dans ses conclusions présentées le 21 mars 2002, UNION DE PEQUENOS AGRICULTORES c/ CONSEIL, (C-50/00 P), www.Europa.eu.int, *documents officiels, EUR-Lex, le droit de l'Union européenne, Jurisprudence*, point 84.

[66] C.J.C.E., arrêt du 2 avril 1998, aff. GREENPEACE, C-321/95 P, *Rec.*, p. I-1651.

[67] Pourvoi introduit par la Commission des Communautés européennes contre l'arrêt rendu le 3 mai 2002 par la première chambre élargie du Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire T-177/01 ayant opposé Jégo-Quéré & Cie SA à la Commission des Communautés européennes, aff. C-263/02 P, *J.O.C.E.*, 28 sept. 2002, C 233/14.

[68] Selon la Commission, en application du paragraphe 1er de l'article 14 du règlement de procédure du Tribunal, l'affaire aurait dû être renvoyée à la formation plénière du Tribunal de 1e Instance.

[69] La Commission estime que l'interprétation réservée par le Tribunal à la notion "individuellement concerné" de l'article 230, paragraphe 4 du Traité CE est contraire au système juridictionnel complet institué par ledit Traité.

[70] Pourvoi introduit par la Commission des Communautés européennes contre l'arrêt rendu le 3 mai 2002 par la première chambre élargie du ☞

*le Tribunal quant au caractère non effectif des voies de recours ouvertes au particulier par l'ordre juridictionnel communautaire sont ainsi non fondées en droit"*[71].

76. Il serait d'autre part opportun, de manière à éviter toute équivoque, de déterminer les hypothèses dans lesquelles un particulier pourrait introduire un recours en annulation. A cet égard, il convient certainement de reconsidérer l'interprétation stricte de la notion de "personne individuellement concernée" figurant au quatrième alinéa de l'article 230 du Traité.

Sans doute faut-il se référer aux définitions proposées et par l'Avocat Général M. JACOBS et par le Tribunal, et, le cas échéant, viser par "personne individuellement concernée" tout particulier affecté ou susceptible d'être affecté de manière substantielle par la mesure communautaire, en raison de la situation dans laquelle le particulier se trouve.

Si l'on retenait une telle définition, le requérant ne devrait pas nécessairement apporter la preuve du caractère préjudiciable certain et actuel de la mesure attaquée, mais pourrait se limiter à apporter la preuve de ce que la mesure est potentiellement nuisible à ses intérêts.

77. Il reste qu'il faut s'interroger sur la question de savoir si un sens utile peut être donné à la position adoptée par le Tribunal, et plus tard par la Cour, dans l'affaire UPA, lorsqu'elle affirme que *"par application du principe de coopération loyale énoncée* [à l'article 10 CE], *les États membres sont tenus de contribuer au caractère complet du système des voies de recours et de procédure mis en place par le Traité et destiné à confier au juge communautaire le contrôle de la légalité des actes des institutions communautaires"*[72].

Ce "bout de phrase" n'autorise-t-il en définitive pas les particuliers à introduire des procédures nationales[73] visant à obtenir en cas de déni manifeste de justice, que le Tribunal national pose une question préjudicielle en appréciation de validité à la Cour de Justice, sans qu'il existe de véritable litige par-devant eux.

Une telle interprétation – qui nécessite une coopération active des juridictions nationales – aurait le mérite de ne pas obliger à modifier le système mis en place par le Traité, tout en garantissant le droit à un recours effectif et en maintenant un certain filtre de recevabilité.

Toute la difficulté se situerait à ce niveau: le juge ne devrait pas se prononcer en fonction d'un intérêt qui, par définition, n'existerait pas pour le particulier au niveau de sa juridiction nationale, mais bien sur l'existence d'une affectation du requérant, et sur la pertinence de la question qu'il pose en droit communautaire.

De manière amusante sans doute, les réponses apportées par la Cour de Justice aux questions préjudicielles qui seraient ainsi posées ne pourraient servir que de base en vue de l'introduction, par les particuliers lésés par une mesure annulée, d'une procédure en responsabilité par-devant la Cour de Justice.

---

Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire T-177/01 ayant opposé Jégo-Quéré & Cie SA à la Commission des Communautés européennes, aff. C-263/02 P, *J.O.C.E.*, 28 sept. 2002, C 233/14.

[71] Pourvoi introduit par la Commission des Communautés européennes contre l'arrêt rendu le 3 mai 2002 par la première chambre élargie du Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire T-177/01 ayant opposé Jégo-Quéré & Cie SA à la Commission des Communautés européennes, aff. C-263/02 P, *J.O.C.E.*, 28 sept. 2002, C 233/14.

[72] Cfr. supra, paragraphe 58.

[73] Par exemple sous la forme de référés en droit belge.

# LA LOI DU 2 AOÛT 2002 CONCERNANT LA LUTTE CONTRE LE RETARD DE PAIEMENT DANS LES TRANSACTIONS COMMERCIALES

Denis PHILIPPE
*Professeur à l'Université Catholique de Louvain*
*Avocat au Barreau de Bruxelles et de Luxembourg*

Marc GOUDEN
*Avocat au Barreau de Bruxelles*

Marc BAETENS
*Chercheur au Centre de Droit public à l'Université Catholique de Louvain*
*Avocat au Barreau de Bruxelles*

Sur la base des statistiques de la Commission européenne, la Belgique est le 5e moins bon élève de la classe en ce qui concerne le respect des délais de paiement, juste avant la Grèce, le Portugal, l'Italie et l'Espagne.

Le rapport fait au nom de la commission chargée des problèmes de droit commercial et économique mentionne qu'en 1996, le délai de paiement contractuel moyen était, en Belgique, de 41 jours, délai auquel il fallait ajouter en moyenne 20 jours de retard, de sorte que le délai de paiement effectif était de 61 jours.

De manière générale, la Commission constate, en analysant les causes des délais relativement longs de paiement, que le caractère intentionnel du retard est présent dans 35 % des cas au niveau européen et dans 49 % des cas si on se limite à la Belgique.

La loi du 2 août 2002 met en œuvre les principes de la directive 2000/35/CE[1] du 29 juin 2000, qui a fixé au 8 août 2002 la date ultime de transposition par les Etats membres. La Belgique est le troisième pays, en ordre chronologique, à transposer ladite directive, après l'Allemagne et la France.

Cette directive s'efforce à lutter contre les retards de paiement dont question ci-dessus et de parvenir à une harmonisation de la législation des Etats membres en la matière. L'objectif de la directive est essentiellement d'accorder une plus grande protection aux PME qui se trouvent confrontés aux délais de paiements parfois excessivement longs qui leur sont imposés par leurs clients grandes entreprises.

La directive contient, pour servir l'objectif qu'elle s'est assigné, des dispositions qui ont trait aux intérêts moratoires, aux frais de recouvrement, à la réserve de propriété et à la durée des procédures de recouvrement pour des créances non contestées.

Ces deux derniers éléments ne sont cependant pas abordés par la loi du 2 août 2002, car il n'y avait, selon le Gouvernement, pas lieu de modifier le droit belge à ce sujet étant donné sa conformité aux articles 4 (la réserve de propriété) et 5 (la durée des procédures de recouvrement pour des créances non contestées) de la directive[2].

## CHAPITRE I. CHAMP D'APPLICATION

La loi du 8 août 2002 «*s'applique à tous les paiements effectués en rémunération de transactions commerciales*».

### Section 1. Les paiements visés

Rappelons qu'en matière de droit civil, le terme paiement désigne, de manière générique, l'exécution par le débiteur de son obligation. Or, cette obligation ne doit pas

---

[1] Voyez T. SENNI, "La direttiva 2000/35/Ce sul ritardo nei pagamenti in rapporto alla disciplina sulla subfornitura", *Diritto del Commercio Internazionale*, 2001, n°15.4; L. MENGONI, "La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie", *Europa e diritto privato*, 2001/1; V. SAGAERT, 'De europese richtlijn betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties", *R.W.*, 2001-2002, p. 1441-1442.

[2] L'article 4 de la directive vise à ce que le vendeur, conformément aux dispositions nationales applicables en vertu du droit international privé, conserve la propriété des biens jusqu'au paiement intégral lorsqu'une *clause de réserve de propriété* a été explicitement conclue entre l'acheteur et le vendeur avant la livraison des biens. Plutôt que d'harmoniser les dispositions nationales des Etats membres en matière de réserve de propriété, cette disposition vise à obliger un Etat membre à appliquer le droit d'un autre Etat membre en matière de réserve de propriété lorsque ses propres règles de DIP désignent le droit – matériel – de l'autre Etat membre comme étant le droit applicable.
L'article 5 de la directive oblige, quant à lui, les Etats membres à veiller à ce que la *procédure de recouvrement pour des dettes non contestées* soit menée à bien dans un bref délai conformément à la législation nationale mais n'exige pas des Etats membres qu'ils adoptent une procédure spécifique ou encore qu'ils modifient leurs voies de droit existantes d'une manière spécifique. Un délai de 90 jours - après l'introduction de l'action - pour l'obtention d'un titre exécutoire est évoqué, dans lequel ne sont pas compris les délais de signification. Les travaux préparatoires font remarquer qu'il appert de la définition de « titre exécutoire » contenue à l'article 2, alinéa 5, de la directive qu'une décision exécutoire par provision au sens des articles 1398 et suivants du Code judiciaire constitue aussi un titre exécutoire au sens de la directive.

nécessairement être une obligation portant sur une somme d'argent.

La loi ne précise pas à quels paiements elle entend s'appliquer et les travaux préparatoires sont muets à ce sujet.

Du contexte général de la loi et des cas envisagés lors des travaux préparatoires, on peut cependant déduire que l'intention du législateur était de ne viser que les obligations portant sur une somme d'argent. Plus de précision aurait peut-être été souhaitable à cet égard.

### Section 2. Les transactions visées

La loi s'applique aux *transactions commerciales*. L'article 2 de la loi définit la «*transaction commerciale*» comme étant une «*transaction entre entreprises ou entre des entreprises et des pouvoirs adjudicateurs*[3] *qui conduit à la fourniture de biens*[4] *ou à la prestation de services*[5] *contre rémunération*».

Cette définition vise essentiellement à définir la notion de «*commercial*», mais n'apporte pas de précisions sur le sens qu'il y a lieu de donner au terme «*transaction*». La directive, qui utilise la même terminologie, ne donne d'ailleurs pas plus de précisions à ce sujet. Il faut supposer que les auteurs de la directive et de la loi ont souhaité introduire une notion qui vise de manière aussi large que possible toutes les relations juridiques qui se nouent entre commerçants. En toute hypothèse, le concept ne peut pas être réduit à la transaction, accord par lequel deux parties font des concessions réciproques en vue d'éteindre un litige.

La notion d'«*entreprise*» est définie comme «*toute organisation agissant dans l'exercice d'une activité économique ou professionnelle indépendante, même lorsque cette activité n'est exercée que par une seule personne.*»

Cette notion ne couvre donc pas seulement les «*commerçants*» au sens du Code de commerce, mais aussi, par exemple, les titulaires de professions libérales, les artisans et les entreprises agricoles (voyez travaux préparatoires de la loi)[6].

Ni la loi belge, ni la directive ne précisent le sens qu'il y a lieu de donner à la notion de «*rémunération*». La rémunération peut en effet s'opérer par la remise d'une somme d'argent ou alors d'objets corporels ou incorporels (titres, créances, ...). Cette problématique renvoie donc à celle envisagée ci-dessus (section 1) en ce qui concerne la définition des *paiements* visés par la loi. Nous devons en conclure que, dans l'esprit de la loi, la notion de rémunération ne vise que la remise d'une somme d'argent.

### Section 3. Les transactions non visées

Du champ d'application ainsi défini par la loi, nous pouvons déduire *a contrario* que cette loi ne s'applique pas aux situations suivantes:

- transactions avec des consommateurs;
- transactions entre des pouvoirs publics;
- paiements effectués à titre d'indemnisation de dommages: Ainsi en serait-il par exemple en ce qui concerne le paiement d'une indemnité pour vices cachés ou livraison tardive, même si l'obligation de livraison trouve son origine dans la transaction commerciale[7]. Cette exclusion, envisagée par les travaux préparatoires, ne nous paraît pas forcément justifiée, surtout si le paiement de cette indemnité trouve son origine dans la transaction commerciale;
- paiements effectués en vertu de la législation sur les chèques et les lettres de change (la relation cambiaire est en effet étrangère au rapport commercial sous-jacent).

## Chapitre II. Rapports avec le droit commun et avec les autres dispositions légales particulières

### Section 1. Complémentarité par rapport au droit commun

La loi du 8 août 2002 règle un aspect particulier du droit des contrats, mais ne vise pas à modifier dans son ensemble le régime de droit commun des obligations qui continuera à s'appliquer à tous les aspects non visés par la loi[8].

Les travaux préparatoires précisent ainsi au sujet de la loi que «*dans la mesure où le contenu et l'esprit de ses dispositions ne sont pas incompatibles avec les dispositions de droit commun, en particulier les dispositions du Code civil sur l'effet des obligations (articles 1134 et sui-*

---

[3] Le "pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice" est défini à l'article 2,3°, de la loi commentée comme « tout pouvoir ou toute entité visé par la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ». L'article 4 de la loi sur les marchés publics précise quels sont les pouvoirs adjudicateurs traditionnels (Etat, Communautés, régions, provinces, communes ainsi que les associations formées par un ou plusieurs de ceux-ci) et les pouvoirs adjudicateurs originaux (organismes d'intérêt public,...).

[4] Même des biens immeubles (Ch., *Doc.parl.*, session 2001-2002, Exposé de motifs, 1827/001 et 1828/001,p 8).

[5] En ce compris la location de biens immeubles (Ch., *Doc.parl.*, session 2001-2002, Exposé de motifs, 1827/001 et 1828/001,p 8)

[6] Le parlementaire Thierry Giet constate – à juste titre – que le qualificatif "commercial" dans la notion de « transactions commerciales », utilisée par la loi, n'est donc pas tout à fait judicieux (Rapport..., Ch., *Doc.parl.*, session 2001-2002, n°1827/005, p.20). Cependant, la définition légale du terme « transactions commerciales » permet d'éviter toute ambiguïté.

[7] Dans un tel cas, l'intérêt compensatoire que le juge peut accorder sur cette indemnité reste soumis aux principes du droit commun (Ch., *Doc.parl.*, session 2001-2002, Exposé de motifs, 1827/001 et 1828/001, p 8).

[8] On peut noter que l'Allemagne a profité notamment de la transposition de la directive pour amender en profondeur le BGB en matière de droit des obligations.

*vants), les dispositions du droit commun demeurent applicables*»[9].

### Section 2. Application de la loi sans préjudice de certaines dispositions spéciales

L'article 3 de la loi précise que celle-ci ne porte pas préjudice aux règles particulières qui gouvernent les procédures d'insolvabilité. La loi cite *notamment* les règles en matière de faillite, de concordat judiciaire et de règlement collectif de dettes.

Cette précision était sans doute nécessaire dans la mesure où la loi sur les faillites prévoit que le cours des intérêts est suspendu et dans la mesure où les procédures de concordat ou de règlement collectif de dettes peuvent aboutir à des réductions du montant ou du taux des intérêts.

Les risques d'interférences avec la procédure de règlement collectif de dettes nous semblent cependant relativement réduits étant donné que la présente loi ne s'applique qu'aux relations entre entreprises, alors que le bénéfice de la procédure de règlement collectif de dettes est précisément réservé aux personnes qui n'ont pas été commerçants durant une période de 6 mois précédant l'introduction de la demande. Les seuls cas d'application conjointe des deux législations pourraient donc se présenter pour des titulaires de professions libérales ou des agriculteurs.

L'article 3 de la loi précise finalement qu'elle ne porte pas non plus préjudice aux dispositions de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics. En vertu de l'article 15 du Cahier Général des Charges annexé à cet arrêté royal, le créancier doit introduire une déclaration de créance (pour les travaux) ou une facture (pour les services) et le délai de paiement accordé au pouvoir adjudicateur est de respectivement 60 ou 90 jours (pour les travaux) et 50 jours (pour les services). Si le paiement n'intervient pas dans ce délai, l'adjudicataire a droit à un intérêt de retard au taux des avances en compte courant hors plafond fixé par la BNB.

## Chapitre III. Régime juridique applicable aux paiements et sanctions en cas de non-paiement dans le délai

***Remarque préliminaire: Le caractère supplétif de la loi***

Il est précisé de manière expresse que les règles édictées en matière de paiement et de retard de paiement par les articles 4 à 6 de loi sont supplétives, c'est-à-dire ne s'appliqueront que «*s'il n'en a été autrement convenu par les parties*».

Ceci implique tout d'abord que les parties restent tout à fait libres de convenir conventionnellement d'autres règles.

Le caractère supplétif implique également que la loi ne se substituera pas aux conditions générales de vente élaborées par les entreprises qui prévoient de manière explicite un régime différent de celui établi par la loi (sous réserve évidemment de l'acceptation explicite ou implicite de ces conditions générales par le cocontractant). Tel sera par exemple le cas des clauses qui prévoient un paiement au comptant, qui prévoient un intérêt de retard supérieur au taux légal, etc.

La nouvelle loi apporte cependant des restrictions à cette liberté contractuelle (voyez infra, chapitre IV).

### Section 1. Délai de paiement

*1.1. La durée du délai*

L'article 4 de la loi prévoit que sauf convention contraire, le paiement doit être fait dans un **délai de 30 jours**. Il s'agit d'une règle d'exigibilité.

En d'autres termes, sauf convention contraire, toute créance née dans le cadre des transactions visées par le loi, verra son exigibilité retardée de 30 jours.

En *droit commun* l'exigibilité découle de la convention ou, à défaut, de la loi ou des usages[10]. Si la convention ne prévoit aucun terme – et que rien n'est prévu par la loi ou par les usages –, la dette est exigible immédiatement.

La règle introduite par l'article 4 est donc une **dérogation importante au droit commun** et cette dérogation n'est pas anodine dans la mesure où, durant le délai fixé, toutes les actions réservées au créancier disposant d'une dette «*certaine, liquide et exigible*» (p.ex. saisies, ...) ne pourront pas être exercées. De même la prescription extinctive ne commencera à courir qu'à partir de ce moment.

Il est donc, plus qu'auparavant, intéressant de prévoir conventionnellement (par le biais de conditions générales acceptées par le cocontractant par exemple) que la dette est exigible immédiatement.

*1.2. Le point de départ du délai*

L'article 4 prévoit **trois points de départ différents**. L'exposé de motifs précise que ce point de départ dépendra des «*circonstances concrètes*».

Même si la loi ne le précise pas de manière expresse, la formulation de l'article 4 laisse supposer qu'il existe un point de départ *de principe*, une *exception* au principe et un point de départ *alternatif*.

---

[9] Ch., *Doc.parl.*, session 2001-2002, Exposé de motifs, 1827/001 et 1828/001,p 8

[10] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.III, 1967, p. 474, n° 470.

1.2.1. Le principe

Le point de départ est *en principe* le jour qui suit celui de la **réception, par le débiteur, de la facture** ou d'une demande de paiement équivalente (article 4-1°).

La loi ne définit pas le terme de «*demande de paiement équivalente*» et les travaux préparatoires ne donnent pas plus d'informations à ce sujet. Il faut supposer que dans l'esprit du législateur il y a lieu de donner une interprétation extensive à cette notion en englobant tout document, de quelque nature qu'il soit et quelle qu'en soit la dénomination.

Il nous semble cependant qu'afin de pouvoir être qualifié de «*demande de paiement équivalente*» ce document devra au moins faire apparaître trois éléments:
(i) le montant dont le paiement est exigé,
(ii) les biens ou services auxquels le paiement se rapporte,
(iii) la volonté du créancier de voir le débiteur procéder au paiement.

Sous peine d'ajouter une condition à la loi, il ne nous semble pas exigé que ce document émane du créancier lui-même.

Dans la mesure où la loi ne prévoit pas que la *demande* doit être écrite, il est permis de se demander si pareille demande ne pourrait pas être simplement verbale (avec cependant les problèmes de preuve liés à pareille démarche). Elle devrait en tout cas pouvoir prendre la forme d'un message électronique ou d'une télélcopie.

1.2.2. Une exception

A titre d'*exception* au principe, si «*la date de réception de la facture ou de la demande de paiement équivalente est incertaine, ou si le débiteur reçoit la facture ou la demande de paiement équivalente avant les marchandises ou les services*», alors le point de départ est la **réception des marchandises** (article 4-2°).

Il a été précisé dans l'Exposé de motifs que le caractère «*incertain*» relevait d'une appréciation en fait, et qu'il ne s'agit pas d'une référence à l'article 1328 du Code civil concernant la date certaine des actes sous seing privé[11].

1.2.3. Un point de départ alternatif

Finalement, la loi prévoit un critère *alternatif* pour le cas où le contrat ou la loi prévoient une procédure d'acceptation et de vérification de la conformité des marchandises ou des services et où la facture ou la demande de paiement équivalente a été remise au débiteur avant ou à la date de l'acceptation (article 4-3°).

Pour que ce point de départ alternatif puisse s'appliquer il faut donc que deux conditions soient cumulativement respectées:
(i) une procédure d'acceptation ou de vérification est prévue par le contrat ou par le loi;
(ii) la facture ou la demande de paiement équivalente a été remise au débiteur avant le jour où l'acceptation se produit, ou au plus tard le jour de l'acceptation.

Dans ce cas, le point de départ sera **l'acceptation de la marchandise**.

Dans le cadre de cette règle alternative, la date de l'acceptation des marchandises ou des services aura donc une importance primordiale et on ne peut que recommander aux parties de se réserver une preuve de la date à laquelle cette acceptation est intervenue.

*1.3. Observations critiques*

1.3.1. Preuve de l'exigibilité de la créance

Le principe ainsi édicté par la loi (et par la directive[12]) est original dans la mesure où il fait dépendre le moment de l'exigibilité de la dette du moment où la facture est réceptionnée par le débiteur.

Pareille règle est à l'opposé du droit commun actuel qui prévoit l'exigibilité immédiate de la créance par le seul fait de la naissance de celle-ci, même en l'absence de facture et certainement en l'absence de toute communication préalable au débiteur.

Comme la loi ne prévoit aucune forme spécifique en ce qui concerne l'envoi de la facture et n'édicte (tout comme la directive[13]) aucune présomption de réception (p.ex. un certain nombre de jours après l'envoi de la facture), des problèmes vont inévitablement se poser en matière de preuve de la date de réception de la facture.

Etant donné que la preuve de l'exigibilité de la créance appartient au créancier qui en poursuit le recouvrement, cette nouvelle règle obligera-t-elle le créancier à démontrer désormais la date à laquelle la facture a été réceptionnée par le débiteur, pour pouvoir établir avec certitude le caractère réellement exigible de sa créance?

Même si c'est la conclusion qu'il faut en toute rigueur juridique tirer des nouvelles dispositions légales, il faut supposer que telle n'a pas été la volonté du législateur étant

[11] Ch., *Doc.parl.*, session 2001-2002, n° 1827/001, p.9.

[12] La proposition de directive du Parlement (J.E. C168, 03/06/1998, p.13) faisait référence à la date d'échéance de la facture (qui ne pouvait dépasser de plus de 21 jours la date de la facture). A la suite d'un amendement, cette notion a été remplacée par la date de réception de la facture. Par contre, aucune majorité ne s'est dégagée pour introduire une présomption de réception de la facture (Communication de la Commission au PE du 10 septembre 1999)

[13] voy. note 13.

donné que la loi vise précisément à assurer un paiement plus rapide des factures et non à dresser des obstacles de forme ou de procédure empêchant précisément un recouvrement rapide.

Le représentant du Ministre de la justice a déclaré à cet égard que l'on «*verra se développer une jurisprudence ad hoc qui précisera clairement à quel moment une facture est censée avoir été reçue. Il est vrai en effet que la preuve en matière commerciale est réglée de manière plus souple que dans le cadre de relations entre un commerçant et un consommateur*»[14].

Cette réponse est cependant insatisfaisante à double titre: (i) tout d'abord elle réduit le problème à un simple problème de preuve du départ d'éventuels intérêts de retard, sans aborder le problème de la preuve du caractère exigible et (ii), deuxièmement, les règles simplifiées en matière de preuve ne concernent que les commerçants, alors que la loi ne limite précisément pas son champ d'application aux seuls commerçants!

En ce qui concerne les commerçants, le créancier pourra sans doute essayer de pallier cet inconvénient en produisant sa comptabilité pour démontrer au moins avec certitude de la date à laquelle la créance a été enregistrée dans ses livres et donc *probablement* adressée au débiteur. En effet, en vertu de l'article 20 du Titre III du Code de commerce, la comptabilité régulièrement tenue fait preuve entre commerçants (Comm. Bruxelles, R.D.C., I, 1991, 322).

1.3.2. Les paiements relatifs à des travaux immobiliers

Etant donné que la loi vise également les immeubles, la loi pourrait, à défaut de précisions contractuelles, avoir l'effet pervers de retarder considérablement l'exigibilité de la créance de l'entrepreneur en matière de travaux immobiliers.

En effet, la doctrine[15] et la jurisprudence[16] s'accordent à dire qu'à défaut de dérogation dans le contrat, c'est la réception définitive qui vaut agréation des travaux. Or pareille réception intervient souvent un an, voire plus, après la fin des travaux.

La *procédure d'acceptation* à laquelle font référence la loi du 2 août 2002 et la directive (sans que ni le législateur européen, ni le législateur belge ne se soient réellement interrogés sur la portée de cette notion), fixe donc, pour les immeubles, l'acceptation à la réception définitive.

Dès lors, chaque fois que le cocontractant remettra sa facture avant la réception définitive (ce qui sera la règle dans la majorité des cas) ou au plus tard à ce moment, le délai de 30 jours ne commencera à courir qu'à partir de la réception définitive ce qui signifie que la facture ne deviendra *exigible* que trente jours après la réception définitive.

Cet effet n'a, sans doute, pas été envisagé par le législateur et obligera les entrepreneurs à stipuler clairement dans le contrat à partir de quel moment les factures deviennent exigibles.

## Section 2: Sanctions en cas de non-paiement dans le délai

Les articles 5 et 6 de la loi prévoient qu'en cas de paiement en-dehors des délais fixés, le créancier a droit à un intérêt de retard ainsi qu'à un dédommagement raisonnable supplémentaire, sauf si les parties ont pris des conventions différentes.

### *2.1. Un intérêt de retard (article 5)*

Sauf convention contraire, en cas de défaut de paiement dans le délai convenu ou dans le délai de 30 jours prévu à l'article 4, le créancier a droit, à compter du premier jour suivant l'expiration du délai, de plein droit et ***sans mise en demeure***, au paiement «*d'un intérêt au taux directeur majoré de sept points de pourcentage et arrondi au demi-point de pourcentage supérieur*» (Voyez à l'article 2, 4°, pour la définition du «taux directeur»[17]).

Le taux ainsi déterminé, ainsi que toute modification de celui-ci, sont communiqués par le Ministre des Finances par un avis publié au Moniteur belge. Les travaux préparatoires précisent cependant clairement qu'il ne s'agit que d'une communication visant à faciliter l'application de la loi par les justiciables, et nullement «*d'une fixation du taux d'intérêt*» par le Ministre[18]. Même en l'absence de toute publication, le nouveau régime peut donc s'appliquer.

Par avis publié au Moniteur Belge du 3 octobre 2002, le Ministre a informé que le taux était fixé à 10,5 % l'an pour le deuxième semestre de l'année 2002. Ce taux était calcu-

---

[14] Ch., *Doc.parl.*, session 2001-2002, n° 1827/005, p.24.

[15] C. Jassogne, La garantie découlant des contrats d'entreprise ..., Ann. Dr. Liège, 1988, 261.

[16] Cass., 24 février 1983, JT, 1983, 575 ; Cass., 4 mars 1977, Pas., 1977, I, 721.

[17] Ce taux directeur est fonction de la procédure d'appel d'offres – à taux fixe ou taux variable -applicable à la transaction. Les travaux préparatoires en donnent une illustration concrète basée sur des chiffres réels, étant entendu que le 8 juin 2000, la BCE a annoncé qu'à compter de l'opération devant être réglée le 28 juin 2000, les opérations principales de refinancement seraient effectuées par voie *d'appels d'offres à taux variable* (selon la procédure d'adjudication à taux multiple et avec indication du taux de soumission minimal). Ainsi, le taux marginal résultant de la plus récente opération principale de refinancement avant le premier jour calendrier du premier semestre de 2002 était de 3, 45%. En application de la présente loi, le taux d'intérêt auquel le créancier aurait eu droit pour le premier semestre 2002 aurait été de 3,45 % majoré de sept points de pourcentage – donnant ainsi comme résultat 10,45% - et arrondi au demi-point de pourcentage supérieur, soit 10, 5% (Ch., *Doc.parl.*, session 2001-2002, n° 1827/005,. p.9 à 11).

[18] Ch., *Doc.parl.*, session 2001-2002, n° 1827/005, p.10.

lé sur la base du taux de 3,25% arrêté le 8 novembre 2001 par la BCE (3,25 + 7 = 10,25 arrondi à 10,50%).

Depuis lors plus aucun avis n'a été publié au Moniteur. Or par décision du 5 décembre 2002, la BCE a réduit son taux à 2,75% applicable à partir du 11 décembre 2002.

Il faut par conséquent considérer (même en l'absence de publication d'un avis à ce sujet ) que depuis le 11 décembre 2002 le taux d'intérêt fixé par la loi du 2 août 2002 s'élève à 10% (2,75% + 7 = 9,75 arrondi à 10%).

Deux questions demeurent:
- Est-ce qu'il faut appliquer ce taux de manière uniforme à toute facture qui est exigible à partir du 11 décembre 2002 ou faudra-t-il au contraire adapter le taux au fil du temps (comme c'est le cas pour les intérêts légaux)? Nous sommes d'avis qu'il faudra sans doute privilégier la deuxième solution.
- Etant donné que l'avis du Ministre affirme que le taux est de 10,50% pour le deuxième semestre 2002, doit on appliquer ce taux jusqu'au 31/12/2002 ou faut-il au contraire appliquer le nouveau taux à partir du 11 décembre 2002? Ici encore nous privilégions la deuxième solutions car, comme il a été dit ci-dessus, l'avis du Ministre n'a que valeur indicative et ne peut pas neutraliser le mécanisme prévu par la loi.

La précision que cet intérêt s'applique non seulement en cas de dépassement du délai prévu par l'article 4, mais également en cas de dépassement du délai conventionnel est importante, étant donné qu'elle fait entrer dans le champ d'application de la loi toutes les conventions qui prévoient un terme contractuel de paiement, mais aucune sanction en cas de non-respect de ce terme.

La nouvelle réglementation déroge – triplement – à l'article 1153 du Code civil.

Cet article dispose, en son alinéa 1er, que «*Dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans les* intérêts légaux[19]*, sauf les exceptions établies par la loi*». Or, premièrement, le taux d'intérêt prévu par la loi du 2 août 2002 est (considérablement) plus élevé (voyez ci-dessus). Deuxièmement, la loi prévoit que l'indemnisation à laquelle le créancier a droit en cas de retard de paiement comprend, outre les intérêts de retard, un dédommagement raisonnable du créancier (voyez infra 2.2.).

Finalement, il est précisé à l'alinéa 3 du même article, que ces dommages et intérêts ne sont dus qu'«*à partir du* jour de la sommation *de payer, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit*», alors que désormais ces intérêts courent toujours de plein droit (à condition de pouvoir établir la date de *réception* de la facture, ce qui, dans la pratique, sera sans doute plus difficile que de démontrer l'*envoi* d'une mise en demeure par pli recommandé!).

### *2.2. Un dédommagement raisonnable complémentaire (article 6)*

#### 2.2.1. Le principe

Outre les intérêts de retard, le créancier peut faire valoir:
(i) son droit au remboursement des frais judiciaires prévus par le Code judiciaire conformément aux règles applicables avant l'entrée en vigueur de la loi (voyez aussi infra 2.2.2.);
(ii) son droit au paiement d'un *dédommagement raisonnable* pour tous les frais de recouvrement pertinents encourus par suite du retard de paiement.

La pratique connaît depuis longtemps les «clauses pénales» qui prévoient l'octroi au créancier d'une somme forfaitaire en cas de non paiement des factures à l'échéance. Ces clauses restent évidemment valables en raison du caractère supplétif de la loi (voyez cependant infra chapitre IV).

Le droit commun ne prévoyait cependant aucune indemnisation (à part l'indemnité de procédure prévue par le Code judiciaire) automatique dans les cas où les parties n'avaient pas conventionnellement prévu pareille pénalité. La loi du 2 août 2002 entend donc généraliser cette pratique.

Les travaux préparatoires précisent que c'est au juge qu'il appartient, en cas de litige, d'apprécier au cas par cas le montant *raisonnable* de ce dédommagement.

Etant donné qu'il s'agit d'un *dédommagement*, c'est au créancier qu'il incombe de prouver non seulement le caractère réel des frais encourus, mais également le lien causal avec le retard de paiement et le tout sous réserve du fait que ces frais soient pertinents, transparents et en proportion avec la dette concernée (art.6, al.1 et 2 de la loi).

#### 2.2.2. Les frais indemnisables

A titre d'exemples les travaux préparatoires visent notamment les frais de mise en demeure, les frais administratifs, etc.

Le Conseil d'Etat avait soulevé dans son avis la question de savoir si les honoraires et frais des avocats pouvaient entrer dans la catégorie des frais indemnisables[20], pour souhaiter que la législation soit clarifiée sur ce point.

Dans l'exposé des motifs le Gouvernement estime que les honoraires des avocats ne sont nullement à exclure des frais indemnisables, mais qu'il appartient au juge d'apprécier s'ils respectent les conditions posées par l'article 6 de

---

[19] Le taux d'intérêt légal est de 7% par an actuellement.

[20] Avis du Conseil d'Etat n°32.970/2, Ch., *Doc.parl.*, session 2001-2002, n° 1827/001, p.24.

la loi[21]: lien causal avec le retard de paiement, le caractère relevant et transparent, et finalement la proportion avec le montant de la dette.

Inutile de souligner que ce sera le plus souvent ce dernier critère qui sera sujet à des discussions et qui mettra le juge dans la situation difficile de devoir apprécier le caractère *raisonnable* des honoraires pour le recouvrement d'une créance (alors qu'en matière de contestations d'honoraires entre l'avocat et son client, le juge demandera précisément l'avis du Bâtonnier sur cette question).

Il n'en demeure pas moins que, s'agissant des frais d'avocat, la présente loi introduit, du moins dans le cadre du champ d'application qui est le sien, un bouleversement en la matière.

En effet, la Cour de cassation a clairement pris position à ce sujet, en estimant que l'article 1023 du Code judiciaire, lequel prévoit que «*toute clause conventionnelle portant augmentation de la créance en raison de sa réclamation en justice est réputée non écrite*» faisait obstacle à ce que les parties conviennent que le montant de la créance soit augmenté des honoraires dus à l'avocat qui a poursuivi la procédure en recouvrement du montant dû[22].

Notamment dans un arrêt du 9 juin 1999 la Cour d'appel de Bruxelles[23] a cependant, dans le cadre d'un litige en matière de responsabilité extra-contractuelle, fait sienne la doctrine abondante qui estime que les honoraires d'avocat font partie du dommage. La Cour a, dans le cas d'espèce, refusé l'indemnisation en estimant que la somme forfaitaire réclamée par la victime ne justifiait ni l'étendue ni la réalité des frais exposés. La Cour a donc, de manière implicite mais certaine, posé des conditions similaires à celles posées aujourd'hui par la loi du 2 août 2002: preuve de la réalité et du caractère justifié des honoraires réclamés.

La présente loi, qui touche au contraire aux relations contractuelles, va incontestablement dans le même sens que cet arrêt de la Cour d'appel en permettant *dans le cadre de son champ d'application* et aux conditions posées, le recouvrement des frais d'avocat, sans qu'il y ait par ailleurs une obligation pour les parties, si elles désirent obtenir un tel recouvrement, de le prévoir contractuellement.

Ce constat en appelle un autre: la loi a un champ d'application nettement défini et le législateur a clairement exprimé sa volonté de ne pas déroger au droit commun pour tous les aspects non visés par la loi.

Dès lors l'auteur d'un fait engageant sa responsabilité extra-contractuelle pourrait échapper au remboursement des frais d'avocats exposés par la victime (sauf à adopter le point de vue de la Cour d'appel de Bruxelles), alors que le cocontractant qui reste en défaut de payer ses dettes se verra réclamer pareils frais? Sans doute pourrait-on objecter que les matières contractuelles et extra-contractuelles sont des matières distinctes qui sont régies par leurs règles propres.

Mais la discrimination devient particulièrement évidente si on compare la situation d'un commerçant qui agit en recouvrement d'une créance contre une autre «entreprise» (les honoraires d'avocats sont récupérables) à celle du même commerçant qui agit contre un consommateur (exclus du champ d'application de la loi du 2 août 2002), ou encore si on compare la situation d'une personne agissant à titre privé en recouvrement d'une créance (aucun recouvrement des frais d'avocats n'est possible) avec la situation de la même personne agissant dans le cadre de son activité professionnelle (ce recouvrement est autorisé par la nouvelle loi). Ces discriminations pourraient elles être attaquées devant la Cour d'Arbitrage? La question reste posée.

### 2.2.3. L'INDEMNITÉ DE PROCÉDURE ET LE PLAFOND D'INDEMNISATION

* «*Afin d'éviter une double indemnisation*»[24], la loi prévoit cependant que l'application de l'article 6 exclut l'attribution au créancier des indemnités de procédure et de débours prévues aux articles 1018, alinéa 1er-6°, et 1022 du Code judiciaire.

Le créancier devra donc choisir: soit, il apporte des éléments probants pour justifier la réalité et le caractère raisonnable des frais exposés, soit, il demande simplement la condamnation du débiteur défaillant aux indemnités prévues par le Code judiciaire.

Le régime introduit par la loi est donc, d'un certain point de vue, moins favorable que le régime des clauses pénales conventionnelles, étant donné que la condamnation à une clause pénale conventionnelle n'empêche nullement la condamnation à l'indemnité de procédure.

* Même si la loi précise que c'est en principe au juge qu'il appartient de statuer sur le caractère raisonnable des frais réels dont le remboursement est réclamé, l'article 6 alinéa 3 prévoit que le Roi va fixer des maxima pour différents niveaux de dettes.

On attend avec impatience cet arrêté royal afin de pouvoir apprécier si la nouvelle loi donnera réellement la possibilité de recouvrer tous les frais engendrés par les «mauvais payeurs» ou si, en définitive, cet arrêté va rapprocher cette indemnisation des indemnités de procédure déjà en vigueur actuellement.

---

[21] Exposé des motifs, Ch., *Doc.parl.*, session 2001-2002, n° 1827/001, p.11.

[22] S. VELU, La non-répétibilité des frais et honoraires de conseils est-elle compatible avec les exigences du droit d'accès à un tribunal, Liber Amicorum Lucien Simon, 2002, p.221 et références citées.

[23] Appel Bruxelles, 2 juin 1999, RGAR, 2002, 13497

[24] Exposé des motifs, Ch., *Doc.parl.*, session 2001-2002, n° 1827/001, p.11.

On peut se poser la question de savoir si en l'absence de cet arrêté royal, les tribunaux sont libres de fixer le montant de l'indemnité, ou si au contraire, cette absence empêchera carrément la mise en œuvre de la nouvelle disposition légale.

## Chapitre IV. La liberté contractuelle et ses limites

Nous l'avons souligné ci-dessus, les dispositions de la loi du 8 août 2002 sont supplétives, c'est-à-dire les parties restent libres de déroger conventionnellement aux règles ainsi établies.

Cette liberté contractuelle est cependant limitée par l'article 7 de la loi qui accorde un pouvoir d'appréciation au juge. A cet égard il n'est pas inutile aussi d'analyser le lien de cette nouvelle disposition avec le pouvoir d'appréciation récemment reconnu au juge par la loi du 23 novembre 1998 en matière de révision du taux d'intérêt et des clauses pénales.

### Section 1. Le pouvoir d'appréciation du juge face aux dispositions contractuelles dérogeant aux principes de la loi (article 7)

* L'article 7 de la loi précise que toute convention contraire aux dispositions des articles 4 à 6 peut être révisée par le juge, **à la demande *du créancier*, en cas d'abus manifeste *à l'égard du créancier***[25]. Cette disposition est évidemment impérative.

Le juge doit, dans ce cas, déterminer les conditions «*équitables*» qui doivent régir la relation contractuelle en tenant compte de tous les éléments du cas d'espèce, y compris les bonnes pratiques et usages commerciaux et la nature des produits ou des services. Ainsi par exemple le caractère continu des relations commerciales entre parties, ou encore des garanties particulières offertes par le débiteur, seront sans doute des éléments qui seront pris en compte par le juge.

L'exposé de motifs précise que le juge devra notamment vérifier si le débiteur avait des «*raisons objectives pour déroger*» aux dispositions de la loi[26]. Le Gouvernement part donc de l'hypothèse qui était à la base du raisonnement de la Commission européenne, à savoir le fait que certains débiteurs (p. ex. de grandes entreprises, des centrales d'achats, ...) sont en position de force pour imposer des réductions au créancier. En pratique, dans la plupart des cas, ce sont cependant les conditions générales de vente du créancier qui régissent la relation contractuelle.

La loi du 2 août 2002, contrairement à d'autres qui prévoient également un pouvoir d'ingérence du juge dans les relations contractuelles, proclame donc clairement que le juge va statuer *en équité*, lorsqu'il se trouve confronté à des clauses contractuelles dérogeant à la loi.

La loi prévoit cependant une limite à ce pouvoir: les conditions équitables déterminées par le juge ne peuvent pas accorder au créancier plus de droits que ceux dont il disposerait en vertu des articles 4, 5 et 6.

* Il est intéressant de noter que la demande de révision n'appartient qu'au créancier en cas d'abus à l'égard du créancier et non au débiteur en cas d'abus à son égard.

Force est donc de constater que le débiteur ne pourra jamais invoquer la loi du 2 août 2002 s'il estime que les intérêts de retard ou la clause pénale dérogeant aux articles 4 à 6 de la loi seraient exagérés. C'est ici que la relation entre cette nouvelle loi et les articles 1153 et 1226 s. du Code civil (modifiés par la loi du 23 novembre 1998) prend toute son importance.

### Section 2. La relation entre l'article 7 et les récentes modifications du Code civil

*2.1. Les champs d'application respectifs*

La loi du 23 novembre 1998 a introduit un alinéa 5 dans l'article 1153 du Code civil, et a modifié les articles 1226 et suivants du Code civil en vue de permettre au juge de réduire un taux d'intérêt ou une clause pénale manifestement exagérés.

Ces dispositions du Code civil s'appliquent donc:
- aux mêmes clauses que celles prévues par la nouvelle loi: elles concernent les intérêts de retard et les clauses pénales;
- mais elles ont un champ d'application plus large: elle ne visent pas uniquement les obligations de paiement d'une somme d'argent, mais plus généralement toute inexécution d'une obligation;
- contrairement à l'article 7 de la loi du 2 août 2002, leur mise en œuvre est réservée uniquement au débiteur;
- et dans les deux cas, ces dispositions ne dérogent pas aux règles particulières qui régissent les relations entre professionnels et consommateurs (voy. notamment les articles 31 et suivants de la loi du 14 juillet 1991) ou entre consommateurs[27].

Schématiquement on peut donc poser comme principe que:
- si le créancier s'estime lésé par des clauses contractuel-

---

[25] Ce pouvoir d'adaptation dont dispose le juge n'existait pas dans l'avant-projet de loi qui avait été soumis à la section de législation du Conseil d'Etat, lequel prévoyait que la clause manifestement abusive était nulle. Cette disposition a été amendée pour se conformer à l'article 3, §3, de la directive.

[26] Exposé des motifs, Ch., *Doc.parl.*, session 2001-2002, n° 1827/001, p.12.

[27] C. BIQUET-MATHIEU, La loi du 23 novembre 1998 et le nouveau régime des clause pénales, J.T., 1999, 714.

les dérogeant aux règles prévues par la loi 2 août 2002, il peut demander la révision de ces clauses conformément aux principes énoncés ci-dessus;
- si le débiteur s'estime lésé par des clauses contractuelles, il pourra demander leur révision sur la base des articles 1153 et 1226 s. du Code civil.

*2.2. Comparaison des deux régimes*

Sans entrer dans les détails du régime instauré par les nouveaux articles 1153 et 1226 s. du Code civil, il nous semble important de souligner les principales divergences avec le régime de la loi du 2 août 2002.

* Nous avons déjà énoncé ci-dessus que l'article 7 de la loi du 2 août 2002 est édicté en faveur du *créancier* uniquement, alors que les dispositions du Code civil protègent exclusivement le *débiteur*. En droit français par contre, les dispositions du Code civil permettent également au créancier de demander une augmentation de la clause pénale.

* La révision des clauses contractuelles défavorables au créancier ne peut intervenir qu'*à la demande du créancier* (article 7 de la loi), alors que la réduction, en faveur du débiteur, des intérêts ou des clauses pénales exagérées peut même être décidée *d'office* par le juge.

* Une demande de révision sur la base de l'article 7 de la loi du 2 août 2002 pourra être formulée *chaque fois que les clauses contractuelles dérogent* (en défaveur du créancier) aux principes édictés par les articles 4 à 6 de la loi. La réduction des intérêts et de la clause pénale, sur la base du Code civil, ne pourra cependant intervenir que si ces clauses sont *manifestement exagérées* soit par rapport au dommage effectivement *subi* à la suite du retard (intérêts), soit par rapport au dommage qui était *prévisible* par les parties au moment de la conclusion du contrat en raison d'une exécution tardive (clause pénale)[28].

En conclusion, le *débiteur* devra donc apporter la preuve du caractère exagéré des sanctions, alors que le *créancier* pourra se contenter de montrer que les clauses dérogent à la loi du 2 août 2002, à charge pour le débiteur de démontrer que la dérogation était justifiée.

Dans les deux cas la charge de la preuve (du caractère exagéré ou alors du caractère justifié de la dérogation) incombe donc au débiteur.

* Le juge qui sera saisi d'une demande de révision sur la base de l'article 7 de la loi du 2 août 2002 devra se laisser guider par les circonstances de l'espèce et par les usages. Etant donné que le juge ne peut accorder plus de droits que les indemnités et intérêts prévus par la loi, il est fort à parier que les tribunaux vont, sauf circonstances particulières démontrées par le débiteur, se rapprocher des règles prévues par les articles 4 à 6 de la loi, ce qui implique que le juge tiendra compte, pour fixer l'indemnité, du dommage *effectivement subi* par le créancier en raison du retard.

Le juge saisi de pareille demande par le débiteur sur la base du Code civil, devra se laisser guider exclusivement par le caractère indemnitaire des clauses et donc avoir égard également au préjudice *effectivement subi* en raison du retard pour fixer le taux d'intérêt (avec le taux légal comme limite minimale), mais au préjudice *prévisible* (au moment de la conclusion du contrat) pour fixer le montant de la clause pénale[29].

Dans un cas le juge devra donc se placer a posteriori, alors que dans l'autre il devra se placer au moment de la conclusion du contrat.

*2.3. La primauté de la loi du 2 août 2002 sur le Code civil?*

On le constate, ces dispositions nécessiteront un véritable numéro d'équilibriste de la part du juge pour appliquer correctement tous ces principes, essentiellement en ce qui concerne l'ampleur de la réduction ou de la majoration.

Les limites au pouvoir de révision du juge ne sont en effet pas identiques dans les deux régimes.

A cet égard, il est intéressant de noter que le Gouvernement estime que faisant partie d'une loi spéciale, l'article 7 prévaut par rapport à l'article 1153, al.5, ainsi que par rapport aux articles 1226 et suivants du Code civil dans le cas où les dispositions de ces derniers articles ne seraient pas compatibles avec celles de l'article 7[30].

Le Gouvernement en tire les conclusions suivantes:
- Si l'intérêt moratoire ou la clause pénale stipulés sont inférieurs au taux où à la limite fixée par les articles 5 et 6 de la loi, leur sort devra être apprécié uniquement par rapport à l'article 7 de la loi.
  Cette conclusion nous paraît critiquable étant donné que la loi du 2 août 2002 ne précise nullement qu'elle déroge au droit commun, tout au contraire (voyez supra II,2).
  Dès lors, le débiteur qui se verra confronté à une clause conforme aux dispositions des articles 5 et 6 de la loi, sera, selon nous, toujours autorisé à demander l'application des articles 1153 et 1226 s. du Code civil, s'il estime, au regard des circonstances de l'espèce, que les taux et indemnités fixées sont exagérés par rapport aux critères propres de ces articles.
- Si l'intérêt moratoire stipulé est supérieur à l'intérêt prévu par l'article 5, l'article 1153, alinéa 5, du Code civil pourra être appliqué, mais le juge ne pourra pas réduire l'intérêt à un taux inférieur à celui prévu par l'article 5.

---

[28] C. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, 710.

[29] C. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, 713.

[30] Exposé des motifs, Ch., *Doc.parl.*, session 2001-2002, n° 1827/001, p.13.

Le Gouvernement paraît donc soutenir que le taux d'intérêt fixé par l'article 5 serait un taux minimal en-dessous duquel le juge ne pourrait pas réduire les obligations du débiteur.
Ce raisonnement nous paraît doublement incorrect.
Si on se limite à la loi du 2 août 2002, on constate que celle-ci ne précise nullement que le taux prévu à l'article 5 serait un taux minimal. Au contraire elle précise que des réductions de ce taux sont valables, mais que le juge peut, dans le cadre de son pouvoir de révision, majorer le taux convenu avec au *maximum* ce qui est prévu par l'article 5. Dans l'esprit de la loi, le taux de l'article 5 est donc la limite supérieure au pouvoir de révision du juge dans le cadre de l'article 7, mais nullement un minimum absolu.
Si on considère les dispositions de l'article 1153 du Code civil, on constate que cet article fixe quant à lui une limite minimale, à savoir le taux légal.
Par conséquent, même si la transaction est régie par la loi du 2 août 2002, le juge qui statue sur une demande de révision du débiteur sur base de l'article 1153 du Code civil sera, selon nous, libre de fixer le taux d'intérêt à un niveau inférieur à celui de l'article 5, à condition de ne pas aller en-dessous du taux légal.
- Le Gouvernement semble appliquer, même si l'Exposé de motifs n'est pas clair à ce sujet, le même raisonnement à la clause qui dérogerait à l'article 6 et pour laquelle le juge, statuant en application de l'article 1231 du Code civil, serait limité par la limite inférieure fixée par cet article 6.
Nos remarques énoncées ci-dessus en matière d'intérêts valent *mutatis mutandis* pour les clauses pénales, sauf que les articles 1226 et suivants du Code civil ne fixent pas de limite inférieure précise.

Nous sommes donc d'avis que dans les cas où les deux dispositions sont susceptibles de s'appliquer simultanément (c'est-à-dire les relations contractuelles tombant dans le champ d'application à la fois de la loi du 2 août 2002 et des dispositions du Code civil), elles doivent s'appliquer conjointement, c'est à dire le créancier peut invoquer l'article 7 de la loi du 2 août 2002 avec les limites qui lui sont propres et le débiteur peut invoquer les articles 1153 et 1226 s. du Code civil avec les limites qui leur sont propres.

*2.4. Vers une réconciliation des deux régimes*

Les Tribunaux vont sans doute progressivement essayer de rapprocher ces deux régimes juridiques en vue de fixer de manière uniforme un taux d'intérêt et un montant des clauses pénales qui sont à considérer comme équilibrés pour les deux parties.

En ce qui concerne le taux d'intérêt, ce sera presque nécessairement le taux prévu par la loi du 2 août 2002 qui sera considéré comme seuil *raisonnable*, sans préjudice cependant de situations particulières justifiant un taux inférieur.

En matière d'indemnisation du dommage subi, il n'est pas à exclure que les Tribunaux vont fixer la limite du raisonnable dans les deux cas, au pourcentage déjà actuellement retenu dans le cadre des articles 1226 s. du Code civil[31].

On attendra cependant la publication de l'arrêté royal fixant les montants minima en exécution de l'article 6 de la loi qui deviendront peut être le nouveau seuil acceptable.

## Chapitre V. L'action en cessation

### Section 1. Le principe et les situations visées

Les articles 8 à 11 de la loi prévoient la possibilité d'introduire une *action en cessation en cas d'utilisation de clauses contractuelles qui constituent un abus manifeste au sens de l'article 7.*

L'action en cessation n'est donc possible qu'en cas d'*utilisation* de pareilles clauses, ce qui nous semble présupposer qu'une entreprise utilise des dispositions standardisées auxquelles elle entend soumettre toutes ses relations contractuelles.

On pense ici évidemment aux conditions générales de *vente*. Mais est-il imaginable qu'un vendeur stipule des conditions générales de vente qui seraient de nature à réduire ses droits en-dessous des principes énoncés par la loi?

La loi vise donc sans doute plutôt les conditions générales d'*achat* qui sont élaborées par certaines grandes entreprises.

Mais même dans ce cas, la disposition légale nous laisse perplexe.

En effet, l'abus manifeste visé par l'article 7 et auquel il est fait référence pour l'action en cessation, est un abus à l'égard *du* créancier, c'est-à-dire un créancier particulier dans le cadre d'une relation contractuelle déterminée.

L'article 7 ne vise en effet nullement l'*ensemble* des créanciers que compte le pays, mais permet au juge de procéder à la révision de certaines clauses sur la base de circonstances tout à fait concrètes.

Comment sera-t-il dès lors possible de juger *in abstracto*, sur la base de ce critère, si une clause contenue dans les conditions générales d'achat d'une entreprise constitue un abus manifeste, étant donné qu'il n'existe aucune relation

[31] Le Tribunal de commerce de Bruxelles fixe, en règle générale et sauf circonstances particulières au cas d'espèce, le taux limite de la clause pénale à 15%.

contractuelle à la lumière de laquelle on pourrait apprécier le caractère abusif?

### Section 2. Les titulaires de l'action

En vertu de l'article 9, l'action en cessation peut être introduite par:
1° tout intéressé;
2° le ministre compétent pour la matière concernée;
3° une autorité professionnelle ou un groupement professionnel ou interprofessionnel qui dispose de la personnalité juridique.

Les autorités professionnelles sont définies par l'article 2-5° comme tout ordre professionnel ou institut professionnel qui, en vertu de la loi, est compétent pour réglementer l'activité professionnelle d'une profession libérale déterminée. Sont donc clairement visés les Ordres des avocats, l'Institut des Experts Comptables, l'Institut des Réviseurs d'entreprise, ...

La loi prévoit expressément que pour les personnes visées au point 3° qu'il est dérogé aux articles 17 et 18 du Code judiciaire de sorte à autoriser une action pour la défense d'intérêts collectifs.

### Section 3. Le tribunal compétent et la procédure

Comme dans le cadre des actions en cessation déjà existantes dans notre législation, c'est le Président du tribunal qui sera saisi de l'action prévue par l'article 8 de la loi.

La loi ne déroge cependant pas à la compétence «naturelle» des tribunaux. Ainsi si une action en cessation est introduite contre un commerçant ou contre un groupement professionnel ou interprofessionnel, elle est portée devant le Président du Tribunal de commerce. Si elle est par contre intentée contre toute autre personne, elle relève de la compétence du Président du Tribunal de Première Instance.

L'article 10 de la loi précise que l'action est formée et instruite selon les formes du référé et qu'elle peut être introduite par requête contradictoire.

Dans la mesure où le Président va prendre une décision au fond, il va statuer *comme en référé*.

Le juge peut décider que le jugement sera affiché ou publié par voie de journaux.

On constate donc une grande similitude avec l'action en cessation prévue par les articles 95 et suivants de la loi du 14 juillet 1991.

## Chapitre VI. L'application de la loi dans le temps

L'article 15 dispose que *l'entrée en vigueur* de la loi est fixée au jour de sa publication au moniteur, à savoir le 7 août 2002.

L'article 14 prévoit cependant que la loi s'appliquera qu'*«aux paiements effectués en exécution de contrats conclus, renouvelés ou prorogés après le 7 août 2002»*.

Afin d'éviter que les contrats en cours, conclus pour une durée indéterminée ou pour une très longue durée, continuent à échapper à l'application de la loi, il est précisé que cette dernière s'applique en tout cas aux paiements effectués en exécution de contrats en cours, deux ans après le 7 août 2002.

## Chapitre VII. Observations finales

La loi du 2 août 2002 est originale dans la mesure où elle a pour objet la protection du créancier et non du débiteur. Le lecteur se sera rendu compte que cette loi introduit des règles qui, à de nombreux égards dérogent, pour les transactions visées, aux règles du Code civil. Trois dérogations majeures doivent être soulignées:
- les intérêts sont dus de plein droit sans mise en demeure préalable
- le taux d'intérêt accordé est plus élevé que le taux légal
- le créancier a droit, outre les intérêts, à une indemnisation du préjudice qui résulte du retard de paiement

Les différences parfois subtiles entre les régimes, leurs champs d'application distincts et leur insertion dans des ensembles différents (Code civil, lois particulières, ...), multiplieront cependant sans doute les problèmes en cas d'applications conjointes de différents règles.

L'adoption de la loi du 2 août 2002 rend donc (encore une fois) la législation plus complexe, ce qui augmente nécessairement l'insécurité juridique, alors que l'objectif de la loi et de la directive était précisément de faciliter et d'uniformiser les transactions commerciales.

A notre avis rien ne s'opposait à une refonte des principes contenus dans le Code civil (à l'image de l'option prise par le législateur allemand) de manière à les faire correspondre aux principes dégagés par la directive et ce indifféremment pour les relations entre entreprises ou entre personnes agissant à titre privé.

# DE INTEGRATIE VAN DE TIJDELIJKE HANDELSVENNOOTSCHAP IN DE JAARREKENING

Bart De Moor
*Advocaat te Brussel, Docent aan de Hogeschool voor Wetenschap en Kunst en Praktijkassistent aan de Universiteit van Gent.*

Dirk Smets
*Bedrijfsrevisor, Lid van de Raad van het Instituut der Bedrijfsrevisoren en Docent aan de Hogeschool voor Wetenschap en Kunst*

Harry Vanmeerbeek[1]
*Accountant, Directeur van het economisch departement van de Confederatie Bouw en Lid van de Commissie voor boekhoudkundige normen*

## 1. Inleiding

Tot op heden bestaan in de Belgische boekhoudpraktijk geen algemeen aanvaarde werkwijzen om de gegevens uit tijdelijke handelsvennootschappen in de individuele jaarrekeningen van de deelnemende partijen te integreren. Dezelfde vaststelling geldt voor de informatie die in de toelichting moet opgenomen worden.

Deze nota doet in dit verband een aantal vaststellingen en voorstellen. Daartoe onderzoeken we eerst een aantal elementen uit de Belgische juridische context. Het betreft de kenmerken van de tijdelijke handelsvennootschap in het wetboek van vennootschappen en de bepalingen in de Belgische boekhoudwetgeving.

De materie wordt tevens in een Europese context onderzocht. De Europese Unie heeft een juridisch kader uitgewerkt om efficiënte en transparante financiële markten te bevorderen en aldus de groei en de werkgelegenheid te stimuleren[2]. Daartoe moet de vergelijkbaarheid van de jaarrekeningen verbeteren. In een eerste fase wordt daarom[3], op het niveau van de geconsolideerde jaarrekeningen van beursgenoteerde ondernemingen, de naleving van de International Accounting Standards (IAS)[4]-normen vanaf 2005 verplicht. Deze tijdsbepaling houdt in dat de betrokken vennootschappen reeds in 2003 de nieuwe normen zullen moeten hanteren.

De Europese bepalingen bieden de lidstaten de mogelijkheid om hun ondernemingen te verplichten of toe te laten deze internationale normen ook toe te passen op de geconsolideerde jaarrekening van de niet beursgenoteerde en de enkelvoudige jaarrekening van de al dan niet beursgenoteerde ondernemingen.

Er moet dus nog afgewacht worden of en in welke mate en voor welke jaarrekeningen de Belgische overheid de IAS-normen zal opleggen of toelaten. Dit belet niet dat nu al onderzocht wordt welke IAS-norm moet nageleefd worden om de gegevens van tijdelijke handelsvennootschappen, die geen rechtspersoonlijkheid hebben, te integreren in de jaarrekening van de deelnemers en in welke mate hij desgevallend concrete antwoorden biedt.

We passen tenslotte onze bevindingen toe op enkele vormen van de tijdelijke handelsvennootschap, namelijk de niet geïntegreerde en de in verschillende mate geïntegreerde.

## 2. De belgische juridische context

### *2.1. De tijdelijke vennootschap in het wetboek van vennootschappen*

#### 2.1.1. Geen rechtspersoonlijkheid

Het wetboek van vennootschappen definieert de tijdelijke handelsvennootschap als een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, die, zonder een gemeenschappelijke naam te voeren, één of meer bepaalde handelsverrichtingen tot doel heeft (art. 47 W.Venn.).

Eén van de belangrijkste kenmerken is dat de tijdelijke handelsvennootschap geen rechtspersoonlijkheid bezit (art.

---

[1] De auteurs zijn vermeld in alfabetische volgorde en geven hun persoonlijke opinie weer die niet bindend is voor de beroepsorganisaties waartoe zij behoren.

[2] Mededeling van de Europese Commissie aan de Europese Raad en het Europees Parlement op 13 juni 2000.

[3] Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen, Publicatieblad van de Europese gemeenschappen van 11 september 2002.

[4] Het International Accounting Standards Committee (IASC, sinds 1 april 2001 IASB, International Accounting Standards Board) werd in 1973 opgericht en heeft tot doel eenvormige boekhoudkundige normen (IAS-normen, de toekomstige normen zullen International Financial Reporting Standards, IFRS, genoemd worden) uit te vaardigen om tot uniformiteit te komen op wereldvlak. Het streeft ernaar een aantal normen van hoog niveau te ontwikkelen, die voor transparante en vergelijkbare financiële informatie zorgen en dit op globaal vlak voor alle deelnemers aan de kapitaalmarkten en voor hen die economische beslissingen moeten nemen.

2 § 1 W. Venn.). De partijen die een tijdelijke handelsvennootschap vormen, zijn daardoor persoonlijk onbeperkt en hoofdelijk aanspreekbaar voor eventuele schade of het niet nakomen van verbintenissen met derden. De vennoten kunnen dus rechtstreeks en persoonlijk gedagvaard worden (art. 53 W. Venn.). Indien een verbintenis wordt aangegaan voor rekening van de vennootschap, is slechts de contracterende vennoot verbonden, en niet de overige vennoten, tenzij dezen hem een volmacht gegeven hebben, of de zaak tot voordeel van de vennootschap heeft gestrekt (art. 50 W. Venn.). Het gebrek aan duurzaam karakter verantwoordt de afwezigheid van rechtspersoonlijkheid.

### 2.1.2. Bewijs

Het bestaan van de tijdelijke handelsvennootschap kan, al naargelang het doel, bewezen worden overeenkomstig de regels van het burgerlijk of handelsrecht (art. 49 W. Venn.).

Men hoeft niet aan specifieke formaliteiten te voldoen, die aan andere vennootschappen zijn voorgeschreven: zo wordt er geen geschrift geëist, wat van de tijdelijke handelsvennootschap een consensuele overeenkomst maakt. Dit betekent dat zij in de praktijk door de loutere wilsovereenstemming van de partijen tot stand kan komen. Evenmin moet worden voldaan aan neerleggings- en publicatieformaliteiten of een inschrijving in het handelsregister. De oprichting gebeurt volledig vormvrij.

### 2.1.3. Firmanaam, maatschappelijke zetel en vermogen

De tijdelijke handelsvennootschap voert geen firmanaam -op straf van herkwalificatie in een commerciële maatschappen heeft het stellen van één of meer bepaalde handelsverrichtingen tot doel (art. 47 W. Venn.).

Bij gebrek aan enige rechtspersoonlijkheid is het onmogelijk haar een maatschappelijke zetel toe te kennen, maar de vennootschap mag wel een gekozen woonplaats gebruiken, die weliswaar niet tegenstelbaar is aan derden.

Om dezelfde reden heeft de tijdelijke handelsvennootschap ook geen afgescheiden vermogen, wat betekent dat er ook geen sprake kan zijn van enig maatschappelijk kapitaal.

De tijdelijke handelsvennootschap kan niet failliet verklaard worden of aan een gerechtelijk akkoord worden onderworpen. De vennoten zelf kunnen failliet verklaard worden, voor zover ze handelaar zijn. In alle gevallen waarbij de overeenkomst wordt beëindigd wordt er een afrekening gemaakt van de schulden en schuldvorderingen van de vennoten. Dit gebeurt volgens hun contractuele regeling, zoniet volgens het gemeen recht. De regels betreffende de verdeling van de nalatenschappen, de vorm van die verdeling en de verplichtingen die daaruit tussen de mede erfgenamen ontstaan, zijn toepasselijk op de vereffening tussen de vennoten (art. 55 W. Venn.).

### 2.1.4. Niet duurzaam karakter

De samenwerking tussen de vennoten is tijdelijk en heeft een aflopend karakter. Ze gaat van rechtswege teniet bij de voltooiing van de onderneming waarvoor ze werd opgericht of bij voltrekking van de handeling (art. 1865, 2° BW).

## *2.2. De Belgische boekhoudwetgeving*

Hoewel de voorschriften uit de Belgische boekhoudwetgeving beperkt zijn, geven zij duidelijk aan wat het uiteindelijk te verwezenlijken doel moet zijn, zonder evenwel de te gebruiken techniek op te geven:

### 2.2.1. Art. 3, lid 3 van de wet van 17 juli 1975

Het derde lid van art. 3 van de wet van 17 juli 1975 met betrekking tot de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen, bepaalt:

*"Wanneer het bedrijf van een onderneming ook werkzaamheden omvat die zij als zaakvoerder of vennoot in een tijdelijke handelsvereniging of in een handelsvereniging bij wijze van deelneming verricht, wordt haar boekhouding derwijze aangepast dat ze naar het voorschrift van het eerste lid volledig is, zowel wat betreft de betrekkingen met derden als wat betreft de rekening en verantwoording die door de vennoten onderling of door de zaakvoerder en vennoten aan elkaar moet worden gedaan".*

Het uittreksel uit de memorie van toelichting bij de eerste versie van de wet van 17 juli 1975 vermeldt:

*"De in tijdelijke verenigingen of in deelnemingsvereniging gevoerde activiteiten zullen naar luid van het derde lid van artikel 3 geboekt moeten worden in afzonderlijke rekeningen, gehouden door de gerant(en) van de vereniging. Daaruit volgt dat deze verrichtingen, hoewel voor gemeenschappelijke rekening uitgevoerd, niet door de andere vennoten oorspronkelijk in hun boekhouding dienen te worden opgenomen. Deze laatsten zullen de tijdelijke of deelnemingsvereniging in hun boekhouding mogen beschouwen als een afzonderlijke juridische entiteit.*

*In hun inventaris en jaarrekeningen zullen ze echter hun deel moeten vermelden in de bruto-tegoeden en -verbintenissen van de vereniging en in de resultaten daarvan".*

### 2.2.2. Verslag aan de Koning betreffende het KB nr. 22 van 15 december 1978

Om de vereenvoudiging van de administratieve formaliteiten die aan kleine en middelgrote ondernemingen zijn opgelegd te onderzoeken, werd een werkgroep opgericht.

De regering heeft zijn voorstellen overgenomen en wees erop dat de voorgestelde wijzigingen een louter technisch karakter hebben en geen afbreuk doen aan de grondbeginselen waarop de betrokken wetgeving steunt.

Wij halen hier de commentaar in het verslag aan de Koning[5] aan op het artikel van de boekhoudwet, met betrekking tot de tijdelijke handelsvennootschap.

Artikel 2 van het verslag bepaalt het volgende:

*"In de eerste plaats beoogt de wijziging die in het derde lid van artikel 3 van de wet wordt aangebracht een verschil tussen de Franse en de Nederlandse lezing van dit lid weg te werken.*

*Daar meer belang wordt gehecht aan de doelstellingen dan aan de aan te wenden technieken, wil de wet verder niet alleen rekening houden met de verscheidenheid onder de tijdelijke verenigingen en verenigingen bij wijze van deelneming wat hun doel en bedrijvigheid betreft, maar ook met de omstandigheid dat deze verenigingen geen van hun vennoten onderscheiden rechtspersoonlijkheid bezitten.*

*Hoewel deze verenigingen onder bepaalde voorwaarden een afzonderlijke inschrijving bij de RSZ kunnen verkrijgen en door de BTW-administratie als een belastingplichtige kunnen worden beschouwd, heeft het ontbreken van een onderscheiden rechtspersoonlijkheid tot gevolg dat de verrichtingen die in een dergelijk maatschap worden uitgevoerd slechts rechtsgeldig met derden kunnen worden aangegaan door een onderneming met rechtspersoonlijkheid, handelend als zaakvoerder of als vennoot, maar die in elk geval jegens die derden is gebonden. Derhalve wordt voorgeschreven dat de boekingen betreffende die verrichtingen moeten geschieden in de boekhouding van de onderneming, die, als vennoot of als zaakvoerder, voor rekening van de vereniging met derden heeft gehandeld.*

*De tekst wil aldus bereiken dat alle betrekkingen met derden, om het even of het gaat om vorderingen of schulden, verbintenissen of verhaalrechten, opbrengsten of kosten, die verband houden met de in vereniging uitgeoefende bedrijvigheid, naar hun aard onderscheiden en tegen hun brutobedrag tot uiting komen in de boekhouding en bijgevolg in de jaarrekening van één of meer ondernemingen, leden of zaakvoerders van de vereniging.*

*Wat dat betreft dient erop te worden gewezen dat de tekst de mogelijkheid openlaat van een pluraliteit van zaakvoerders, al dan niet vennoten. Bovendien staat niets in de weg dat de vereniging en een vennoot in hun verhouding onder elkaar als derden worden beschouwd.*

*Anderzijds heeft het bestaan van een vereniging zonder onderscheiden rechtspersoonlijkheid, om het even of derden daarvan kennis hebben, tot gevolg dat alle verrichtingen in dat verenigingsverband gevolgen hebben wat betreft de verhouding tussen de vennoten.*

*Vandaar het vereiste dat in de boekhouding betreffende deze verrichtingen de gevolgen ervan in de verhouding tussen vennoten duidelijk tot uiting moeten komen, en dit tegelijk met de boeking van deze verrichtingen vanuit het oogpunt van de verhouding tot derden.*

*Deze boekingen moeten het mogelijk maken op geregelde tijdstippen, omtrent de in maatschap uitgevoerde verrichtingen, de rekeningen van de vereniging op te maken en onder vennoten tot afrekening over te gaan op grond van overeengekomen regelingen. Deze afrekening moet aan elk lid van de vereniging, met het oog op de opstelling van zijn jaarrekening, de mogelijkheid geven zijn aandeel in het vermogen en in de resultaten van de vereniging te kennen. De jaarrekening van de leden van de vereniging zal immers eerst oprecht en volledig zijn, als rekening gehouden wordt met de in vereniging uitgeoefende bedrijvigheid.*

*Na aldus de doelstellingen te hebben omschreven wordt in de voorgestelde wettekst volstaan met het voorschrijven van regels voor een deugdelijke boeking. Deze zal beoordeeld worden onder meer naar het doel en de aard van de uitgeoefende activiteit en naar de wijze waarop de betrekkingen met derden tot stand komen en de verhouding tussen vennoten is geregeld".*

### *2.3. Boekhoudkundige gevolgen van de juridische kenmerken*

Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid is essentieel en zal al de verdere redeneringen beïnvloeden. Het heeft voor gevolg dat de tijdelijke handelsvennootschap tegenover derden niet zelfstandig bestaat. Ze kan alleen rechtsgeldig met derden rechtshandelingen stellen in naam van haar contractpartijen met rechtspersoonlijkheid, die handelen als zaakvoerder of vennoot. Daarom moeten de vennoten-ondernemingen met rechtspersoonlijkheid deze handelingen in hun boekhouding opnemen, rekening houdend met de onderlinge verhoudingen. De tijdelijke handelsvennootschap zelf is transparant en al haar gegevens moeten uiteindelijk terug te vinden zijn in de jaarrekeningen van haar vennoten.

Anderzijds moeten de betrekkingen van de vennoten met de tijdelijke handelsvennootschap weggewerkt worden. Dit betekent dat de boekhouding van de vennoten een beeld moet weergeven alsof zij rechtstreeks met de opdrachtgevers, leveranciers en andere partijen gehandeld hebben. Dit heeft voor gevolg dat de jaarrekeningen van de vennoten hun aandeel in de brutotegoeden, in de verbintenissen en in de resultaten moeten weergeven.

Om dit doel te bereiken, worden de gegevens van de tijdelijke handelsvennootschap in afzonderlijke rekeningen bijgehouden. Deze kunnen zowel in de boekhouding van een vennoot als in een afzonderlijke boekhouding gevoerd worden. Op deze wijze moet het mogelijk zijn op geregelde tijdstippen aan de vennoten te rapporteren.

Er worden in de Belgische wetgeving echter geen technieken aangehaald om de vooropgestelde doelen te bereiken, dit om rekening te houden met de verscheiden vormen van de tijdelijke handelsvennootschap.

Niettegenstaande een tijdelijke handelsvennootschap een aparte boekhouding, een bestuursorgaan, een bankrekening en een BTW-nummer (soms zelfs een RSZ-nummer en een

---

[5] Verslag aan de Koning bij het KB nr. 22 tot wijziging van de wet van 17 juli 1975 met betrekking tot de boekhouding en de jaarrekeningen van de ondernemingen, *BS*, 4 januari 1979, p. 31.

apart adres), kan hebben, kan zij op het niveau van de jaarrekening geen leven leiden dat onafhankelijk is van dat van haar vennoten.

Binnen deze context willen we er ook op wijzen dat, om dezelfde reden, derden in principe niet kunnen factureren aan een tijdelijke handelsvennootschap. Bijgevolg wordt er aan de vennoten gefactureerd. Helaas zorgt de toekenning van een BTW-nummer soms voor het vergeten van dit basisprincipe.

Bovendien factureert de tijdelijke handelsvennootschap niet zelf aan derden, maar doet ze dit in naam van haar vennoten, aangezien ze geen firma voert en geen rechtspersoon is. In dit opzicht worden de aanrekeningen van de vennoten aan de tijdelijke handelsvennootschap pas als een facturatie van de omzet beschouwd, nadat ze doorgerekend werden aan de opdrachtgevers.

Om een zekere consequentie te behouden verkiezen we bijgevolg in deze bijdrage te spreken over *aanrekeningen* in plaats van *facturaties* aan een tijdelijke handelsvennootschap.

## 3. De bepalingen van de International Accounting Standards (IAS)

Hoger stelden we reeds dat we, gezien de beslissingen op Europees vlak, nagaan of en desgevallend welke IAS-norm van toepassing is en in welke mate hij duidelijkheid schept wat betreft de toe te passen boekhoudtechniek.

### *3.1. De IAS-norm 31 is van toepassing*

Het mag geen verwondering baren dat geen enkele IAS-norm specifiek het samenwerken van partijen onder de vorm van een tijdelijke handelsvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid behandelt. Deze normen moeten immers een antwoord bieden dat toepasbaar is op de zeer verscheiden situaties in alle landen en refereren daarom niet naar specifieke nationale samenwerkingsverbanden.

Vermits artikel 1 van de IAS-norm 31 bepaalt dat het joint ventures beoogt, onafgezien van de structuren en de (juridische) vormen die ze aannemen, gaan we er van uit dat het de algemene werkwijzen zijn die in deze norm worden opgegeven, die moeten vertaald worden naar de specifieke situatie van de tijdelijke handelsvennootschappen in België.

We moeten er ons dan ook voor hoeden om vertrekkend van bepalingen die zeer algemeen willen zijn te afgelijnde conclusies te trekken.

Wij geven hierna een synthese van de bepalingen uit de IAS-norm 31 en gaan in het bijzonder na welke bepalingen van belang zijn voor de boekhoudkundige verwerking van de tijdelijke handelsvennootschap.

### *3.2. Definitie van een joint venture*

De IAS-normen definiëren een joint venture als een contractuele afspraak waarbij twee of meer partijen een economische activiteit aangaan waarover zij gezamenlijke zeggenschap hebben (art. 2), wat inhoudt dat geen enkele van de deelnemers in staat is over het samenwerkingsverband eenzijdig zeggenschap uit te oefenen (art. 6).

Het bestaan van een contractuele afspraak met betrekking tot de gezamenlijke zeggenschap onderscheidt dit samenwerkingsverband van de investeringen in geassocieerde deelnemingen. In deze ondernemingen hebben de investeerders een invloed van betekenis, zij vallen onder de bepalingen van de IAS-norm 28 (Accounting for investments in associates) (art. 4 en 8).

### *3.3. Vormen van joint ventures*

Joint ventures komen onder vele verschillende vormen en structuren voor. De IAS-norm 31 onderscheidt drie ruime types van samenwerking (art. 3) met gezamenlijke zeggenschap, ze betreffen:
- *bedrijfsactiviteiten*: jointly controlled operations – activités contrôlées conjointement – bedrijfsactiviteiten waarover gezamenlijk de zeggenschap wordt uitgeoefend;
- *activa*: jointly controlled assets – actifs contrôlés conjointement – activa waarover gezamenlijk de zeggenschap wordt uitgeoefend;
- *entiteiten*: jointly controlled entities – entités contrôlées conjointement – entiteiten waarover gezamenlijk de zeggenschap wordt uitgeoefend.

#### 3.3.1. Bedrijfsactiviteiten waarover gezamenlijk de zeggenschap wordt uitgeoefend

De IAS-norm 31 somt volgende karakteristieken op (art. 8 tot 12):
- de activa en andere middelen van de deelnemers worden gebruikt, eerder dan er een rechtspersoon, partnershap of andere entiteit of financiële structuur opgericht wordt die los staat van de deelnemers aan de joint venture;
- elk lid gebruikt zijn eigen materiële vaste activa en boekt zijn eigen voorraden, draagt zijn eigen lasten en verplichtingen, staat zelf voor zijn financiering in en gebruikt zijn eigen personeel;
- de contractuele afspraak voorziet doorgaans een verdelingswijze van de opbrengsten van de verkoop en en van eventueel gezamenlijk opgelopen onkosten;
- een afzonderlijke jaarrekening is niet vereist, maar een bestuurlijke administratie, met het oog op de beoordeling van de prestaties van de joint venture, kan bijgehouden worden.

Als voorbeeld van een activiteit waarover gezamenlijk de zeggenschap wordt uitgeoefend, wordt in de IAS-norm 31 de bouw en verkoop van een vliegtuig aangehaald.

### 3.3.2. Activa waarover gezamenlijk de zeggenschap wordt uitgeoefend

De IAS-norm 31 somt volgende karakteristieken op (art. 13 tot 18):
- een of meer activa worden aangebracht of verworven voor het doel van de joint venture;
- er bestaat een gezamenlijke zeggenschap over en ze zijn vaak gezamenlijke eigendom;
- elke deelnemer kan een overeengekomen deel van de verwezenlijkte productie ontvangen en draagt een overeengekomen deel van de opgelopen lasten;
- er wordt geen rechtspersoon, partnershap of andere entiteit of financiële structuur opgericht die los staat van de deelnemers aan de joint venture;
- een afzonderlijke jaarrekening is niet vereist, maar een bestuurlijke administratie, met het oog op de beoordeling van de prestaties van de joint venture, kan bijgehouden worden.

Als voorbeeld wordt in de IAS-norm 31 het beheer van een gebouw of de exploitatie van een olie-pijpleiding aangehaald.

### 3.3.3. Entiteiten waarover gezamenlijk de zeggenschap wordt uitgeoefend

De IAS-norm 31 somt de volgende karakteristieken op (art. 19 tot 24):
- een rechtspersoon, partnershap of andere entiteit wordt opgericht waarin elke deelnemer in de joint venture een belang heeft. De entiteit opereert op dezelfde manier als andere ondernemingen; bijkomend bepaalt een contractuele afspraak tussen de leden de gezamenlijke zeggenschap over de economische activiteiten;
- de entiteit heeft zeggenschap over de activa, loopt verplichtingen en lasten op en verdient baten;
- de entiteit onderschrijft contracten in haar eigen naam;
- de entiteit kan in eigen naam financiering verkrijgen;
- de entiteit voert haar eigen administratie, stelt een jaarrekening op en presenteert ze op dezelfde manier als andere ondernemingen;
- de inbreng van geld of andere middelen wordt door de leden opgenomen als een investering in een entiteit waarover gezamenlijke zeggenschap bestaat;
- elke deelnemer heeft recht op een aandeel van de resultaten van de entiteit, ook de verdeling van de verwezenlijkte productie kan voorzien zijn.

Als voorbeelden worden in de IAS-norm 31 aangehaald: de hergroepering van activiteiten door transfert van activa en verplichtingen in een afzonderlijke entiteit, de oprichting van een gemengde publiek-private entiteit.

## *3.4. Boekhoudkundige verwerking binnen joint ventures*

Volgens de IAS-norm 31 verschilt de boekhoudkundige verwerking naargelang de vorm van de joint venture.

### 3.4.1. Bedrijfsactiviteiten waarover gezamenlijk de zeggenschap wordt uitgeoefend

De deelnemer in een joint venture moet in zijn afzonderlijke jaarrekening en dus ook in zijn geconsolideerde jaarrekening de volgende posten opnemen (art. 10 tot 12):
(a) de activa waarover hij zeggenschap heeft en de verplichtingen die hij oploopt; en
(b) de kosten die hij oploopt en zijn aandeel in de baten die hij genereert uit de verkoop van goederen of diensten door de joint venture.

Aangezien de activa, verplichtingen, baten en lasten reeds in de afzonderlijke jaarrekening van de deelnemer in de joint venture zijn opgenomen en dus ook in zijn geconsolideerde jaarrekening, moeten zij niet meer het voorwerp uitmaken van aanpassingen of andere consolidatieprocedures wanneer een deelnemer een geconsolideerde jaarrekening opstelt.

### 3.4.2. Activa waarover gezamenlijk de zeggenschap wordt uitgeoefend

De deelnemer in een joint venture moet in zijn afzonderlijke jaarrekening en dus ook in zijn geconsolideerde jaarrekening de volgende posten opnemen (art. 16 tot 18):
- zijn aandeel in de activa waarover gezamenlijk de zeggenschap wordt uitgeoefend, ingedeeld volgens de aard van de activa en niet zozeer als een investering;
- enige verplichting met betrekking tot de joint venture die hij heeft opgelopen. Bijvoorbeeld een onder eigen naam aangegane lening ter financiering van zijn deel van de verwerving van de activa van de joint venture;
- zijn aandeel in de gezamenlijk aangegane verplichtingen zoals bijvoorbeeld de schulden jegens de leveranciers;
- zijn aandeel in de baten en lasten die door het gemeenschappelijk activum gegenereerd worden;
- elke last in verband met zijn aandeel in de joint venture, bijvoorbeeld de betaalde intresten op de hierboven vermelde schulden.

Aangezien ook hier de activa, verplichtingen, baten en lasten reeds in de afzonderlijke jaarrekening van de deelnemer in de joint venture zijn opgenomen en dus ook in zijn geconsolideerde jaarrekening, moeten zij niet meer het voorwerp uitmaken van aanpassingen of andere consolidatieprocedure wanneer een deelnemer een geconsolideerde jaarrekening opstelt.

### 3.4.3. Entiteiten waarover gezamenlijk de zeggenschap wordt uitgeoefend

Deze entiteiten moeten door de deelnemer in de joint venture in zijn geconsolideerde jaarrekening opgenomen worden als belangen die het voorwerp uitmaken van een consolidatie op het niveau van de geconsolideerde rekeningen (art. 25, 26 en 49).

De IAS-norm 31 geeft als gebruikelijke verwerkingsmethode de *proportionele consolidatie*, volgens twee mogelijke voorstellingswijzen op (activa, verplichtingen, baten en lasten van de entiteit waarover gezamenlijk de zeggenschap wordt uitgeoefend worden post per post samengevoegd met vergelijkbare posten of in afzonderlijke posten opgenomen). Veel van de procedures die geëigend zijn voor de toepassing van proportionele consolidatie zijn vergelijkbaar met de procedures voor de consolidatie van de investeringen in dochterondernemingen (art. 27 en 28).

De IAS-norm 31 staat als alternatief de 'equity'-methode (vermogensmutatiemethode) toe (cfr. de IAS-norm 28), maar raadt deze echter niet aan (art. 32 tot 34).

### *3.5. Tot welke vorm van joint venture behoort de tijdelijke handelsvennootschap?*

Zoals reeds hiervoor vermeld, behandelt de IAS-norm 31 niet specifiek "het gezamenlijk ondernemen" met een verwijzing naar vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid en geeft hij bijgevolg geen pasklare oplossingen. Dit is niet verwonderlijk, aangezien deze vorm van samenwerking te herleiden valt tot het gezamenlijk ondernemen, zonder de tussenschakel van vennootschappen die geen rechtspersoonlijkheid bezitten.

Zoals we hierboven bij de analyse van de Belgische juridische context al vermeldden, heeft het ontbreken van de rechtspersoonlijkheid tot gevolg dat op het gebied van de jaarrekening abstractie moet gemaakt worden van het bestaan van de tijdelijke handelsvennootschap.

De omschrijving die de IAS-norm 31 geeft voor het *onder gezamenlijke zeggenschap uitvoeren van bedrijfsactiviteiten* vertoont sterke gelijkenis met tijdelijke handelsvennootschappen waar, zoals we hierna zullen zien, de partners opeenvolgend of naast elkaar werken, in afzonderlijke domeinen met afzonderlijk personeel en uitrusting, aan een project dat onder gezamenlijke zeggenschap staat.

Het onder *gezamenlijke zeggenschap uitbaten van activa* valt in principe niet onder de activiteiten die gewoonlijk door tijdelijke vennootschappen verricht worden. Toch mag deze activiteit niet uitgesloten worden, daar ze tijdelijk het verlengstuk kan zijn van een gerealiseerd project. Gezien de IAS-norm 31 dezelfde boekhoudkundige procedures voorschrijft als bij activiteiten met gezamenlijke zeggenschap, gaan we er niet verder op in.

De bepalingen voor de *entiteiten waarover gezamenlijk de zeggenschap wordt uitgeoefend* betreffen in eerste instantie de samenwerking via een afzonderlijke juridische entiteit. De bepaling is echter zeer breed en sluit niet uit dat vennootschappen die geen rechtspersoonlijkheid hebben, er onder vallen. Van het in artikel 19 aangehaalde partnershap heeft bijvoorbeeld de vorm naar Engels recht geen rechtspersoonlijkheid. Wij verwijzen hiervoor naar de bijdrage van K. GEENS in de International Encyclopedia of Law: *"...the partnership has no legal personality separate from its members. ... Nevertheless, the Partnership Act 1890, section 4 (1) provides that 'for the purposes of this Act' persons who have entered into partnership with one another are called collectively a 'firm' and the word 'firm' in common parlance almost invariably denotes a partnership. The use of the collective word 'firm' carries no suggestion that the firm is in some way separate from the partners."*.[6]

Voorwaarde om als tijdelijke handelsvennootschap onder deze hoofding te vallen is dan wel dat er in samengewerkt wordt zoals bij een andere onderneming. Tijdelijke handelsvennootschappen waarvan de werking in sterke mate gelijkloopt met deze in afzonderlijke juridische entiteiten worden hieronder beoogd.

## 4. DE BOEKHOUDKUNDIGE VERWERKING VAN HET ONDERNEMEN VIA EEN TIJDELIJKE HANDELSVENNOOTSCHAP

Noch de Belgische boekhoudwet, noch de IAS-norm 31 verstrekken voldoende technische uitleg over de manier waarop het onder gemeenschappelijke zeggenschap uitoefenen van bedrijfsactiviteiten, beheren of uitbaten van activa of entiteiten via de tussenschakel van een tijdelijke handelsvennootschap, moet geboekt worden.

Wanneer gewerkt wordt via de tussenschakel van een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid stelt de Belgische boekhoudwet dat, onafgezien de manier van samenwerken, alle gegevens over brutotegoeden, -verbintenissen en -resultaten in verhouding tot de deelneming in de jaarrekening moeten terug te vinden zijn.

De IAS-norm 31 geeft, uitsluitend in functie van de manier van samenwerken en niet van de juridische vorm, de basisprincipes op van de technieken die moeten toegepast worden als gezamenlijk ondernomen wordt en geeft geen aanwijzingen om in rekening te brengen dat dit via een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid gebeurt. Bij het onder gemeenschappelijke zeggenschap uitvoeren van bedrijfsactiviteiten of uitbaten van activa, zijn alle lasten reeds in de boekhouding van de vennoten opgenomen. Voor entiteiten waarover gezamenlijk de zeggenschap wordt uitgeoefend, met of zonder rechtspersoonlijkheid, wordt de proportionele consolidatie of als alternatief de uitgebreide vermogensmutatie opgegeven.

De combinatie van de voorschriften uit deze twee invalshoeken, laat ons toe concrete voorstellen te formuleren voor verschillende types van tijdelijke handelsvennootschappen, waarvan we hierna de kenmerken onderzoeken.

Ze komen er alle op neer dat het werken via de tussenschakel van de tijdelijke handelsvennootschap uiteindelijk

[6] K. GEENS, International Encyclopedia of Law, Corporations and partnerships, 1995, P art. II, Partnerships, p. 204.

in de jaarrekening van de vennoten moet weggewerkt zijn. De boekhouding moet rekening houden met haar transparantie, die voortvloeit uit het gebrek aan rechtspersoonlijkheid.

We gaan er van uit dat de gegevens die uit de boekhouding van de tijdelijke handelsvennootschap aan de vennoten verstrekt worden neutraal zijn qua waardering, zodat ze hen toelaten hun eigen waarderingsregels toe te passen.

### *4.1. Verschillende vormen van tijdelijke handelsvennootschappen*

De contractuele vrijheid die deze vennootschapsvorm kenmerkt, brengt met zich dat er een onbeperkt gamma van varianten bestaat met als meest gebruikte de geïntegreerde en de niet-geïntegreerde tijdelijke handelsvennootschap. In uitzonderlijke gevallen worden ook economisch zelfstandig werkende tijdelijke handelsvennootschappen gevormd. De verscheidenheid aan samenwerkingsvormen die in de praktijk voorkomt, is een verklarende factor voor het feit dat de Belgische wetgever er zich toe beperkt heeft algemene richtlijnen uit te vaardigen en geen universeel toepasbare integratietechniek heeft voorgesteld.

#### 4.1.1. Niet-geïntegreerde tijdelijke handelsvennootschap

Elke vennoot voert afzonderlijk, met eigen personeel en materieel zijn specifiek deel van de werken uit. De aanrekening aan de tijdelijke handelsvennootschap van de door de vennoot uitgevoerde werken gebeurt aan verkoopprijs. De facturatie in naam van de vennoten door de tijdelijke handelsvennootschap aan de klant, gebeurt aan dezelfde prijs. De tijdelijke handelsvennootschap houdt, weliswaar onder gezamenlijke verantwoordelijkheid en zeggenschap, in hoofdzaak een werkverdeling in en beoogt geen verdergaande samenwerking.

#### 4.1.2. Geïntegreerde tijdelijke handelsvennootschap

De vennoten in de tijdelijke handelsvennootschap brengen de noodzakelijke financiële en materiële middelen en veelal het personeel samen om een bepaalde opdracht uit te voeren, zonder dat er een specifieke werkverdeling gebeurt. De prestaties die zij leveren binnen de tijdelijke handelsvennootschap worden aangerekend tegen overeengekomen transfertprijzen. Anderzijds kan de tijdelijke handelsvennootschap daarbij, via haar gezamenlijk handelende vennoten, zelf grondstoffen en materieel aankopen, contracten afsluiten met onderaannemers, eigen personeel aanwerven, enz.

In verder geëvolueerde vormen van de geïntegreerde tijdelijke handelsvennootschap werken ze, in uitzonderlijke gevallen, zelfs economisch volledig zelfstandig. In dit laatste geval zorgen de vennoten er voor dat de tijdelijke handelsvennootschap over voldoende notoriëteit beschikt of staan ze haar al dan niet rentedragende voorschotten toe, zodat ze volledig zelfstandig over personeel, materialen en materieel kan beschikken. Vermits er dan geen aanrekeningen door de vennoten aan de tijdelijke handelsvennootschap gebeuren, is er ook geen operationele financiële stroom tussen de vennoten en de tijdelijke handelsvennootschap. Beperkte aanrekeningen voor bv. beheers- of technische opdrachten zijn echter niet uitgesloten.

### *4.2. De boekhoudtechnische verwerking van de gegevens uit een tijdelijke handelsvennootschap*

#### 4.2.1. Overzicht van de in de praktijk toegepaste integratiemethoden

Voordat we een aantal boekhoudtechnische oplossingen voor de verschillende vormen van tijdelijke handelsvennootschap toelichten, geven we een overzicht van de methodes die in de praktijk worden toegepast. Zoals we verder zullen zien zijn niet alle methodes conform aan de doelstellingen van het wettelijk voorgeschreven getrouw beeld.

Onderstaande opsomming is gebaseerd op de door het Belgisch Centrum voor Normalisatie van de Accountancy en het Revisoraat (BCNAR) in 1983 gepubliceerde studie[7], die als een algemene basisreferentie geldt.

- De rekening-courant: alle verrichtingen tussen de tijdelijke handelsvennootschap en haar vennoten worden in de boekhouding van deze laatsten verwerkt in rekening-courant, die op de balans ondergebracht wordt bij de vorderingen of schulden op minder dan één jaar.

- De enkelvoudige gelijkschakeling met een derde onderneming (zonder deelnemingsverhouding): de tijdelijke handelsvennootschap wordt beschouwd als een derde waarmee de vennoot geen uitstaans heeft. De vorderingen en schulden worden in afzonderlijke rekeningen van actief en passief geboekt. Indien ingevolge de negatieve resultaten van de tijdelijke handelsvennootschap blijkt dat de gestorte voorschotten niet of slechts gedeeltelijk kunnen teruggevorderd worden, worden waardeverminderingen geboekt.

- De eenvoudige vermogensmutatie (equivalentie): de gelijkschakeling met een onderneming waarmee een deelnemingsverhouding bestaat: deze methode verschilt van de vorige in die zin dat de oorspronkelijke inbreng bij elke boekhoudkundige afsluiting geherwaardeerd wordt, ten einde zo correct mogelijk het aandeel van de vennootschap in de tijdelijke handelsvennootschap weer te geven. In vergelijking met de voorgaande methode gaat het niet om een andere techniek, maar om een ander waarderingsprincipe.

---

[7] C.B.N.C.R., 'Les associations momentanées – aspects comptables, juridiques et fiscaux, édition IRE 1983

- De samenvoeging in onderscheiden rekeningen, vermeld in de toelichting: de gegevens over de tijdelijke handelsvennootschap waarin men deelneemt, worden ontdubbeld en los van de eigen rekeningen in de toelichting opgenomen. Deze gegevens kunnen het geheel van de gegevens over de tijdelijke handelsvennootschap bevatten of enkel het aandeel van een vennoot.

- De uitgebreide vermogensmutatie (equivalentie): eerst worden de gegevens in overeenstemming gebracht met de eigen waarderingsregels en worden de wederzijdse rekeningen geëlimineerd; de vennoot neemt in zijn jaarrekening, in een beperkt aantal aparte rekeningen, zijn aandeel op in de activa en passiva en de kosten en opbrengsten van de tijdelijke handelsvennootschap.

- De proportionele integratie: deze methode sluit aan bij de proportionele consolidatiemethode, zoals deze beschreven wordt in het KB van 6 maart 1990 over de consolidering; zoals bij de uitgebreide vermogensmutatie, worden eerst de gegevens in overeenstemming gebracht met de eigen waarderingsregels en de wederzijdse rekeningen geëlimineerd; aan elke rubriek van zijn jaarrekening wordt door de vennoot zijn proportioneel aandeel in de tijdelijke handelsvennootschap waarin hij deelneemt toegevoegd.

- De globale integratie: deze methode sluit aan bij de integrale consolidatiemethode; in plaats van proportioneel, zoals in de vorige methode, worden de gegevens globaal geïntegreerd.

Daarnaast worden nog varianten op deze methodes toegepast.

### 4.2.2. Voorstellen voor de boekhoudtechnische verwerking van de gegevens uit een tijdelijke handelsvennootschap

De hierna besproken procedures laten toe de hierboven uiteengezette principes uit de Belgische wetgeving en de IAS-norm 31 na te leven, voor het boeken van het onder gezamenlijke zeggenschap uitvoeren van bedrijfsactiviteiten of beheren van activa en entiteiten, via de tussenschakel van een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. Wij behandelen ze in functie van de aard van de tijdelijke handelsvennootschap en betrekken er de economisch zelfstandige geïntegreerde tijdelijke handelsvennootschap bij, om het onderscheid tussen de verschillende vormen beter tot uiting te laten komen.

#### *4.2.2.1. De niet geïntegreerde tijdelijke handelsvennootschap*

De tijdelijke handelsvennootschap krijgt geen andere aanrekeningen dan van haar vennoten. Deze gebeuren aan de verkoopprijs van de tijdelijke handelsvennootschap, zodat ze in principe noch winst, noch verlies behaalt. De prestaties van de vennoten gebeuren opeenvolgend of naast elkaar in verschillende domeinen.

Het integreren van gegevens uit een tijdelijke handelsvennootschap, waarin uitsluitend werk door andere vennoten gepresteerd is, is in tegenstrijd met het basisprincipe dat de boekhouding een beeld moet weergeven alsof rechtstreeks met de opdrachtgever gewerkt is. Daarom mogen geen gegevens geïntegreerd worden en geeft de weergave van de facturatie aan de opdrachtgever, via de tijdelijke handelsvennootschap, in de boekhouding van de vennoten een correct beeld en moet geen andere boeking gebeuren. De bepalingen van artikel 11 van IAS-norm 31 voor activiteiten onder gezamenlijke zeggenschap zijn bijgevolg zonder meer van toepassing.

Bij deze techniek is er dus geen sprake van de proportionele integratie van de gegevens van de tijdelijke handelsvennootschap en de eliminatie van de aanrekeningen.

De winst voor de vennoot wordt verwezenlijkt in zijn vennootschap en niet in de tijdelijke handelsvennootschap. Daar gebeuren de aanrekeningen door de vennoten en de facturatie aan de opdrachtgever aan dezelfde prijs.

#### *4.2.2.2. De geïntegreerde tijdelijke handelsvennootschap*

Bij de het verst naar economische zelfstandigheid geëvolueerde vorm van een geïntegreerde tijdelijke handelsvennootschap, zijn er in principe geen aanrekeningen door de vennoten aan de tijdelijke handelsvennootschap.

In tegenstelling tot de niet geïntegreerde tijdelijke handelsvennootschap, is het hier wel de bedoeling om binnen de tijdelijke handelsvennootschap winst te behalen. Om bij het opstellen van de jaarrekening van de vennoten de transparantie van de gegevens uit de tijdelijke handelsvennootschap te bewerkstelligen, wordt de techniek van de proportionele integratie toegepast. Dit is de werkwijze die in artikel 25 van IAS-norm 31 vooropgesteld voor de consolidatie van gezamenlijk gecontroleerde entiteiten.

Door het aandeel van de vennoten in de brutotegoeden, -verbintenissen en -resultaat weer te geven, kan de transparantie van de tijdelijke handelsvennootschap verkregen worden.

De techniek van de equity-methode (uitgebreide vermogensmutatie) (artikel 32 van IAS-norm 31) kan eveneens tot dit doel leiden.

De geïntegreerde tijdelijke handelsvennootschap is een vorm van een tijdelijke handelsvennootschap die zich tussen de niet geïntegreerde en de economisch zelfstandig werkende tijdelijke handelsvennootschap bevindt, aangezien ze essentiële kenmerken van beide in zich verenigt.

Er zijn aanrekeningen van de vennoten aan de tijdelijke handelsvennootschap voor personeel, materialen en materieel, maar de tijdelijke handelsvennootschap werft ook zelf aan en bestelt ook zelf en laat eventueel een deel van de werken in onderaanneming uitvoeren. De tijdelijke han-

delsvennootschap realiseert een eigen resultaat, dat tussen de vennoten verdeeld wordt. Gewoonlijk zijn er geen aanrekeningen door de vennoten voor volledig uitgevoerde werken.

Bij een normaal verloop van de werkzaamheden binnen de tijdelijke handelsvennootschap presteren de vennoten, in verhouding tot hun contractueel aandeel, nagenoeg gelijktijdig. De gegevens in de boekhouding van de tijdelijke handelsvennootschap, die voortkomen van de vennoten en van derden, worden in dezelfde rekeningen geboekt en vormen per aard een geheel. Deze gegevens moeten proportioneel geïntegreerd worden in de jaarrekening van de vennoten. Gezien er echter voorafgaand aanrekeningen aan de tijdelijke handelsvennootschap door de vennoten gebeurden, bekomt men pas na volledig eliminatie ervan de transparantie van het werken via een tijdelijke handelsvennootschap.

De techniek van de equity-methode (uitgebreide vermogensmutatie) kan eveneens tot dit resultaat leiden.

Als de prestaties van de vennoten aan de tijdelijke handelsvennootschap nagenoeg gelijktijdig plaatsvinden geven deze technieken een getrouw beeld van de uitgevoerde prestaties van ieder van hen. Indien de vennoten niet gelijktijdig hebben samengewerkt, dan zorgt de proportionele integratie van het geheel voor een overwaardering bij wie weinig en een onderwaardering bij wie veel presteerde.

In het geval waarin de asynchrone prestaties van de verschillende vennoten van die omvang zijn dat de proportionele integratie geen getrouw beeld meer geeft, mag deze integratiewijze niet toegepast worden.

*4.2.2.3. Opstarten en beëindigen van een tijdelijke handelsvennootschap*

Bij het toepassen van één van de hierboven beschreven methodes moet altijd in eerste instantie het basisprincipe voor ogen gehouden worden van het weergeven van het getrouw beeld.

Dit sluit uit dat de complexe gegevens over verhoudingsgewijze belangrijke tijdelijke handelsvennootschappen, tegenover dewelke men belangrijke vorderingen en schulden heeft, gecompenseerd weergegeven worden via, bijvoorbeeld, de techniek van één rekening-courant.

Deze laatste methode is daarom niet noodzakelijk altijd te verwerpen. Ze is verdedigbaar gedurende de inloop- en de uitloopfase van een tijdelijke handelsvennootschap. In die fases zijn de bedragen verhoudingsgewijs beperkt (not material). Met het oog op administratieve eenvoud en gezien de beperkte weerslag op het balanstotaal kan dan ook in die situatie, zonder aan het getrouwe beeld te schaden, deze methode gekozen worden.

Binnen dezelfde gedachtegang kan men, in een aantal omstandigheden, ook de methode verdedigen van de gelijkschakeling met een derde onderneming en de eenvoudige equivalentie.

Wanneer voorgaande methodes een vervormd beeld weergeven, is het aangewezen verwerkingsmethodes te gebruiken die een getrouwer beeld geven van de aan de gang zijnde tijdelijke handelsvennootschap.

Hierbij mag echter niet uit het oog verloren worden dat het tot de verantwoordelijkheid van de raad van bestuur van de onderneming behoort te bepalen in welke situatie een bepaalde methode gebruikt wordt. Elementen die hierbij in overweging kunnen genomen worden zijn onder andere het bestaan van voorzieningen, het niveau van de tresorerie en van de openstaande klanten- en leveranciersrekeningen.

## 5. Vermeldingen in de toelichting

Om voor derden een goed begrip van de jaarrekening mogelijk te maken, verplichten een aantal bepalingen uit de Belgische wetgeving inlichtingen te verstrekken over tijdelijke handelsvennootschappen in de vrije bladzijden van de toelichting (thans blz. 27 en volgende voor het volledige schema en blz. 17 en volgende voor het verkort schema). We geven een kort overzicht.

De onderneming duidt aan welke integratiemethode ze voor welk type van tijdelijke handelsvennootschap heeft toegepast.

Wat betreft de toegepaste waarderingscriteria moet er rekening mee gehouden worden dat de vennootschappen elk die criteria toepassen die in hun onderneming gelden, wat in het midden laat welke door de penvoerder van de tijdelijke handelsvennootschap toegepast worden.

Daarbij hebben de ondernemingen de keuze om, ofwel dezelfde waarderingscriteria toe te passen als voor de opdrachten die ze in eigen beheer uitvoeren, ofwel andere, aan de specificiteit van de vennootschappen aangepaste criteria.

In de praktijk wordt er zelden en niet op uniforme wijze vermeld welke de globaal aangegane verbintenissen zijn.

Om de lectuur van deze vermeldingen te vergemakkelijken worden ze bij voorkeur gegroepeerd voorgesteld.

De IAS-norm 31 somt bijkomende verplichtingen op, waarop we hierna verder ingaan.

### *5.1. Voorzienbare risico's*

Artikel 45 van de IAS-norm 31, dat handelt over voorwaardelijke verplichtingen, voorziet dat voor wie gezamenlijk onderneemt, afzonderlijk van de bedragen voor de an-

dere voorwaardelijke verplichtingen, voor het totale bedrag de volgende voorwaardelijke verplichtingen opgegeven moeten worden, tenzij de kans op verlies zeer onwaarschijnlijk is:

- alle voorwaardelijke verplichtingen die opgelopen worden als gevolg van het aandeel in een joint venture en het aandeel bij elk van de gezamenlijk opgelopen voorwaardelijke verplichtingen;
- de voorwaardelijke verplichtingen die voortvloeien uit het feit dat wie samen onderneemt onder de vorm van een joint venture solidair verantwoordelijk is voor de verplichtingen van de andere vennoten in een joint venture.

Artikel 46, dat de kapitaalverbintenissen van de deelnemers in een joint venture betreft, is strictu sensu bedoeld voor vennootschappen met rechtspersoonlijkheid en kan zich bijgevolg niet voordoen bij tijdelijke handelsvennootschappen.

### *5.2. Bijkomende informatie*

Wie samen onderneemt moet, volgens artikel 47 van de IAS-norm 31, ook de opsomming en de beschrijving vermelden van de belangrijke joint venture waarin hij deelneemt. Als ze gelijk te stellen zijn met entiteiten met gezamenlijke zeggenschap, moet ook het aandeel erin opgegeven worden. Gezien deze bepalingen zeer algemeen zijn, wordt hierna een opsomming gegeven van wat redelijkerwijze hieronder kan verstaan worden en blijft dit voor interpretatie vatbaar.

#### 5.2.1. Opsomming van de joint ventures

De opsomming van de op balansdatum niet afgesloten joint ventures, waarvan het aandeel in de activiteit tijdens het boekjaar ten opzichte van de totale activiteit als belangrijk kan beschouwd worden.

#### 5.2.2. Beschrijving van de joint venture

Een beschrijving van de aard (al dan niet geïntegreerd) en het voorwerp van de in de lijst opgenomen samenwerkingsverbanden.

#### 5.2.3. Aandeel in de joint venture

Artikel 47 van de IAS-norm 31 vermeldt deze verplichting enkel wanneer de joint venture als een afzonderlijke eenheid te beschouwen valt. De vraag stelt zich of de geïntegreerde tijdelijke vennootschappen, onder deze noemer moeten geplaatst worden.

## 6. Besluit

De voorschriften uit de Belgische boekhoudwetgeving bepalen dat als samengewerkt wordt via een tijdelijke handelsvennootschap, de boekhouding van de vennoten volledig moet zijn en bijgevolg moet rekening houden met hun aandeel in het vermogen en het resultaat ervan. Uit zorg voor de verscheidenheid aan vormen van samenwerking in tijdelijke handelsvennootschappen, werden echter geen technieken opgegeven om dit doel te bereiken. De boekhoudpractici zijn bijgevolg tot diverse oplossingen gekomen, waarvan sommige voorbijgaan aan een essentieel kenmerk van de tijdelijke handelsvennootschap: haar gebrek aan rechtspersoonlijkheid.

De bepalingen van de IAS-norm 31 "joint ventures", beschrijven de verschillende manieren waarop kan samengewerkt worden onder gezamenlijke zeggenschap, zonder echter specifiek de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid te vermelden. Deze norm geeft wel technieken op die toegepast moeten worden voor de integratie in de jaarrekeningen van de vennoten van de gegevens uit verschillende types van joint venture.

Gezien de sterke mate van overeenstemming van deze samenwerkingsverbanden met de geïntegreerde en niet geïntegreerde tijdelijke handelsvennootschappen, kunnen deze technieken, mits inachtneming van een aantal specifieke aspecten die verbonden zijn aan het ontbreken van rechtspersoonlijkheid, toegepast worden en leiden zij ertoe dat de boekhouding van de vennoten volledig is. Met andere woorden, de doelstelling van de Belgische wetgever kan door een oordeelkundige toepassing van de integratietechnieken van de IAS-norm 31 bereikt worden.

Voor de in de toelichting bij de jaarrekening op te geven informatie over de aard, de omvang en het aandeel in tijdelijke handelsvennootschappen gaat IAS-31 veel verder dan wat de Belgische boekhouding tot op heden oplegt. De gedetailleerde opsomming in de toelichting van deze gegevens is tot op heden geen verplichting, maar een vrije keuze van de onderneming. Bijgevolg stelt zich de vraag of de verplichte openbaarmaking van een aantal aspecten van zijn klantenbestand en van zijn manier om een omzet te verwezenlijken, verenigbaar is met een aantal confidentiële aspecten die hieraan verbonden zijn. Dit onderzoek moet nog gevoerd worden, maar het is nu al duidelijk dat dit aspect een aanleiding tot discussie zal zijn.

Samenvattend kan gesteld worden dat de bepalingen van IAS-norm 31 de harmonisatie van de verwerking van de gegevens uit tijdelijke handelsvennootschappen in de hand kan werken, maar dat de verplichte naleving van alle facetten ervan voor de meeste ondernemingen nog heel wat voorbehoud zal oproepen.

# LE PASSEPORT EUROPÉEN: AMORCE D'UN VÉRITABLE MARCHÉ FINANCIER EUROPÉEN

Par Denis PHILIPPE
*Avocat aux Barreaux de Luxembourg & de Bruxelles*
*Professeur à l'Université de Louvain*
*Chargé de cours à l'Université de Paris Nanterre*

Et par Delphine DEHASSE
*Avocat au Barreau de Bruxelles*

## I. INTRODUCTION

L'Espace Economique Européen (ci-après «EEE») est institué par *l'Accord du 2 mai 1992 portant création de l'Espace économique européen*[1]; ce dernier, entré en vigueur le 1er janvier 1994, modifie profondément les relations entre l'Union Européenne et les pays signataires. Lors de la signature de l'accord, l'Autriche, la Finlande, l'Islande, la Norvège, la Suède, le Liechtenstein et la Suisse étaient concernés. Depuis l'adhésion à l'Union Européenne de la Finlande, la Suède et l'Autriche, le 1er janvier 1995, leur participation à l'EEE n'a bien évidemment plus aucun sens. Si sa viabilité fut à cette époque remise en question, à ce jour l'EEE est toujours en vigueur. A l'heure actuelle, trois pays participent, avec l'Union Européenne, à l'EEE: l'Islande, la Norvège, et le Liechtenstein. La Suisse a quant à elle finalement refusé de ratifier l'accord.

L'objectif de la création de l'EEE était la constitution d'un ensemble intégré, fondé sur des règles communes et des conditions de concurrence égales, doté des moyens, notamment juridictionnels, nécessaires à sa mise en œuvre. Il permet entre autres la libre circulation des biens, des personnes, des services et du capital, telle qu'elle existe au sein de l'Union.

Le cadre institutionnel ainsi créé repose sur le Conseil de l'EEE (membres du Conseil, de la Commission, et d'un membre du gouvernement de chaque état contractant), le Comité Mixte de l'EEE (représentants des parties contractantes), le Comité parlementaire mixte EEE et le Comité consultatif de l'EEE.

La Directive 85/611 avait pour objectif essentiel l'instauration d'un régime d'«agrément unique» relatif aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)[2]. En d'autres termes, une fois l'OPCVM agréé par les autorités de l'Etat membre où il est situé, cet agrément vaut pour tous les états membres de l'EEE. L'OPCVM peut dès lors commercialiser ses parts dans n'importe lequel de ces états membres.

Le champ d'application de la directive se limitait toutefois aux organismes de placement collectif de type ouvert et qui investissaient exclusivement dans des valeurs mobilières (actions cotées ou obligations)[3]. Il était par ailleurs mentionné dans le préambule de cette Directive que les organismes ne tombant pas dans le champ d'application de la Directive feraient l'objet d'une coordination ultérieure.

Les propositions et positions communes du Conseil et du Parlement ont finalement abouti à l'adoption par le Conseil des Ministres des finances de l'Union Européenne de deux Directives[4] relatives aux OPCVM modifiant la Directive 85/611.

Ces deux directives correspondent aux positions communes arrêtées par le Conseil le 5 juin 2001[5], telles qu'amendées par le Parlement. Ces amendements ne portent toutefois pas sur le fond, mais prescrivent notamment la mise en place, dans un délai de trois ans à compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle directive, d'un programme de révision complet et ambitieux afin d'évaluer la situation et d'élaborer les nouvelles mesures à prendre, le cas échéant, dans le domaine de la gestion des organismes de placement collectif.

Dès lors, nous allons dans un premier temps revoir dans les grandes lignes le régime instauré par la Directive 85/611. Nous allons ensuite voir dans quelle mesure les nouvelles directives la corrigent et l'améliorent.

## II. LA DIRECTIVE 85/611/CEE DU 20 DÉCEMBRE 1985

L'objectif du législateur communautaire en 1985 était d'harmoniser les législations européennes en matière d'or-

---

1 *Bulletin* UE 01-1994, n° 1.3.27; *JOCE* n° L 1, 3 janv. 1994

2 Art. 4 de la Directive 85/611/CEE

3 Art. 2 de la Directive 85/611/CEE

4 Directive 2001/107/CE, 21 janvier 2002, *JOCE*, L 041, 20 à 34; Directive 2001/108/CE, 21 janvier 2002, *JOCE*, L 041, 13 février 2002, p 35 à 42

5 Position commune (CE) n°23, *JOCE*, 23 octobre 2001, p 10 à 34; Position commune (CE) n° 24/2001, *JOCE*, 23 octobre 2001, p 35 à 48

ganismes de placement collectif, qui jusqu'à ce jour différaient sensiblement les unes des autres, notamment quant aux obligations et contrôles imposés.

Ces divergences avaient pour effet, d'une part, une atteinte sensible à la liberté de concurrence, et d'autre part, une protection inégale des participants.

La Directive communautaire devait en outre permettre la commercialisation des parts des OPCVM sur le territoire des autres états membres.

La section I de la Directive relative notamment au champ d'application, en fixait les limites: par OPCVM, on entendait «*Les organismes dont l'objet exclusif est le placement collectif en valeurs mobilières* (actions cotées et obligations) *des capitaux recueillis auprès du public (...)*»[6].

La section II de la Directive, consacrée à l'agrément de l'OPCVM, constituait la véritable innovation de la législation communautaire, par l'instauration d'un principe de «reconnaissance mutuelle», par les autorités des différents états membres, des agréments qu'elles délivrent aux prestataires de services d'investissement ressortissants de leur pays.

En effet, en vertu de l'article 4 de la directive, un OPCVM doit, pour exercer son activité, être agréé par les autorités de l'état membre où il est situé; mais cet «agrément unique» vaut pour tous les autres états membres.

Sur simple notification d'un agrément accordé dans un état membre, tout OPCVM agréé se voit donc autorisé à commercialiser ses parts dans n'importe quel autre état membre.

La section VIII de la Directive réglemente la commercialisation des parts de l'OPCVM dans des états membres autres que ceux où il est situé. L'article 46 prévoit notamment que tout projet de commercialisation de parts doit être communiqué aux autorités compétentes de l'état membre où l'OPCVM se propose de réaliser la commercialisation. L'OPCVM peut commencer la commercialisation de ses parts deux mois après ladite communication, «*à moins que les autorités de l'état concerné constatent (...) que les modalités prévues pour la commercialisation de parts ne sont pas conformes aux dispositions visées à l'article 44§1 et à l'article 45*».

Le Conseil d'Etat de Belgique a par ailleurs été amené à préciser qu'il n'appartenait pas à l'autorité du pays d'accueil de substituer son appréciation à celle du pays d'origine quant à la question de savoir si l'agrément a été accordé à bon droit. Dans l'arrêt Fleming Flagship Fund du 4 juin 1997[7], il a notamment considéré que «*la signification des articles 4 et 46* [*de la directive OPCVM relative au passeport unique*] *est claire; elle oblige les Etats d'accueil à reconnaître la validité de l'agrément accordé à un OPCVM par l'autorité compétente de l'Etat d'origine, sans pouvoir mettre en discussion cet agrément pour quelque motif que ce soit (...)*».

En l'espèce, les faits étaient les suivants: Fleming Flagship est un OPCVM agréé par l'Institut Monétaire luxembourgeois («l'Autorité Compétente»); pour commercialiser ses parts en Belgique, elle avait obtenu par décision de la Commission Bancaire et Financière, son inscription à la liste des organismes de placement. Fleming Flagship étant un organisme «à compartiments», chaque compartiment devait faire l'objet d'une inscription spécifique.

En juillet 1995, Fleming Flagship sollicita l'inscription à la liste des organismes de placement de l'un des ses compartiments, dénommé «Fleming India Fund», agréé par l'Institut monétaire luxembourgeois. La Commission Bancaire et Financière décida, le 28 novembre 1995, d'interdire la commercialisation des parts d'India Fund en Belgique et refusa l'inscription requise.

Fleming Flagship introduisit par la suite un recours devant le Ministre des Finances, comme le lui permet la loi, contre cette décision de la Commission. Le 25 janvier 1996, le recours fut rejeté. La décision de la Commission Bancaire et Financière était, selon le Ministre des Finances, fondée, comme il fut soutenu plus tard devant le Conseil d'Etat.

Selon l'Etat belge, le principe de la reconnaissance mutuelle ne s'appliquait qu'à condition que l'OPC soit contrôlé par les autorités compétentes de l'état membre, conformément aux dispositions de la Directive. En conséquence, tout état membre était en droit de refuser la commercialisation des parts d'un OPC agréé dans un autre état membre, si cet agrément avait été octroyé en violation manifeste des dispositions de la Directive.

L'argumentation de l'Etat belge ne fut pas retenue, le Conseil d'Etat ayant décidé d'annuler la décision ministérielle du 25 janvier 1996.

La Directive 85/611/CE était un premier pas vers la réalisation d'un marché intégré des capitaux et des services financiers. Mais son préambule soulignait déjà que si, dans un premier stade, il convenait de limiter la coordination des législations aux OPCVM de type ouvert et ayant pour unique objet d'investir en valeurs mobilières, il fallait d'ores et déjà songer à la nécessité de réglementer ultérieurement les OPCVM n'entrant pas dans son champ d'application.

En outre, cette directive ne couvrait que très partiellement l'activité des sociétés de gestion, et il restait du chemin à parcourir s'agissant de l'accès au marché européen, que ce soit par le biais de succursales ou de la libre prestation des services.

---

[6] Art.1er, §2, Directive 85/611/CEE

[7] C.E., 4 juin 1997, n°66556, *Rev. Banq.*, 1997, 588

De plus, l'on constatait en pratique que les états membres faisaient preuve d'un certain protectionnisme, une fois informés d'un projet de commercialisation au sein de leur pays.

Enfin, si cette première directive avait bel et bien prévu la publication par la société de gestion d'un prospectus, celui-ci restait toutefois fort obscur pour l'investisseur moyen, et l'objectif de protection des investisseurs justifiait que l'on se penche plus avant sur les informations devant leur être fournies.

## III. Les Directives 2001/107/CE et 2001/108/CE du 21 janvier 2002[8]

Les travaux communautaires n'ont eu de cesse de viser à la réalisation, d'ici 2005, d'un marché financier véritablement intégré, en conformité avec les priorités telles qu'elles avaient été énumérées au sommet de Lisbonne.

Les premières propositions de modifications de la Directive 85/611 datent de juillet 1998; les travaux n'ayant pu être achevés avant le renouvellement du Parlement, l'assemblée nouvellement élue a été contrainte de recommencer la première lecture des textes.

L'adoption de ces propositions figurait par ailleurs parmi les priorités du Plan d'action adopté par la Commission européenne le 11 mai 1999. Ce plan contient une série d'objectifs politiques et de mesures spécifiques qui visent à améliorer le marché unique des services financiers au cours des cinq prochaines années. Notons que l'adoption de ces directives était espérée avant fin 1999...

Quoi qu'il en soit, après une première lecture par le Parlement, l'adoption d'une position commune par le Conseil, puis une seconde lecture par le Parlement, les directives modifiant la Directive 85/611 ont finalement été adoptées.

Le texte de ces deux directives correspond à celui des deux positions communes arrêtées par le Conseil le 5 juin 2001[9], telles qu'amendées par le Parlement.

Selon l'exposé des motifs relatif à la position commune du Conseil, *«L'évolution du marché a fait apparaître la nécessité de moderniser les OPCVM par le biais d'une extension de la liste des actifs qui peuvent faire l'objet d'un investissement de la part d'un organisme de placement collectif, tels que les autres OPC, les instruments du marché monétaire, les dépôts et les instruments financiers dérivés. L'objectif principal de la proposition de la Commission (...) est d'étendre cette liste et d'assurer la commercialisation transfrontalière des parts d'OPCVM, tout en offrant aux investisseurs un niveau uniforme de protection.».*

### *1.L'élargissement du champ des actifs éligibles aux OPCVM: la Directive «Produit»*

La Directive 2001/108/CE supprime les barrières à la commercialisation transfrontalière des parts des organismes de placement collectif en **élargissant l'éventail des actifs** dans lesquels ils peuvent investir.

L'article Premier de la Directive 85/611, fixant son champ d'application, est modifié comme suit: selon le paragraphe 2 désormais, on entend par OPCVM, «*les organismes dont l'objet exclusif est le placement collectif en **valeurs mobilières et/ou dans d'autres actifs financiers** liquides visés à l'article 19, §1, des capitaux recueillis auprès du public (...)*».

Un paragraphe 8 est ajouté, stipulant que par *«valeurs mobilières»*, on entend:
- *les actions et autres valeurs assimilables à des actions («actions»);*
- *les obligations et autres titres de créance («obligations»);*
- *toutes les autres valeurs négociables donnant le droit d'acquérir de telles valeurs mobilières par voie de souscription ou d'échange (...)».*

L'article 19 stipule quant à lui que les placements peuvent désormais être constitués de:
- valeurs mobilières et instruments du marché monétaire;
- parts d'OPCVM agréés et/ou d'autres OPC (les «fonds de fonds»);
- dépôts auprès d'un établissement de crédit («fonds de trésorerie»);
- instruments financiers dérivés négociés sur un marché réglementé ou «de gré à gré».

L'élargissement de l'éventail des actifs dans lesquels les OPCVM peuvent investir permet de réconcilier le droit et la pratique financière moderne.

### *2. Le renforcement de la protection des consommateurs: la Directive «Gestion»*

La Directive 2001/107/CE donne aux sociétés de gestion des OPCVM un «passeport européen» pour opérer dans toute l'Union, et élargit le cercle des activités qu'elles sont autorisées à exercer en tant que services accessoires. Elle vise également à créer des conditions de concurrence égales avec les organismes de placement autogérés qui n'ont pas désigné de société de gestion, à savoir les «sociétés d'investissement». Enfin, et peut-être surtout, elle introduit la notion de «prospectus simplifié» qui fournira des informations plus accessibles et plus facilement compréhensibles afin de renforcer la protection de l'investisseur.

---

[8] *JOCE*, L 041, 13 février 2002, p 20 à 42

[9] Position commune n°23/2001, 5 juin 2001, *JOCE*, 23 octobre 2001, p 10 à 34; Position commune n°24/2001, 5 juin 2001, *JOCE*, 23 octobre 2001, p 35 à 48

### 2.1. Le passeport européen

Si la Directive 85/611 avait déjà contribué de manière fort substantielle à la réalisation du marché unique dans le domaine des OPCVM, en introduisant le principe de la reconnaissance mutuelle de l'agrément, elle ne couvrait toutefois que très partiellement l'activité des sociétés qui gèrent les OPC, soit les «sociétés de gestion». En effet, la Directive ne contenait aucune disposition garantissant dans tous les états membres des règles d'accès au marché et des conditions d'exercice équivalentes pour ces sociétés, ni aucune disposition régissant la création de succursales et la libre prestation des services par ces sociétés dans les autres états membres.

La nouvelle directive vise en outre à aligner les règles concernant les sociétés de gestion sur celles qui s'appliquent déjà aux autres opérateurs dans le domaine des services financiers (banques, entreprises d'investissement, sociétés d'assurance).

Elle introduit une nouvelle réglementation, en vertu de laquelle la reconnaissance mutuelle accordée aux sociétés de gestion leur permettra de proposer leurs services dans toute l'Union, que ce soit par la création de succursales ou par le biais de la libre prestation des services. Ce régime de «passeport européen», équivalent à celui dont bénéficient déjà tous les autres acteurs financiers, permet désormais aux intermédiaires financiers agréés d'offrir leurs services dans tout le marché intérieur.

Les articles 5 et 6 sont en effet remplacés par les articles 5, 5 bis à 5 nonies, et 6. L'article 5 stipule que:

*«L'accès à l'activité des sociétés de gestion est subordonné à un agrément officiel préalable délivré par les autorités compétentes de l'Etat membre d'origine. L'agrément accordé à une société de gestion sur la base de la présente directive vaut pour tous les états membres.».*

Les articles suivants fixent quant à eux les règles minimales à respecter par les autorités compétentes quant à l'octroi de l'agrément. L'agrément dans un état membre doit pouvoir garantir la protection des investisseurs et la solvabilité des sociétés de gestion, en vue de contribuer à la stabilité du marché financier. C'est la raison pour laquelle un capital initial et des fonds propres supplémentaires sont exigés.

Ainsi, un capital d'au moins 125 000 Euros est exigé; en outre, lorsque la valeur des portefeuilles de la société de gestion excède 250 millions d'Euros, la société doit fournir un montant supplémentaire de fonds propres, équivalent à 0.02% du montant excédant 250 millions d'Euros. Le total requis du capital initial et des fonds propres supplémentaires n'excède toutefois pas 10 millions d'Euros. Dans certains cas, les Etats pourront autoriser les sociétés de gestion à remplacer 50 % des fonds propres supplémentaires exigés par une garantie donnée par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance. Les fonds propres de la société de gestion ne peuvent toutefois jamais être inférieurs au montant fixé à l'annexe IV de la Directive 93/6 CEE relative à l'adéquation des fonds propres.

La Directive introduit également des exigences relatives aux compétences requises de la part des dirigeants des sociétés de gestion, ainsi que des règles protectrices applicables dans l'hypothèse de la délégation de l'exercice des fonctions de la société de gestion.

Afin d'éviter toute distorsion de concurrence entre les OPCVM revêtant la forme d'une société d'investissement et celles qui sont gérées par des sociétés de gestion, la Directive introduit des règles spécifiques relatives aux sociétés d'investissement n'ayant pas désigné de société de gestion. Celles-ci doivent obtenir l'agrément avant de commencer leur activité. Pour obtenir cet agrément, elles doivent disposer d'un capital initial d'au moins 300 000 Euros.

Différentes règles, s'inspirant des règles applicables aux sociétés de gestion, régissent notamment les principes de compétence des dirigeants et la délégation de l'exercice des fonctions.

### 2.2. Le prospectus simplifié

La directive 2001/107/CE renforce la protection des investisseurs par l'introduction de règles garantissant que les sociétés de gestion sont des institutions professionnelles saines, fiables et dûment surveillées, liées par des règles strictes en matière de conduite des affaires et de délégation.

La directive introduit surtout de nouvelles dispositions concernant le prospectus simplifié. Cette innovation renforce considérablement la protection de l'investisseur dans la mesure où celui-ci fournira des informations plus accessibles et plus facilement compréhensibles.

L'article 27§1 de la Directive 85/611 est remplacé comme suit:

*«La société d'investissement et la société de gestion, pour chacun des fonds communs de placement qu'elle gère, doivent publier:*

- *un prospectus simplifié,*
- *un prospectus complet,*
- *un rapport annuel par exercice,*
- *un rapport semestriel couvrant les 6 premiers mois de l'exercice.»*

Il a donc été jugé nécessaire d'introduire, outre l'actuel prospectus complet, un nouveau type de prospectus: le «prospectus simplifié». Ce dernier est destiné à être une source d'informations pour l'investisseur moyen, et doit donc être conçu de manière claire et compréhensible.

L'investisseur doit toutefois toujours être informé, par le biais de mentions dans le prospectus simplifié, que de plus amples informations sont à sa disposition dans le prospectus complet ainsi que dans les rapports annuels et semestriels.

Le prospectus doit en outre être offert gratuitement à l'investisseur potentiel avant la conclusion du contrat.

Le contenu du prospectus simplifié est fixé par l'annexe I de la Directive; il devra notamment inclure:
- une présentation succincte de l'OPVCM;
- des informations d'ordre commercial, telles que les modalités d'achat et de vente des parts, les modalités de passage d'un compartiment d'investissement à un autre,...
- des informations supplémentaires, telles que le renvoi au prospectus complet, l'autorité compétente,...

### 2.3. La commercialisation transfrontalière

Il est à noter que la directive 2001/107/CE ne modifie pour ainsi dire pas la procédure en matière de commercialisation transfrontalière des parts. Désormais, outre les documents anciennement requis lors de la communication aux autorités compétentes d'un projet de commercialisation des parts, l'OPCVM doit également transmettre son prospectus simplifié.

## IV. Conclusion

En vertu de l'article 3 des Directives 2001/107/CE et 2001/108/CE, adoptées le 21 janvier 2002, les Etats membres doivent transposer ces nouvelles dispositions communautaires en droit interne avant le 13 août 2003, en manière telle que celles-ci entrent en vigueur au plus tard le 13 février 2004.

Notons que dans l'exposé des motifs relatif à la Position commune du 5 décembre 2001 portant sur la future directive 2001/107/CE, le Conseil invite la Commission à présenter, dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la directive, un rapport sur la réglementation relative aux dépositaires et sur la nécessité de modifier cette réglementation, assorti, le cas échéant, d'une proposition de révision.

En vue de la réalisation du rapport, qui doit être transmis avant le 13 février 2003 au Parlement et au Conseil, la Commission a lancé une consultation à grande échelle, destinée aux experts présentant un intérêt particulier dans le domaine hautement technique des OPCVM: représentants des autorités de régulation et de surveillance, professionnels du marché, juristes, investisseurs institutionnels et investisseurs individuels.

Dans le même sens, l'article 2 de la directive 2001/108/CE impose à la Commission l'élaboration, pour le 13 février 2005, d'un rapport plus vaste, relatif à la mise en œuvre de la directive 1985/611/CEE telle que modifiée, et le cas échéant, de propositions de modifications.

L'intégration des marchés financiers de l'Union Européenne fait donc en permanence l'objet de progrès, modifications et remises en question au niveau communautaire; les autorités communautaires se félicitent en tous les cas de l'achèvement tout proche du Plan d'Action pour les Services Financiers (PASF) adopté par la Commission le 11 mai 1999.

# TRAVAILLEURS-CAPITALISTES DE BELGIQUE, RASSUREZ-VOUS, LA COMMISSION BANCAIRE ET FINANCIÈRE VOUS PROTÈGE ... SOUVENT. MAIS POUR COMBIEN DE TEMPS ENCORE?

Muriel BAUDONCQ
*Avocate au Barreau de Bruxelles*

France WILMET
*Avocate aux Barreaux de Bruxelles et Paris*
*Assistante à l'ULB*

## I. INTRODUCTION

**1.** Les participations financières des travailleurs au capital de leur société[1] se sont développées en Belgique au cours de la dernière décennie. Même si la morosité boursière actuelle atténue les avantages des différents plans[1], ceux-ci sont entrés dans le paysage social belge et ont fait l'objet régulièrement de l'attention du législateur, principalement pour les aspects fiscaux et para-fiscaux.

Par "*plans de participation financière*", nous visons les propositions faites aux travailleurs de devenir les actionnaires de leur société ou plutôt de recueillir des sommes complémentaires à leur rémunération, par l'acquisition, souvent très ponctuelle[3], de titres de leur société. Les travailleurs deviennent ainsi des investisseurs et entrent éventuellement, comme nous l'exposerons, dans la sphère de protection du droit financier.

Dans l'état actuel de la réglementation, l'offre de titres (actions, obligations, options, warrants, ...) aux travailleurs sera souvent soumise au contrôle de la Commission bancaire et financière (ci-après "*CBF*"), l'organisme belge de contrôle des marchés financiers, dans les conditions qui seront développées dans les pages qui suivent. En effet, les plans de participation offerts aux travailleurs ne sont pas comme tels exclus du champ d'application de la réglementation des émissions publiques de titres et valeurs[4].

**2.** L'objet de la présente contribution est d'analyser les cas dans lesquels de telles offres aux travailleurs d'une société doivent être considérées comme des émissions publiques (II), les conséquences de cette qualification en termes d'obligation d'information (III) et les réglementations particulières contenant d'éventuelles exceptions au droit commun (IV). Dans une autre partie (V), nous examinerons la proposition de directive en matière de prospectus et les modifications qu'elle pourra entraîner sur le contrôle de l'information financière diffusée aux travailleurs à l'occasion d'un plan de participation au capital. Enfin, nous aborderons brièvement deux questions particulières de droit financier intéressant la matière des plans de participation (VI).

**3.** Plusieurs types de plans de participation au capital peuvent être offerts aux travailleurs. Tant le type de participation que les modalités ou la base légale des plans peuvent différer. Ci-après, nous proposons un rapide résumé des plans rencontrés fréquemment et des techniques mises en œuvre sans cependant les détailler, ce qui dépasserait le cadre du présent article.

### *A. Les différents types de plans*

#### 1. Plan d'options sur actions

**4.** Le plus courant et le plus connu des plans est sans doute le plan d'options sur actions (ou "*Stock Option Plan – SOP*"). La société émettrice remet aux travailleurs qu'elle choisit[5] des options, lesquelles pourront être exercées, après une certaine période de carence ou à une date déterminée, pour acquérir des actions à un prix déterminé ou déterminable au moment de l'octroi de l'option. Les options peuvent être attribuées gratuitement ou non. Quant au prix d'exercice, il correspondra souvent à la valeur de l'action sous-jacente au moment de l'octroi de l'option mais le prix d'exercice pourrait être inférieur (avec décote) ou supérieur. La société émettrice détermine librement les bénéficiaires des options, le nombre d'options attribuées, le prix d'émission des options et les conditions d'exercice des options.

#### 2. Plan d'achat d'actions

**5.** Un autre plan souvent rencontré en pratique est le plan d'achat d'actions (ou "*Equity Stock Purchase Plan –*

---

1 Ou d'une autre société appartenant au même groupe.

2 Mais la faiblesse des cours actuels n'est-elle pas le moment idéal de proposer des plans en comptant sur un redressement ...?

3 Il ne faut pas perdre de vue que l'on est loin de la question d'un actionnariat du personnel puisqu'il est constaté que la plupart des travailleurs réalisent une plus-value immédiate sur les titres acquis et ne les conservent pas en portefeuille. L'actionnariat social n'est donc pas assuré par les plans de participation développés depuis plusieurs années, seul est recherché l'octroi d'un avantage financier complémentaire, moins onéreux pour la société.

4 Sauf par la loi du 22 mai 2001 relative aux régimes de participation des travailleurs au capital et aux bénéfices des sociétés, voyez ci-après n° 97 et suivants.

5 Les travailleurs peuvent être indifféremment employés par la société émettrice ou une société du groupe de la société émettrice.

*ESPP*"). Ce plan octroie aux travailleurs le droit de souscrire, après une certaine période de carence ou à une date déterminée, un certain nombre d'actions à un prix déterminé au moment de l'octroi du droit de souscription. Ce type de plan est parfois attribué sur une base quasi-continue aux travailleurs. Comme pour les plans d'options sur actions, le prix d'achat des actions est déterminé par la société émettrice. Souvent, il correspondra à la valeur des actions sous-jacentes au moment de l'octroi du droit de souscription, éventuellement avec décote.

La CBF a confirmé dans son dernier rapport que "*ce type de plan d'intéressement du personnel est soumis à la réglementation relative aux offres publiques de valeurs mobilières même lorsqu'il n'est pas procédé, dans le cadre de ce plan, à l'émission de titres nouveaux. En effet, qu'il y ait ou non émission d'actions nouvelles, dans les deux cas, le personnel est sollicité d'acquérir des titres de la société à des conditions favorables moyennant leur blocage pendant une période déterminée. Pour le personnel, il est indifférent d'acquérir des titres nouveaux ou des titres existants*"[6].

**6.** Souvent, la participation du travailleur à ce type de plan implique son accord quant à un prélèvement automatique sur sa rémunération[7] pour alimenter un compte qui servira, le moment venu ou au moment choisi par le travailleur, à acquérir les actions sous-jacentes. A défaut d'être utilisée, par exemple en cas de baisse du cours des actions, la somme prélevée sera remboursée au travailleur concerné, éventuellement augmentée d'un intérêt.

La CBF exige que les sommes versées par le travailleur en vue de l'achat futur d'actions soient détenues, non par l'employeur, mais par un intermédiaire financier[8] afin d'éviter tout risque pour le travailleur en cas de défaillance de son employeur. Toutefois, afin de faciliter la gestion de la récolte de ces fonds, la CBF a récemment confirmé ne pas avoir d'objection à l'ouverture d'un compte collectif pour l'ensemble des participants au plan (et non un compte individuel par participant), dont l'employeur belge sera le mandataire.

### 3. Autres plans

**7.** D'autres plans visant la participation des travailleurs au capital ou l'attribution de sommes complémentaires sont parfois mis en place au bénéfice des travailleurs. Ils ne relèvent pas toujours du droit financier.

**8.** Par exemple, les plans appelés "*Phantom Stock*" où aucune action n'est cédée aux travailleurs, seuls les plus-values et les dividendes éventuels des actions théoriquement attribuées sont reçus par les travailleurs, ne tombent pas sous la réglementation financière à défaut d'un investissement effectif en titres.

Quant aux "*Stock Award Plans*" dans lesquels des actions sont données aux travailleurs, sans investissement de leur part, ils ne sont pas soumis à l'application du droit financier[9].

Dans les "*Stock Appreciation Rights*", les bénéficiaires recevront gratuitement une somme en espèces, des actions ou une combinaison des deux, pour un montant équivalent à l'augmentation de la valeur de l'action de référence à une date future et pour un nombre d'actions déterminé par rapport à une valeur fixée, en principe la valeur de l'action à la date d'attribution des droits. Le choix de la forme de paiement peut être laissé à l'appréciation de la société.

Relevons qu'en la matière, l'imagination des sociétés est particulièrement fertile, les plans de participation pouvant d'ailleurs combiner des caractéristiques de différents types de plans.

## *B. Les différents instruments juridiques*

**9.** Les plans destinés aux travailleurs, comme à des tiers, peuvent relever de différentes techniques, contractuelles ou statutaires. L'option sur actions relève de la première catégorie alors que les warrants ou les droits de souscription appartiennent à la seconde[10]. Pour les travailleurs en Belgi-

---

[6] Rapport CBF, 2001-2002, p.94.

[7] La CBF accepte les prélèvements sur la rémunération alors que de tels prélèvements semblent contraires à la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs. En cas de conflit, notamment à la fin de la relation de travail, le travailleur pourrait soutenir que les retenues effectuées sur sa rémunération ne sont pas licites et donc exiger le paiement du solde de sa rémunération. Afin de respecter le droit social, il est conseillé de procéder comme suit: "*soit, le travailleur donne un ordre permanent en faveur d'un compte ouvert au nom de l'employeur ou de la société tierce qui organise le plan, soit, il communique au service du personnel deux numéros de compte bancaire pour le paiement de sa rémunération, l'un de ces comptes étant ouvert auprès de l'organisme en charge du plan. De cette façon, ne fut-ce que l'espace d'un instant virtuel, la rémunération est entrée dans le patrimoine du travailleur*". M. Goldfays, *Plans de participations financières – Travailleurs capitalistes: fin de l'antinomie*, Kluwer, 2002, p.25.

[8] L'intermédiaire financier auprès duquel ces fonds sont déposés ne doit pas nécessairement être agréé ou reconnu en Belgique, pour autant qu'il soit sous statut dans son pays d'origine et que son rôle soit strictement limité à la gestion du plan. Rapport CBF, 2001-2002, p.94.

[9] Voyez ci-après n° 16.

[10] Pour les aspects de droit des sociétés, nous renvoyons notamment à K. Geens et C. Croes, "Vennootschapsrechtelijke aspecten van de fiscale regeling voor aandelenopties neergelegd in de wet van 26 maart 1999", in *Ondernemingen en effecten*, Die Keure, 2001, pp.127-211; Ph. Malherbe et A. de Schoutheete, "Le nouveau régime tributaire des plans d'options sur actions", *J.T.*, 2000, 438-439; F. T'Kint et Y. De Cordt, "La participation des travailleurs au capital: Aspects de droit des sociétés" in *La participation financière des travailleurs*, Bruylant, 1998, pp.149-185; F. De Bauw, "La participation des travailleurs au capital. Aspects de droit des sociétés et de droit financier" in *Les plans de participation financière du personnel dans le capital des entreprises*, Séminaire Vanham & Vanham, 24 septembre 1998.

que, l'utilisation d'options est plus fréquente, sans doute parce qu'en Belgique beaucoup d'émetteurs ne sont pas belges (et notre code des sociétés ne leur est pas applicable) et aussi pour des raisons de plus grande flexibilité.

### *C. Les différentes bases légales*

**10.** La matière des plans de participation des travailleurs au capital de leur société n'est pas concentrée dans une seule source juridique. En effet, le code des sociétés (article 609), la loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses, récemment modifiée par la loi programme du 24 décembre 2002 (ci-après "*la loi du 26 mars 1999*"), et la loi du 22 mai 2001 relative aux régimes de participation des travailleurs au capital et aux bénéfices des sociétés (ci-après "*la loi du 22 mai 2001*") réglementent les plans de participation. Ces législations ne constituent pas pour autant les seules sources légales en la matière, comme cela apparaîtra des lignes qui suivent et ce principalement pour les aspects de droit financier.

## II. Emissions publiques de titres et valeurs

### *A. Introduction*

**11.** Le marché primaire en Belgique, c'est-à-dire le marché de la création et de l'émission de titres nouveaux[11] qui permet aux sociétés d'attirer des capitaux frais, est régi principalement par le code des sociétés et par l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935 sur le contrôle des banques et le régime des émissions de titres et valeurs, plus particulièrement le titre II contenant les dispositions qui régissent les expositions, offres et ventes publiques de titres et de valeurs, ainsi que leur contrôle par la CBF (ci-après "*l'arrêté royal du 9 juillet 1935*")[12]. La portée de l'arrêté royal du 9 juillet 1935 a été précisée par l'article 22 de la loi du 10 juin 1964 sur les appels publics à l'épargne et par l'article 1er de la loi du 10 juillet 1969 sur la sollicitation de l'épargne publique. L'arrêté royal du 9 juillet 1935 a également été modifié récemment par la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers[13] (ci-après "*la loi du 2 août 2002*"), dont l'entrée en vigueur sera organisée de manière progressive par le Roi et suppose par ailleurs l'adoption de mesures d'exécution[14].

L'arrêté royal du 9 juillet 1935 organise le contrôle par la CBF des opérations d'appel public à l'épargne, dans le but de protéger les investisseurs, en assurant la diffusion d'une information correcte et complète par l'émetteur de titres et valeurs.

L'objectif de la CBF est de permettre aux investisseurs de prendre une décision d'investissement en connaissance de cause des risques pris[15]. Il n'est évidemment pas question d'interdire les investissements à risque mais de vérifier que les investisseurs connaissent les risques d'un investissement avant de décider de le faire.

### *B. Les conditions du contrôle de la CBF*

**12.** Selon l'article 26, al.1 de l'arrêté royal du 9 juillet 1935, "*quiconque se propose d'exposer en vente, d'offrir en vente ou de vendre publiquement, soit des actions, des titres ou parts bénéficiaires de sociétés, soit des obligations, doit en aviser, un mois d'avance au moins, la CBF*".

Le contrôle de la CBF suppose donc la réunion de trois conditions cumulatives que nous examinerons successivement: (i) seules certaines opérations sont soumises au contrôle de la CBF, (ii) ces opérations doivent revêtir un caractère public et (iii) elles doivent porter sur des titres et valeurs déterminés.

---

[11] Par opposition au marché secondaire, qui est celui sur lequel les titres sont achetés et vendus après avoir été émis et placés initialement.

[12] Pour une analyse détaillée du régime des émissions publiques, voyez D. Napolitano, "Het openbaar karakter van financiële verrichtingen", *T.R.V.*, 2000, pp.53-66; Ch. Park et H. Wouters, "L'arrêté royal du 7 juillet 1999 relatif au caractère public des opérations financières", *R.P.S.*, 2000, N° 6798, pp.5-41; G. T'Jonck, "Het Koninklijk Besluit van 7 juli 1999 over het openbaar karakter van financiële verrichtingen: oude wijn in nieuwe vaten?", in *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, Jan Ronse Instituut – KU Leuven, 2000, pp.445-510; B. Feron et B. Taevernier, *Principes généraux du droit des marchés financiers*, Larcier, 1997, pp.116-150; J. Bonquet, "L'appel public à l'épargne", in *A.E.D.B.F. Belgium Yearbook 1992*, Mys & Breesch, 1992, pp.176-180; E. Wymeersch, "De nieuwe reglementering van de openbare uitgifte van effecten en de financiële informatie", in *Financiële herregulering in België*, Kluwer, 1991, pp.101-156 et "La protection des déposants et des investisseurs", in *La banque dans la vie quotidienne*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1986, pp.226-242; J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t.III (2è éd.), Bruylant, 1981, pp. 159-167; J. Le Brun, *La protection de l'épargne publique*, Bruylant, 1979, pp.258-280.

[13] Deux autres lois très importantes en matière financière ont été adoptées le 2 août 2002, d'une part la loi complétant, en ce qui concerne les voies de recours contre les décisions prises par le ministre, par la CBF, par l'OCA et par les entreprises de marché et en ce qui concerne l'intervention de la CBF et de l'OCA devant les juridictions répressives, la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et modifiant diverses autres dispositions légales, et d'autre part, la loi modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, dite "*loi corporate governance*".

[14] Pour une présentation générale de la loi du 2 août 2002, voyez Ph. Lambrecht et J.-F. Tossens, "La réforme de la surveillance du secteur financier. Article de synthèse sur la loi du 2 août 2002", *Colloque AEDBF Belgium du 14 novembre 2002*, Centre Jean Renauld; S. Kierszenbaum et F. Tanghe, "Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten", *Dr.Banc.Fin.*, 2002/VI, pp. 323-340, E. Ponnet et A. Van Cauwenberge, "Naar een financieel toezicht voor de 21ste eeuw: de Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten", *T.R.V.*, 2003/1, 3.

[15] La réglementation vise également à empêcher toute perturbation de l'équilibre du marché des capitaux.

## 1. Opérations visées

**13.** La loi sur les appels publics à l'épargne du 10 juin 1964 a précisé ce qu'il faut entendre par "*expositions, offres et ventes publiques*". Il s'agit de "*toutes expositions en vente, offres en vente et ventes publiques, toutes offres en souscription publique, tous échanges publics ou toutes offres publiques d'échange ou d'achat et généralement toutes émissions publiques, ainsi que l'inscription à la cote officielle d'une bourse de fonds publics et de change, à l'exception des ventes publiques (...) [ordonnées par justice ou organisées périodiquement par une commission de la bourse]*".

Pour l'essentiel, le texte vise la vente, l'achat ou l'échange de titres et leur négociation sur les marchés financiers accessibles au public. On rappellera par ailleurs que le terme "*émetteur*" recouvre non seulement la personne qui effectue l'opération d'émission et qui est donc soumise à l'obligation de prospectus, mais également la société dont les titres sont offerts à la vente, l'achat ou l'échange[16].

**14.** Les opérations d'émission recouvrent plus précisément les cas suivants[17]:

- Expositions en vente, offres en vente et ventes publiques: ces opérations concernent les propositions publiques de vente de titres antérieurement créés, même si les propositions ne sont pas suivies de ventes effectives;

- Offres en souscription publique: ces opérations visent les propositions publiques de souscription de titres émis à l'occasion de la constitution d'une société ou lors d'une augmentation de capital, même si les propositions ne sont pas suivies de souscriptions effectives;

- Echanges publics ou toutes offres publiques d'échange ou d'achat: dans ce cas, sont visées essentiellement les offres publiques d'acquisition et les propositions faites au public par la société émettrice des titres elle-même ou par une autre société détenant des titres de la société visée, d'échanger des titres détenus par le public, soit contre des titres nouveaux émis par la société offrante (ou par une société liée), soit contre des titres existants qu'elle détient; ces opérations seront également soumises à la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition et à l'arrêté royal du 8 novembre 1989 relatif aux offres publiques d'acquisition et aux modifications du contrôle des sociétés;

- Inscription à la cote officielle d'une bourse de fonds publics et de change: la loi du 2 août 2002 crée un statut unique pour les marchés secondaires d'instruments financiers[18]. La notion de bourse de valeurs mobilières est supprimée et remplacée par la notion générale de "*marché réglementé*". Tout marché réglementé est organisé par une entreprise de marché et doit être reconnu comme tel par le Ministre des Finances. La loi du 2 août 2002 prévoit à cet égard l'agrément de plein droit d'Euronext Brussels, de Nasdaq Europe et du Fonds des Rentes[19] comme entreprises de marché dont l'Etat d'origine est la Belgique. Suite au maintien de la notion de cote officielle dans les directives européennes[20], le concept de "*société cotée*" est également maintenu dans le code des sociétés. L'article 4 du code des sociétés est toutefois adapté et définit les sociétés cotées comme "*les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé au sens de l'article 2, 3° de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers*". Les dispositions légales dans lesquelles il est fait référence à des sociétés inscrites à la cote officielle doivent désormais s'entendre comme faisant référence à des sociétés anonymes de droit belge dont les titres sont admis aux négociations sur Euronext Brussels[21] ou sur Nasdaq Europe. De telles sociétés font en réalité un appel permanent à l'épargne;

- Généralement toutes émissions publiques: le champ d'application de la réglementation est très large, la CBF s'étant estimée compétente quel que soit le mode de sollicitation du public[22].

**15.** En particulier, l'attribution gratuite d'options ou de warrants est visée comme opération d'émission même si l'option ou le warrant est acquis gratuitement par le bénéficiaire, ce qui est le plus souvent le cas pour les travailleurs, puisque cette attribution est le préalable à un achat des titres sous-jacents et donc à une décision d'acquisition, qui elle est onéreuse pour les destinataires de l'offre. L'acquisition de l'option ou du warrant est certes gratuite, mais

---

[16] Article 1er, 2° de l'arrêté royal du 7 juillet 1999 relatif au caractère public des opérations financières.

[17] Ph. Lambrecht, "La société et son capital", in *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Centre Jean Renauld, 1995, pp.45-103, spéc. pp.53-56, n° 14-17, B. Feron et B. Taevernier, *op.cit.*, pp.118-119.

[18] Ph. Lambrecht et J.-F. Tossens, "La réforme de la surveillance du secteur financier. Article de synthèse sur la loi du 2 août 2002", *op.cit.*, pp.6-22.

[19] Le Fonds des Rentes concerne les instruments financiers émis ou garantis par l'Etat ou des collectivités publiques belges.

[20] Ph. Lambrecht, "La codification des directives européennes concernant l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle", *J.T.*, 2002, pp.161-164.

[21] Que ce soit au premier marché – qui regroupe les transactions sur les principaux instruments financiers et s'appelait jadis la cote officielle – au second marché ou au Nouveau Marché (Euro.NMBelgium). Pour de plus amples détails, voyez J. Malherbe et Ph. Lambrecht, *Droit financier*, Presses Universitaires, UCL, pp. 7 et sv.

[22] B. Feron et B. Taevernier, *op.cit.*, p.117.

l'appel à l'épargne est en réalité différé jusqu'au moment de l'achat des titres couverts par ces instruments financiers. L'émission publique (la sollicitation à l'épargne publique) a lieu au moment de l'attribution des options ou warrants, et non pas lors de l'acquisition ultérieure des titres et ce, alors même que le titulaire de l'option ou du warrant ne les exercera peut-être jamais[23] puisque la décision d'accepter les options ou le warrant est la première étape de la décision d'investissement.

A cet égard, le droit financier ne diffère pas du droit fiscal issu de la loi du 26 mars 1999[24] puisque l'attribution gratuite d'options fait l'objet d'une taxation au moment de l'attribution et non pas au moment de l'exercice des options.

Donc, le bénéficiaire des options, des warrants ou autres droits de souscription prend une décision d'investissement dès l'attribution des options ou autres titres. S'il s'agit d'options tombant dans le champ d'application de la loi du 26 mars 1999, il fera l'objet d'une taxation s'il accepte lesdites options[25], même s'il ne les exerce jamais.

**16.** Par contre, comme déjà relevé ci-dessus, l'attribution gratuite d'actions aux travailleurs n'est pas visée par le contrôle de la CBF puisque cette attribution n'implique aucune décision, même différée, du travailleur-investisseur de s'appauvrir pour acquérir un titre. L'attribution gratuite d'actions n'est pas une émission publique au sens de la législation financière.

### 2. Caractère public

**17.** Le caractère "*public*" des opérations d'émission a récemment été précisé par l'arrêté royal du 7 juillet 1999 relatif au caractère public des opérations financières (ci-après "*l'arrêté royal du 7 juillet 1999*"), actualisant l'arrêté royal du 9 janvier 1991 relatif au caractère public des opérations de sollicitation de l'épargne et à l'assimilation de certaines opérations à une offre publique (ci-après "*l'arrêté royal du 9 janvier 1991*"). L'arrêté royal du 7 juillet 1999, d'une grande technicité, n'est pas spécifique aux émissions réalisées en faveur des travailleurs.

L'arrêté royal du 7 juillet 1999 reprend en grande partie le contenu de l'arrêté royal du 9 janvier 1991, mais la méthodologie appliquée est fondamentalement différente dans le sens où l'arrêté de 1991 donnait du caractère public une définition commune à toutes les opérations financières alors que l'arrêté de 1999 donne une définition du caractère public différente selon le type d'opération financière envisagé[26]. Le caractère public d'une opération est donc désormais un concept à géométrie variable[27].

**18.** En ce qui concerne les opérations d'émission, visées au chapitre II de l'arrêté royal du 7 juillet 1999, le caractère public est établi dès qu'une des trois circonstances suivantes est réalisée:

- la mise en œuvre de procédés de publicité;
- le recours à un intermédiaire non agréé pour le placement des titres;
- la sollicitation de plus de 50 investisseurs non professionnels[28].

Ces trois critères ne sont pas cumulatifs. Selon une doctrine constante, un critère n'est rempli que s'il est réalisé sur le territoire belge[29]. A cet égard, une sollicitation de l'épargne publique est considérée comme réalisée en Belgique dès que des personnes résidant en Belgique ou des entreprises qui y sont établies sont contactées, même si l'émetteur est étranger ou si la sollicitation est réalisée à partir de l'étranger[30]. Par exemple, les opérations d'émission annoncées par internet sont soumises à la réglementation belge si elles visent le public belge. En ce qui concerne les travailleurs, le critère sera la localisation du travailleur, à savoir le lieu où il exerce ses activités professionnelles, au bénéfice de la société ou du groupe qui offre le plan. Pour les travailleurs, professionnellement actifs dans au moins deux Etats, la question sera résolue de manière

---

[23] Par exemple si au moment où l'option doit être exercée (à peine de déchéance), le cours de bourse de l'action sous-jacente est inférieur au prix d'exercice de l'option.

[24] Modifiée par la loi programme du 24 décembre 2002 en ces termes: « *Lorsque le bénéficiaire a accepté l'offre par écrit au plus tard le soixantième jour qui suit la date de l'offre, l'option est, au point de vue fiscal, censée attribuée ce soixantième jour, même si l'exercice de l'option est soumis à des conditions suspensives ou résolutoires. Le bénéficiaire qui n'a pas notifié par écrit, avant l'expiration de ce délai, son acceptation de l'offre, est censé avoir refusé l'offre.*"

[25] Avant la loi programme du 24 décembre 2002 ayant notamment modifié la loi du 26 mars 1999, le bénéficiaire était censé avoir accepté l'offre s'il ne l'avait pas refusé dans les 60 jours. L'on ne peut que se réjouir de la modification légale qui évitera des surprises désagréables aux distraits.

[26] L'arrêté royal du 7 juillet 1999 établit ainsi une distinction entre les matières suivantes: les opérations d'émission, les organismes de placement collectif, les opérations assimilées à une offre publique, la sollicitation de dépôts ou d'autres fonds remboursables, les lois sur les sociétés, le conseil en placements, le statut des entreprises d'investissement étrangères et les offres d'acquisition obligatoires. Il existe certes des points communs entre les définitions du caractère public correspondant à chaque matière, mais l'architecture d'ensemble est très complexe et n'est pas exempte de contradictions.

[27] Ch. Park et H. Wouters, *op.cit.*, n°3, p.12.

[28] Article 2 de l'arrêté royal du 7 juillet 1999.

[29] La réglementation des titres, en tant que loi de police, est en effet d'application territoriale. Voyez V. De Schryver, "De vennootschap die een openbaar beroep doet of heeft gedaan op het spaarwezen", in *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1995*, Maklu, Ed. H. Braeckmans & E. Wymeersch, 1995, pp.71-98, spéc. p.76; D. Napolitano, *op.cit.*, p.56.

[30] B. Feron et B. Taevernier, *op.cit.*, p.121.

pragmatique selon le lieu où le travailleur concerné reçoit physiquement les documents de l'offre de souscription.

Par ailleurs, les appels publics à l'épargne réalisés par une société belge à l'étranger n'échappent pas à tout contrôle en Belgique. L'article 31 de l'arrêté royal du 9 juillet 1935 soumet les sociétés commerciales ou à forme commerciale belges qui font procéder à une émission publique de titres à l'étranger à l'obligation d'en aviser la CBF un mois d'avance au moins et de joindre à cet avis le dossier prescrit par la réglementation. Cette communication est purement informative, la CBF ne disposant pas dans ce cas des pouvoirs qui sont les siens pour les opérations réalisées en Belgique.

L'arrêté royal du 7 juillet 1999 ne précise pas si les trois critères précités sont limitatifs ou si d'autres critères peuvent être pris en considération, en fonction des circonstances de fait, pour établir le caractère public d'une opération d'émission. La CBF ne s'est pas engagée dans cette voie à ce jour et n'a pas retenu d'autres critères qualifiant de publique une opération d'émission. Une telle position serait à notre avis illégale dans la mesure où les obligations découlant du caractère public des opérations d'émission sont sanctionnées pénalement et donc de stricte interprétation[31].

*a. La mise en œuvre de procédés de publicité*

**19.** La réglementation vise "*la mise en œuvre, par l'émetteur ou sur ordre de celui-ci, de procédés de publicité de quelque nature qu'ils soient, destinés à annoncer ou à recommander l'opération d'émission et visant plus de 50 personnes en Belgique, autres que les investisseurs visés à l'article 3, 2°*", c'est-à-dire les investisseurs professionnels ou institutionnels.

Par procédés de publicité, on entend:
- la diffusion d'informations dans la presse écrite ou dans des publications, périodiques ou non, ou par la radio, la télévision, ou tout autre moyen audiovisuel;
- la diffusion de circulaires ou de tous autres documents standardisés relatifs à l'opération, même s'ils sont adressés personnellement au destinataire;
- la diffusion d'informations par voie de téléphonie ou par recours à un système d'information électronique;
- l'utilisation d'autres techniques visant à porter l'opération à la connaissance du public.

**20.** Les investisseurs professionnels ou institutionnels sont limitativement énumérés à l'article 3, 2° de l'arrêté royal du 7 juillet 1999: l'Etat, les Régions et les Communautés, la Banque centrale européenne, la Banque nationale de Belgique, le Fonds des rentes, le Fonds de protection des dépôts et des instruments financiers et la Caisse des dépôts et consignations, les établissements de crédit belges et étrangers, les entreprises d'investissement belges et étrangères, les organismes de placement collectif belges et étrangers, les entreprises et organismes d'assurances, les entreprises d'assurances étrangères et les fonds de pension étrangers qui n'opèrent pas en Belgique ainsi que les entreprises de réassurance belges et étrangères, les entreprises de capitalisation[32], les sociétés à portefeuille[33] et les holdings, les centres de coordination, les grandes sociétés cotées[34], et enfin les véhicules spéciaux de placement[35].

Les particuliers avertis ("*high net worth individuals*") ne sont pas considérés comme des investisseurs professionnels pour l'application de la réglementation des émissions publiques. Nous verrons plus loin que la proposition de directive sur les prospectus étend la notion d'investisseurs professionnels aux particuliers "*qualifiés*" moyennant le respect de certaines conditions[36]. Toutefois, les investisseurs particuliers ne sont pas soumis à la réglementation actuelle lorsque l'émission requiert une mise supérieure à 250.000 euros par investisseur[37].

**21.** La mise en œuvre de procédés de publicité n'est pas suffisante en soi pour conférer un caractère public à l'opération d'émission. Ces procédés doivent en outre être adressés à plus de 50 investisseurs non professionnels. Cette précision ne figurait pas dans l'arrêté royal du 9 janvier 1991, de sorte que, dans le cadre d'offres destinées au personnel, le simple envoi d'une lettre circulaire à quelques bénéficiaires potentiels pour annoncer l'opération suffisait à conférer un caractère public à cette dernière. Ce n'est plus le cas.

**22.** Le critère de la publicité est peu pertinent pour qualifier de publiques les offres aux travailleurs puisque ces offres se font dans le cadre fermé des sociétés.

---

[31] Voyez dans le même sens, Ch. Park et H. Wouters, *op.cit.*, n°7, p.19. Contra: D. Napolitano, *op.cit.*, p. 54.

[32] Il n'est plus accordé d'autorisation aux sociétés de capitalisation depuis le 1er janvier 1993. Les entreprises qui étaient autorisées à cette date restent soumises à la réglementation spécifique des entreprises de capitalisation – principalement l'arrêté royal n°43 relatif au contrôle des sociétés de capitalisation, tel que modifié – et peuvent adopter le statut d'établissement de crédit ou d'assurance moyennant le respect de certaines conditions. L'émission par les entreprises de capitalisation de bons de capitalisation au porteur ou nominatifs est soumise au titre II de l'arrêté royal du 9 juillet 1935.

[33] L'article 134 de la loi du 2 août 2002 abroge l'arrêté royal n°64 du 10 novembre 1967 organisant le statut des sociétés à portefeuille.

[34] Plus précisément "*les sociétés dont des instruments financiers sont admis à un marché réglementé belge ou étranger et dont les capitaux propres consolidés s'élèvent à 25.000.000 d'euros au moins*".

[35] Plus précisément "*les sociétés, fonds ou autres entités similaires de droit étranger dont l'activité principale consiste à investir dans des titres de créance ou parts d'organismes de placement collectif et qui se financent à cette fin par la voie d'opérations d'émission en Belgique destinées exclusivement aux investisseurs professionnels ou par la voie d'opérations d'émission à l'étranger*".

[36] Voyez ci-après n° 115.

[37] Voyez ci-après n° 29.

*b. Le recours à un intermédiaire non agréé pour le placement des titres*

**23.** L'opération d'émission sera considérée comme publique lorsqu'elle implique le recours à ou l'intervention d'un ou de plusieurs intermédiaires, sauf s'il s'agit d'intermédiaires agréés ou que ces intermédiaires ne s'adressent en Belgique, pour la réalisation de l'opération d'émission, qu'à un intermédiaire agréé.

**24.** Les intermédiaires agréés sont la Banque nationale de Belgique, les établissements de crédit (à l'exception des caisses d'épargne communales), les succursales établies en Belgique d'établissements de crédit européens et d'entreprises d'investissement européennes, les établissements de crédit européens et les entreprises d'investissement européennes qui opèrent en Belgique sous le régime de la libre prestation de services, les sociétés de bourse, les succursales établies en Belgique d'entreprises d'investissement non européennes autorisées à opérer en Belgique et les entreprises d'investissement non européennes autorisées à opérer en Belgique par voie de prestation de services. La catégorie des intermédiaires agréés comprend également les personnes qui agissent au nom et pour le compte de ces intermédiaires, tels les agents délégués des établissements de crédit et des entreprises d'investissement[38].

De manière générale, les intermédiaires non agréés sont toutes les personnes physiques ou morales qui, même à titre d'activité temporaire ou accessoire, et en quelque qualité que ce soit, interviennent directement ou indirectement, contre rémunération ou avantage de quelque nature qu'il soit, dans une opération d'émission pour le compte de l'émetteur. Par exemple, les réseaux de "*Business Angels*", qui mettent des investisseurs à la recherche d'opportunités de placement en relation avec des entreprises en phase de démarrage ou en croissance à la recherche de capitaux dits à risque pour financer des projets particuliers, pourraient dans certains cas être considérés comme des intermédiaires non agréés. La CBF a détaillé les conditions que doivent remplir ces réseaux pour ne pas conférer un caractère public aux transactions réalisées par leur intermédiaire, et pour que ces transactions ne soient dès lors pas soumises à l'obligation de publier un prospectus[39].

**25.** Le critère du recours à un intermédiaire est également peu pertinent pour les offres aux travailleurs puisque ces offres ne nécessitent pas le recours à un intermédiaire, l'émetteur connaissant les bénéficiaires potentiels de son offre.

*c. La sollicitation de plus de 50 investisseurs privés ou non professionnels*

**26.** Les investisseurs privés ou encore non professionnels sont tous les investisseurs qui ne relèvent pas de la catégorie des investisseurs professionnels[40]. A cet égard, les travailleurs sont des investisseurs non professionnels. Le législateur n'a pas opté pour une exception générale à l'obligation d'établir un prospectus pour les émissions en faveur des travailleurs.

**27.** Le Conseil d'Etat avait proposé d'exiger que la sollicitation de plus de 50 personnes visée par la loi soit une sollicitation "*individuelle*" et "*personnalisée*" initiée par l'émetteur ou pour son compte[41]. Le Gouvernement a toutefois estimé ne pas pouvoir donner suite à cette suggestion sous peine de "*vider le critère de sa substance et de lui enlever sa valeur ajoutée par rapport au critère de la mise en œuvre de procédés de publicité (p.ex. dans le cas d'informations fournies lors d'une réunion)*".

**28.** Le critère de 50 personnes doit être apprécié largement. Il s'agit de personnes à qui l'offre est faite (et non pas le nombre de personnes qui acceptent l'offre) et qui se trouvent en Belgique au moment où elles la reçoivent[42]. Par contre, on ne tient pas compte du conjoint ni des autres membres de la famille du destinataire de l'offre. N'entrent pas non plus en ligne de compte des éléments comme la nationalité ou encore le statut fiscal (résident ou non-résident), seul le critère de la location d'une personne lorsqu'elle reçoit l'offre est pertinent.

Lorsqu'une offre est adressée à 50 personnes exactement, s'agit-il d'une émission publique? Autrement dit, le seuil déclenchant l'application de la réglementation est-il de 50 ou de 51 investisseurs? Selon la loi, le seuil est atteint lorsque plus de 50 personnes sont visées, soit à partir de 51 personnes. La prudence est toutefois de mise afin d'éviter toute critique, notamment si le nombre de bénéficiaires est incertain jusqu'au dernier moment.

Il serait bien sûr illégal de scinder artificiellement une offre pour éviter le seuil de 50 personnes. Par contre, des opérations plus complexes pourraient être envisagées, comme des offres distinctes faites simultanément à plusieurs catégories de travailleurs. La question de savoir si le cumul entre les différentes offres doit être fait est purement factuelle, son appréciation dépendra des circonstances dans lesquelles les différentes opérations ont été montées et du lien éventuel entre elles.

---

[38] Voyez le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 7 juillet 1999.

[39] Rapport CBF, 1998-1999, p.130.

[40] Voyez ci-dessus n° 20.

[41] Voyez l'avis du Conseil d'Etat précédant l'arrêté royal du 7 juillet 1999.

[42] Rapport CBF, 1998-1999, p.102.

Relevons également que lorsqu'un émetteur est la société-mère de plusieurs sociétés belges, le plan qu'elle met en place pour toutes ses filiales doit être considéré comme un plan unique et le calcul des 50 personnes bénéficiaires doit s'effectuer pour toutes les filiales ensemble. Par exemple, si l'émetteur a 3 filiales en Belgique et que dans chacune de ses filiales, 20 travailleurs bénéficieront du plan de participation, le seuil des 50 personnes est atteint même si dans chaque société moins de 50 travailleurs sont concernés par l'émission publique.

Enfin, si l'offre est mixte et concerne tant des travailleurs de la société émettrice (ou d'une société de son groupe) que des tiers, il serait possible de scinder l'offre en deux opérations, par exemple s'il y a un décalage dans le temps ou un prix d'exercice différent[43].

*d. Exceptions*

**29.** L'arrêté royal du 7 juillet 1999 prévoit trois exceptions dans lesquelles les opérations d'émission ne sont pas publiques[44], même si l'un des critères énoncés ci-dessus est rempli:

- lorsqu'elles requièrent une contrepartie d'au moins 250.000 euros par investisseur;
- lorsqu'elles sont destinées exclusivement à un ou plusieurs investisseurs professionnels, tels que définis ci-dessus, agissant pour leur propre compte[45];
- lorsque l'acquisition des titres sur lesquels porte l'opération est une condition d'accès à une activité professionnelle ou est nécessaire pour l'exercice de cette activité[46].

**30.** Les offres aux travailleurs ne sont pas visées par ces exceptions.

*e. Opérations assimilées à une émission publique*

**31.** L'arrêté royal du 7 juillet 1999[47] assimile à une émission publique ou à la collecte de moyens financiers auprès du public ou en partie auprès du public, "*toute proposition ou publicité, visant plus de 50 personnes autres que les investisseurs [professionnels], et tendant à offrir des renseignements ou conseils ou à susciter la demande de renseignements ou conseils relatifs à des titres créés ou non encore créés qui font ou feront l'objet d'une émission publique ou non, ou d'une commercialisation, si cette proposition ou cette publicité émane d'une personne qui perçoit directement ou indirectement de l'émetteur une rémunération ou un avantage lors de la réalisation de cette opération d'émission*"[48].

Cette assimilation ne joue toutefois pas lorsque les renseignements ou avis précités portent sur une émission ou un organisme de placement collectif pour lesquels un prospectus approuvé est disponible ou qui sont dispensés, en vertu de la loi ou d'une décision de la CBF, de l'obligation de prospectus.

L'objectif de l'assimilation des propositions d'offres de renseignements ou de conseils – ou de la publicité organisée à cet effet – à une émission publique, est de décourager les émetteurs qui tenteraient d'attirer des investisseurs par le biais de propositions ou de documents publicitaires alléchants mais néanmoins trop vagues pour être considérés comme de réelles offres publiques[49]. De telles propositions ou publicités seront assimilées à des émissions publiques soumises à l'obligation de prospectus sauf si elles portent sur des opérations d'appel à l'épargne régulières, c'est-à-dire qui font elles-même l'objet d'un prospectus (ou d'une dispense de prospectus).

L'exigence de ce que la proposition ou la publicité émane d'une personne qui perçoit directement ou indirectement de l'émetteur une rémunération ou un avantage lors de la réalisation de cette opération d'émission, permet d'éviter que des journalistes financiers par exemple, qui fournissent des informations ou donnent des conseils d'investissement, en toute bonne foi et de façon indépendante par

---

[43] Rapport CBF, 1998-1999, p.109. Voyez également ci-après pour les conséquences d'une offre mixte sur la qualification de société faisant appel public à l'épargne, n°35.

[44] Article 3 de l'arrêté royal du 7 juillet 1999. Sous l'empire de l'arrêté royal du 9 janvier 1991 et bien qu'il soit muet sur ce point, la CBF considérait que les exceptions au caractère public constituaient des présomptions réfragables. Elles pouvaient dès lors être renversées sur la base de circonstances de fait, ce qui nuisait grandement à la sécurité juridique. L'arrêté royal du 7 juillet 1999 n'est pas plus explicite à cet égard, mais le rapport au Roi précédant l'arrêté royal précise que "*contrairement à ce qui était prévu dans le passé, ces exceptions ne sont pas conçues comme des présomptions qui peuvent être renversées sur la base de circonstances de fait*", ce qui infirme définitivement la doctrine qui avait été développée par la CBF.

[45] Etant donné l'utilisation du terme "*exclusivement*", il suffirait que l'offre soit faite à plus de 50 investisseurs dont un seul investisseur non professionnel pour que l'exception ne puisse pas jouer. A notre avis toutefois, le terme "*exclusivement*" est superflu et ce type d'offres mixtes, dans lesquelles moins de 50 investisseurs non professionnels sont sollicités, échappe aussi au régime des émissions publiques.

[46] Par exemple, la CBF a considéré que l'offre de souscrire des parts d'une association mutuelle d'assurance faite aux agences de voyages par des associations professionnelles de voyage qui avaient décidé de créer un fonds privé de garantie, n'était pas une offre publique car elle s'inscrivait dans le cadre d'une obligation légale de garantie financière introduite par la loi du 16 février 1994 sur le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaires de voyages. Voyez Rapport CBF, 1994-1995, p.88.

[47] Sur ce point, l'article 7 de l'arrêté royal du 7 juillet 1999 constitue l'exécution d'une habilitation au Roi prévue par l'article 5, alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1969 sur la sollicitation de l'épargne publique, notamment en matière de valeurs mobilières.

[48] Article 7 de l'arrêté royal du 7 juillet 1999.

[49] B. Feron et B. Taevernier, *op.cit.*, pp.120-121. J. Van Ryn et J. Heenen, *op.cit.*, pp.164-165.

rapport à l'émetteur, ne tombent sous le coup de l'assimilation[50].

*f. Concept à géométrie variable – illustration*

**32.** Un plan offert aux membres du personnel sera considéré comme une émission publique s'il est offert à plus de 50 travailleurs. Dans ce cas, il y a appel public à l'épargne au sens de l'arrêté royal du 9 juillet 1935. Par contre, cela n'implique pas automatiquement que la société émettrice des options acquière également un caractère public et soit considérée comme une "*société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne*" au sens de l'article 438 du code des sociétés, avec toutes les contraintes qu'une telle qualification implique[51]. L'arrêté royal du 7 juillet 1999 prévoit en effet une dérogation en son article 10, 1°, al.2, selon laquelle les offres exclusivement destinées aux membres actuels ou anciens du personnel de la société ou d'entreprises qui lui sont liées, n'ont pas pour effet de faire basculer la société émettrice dans la catégorie des sociétés publiques alors même que l'offre est réputée publique.

**33.** Pour rappel, l'article 438 du code des sociétés dispose que: "*une société anonyme est considérée comme faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne lorsqu'elle a fait un appel public à l'épargne en Belgique ou à l'étranger par une offre publique en souscription, une offre publique en vente, une offre publique d'échange ou une inscription à la cote d'une bourse de valeurs mobilières, ou à un autre marché réglementé, dans le sens de l'article 1er, § 3, de la loi du 6 avril 1995 relative [aux marchés secondaires], au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements, reconnu par le Roi comme équivalent pour l'application du présent article d'obligations ou de titres représentatifs ou non du capital, conférant le droit de vote ou non, ainsi que de titres donnant droit à la souscription ou à l'acquisition de tels titres ou à la conversion en de tels titres*"[52]. Le caractère public des opérations auxquelles il est fait référence dans cet article s'apprécie par analogie avec les opérations d'émission visées par l'arrêté royal du 9 juillet 1935.

Certaines obligations découlant de la qualification de société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne s'imposent à la société: elle doit modifier préalablement ses statuts pour indiquer sa qualité de société anonyme faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne et pour les adapter, le cas échéant, aux dispositions légales et réglementaires applicables à de telles sociétés. Elle doit, en outre, se faire inscrire auprès de la CBF, sur la liste des sociétés anonymes faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne, laquelle est publiée chaque année au Moniteur belge et peut être consultée sur le site internet de la CBF[53].

**34.** Certains auteurs contestent la légalité de la dérogation prévue par l'arrêté royal du 7 juillet 1999 en faveur des offres exclusivement destinées aux membres du personnel, dans la mesure où l'article 438 du code des sociétés ne donne pas d'habilitation expresse au Roi pour définir le caractère public des opérations d'appel à l'épargne[54]. Les seules habilitations contenues dans l'article 438 du code des sociétés concernent la procédure d'inscription, de radiation et d'omission de la liste des sociétés faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne – cette habilitation a été utilisée par le Roi[55] - et l'assimilation à l'admission à la cote d'une bourse de valeurs mobilières de l'inscription à la cote d'un autre marché réglementé – cette habilitation n'a pas été utilisée.

La potentielle illégalité de la dérogation en faveur des offres exclusivement destinées aux travailleurs n'a pas encore été invoquée à ce jour. On pourrait toutefois imaginer qu'un concurrent de l'émetteur soit tenté d'entamer une action en cessation pour acte de concurrence déloyale à l'encontre de l'émetteur sur la base du fait que ce dernier se mettrait dans une position d'avantage concurrentiel en

---

[50] D. Napolitano, *op.cit.*, p.61.

[51] Sur les sociétés faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne, voyez B. Feron et B. Taevernier, *Principes généraux du droit des marchés financiers*, Larcier, 1997, pp.157-165; Th. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, t.I, pp.207-210, n° 249-251; J.-M. Gollier et Ph. Malherbe, *Les sociétés commerciales, Lois des 7 et 13 avril 1995*, Larcier, 1996, pp.50-53, n° 52-56; V. De Schryver, "De vennootschap die een openbaar beroep doet of heeft gedaan op het spaarwezen", *op.cit.*, pp.71-98; Ph. Lambrecht, "La société et son capital", *op.cit.*, pp.45-103; J.-F. Tossens, "La société ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne: le concept et ses enjeux à l'aube d'une nouvelle réforme des lois coordonnées sur les sociétés commerciales", *R.P.S.*, 1994, N° 6652, pp.341-406; D. Van Gerven, "Omschrijving van vennootschappen die een publiek beroep op het spaarwezen doen of hebben gedaan", *T.R.V.*, 1993, pp.397-404 et "De regels voor vennootschappen die een publiek beroep op het spaarwezen doen of hebben gedaan", *R.W.*, 1994-1995, pp.65-90; Th. Tilquin, "La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne – Evolutions récentes », *R.D.C.*, 1993, pp.744-787; M. van der Haegen et J.-M. Gollier, "Les sociétés commerciales – Loi du 18 juillet 1991", *J.T.*, 1992, pp.185-201 et 209-220, spéc. p. 188, n° 9.

[52] On rappellera par ailleurs que seules les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions peuvent revêtir la qualité de société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne.

[53] La qualification de société publique n'a toutefois pas que des désavantages. Voyez notamment l'article 513 §1 du code des sociétés selon lequel "*toute personne physique ou morale, qui, agissant seule ou de concert, détient 95 % des titres conférant le droit de vote d'une société anonyme ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, peut acquérir la totalité des titres conférant le droit de vote de cette société à la suite d'une offre de reprise*". L'offre de reprise est contraignante pour les actionnaires minoritaires des sociétés faisant ou ayant fait appel public à l'épargne, ce qui n'est pas le cas dans les sociétés privées.

[54] Le Conseil d'Etat lui-même, dans son avis précédant l'arrêté royal du 7 juillet 1999, émet des doutes quant au pouvoir du Roi de réduire l'application du texte légal en excluant une offre lorsqu'elle est destinée au personnel d'une entreprise.

[55] Arrêté royal du 4 mars 1997 portant exécution de l'article 26, alinéa 5, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

s'affranchissant illégalement du coût et des formalités exigées par l'article 438 du code des sociétés[56].

**35.** Par ailleurs, il est regrettable que la dérogation prévue par l'article 10,1°, al.2 de l'arrêté royal du 7 juillet 1999 ne vise que les "*offres exclusivement*[57] *destinées aux membres actuels ou anciens du personnel de la société ou d'entreprises qui lui sont liées*". A cause d'une telle formulation, les offres *principalement* destinées aux travailleurs ont pour effet de faire tomber la société émettrice dans la catégorie des sociétés faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne[58]. Or quelques plans de participation sont ouverts non seulement aux travailleurs de la société mais également aux administrateurs et même dans certains cas à des consultants externes ("*plans mixtes*"). Sur ce point, la législation financière s'écarte du traitement fiscal et de sécurité sociale des plans d'options sur actions (notamment la loi du 26 mars 1999[59]). On ne peut que le regretter et plaider en faveur d'un assouplissement de la réglementation financière à cet égard.

La scission des plans mixtes est dès lors à conseiller[60], à tout le moins si le nombre de tiers (administrateurs ou consultants, par exemple) est inférieur à 50 personnes. Pour la tranche destinée à ces personnes, aucun prospectus ne devra alors être établi et de plus, aucune conséquence sur le caractère de société faisant appel public à l'épargne ne sera retenue à l'égard de la société émettrice.

### 3. Titres et valeurs

**36.** La loi sur les appels publics à l'épargne du 10 juin 1964 précise que le titre II de l'arrêté royal du 9 juillet 1935 est applicable "*aux expositions, offres et ventes publiques d'actions, de titres ou parts bénéficiaires directement ou indirectement représentatifs de droits d'associé dans toutes les sociétés civiles, commerciales ou à forme commerciale ou dans des associations commerciales, ainsi qu'aux expositions, offres et ventes publiques d'obligations, bons de caisse et autres titres d'emprunt, quel qu'en soit l'emprunteur et, généralement, aux expositions, offres et ventes publiques de toutes valeurs mobilières ou de titres négociables ou non, ainsi que de tous documents représentatifs de telles valeurs ou de tels titres ou conférant droit à leur acquisition (...)*".

La notion de "*titres et valeurs*" utilisée dans la réglementation des émissions publiques (marché primaire) est relativement ambiguë en droit financier et recouvre des acceptions diverses. Le droit financier a également recours aux termes "*valeurs mobilières*" et, plus récemment, "*instruments financiers*"[61], lesquels sont plutôt réservés à la réglementation concernant les marchés financiers (marché secondaire). Ce dernier vocable serait toutefois moins large que celui des titres pouvant faire l'objet d'une émission publique soumise au titre II de l'arrêté royal du 9 juillet 1935[62]. On ne peut que souhaiter une uniformisation de la terminologie utilisée dans la réglementation du marché primaire et celle du marché secondaire.

Les titres et valeurs visés recouvrent[63] les titres représentatifs du capital ou non, conférant le droit de vote ou non, ainsi que les titres donnant droit à la souscription ou à l'acquisition de tels titres ou à la conversion en de tels titres: actions avec ou sans droit de vote, parts bénéficiaires, warrants secs, ... On regroupe également sous ce terme toutes les valeurs représentatives d'un prêt, quel que soit l'emprunteur: obligations ordinaires, convertibles ou avec droit de souscription, échangeables ou remboursables en actions, hypothécaires, bons de caisse, certificats immobiliers, ...

Il importe peu que les titres soient cotés ou non.

**37.** Par contre, les produits d'assurance-vie "*branche 23*"[64], les titres émis ou garantis par les pouvoirs publics, les euro-obligations (sauf dans certains cas), ou encore les ventes publiques ordonnées par justice ou organisées par une bourse échappent au contrôle de la CBF.

**38.** Les plans offerts aux travailleurs portent essentiellement sur des options, des droits de souscription, des warrants ou des actions. La qualification comme "*titres et valeurs*" ne suscite dès lors aucune difficulté.

## III. Le contrôle de la CBF

**39.** Si l'offre de titres est publique, tels que ces critères ont été définis ci-dessus, au sens de l'arrêté royal du 7 juillet 1999, donc si en pratique, elle concerne plus de 50 travailleurs et/ou tiers en Belgique, elle sera soumise au contrôle préalable de la CBF.

---

[56] Ch. Park et H. Wouters, *op.cit.*, n°18, p.33.

[57] Nous soulignons.

[58] G. T'Jonck, *op.cit.*, n° 112, p.502.

[59] Voyez ci-après n°93 et suivants.

[60] Voyez ci-dessus n°28.

[61] La notion d'instrument financier a été introduite en droit belge par la loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements, modifiée par la loi du 2 août 2002.

[62] B. Feron et B. Taevernier, *op.cit.*, p.118.

[63] Pour d'autres exemples, voyez B. Feron et B. Taevernier, *op.cit.*, pp.123-127.

[64] Les produits d'assurance-vie "branche 23" sont soumis au contrôle de l'Office de contrôle des assurances.

### *A. L'avis préalable à la CBF*

**40.** En principe, au moins un mois avant le début de l'opération, la CBF doit être informée de l'intention de l'émetteur de réaliser une offre publique et doit recevoir le dossier, à savoir des documents de référence sur la société émettrice, le projet de prospectus et tous les documents qui seront remis au personnel ou diffusés lors de l'opération. Le prospectus est le document de référence qui décrira l'émetteur, l'offre et également, le régime fiscal et de sécurité sociale de l'offre.

### *B. La procédure d'approbation par la CBF*

#### 1. Le principe

**41.** Le principe est que l'offre, soit la distribution de documents ou d'informations au personnel pour l'inviter à accepter des titres, ne peut se faire qu'après l'approbation d'un prospectus par la CBF. Aucun document ne peut être remis au personnel s'il n'a été préalablement approuvé par la CBF. Il en sera ainsi notamment pour les brochures plus commerciales remises parallèlement au prospectus et pour les lettres qui l'accompagnent généralement et qui émanent de la direction[65].

**42.** Le contenu de la présentation publique de l'offre souvent organisée par les sociétés dans un souci didactique ne doit pas être approuvée préalablement par la CBF si aucun support n'est remis au personnel. La CBF encourage d'ailleurs les sociétés à organiser des séances d'information aux travailleurs[66]. Bien sûr, la société veillera à ne pas s'écarter dans sa présentation orale du contenu du prospectus et à respecter l'objectivité et la modération nécessaires.

**43.** Avant le lancement formel de l'opération de souscription, il n'est pas rare que la société commence déjà sa communication, soit que le plan belge ait été précédé d'un plan similaire dans un autre pays, soit que le plan belge soit émis à l'occasion d'une circonstance particulière affectant la société, une fusion ou un anniversaire médiatisé. Afin d'éviter toute violation de la législation financière, la société ne communiquera aucune information précise sur l'opération avant son approbation par la CBF. L'information préalable se limitera à ce stade à l'existence d'un plan en préparation et aux dates possibles de l'opération. Il sera toujours précisé que le plan devra être soumis pour approbation à la CBF et que jusqu'à la date de l'approbation, le projet de prospectus reste susceptible de modification. Le projet de prospectus ne devra pas être commenté publiquement, ni bien sûr distribué avant son approbation. En effet, le prospectus étant le document central visant à assurer l'information, celle-ci ne peut pas être donnée préalablement à la distribution du prospectus.

#### 2. Le responsable du prospectus

**44.** La personne responsable de la rédaction du prospectus est l'émetteur de l'offre[67]. Il ne s'agira pas toujours de l'employeur des travailleurs bénéficiant de l'offre, principalement dans les groupes. Le plus souvent en effet, l'offre porte sur les titres de la société-mère cotée et toutes, ou certaines filiales du groupe peuvent en faire bénéficier des membres de leur personnel.

En outre, dans chaque prospectus, il sera indiqué le nom de la personne ou des personnes qui assument la responsabilité du prospectus ou le cas échéant de certaines parties de celui-ci avec dans ce cas mention de cette partie[68].

Si plusieurs personnes sont désignées responsables dans le prospectus, elles sont responsables solidairement envers les tiers investisseurs malgré toute stipulation contraire.

#### 3. La procédure

**45.** Deux procédures sont prévues par la loi pour l'approbation des prospectus: la procédure normale[69] et la procédure accélérée[70].

*a) La procédure normale*

**46.** La procédure normale d'approbation du prospectus est le plus souvent suivie, surtout en cas d'émission réservée aux membres du personnel. L'émetteur transmet son dossier à la CBF au moins un mois avant le début de l'opération. Le projet de prospectus est souvent approuvé par la CBF, après les corrections ou modifications demandées par cette dernière, avant l'expiration de ce délai.

*b) La procédure accélérée*

**47.** La procédure accélérée instaurée par l'arrêté royal du 13 février 1996 fixant une procédure accélérée moins

---

[65] Dans son dernier rapport annuel (2001-2002, p.94), la CBF rappelle que "*tout avis, affiche, annonce et autre document annonçant l'offre ne peut être publié qu'après avoir été approuvé par la Commission et doit indiquer qu'un prospectus est disponible et comment il est possible de se le procurer*».

[66] Rapport CBF, 2001-2002, p. 94.

[67] Pour une analyse de l'identité des responsables du prospectus et de l'étendue de leur responsabilité, voyez V. De Schrijver, "Prospectusaansprakelijkheid", in *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Maklu, 1996, p.337 et G. Schrans et E. Wymeersch, *Financiële herregulering in België*, Kluwer, 1990, p.128.

[68] Le prospectus contiendra l'attestation de ces personnes qu'à leur connaissance et pour la partie du prospectus dont elles assument la responsabilité, les données de celui-ci sont conformes à la réalité et ne comportent pas d'omissions de nature à altérer la portée du prospectus.

[69] Article 26 de l'arrêté royal du 9 juillet 1935.

[70] Arrêté royal du 13 février 1996.

coûteuse pour l'approbation du prospectus d'inscription d'instruments financiers à un marché d'une bourse de valeurs mobilières[71] (ci-après "*l'arrêté royal du 13 février 1996*") pourra être suivie pour les émissions destinées aux membres du personnel si les titres destinés à ceux-là font l'objet d'une demande d'inscription au marché d'une bourse de valeurs mobilière belge (d'admission aux négociations sur un marché réglementé belge)[72]. Les personnes qui souhaitent bénéficier de la procédure accélérée doivent adresser leur demande d'approbation avec la mention "*procédure accélérée*".

"*La procédure accélérée se distingue de la procédure classique prévue au Titre II de l'AR n° 185 par l'instauration d'étapes successives assorties de délais qui s'imposent tant à l'émetteur qu'à la CBF pour les différentes phases d'examen du dossier*"[73]. Dès le lendemain de la réception du dossier, la CBF doit notifier que celui-ci est en état d'être examiné ou communiquer au demandeur les éléments manquants. L'émetteur dispose de dix jours pour compléter son dossier. En cas de dépassement de ce délai, sa demande est retirée de plein droit. Le jour suivant la réception de tous les éléments manquants, la CBF notifie que le dossier est en état d'être examiné au fond. La CBF dispose ensuite de deux ou quatre jours, selon le cas, pour l'examen au fond du dossier. Dans ce délai, en principe, la CBF prend une décision définitive positive concernant le dossier ou communique ses remarques et demandes d'informations complémentaires. Dans ce dernier cas, dans les deux jours qui suivent la réponse de l'émetteur aux remarques de la CBF, la CBF notifie sa décision définitive.

**48.** La procédure accélérée est très peu utilisée pour les émissions publiques réservées aux membres du personnel pour des raisons de fond (absence de demande d'admission aux négociations sur un marché réglementé belge des titres destinés au personnel) mais aussi parce que la procédure normale est plus souple (également pour l'émetteur qui n'est pas tenu à des délais précis) et en définitive pas beaucoup plus longue que la procédure accélérée. La procédure normale en effet ne dépasse pas un mois[74]. Il est peut-être anecdotique de relever qu'en 1990, E. Wymeersch qui n'était pas encore le président de la CBF, écrivait que l'approbation devrait intervenir dans les 15 jours du dépôt du dossier[75]. L'usage généralisé par la CBF des transmissions par e-mail[76] est d'ailleurs de nature aujourd'hui à encore raccourcir les délais.

### 4. Le contenu du dossier

**49.** Après des décennies de pragmatisme et d'absence de réglementation, et notamment en raison de la nécessaire harmonisation européenne, la loi[77] détermine désormais le contenu du dossier qui doit être remis à la CBF par toute société qui se propose de réaliser une émission publique en Belgique.

---

[71] Pour un exposé détaillé de cette procédure, voyez V. De Schryver, "Prospectusvereisten na de inwerkingtreding van het KB van 13 februari 1996", *Rev. Banque*, 1996, p.603.

[72] A condition que cette demande se situe dans le champ d'application de l'article 4 de l'arrêté royal du 13 février 1996. L'arrêté royal s'applique aux demandes d'inscription à un marché boursier belge des instruments financiers suivants: 1° lorsque l'opération projetée concerne des instruments financiers émis dans le cadre d'une procédure d'information dissociée 2° lorsque l'opération projetée concerne des instruments financiers émis par une société dont les actions sont inscrites au premier marché d'une bourse de valeurs mobilières belge 3° lorsque l'opération projetée concerne des obligations émises par une société dont des obligations sont inscrites au premier marché d'une bourse de valeurs mobilières belge 4° lorsque l'opération projetée concerne des obligations garanties irrévocablement et inconditionnellement par un Etat membre de la Communauté européenne ou une de ses entités fédérées 5° en cas de demande de dispense partielle ou totale de l'obligation de publier un prospectus en application de l'article 6 de l'arrêté royal du 18 septembre 1990 6° en cas de demande de reconnaissance en Belgique d'un prospectus approuvé, ou dont l'approbation est demandée, dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou d'une dispense totale de prospectus accordée ou demandée, dans un autre Etat membre de la Communauté européenne conformément à l'arrêté royal du 14 novembre 1991 7° lorsque l'opération projetée concerne des instruments financiers émis par une société dont les actions sont inscrites, depuis trois ans au moins, au premier marché d'une bourse de valeurs mobilières d'un autre Etat membre de la Communauté européenne et que la société a respecté, au cours de cette période, toutes les obligations d'information qui lui incombaient du fait de cette inscription 8° lorsque l'opération projetée concerne des instruments financiers émis par une société dont les actions sont inscrites depuis au moins deux ans, au second marché d'une bourse de valeurs mobilières belge et que la société a respecté, au cours de cette période, toutes les obligations d'information qui lui incombaient du fait de cette inscription 9° lorsque l'opération projetée concerne des instruments financiers émis par une société dont les actions sont inscrites depuis trois ans au moins à un marché non réglementé d'un autre Etat membre de la Communauté européenne ou à un marché réglementé ou non réglementé d'un pays tiers à la Communauté européenne, à condition que les sociétés dont les instruments financiers sont inscrits sur ce marché soient soumises, en matière d'information du public, à une réglementation et à un contrôle équivalents à ceux applicables sur les marchés visés au 7°.

[73] Circulaire CBF du 30 juillet 1996 relative au "*guide pratique-procédure accélérée*".

[74] Même si la réforme de la CBF à la suite de la loi du 2 août 2002 semble être la cause, actuellement, d'un certain allongement des délais.

[75] G. Schrans et E. Wymeersch, *op.cit.*, p.124: "*De beslissing zou alsdaan binnen de 15 dagen van de aanmelding moeten tussenbeide komen*".

[76] Les circulaires de 1999 (voyez ci-dessous n°54) disposent d'ailleurs qu'un numéro de fax et/ou une adresse e-mail devra être communiquée pour que la CBF puisse adresser ses avis et communications. La circulaire de la CBF du 3 mars 2003 précise d'ailleurs que le dossier est introduit par courrier ou par porteur et par e-mail.

[77] Depuis la loi du 9 mars 1989 modifiant l'arrêté royal du 9 juillet 1935 et l'arrêté royal du 18 septembre 1990.

*a) Le prospectus abrégé*

**50.** Le prospectus destiné au personnel est un prospectus abrégé[78] sur la base de l'article 10, c, de l'arrêté royal du 31 octobre 1991 relatif au prospectus à publier en cas d'émission publique de titres et de valeurs (ci-après "*l'arrêté royal du 31 octobre 1991*") pour les sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé belge et sur la base de l'article 6, 3°, d) de l'arrêté royal du 18 septembre 1990 relatif au prospectus à publier pour l'inscription de valeurs mobilières au premier marché d'une bourse de valeurs mobilières (ci-après "*l'arrêté royal du 18 septembre 1990*") pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé belge. En effet, "*en cas d'émission publique de titres et valeurs offerts par l'employeur ou en cas d'inscription au premier marché d'une bourse de valeurs mobilières d'actions attribuées aux travailleurs, la Commission bancaire et financière accorde de manière systématique une dispense partielle à l'obligation d'établir un prospectus*"[79].

**51.** Le prospectus abrégé doit comprendre une partie formelle (mention de l'approbation par la CBF, nom de la personne responsable, nom de la personne de contact en Belgique auprès de laquelle des renseignements complémentaires pourront être obtenus par les travailleurs), une partie consacrée à la présentation de la société émettrice en ce compris la présentation des comptes annuels des trois dernières années, l'évolution du cours de bourse de l'action (ou de la valeur de marché), la politique de distribution de dividendes et une partie centrale décrivant le plan proposé aux travailleurs.

Le plan devra être expliqué précisément (avec notamment des informations pour la fixation du prix d'exercice, des périodes d'exercice) et les conséquences de la souscription au plan être détaillées. La partie fiscale est particulièrement importante[80] afin que les travailleurs soient parfaitement informés des conséquences de leur souscription, en particulier si le plan est soumis à la loi du 26 mars 1999[81]. Il est également important que les conséquences d'un décès, d'une démission ou d'un licenciement sur les droits des travailleurs soient clairement expliqués. En effet, il n'est pas rare que les plans prévoient que la démission ou le licenciement, surtout pour faute grave, entraînent la déchéance du droit d'exercer les options ou les droits de souscription. Dans ces cas, le travailleur aura éventuellement[82] supporté un impôt sans pouvoir cependant convertir ses options ou droits de souscription en actions, il supportera dès lors une perte, risque dont il doit être informé avant de souscrire au plan de participation qui lui est offert.

**52.** Relevons que si le plan est mixte, c'est-à-dire tant en faveur de travailleurs que d'autres personnes (comme des administrateurs, des consultants externes ou des sous-traitants par exemple, visés par le régime fiscal favorable de la loi du 26 mars 1999), la dispense partielle ne pourra pas être utilisée pour les offres publiques de titres non admis aux négociations sur un marché réglementé belge et un prospectus complet devra être établi "*ce qui peut se justifier dans ce cas eu égard au fait que les destinataires du plan ne connaissent pas aussi bien l'entreprise que les membres du personnel et, également, eu égard au fait, que l'émetteur est une société non cotée qui n'a aucune obligation en matière de publication d'information périodique ou occasionnelle et qui est donc peu connue*"[83].

**53.** Si l'émission destinée aux membres du personnel porte sur des titres dont l'émetteur demande également l'admission aux négociations sur un marché réglementé belge, l'arrêté royal du 18 septembre 1990 sera d'application. Si par contre, l'émission porte sur des titres qui ne font pas l'objet d'une telle demande, l'arrêté royal du 31 octobre 1991 sera d'application sauf si l'émetteur choisit de soumettre son émission à l'arrêté royal du 18 septembre 1990.

**54.** Le contenu du dossier à déposer à la CBF en cas d'émission d'options sur actions et le schéma du prospectus abrégé sont détaillés dans deux circulaires de la CBF de novembre 1999 selon que les titres des sociétés sont cotés ou non sur un marché réglementé belge[84]. Selon le dernier rapport de la CBF, ces circulaires devraient être prochainement modifiées[85].

La circulaire de la CBF du 3 mars 2003 a établi une série d'instructions pratiques visant à uniformiser la procédure à suivre par l'introduction et le traitement des dossiers d'émission.

**55.** Le prospectus abrégé se présente donc comme un document, en général, d'une vingtaine de pages. La CBF exige utilement que ce document soit accompagné d'une table des matières afin d'en faciliter la lecture. Il n'en reste pas moins que ce document reste aride pour des travailleurs peu habitués aux matières financières et pour qui l'offre de souscription de leur société constitue souvent la première, et parfois la seule, entrée dans le monde de la finance.

---

[78] Rapport CBF, 1998-1999, p.109.

[79] P. Lambrecht, "Les émissions réservées au personnel et le droit financier", in *La participation des travailleurs au capital et aux bénéfices des sociétés. Commentaire de la loi du 22 mai 2001*, Bruylant, 2001, p.303.

[80] Pour les plans réservés aux travailleurs ainsi que dans le cadre de toute émission publique. Voyez rapport CBF, 1999-2000, p.76.

[81] En vertu de laquelle l'impôt est dû à l'attribution de l'option sur une base forfaitaire et ce même si les options ne sont pas exercées.

[82] Si le plan est soumis à la loi du 26 mars 1999.

[83] Rapport CBF, 1998-1999, p.109.

[84] Une autre circulaire devra être d'application si des warrants sont émis au bénéfice des travailleurs: circulaire D2/F/2000/2 du 19 juin 2000.

[85] Rapport CBF, 2001-2002, p.95.

**56.** Il ressort du dernier rapport de la CBF que pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé belge ou étranger présentant des garanties d'information similaires à celles requises en Belgique, le prospectus abrégé exigé par la CBF pourra à l'avenir être encore plus abrégé. En effet, par l'usage notamment d'internet, beaucoup d'informations financières sont aisément accessibles. En conséquence, pour autant que l'information financière soit disponible dans la langue du travailleur ou en anglais[86], la CBF autorise l'émetteur d'une offre réservée au personnel à limiter le contenu du prospectus à la description des éléments suivants:

- description des modalités de l'offre et des caractéristiques des titres offerts;
- conséquences patrimoniales pour le membre du personnel de l'acquisition des titres offerts (nature du risque couru et régime fiscal des titres offerts);
- chiffres clés de l'émetteur et graphique de l'évolution des cours et des volumes sur une période significative (idéalement, une période correspondant à la durée d'incessibilité des titres).

La CBF exige toutefois qu'un renvoi clair et précis au lieu où les autres informations normalement requises dans un prospectus peuvent être obtenues, par exemple les informations générales sur l'émetteur, ses titres et ses actionnaires, tant en version électronique qu'en version imprimée, soit fait dans le prospectus. Bien entendu, l'émetteur devra faire en sorte que cette information soit effectivement disponible.

Cette modalité d'information du personnel est valable tant pour les offres ponctuelles que pour les plans d'achat d'actions ou pour les plans d'attribution d'options, qui ont un caractère continu.

La CBF annonce elle-même dans son rapport que *"les circulaires de la Commission seront adaptées pour refléter ce changement de politique"*[87].

*b) Les autres documents*

**57.** Outre le prospectus abrégé lui-même, le dossier à présenter à la CBF doit comprendre notamment des statuts à jour de la société émettrice, les derniers bilans et la copie de la décision de l'organe compétent ayant décidé de l'attribution de titres aux membres du personnel. Ces autres documents ne devront pas être distribués aux bénéficiaires de l'offre. Toutefois, le dernier rapport annuel devra être disponible sur version papier ou via le site web de l'émetteur.

**58.** La CBF conserve un pouvoir discrétionnaire pour poser les questions qu'elle estime opportunes ou demander la production de documents complémentaires afin de fonder son opinion sur le contenu du prospectus[88].

*c) La langue du prospectus*

**59.** En vertu des articles 15 de l'arrêté royal du 31 octobre 1991 et 24 de l'arrêté royal du 18 septembre 1990, *"le prospectus doit être rédigé dans l'une des langues nationales au moins, dans le respect des règles du droit belge éventuellement applicables ou, à défaut de telles règles, dans une autre langue, à condition que cette autre langue soit usuelle en matière financière en Belgique et soit acceptée par la commission bancaire et financière"*.

Le prospectus et ses annexes sont donc présentés à la CBF en principe dans une des langues nationales. En effet, en vertu de la législation linguistique généralement applicable[89], l'émetteur ayant un siège d'exploitation en Belgique est tenu de présenter un prospectus dans la langue ou une des langues des régions où il est établi.

**60.** Si une seule langue est obligatoire en vertu de la législation linguistique, la CBF exige que le prospectus lui soit présenté dans cette langue[90]. Si l'émetteur veut également diffuser le prospectus dans l'autre langue, ce qui sera souvent le cas, il établit une traduction dont il assume la conformité à l'original.

Dans ce cas, la CBF exige que certaines mentions soient insérées au prospectus, à savoir:

*"- le fait qu'elles constituent une traduction du prospectus établi en langue X;*
*- le fait que seul le prospectus établi dans cette langue fait foi;*
*- la ou les personnes qui ont établi la traduction et qui déclarent en assumer la responsabilité;*
*- le lieu où la version du prospectus faisant foi peut être obtenue."*[91]

**61.** Si plusieurs langues sont obligatoires ou facultatives parce que l'émetteur a plusieurs sièges d'exploitation ou

---

[86] La CBF, en raison de sa sphère d'activités, est plus tolérante en matière linguistique que le législateur. L'emploi des langues étant en Belgique une matière non seulement complexe mais encore problématique, nous conseillons aux entreprises employant des travailleurs en Belgique la plus grande prudence en la matière. Voyez ci-dessous n°59 et suivants.

[87] Rapport CBF, 2001-2002, p.95.

[88] G. Schrans et E. Wymeersch, *op cit*, pp.114 et sv.

[89] Il s'agit d'une part, des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées par arrêté royal du 18 juillet 1966, et d'autre part, des décrets communautaires du 19 juillet 1973 et du 30 janvier 1982 respectivement du Conseil culturel de la Communauté néerlandaise et du Conseil de la Communauté française, tels que ces deux décrets ont été partiellement annulés par la Cour d'arbitrage.

[90] Rapport CBF, 1998-1999, p.105.

[91] Rapport CBF, 1998-1999, p.106.

est situé dans la région de Bruxelles-Capitale, l'examen complet par la CBF portera, en pratique, sur une des versions linguistiques, au choix de l'émetteur. L'émetteur devra veiller à la conformité des différentes versions linguistiques par l'indication sur toutes ces versions que leur concordance a été vérifiée ainsi que du nom de la personne ou des personnes qui ont procédé à cette vérification et qui déclarent en assumer la responsabilité[92].

**62.** Pour les émetteurs n'ayant aucun siège d'exploitation en Belgique, la CBF se montre beaucoup plus tolérante, notamment pour admettre l'usage de l'anglais[93]. La CBF a établi des règles applicables en la matière, l'objectif étant l'équilibre entre l'intérêt de l'émetteur, parfois confronté à de multiples places financières et à de nombreuses langues, et celui de l'investisseur dont l'information doit être assurée. Or, l'information donnée dans une langue étrangère peut créer un déficit d'information.

La ligne de conduite déterminée par la CBF à la fin des années 90 est la suivante[94]:

- lorsqu'il s'agit d'une émission d'un produit standard s'adressant à grande échelle au public en Belgique, l'usage de la langue anglaise ne sera admis que si la version anglaise est accompagnée d'une traduction en français et/ou en néerlandais (selon la région linguistique à laquelle on s'adresse).
- s'il s'agit d'une simple demande d'admission à la négociation non accompagnée d'une offre en vente et/ou en souscription publique en Belgique de titres sur le marché EASDAQ, aucune traduction ni résumé du prospectus en anglais ne sera exigé dans une langue nationale;
- dans tous les autres cas, le prospectus en langue anglaise sera admis s'il est accompagné d'un résumé en langue néerlandaise et française.

Les plans de souscription offerts aux travailleurs tombent dans cette dernière catégorie et la CBF ne s'oppose pas à la communication d'annexes en anglais sur la base des articles 15 de l'arrêté royal du 31 octobre 1991 et 24 de l'arrêté royal du 18 septembre 1990.

Dès lors, si l'émetteur n'a pas de siège d'exploitation en Belgique, seul un résumé du prospectus en français ou en néerlandais est requis. Toutefois, la réglementation linguistique dans les relations de travail est beaucoup plus réglementée. Souvent l'émetteur est la société-mère étrangère sans siège d'exploitation belge. Sa filiale, par contre, sera tenue au respect des réglementations linguistiques. Or, en vertu de décrets régionaux, l'usage du français en région wallonne[95] et du néerlandais en région flamande[96] est imposé dans les relations de travail sous peine de nullité. Dans la région de Bruxelles-Capitale, l'employeur devra utiliser le français ou le néerlandais selon la langue du travailleur.

En raison de l'application de ces règles de droit social au plan de participation proposé aux travailleurs, lequel s'inscrit dans la relation de travail[97], il est recommandé, malgré la plus grande tolérance du droit financier, de traduire le plan dans les deux langues et d'éviter dans les documents remis aux travailleurs autant que possible l'usage d'une autre langue. La traduction du seul résumé en français ou en néerlandais peut poser problème en cas de conflit avec le travailleur. A cet égard, l'approbation par la CBF de l'opération ne permettra pas à la société émettrice, et surtout à l'employeur, d'éviter la contestation des documents.

Si le plan est proposé par une société émettrice étrangère et si la société belge n'intervient pas dans la gestion du plan, la décision d'attribution d'options ou de droits de souscription, le risque linguistique est toutefois restreint.

Remarquons que la règle linguistique est la même pour les plans non soumis au contrôle de la CBF en raison d'un seuil de travailleurs inférieur à 50 personnes.

### 5. Le contenu de l'approbation

**63.** L'approbation par la CBF n'est pas un aval ni un blanc seing. Selon les termes de l'article 29 ter § 1, al. 1 de l'arrêté royal du 9 juillet 1935, complété par la loi du 9 mars 1989, "*cette approbation ne comporte aucune appréciation de l'opportunité et de la qualité de l'opération ni de la situation de celui qui la réalise*". L'approbation par la CBF doit être mentionnée dans les termes précités dans le prospectus.

Le contrôle de la CBF a pour objectif de vérifier que l'information donnée est objective, fiable et complète. La CBF ne se prononce pas sur la qualité des titres offerts mais veille à ce que le destinataire de l'offre, par exemple un travailleur de la société, soit correctement informé avant de décider de souscrire à l'offre[98]. Même si les travailleurs d'une société sont plus informés en général que des tiers à

---

92 Rapport CBF, 1998-1999, p.106.

93 Aucune autre langue étrangère ne semble pouvoir être acceptée à défaut d'être usuelle en matière financière en Belgique.

94 Rapport CBF, 1998-1999, p.107.

95 Décret du Conseil culturel de la Communauté française du 30 juin 1982 relatif à la protection de la liberté de l'emploi des langues et de l'usage de la langue française en matière de relations sociales entre employeurs et leur personnel ainsi que d'actes et documents des entreprises imposées par la loi et les règlements.

96 Décret du Conseil culturel de la Communauté néerlandaise du 19 juillet 1973 réglant l'emploi des langues en matière de relations sociales entre employeur et travailleurs ainsi qu'en matière d'actes et de documents d'entreprises prescrits par la loi et les règlements.

97 M. Goldfays, *op cit.*, p.21.

98 "*En approuvant le prospectus ou en refusant de le faire, la Commission veille à la bonne information des actionnaires afin qu'ils puissent porter un jugement fondé ...*", Comm. Brux., 10 septembre 1992, *J.T.*, 1992, p.719.

la société, il importe de veiller à ce qu'ils soient informés conformément au droit financier avant de prendre une décision impliquant un engagement financier de leur part. Les informations requises dans le prospectus sont certes disponibles, en partie, pour le conseil d'entreprise, toutefois l'information financière reste essentielle puisque d'une part certaines sociétés visées par une offre publique n'ont pas de conseil d'entreprise et d'autre part les informations ne sont pas identiques. Enfin, l'information donnée dans le prospectus est remise à tous les bénéficiaires de l'offre et non seulement à un organe représentant les travailleurs.

### 6. Le refus d'approbation

**64.** Il est extrêmement rare qu'un prospectus ne soit pas approuvé par la CBF[99], non bien sûr que la CBF n'exerce qu'un contrôle de pur forme mais plutôt parce que les remarques de la CBF sont le plus souvent pertinentes et acceptées volontairement par l'émetteur. Lors de la phase d'approbation du prospectus, la CBF demande, le cas échéant, des compléments d'information et suggère des modifications. Dès lors, le projet final de prospectus est l'objet d'un compromis entre l'émetteur et la CBF. Il faut reconnaître aussi que le refus des remarques de la CBF entraînerait un retard dans l'approbation du prospectus, ce qui incite l'émetteur à accepter des modifications ou à s'accorder avec la CBF sur des modifications acceptables pour tous.

### *C. Les recours contre les décisions de la CBF*

**65.** Conformément à l'article 29*ter*, §3 de l'arrêté royal du 9 juillet 1935, modifié par l'article 130 de la loi du 2 août 2002, les refus de la CBF, notamment les refus d'approbation d'un prospectus d'émission publique, peuvent faire l'objet d'un recours[100]. Les décisions d'approbation par contre ne sont pas susceptibles de recours.

**66.** Précisons que la CBF est tenue de statuer dans les matières qui relèvent de sa compétence. S'il n'est pas intervenu de décision à l'expiration d'un délai de 45 jours, prenant cours à la mise en demeure de statuer qui lui est notifiée par un intéressé, le silence de la CBF est réputé constituer une décision de rejet susceptible de recours[101]. Cette règle ne préjudicie pas aux dispositions spéciales qui établissent un délai différent ou qui attachent des effets différents au silence de la CBF.

**67.** Avant l'adoption de la loi du 2 août 2002, le recours devait être formé dans les 15 jours de la notification du refus de la CBF et adressé au Ministre des finances, lequel avait deux mois pour statuer. Le recours n'était ouvert qu'aux personnes qui avaient donné l'avis d'offre à la CBF.

**68.** Désormais, conformément à l'article 121, §1er de la loi du 2 août 2002, un recours contre toute décision susceptible de recours prise en application des dispositions du titre II de l'arrêté royal du 9 juillet 1935 est ouvert exclusivement auprès de la cour d'appel de Bruxelles. Ce recours est ouvert non seulement aux parties en cause devant la CBF, mais également à toute personne justifiant d'un intérêt.

La modification des voies de recours contre les décisions prises par la CBF en matière de prospectus s'inscrit dans le cadre d'une réorganisation globale des voies de recours en matière financière. A cet égard, certains recours ont été confiés à la cour d'appel de Bruxelles lorsqu'il apparaissait opportun de soumettre les décisions attaquées à un contrôle de pleine juridiction auprès d'une juridiction de l'ordre judiciaire, veillant au respect des droits subjectifs des justiciables. C'est le cas des décisions prises par la CBF en matière de prospectus. Des délais assez brefs ont été impartis à la cour d'appel pour l'examen des recours et ce, afin d'accélérer le traitement des contestations et satisfaire ainsi l'exigence de célérité propre au monde financier. D'autres recours contre des décisions de l'autorité administrative, eu égard à leur nature, ont été confiés au Conseil d'Etat, selon une procédure accélérée. Enfin, une procédure particulière a également été introduite en vue de régler le contentieux des offres publiques d'acquisition.

D'après l'exposé des motifs[102], les recours ouverts en matière de prospectus portent sur les décisions suivantes:

- une décision de refus d'approbation du prospectus (arrêté royal du 9 juillet 1935, art. 29*ter*, §2, 2è alinéa);
- un refus de dispense totale ou partielle de prospectus (arrêté royal du 9 juillet 1935, art. 29*bis*);
- un refus de dérogation au contenu du prospectus dans les cas prévus par la réglementation (arrêté royal du 18 septembre 1990 et arrêté royal du 31 octobre 1991);
- une interdiction d'une offre pendant un délai ne dépassant pas trois mois (arrêté royal du 9 juillet 1935, art. 28, al.2);

---

[99] Le rapport annuel de la CBF (1994-1995, pp.95-96) fait toutefois état d'un cas de refus d'approbation, le premier depuis 1935 en matière d'émission de titres, pour une offre d'actions et/ou d'options sur actions d'une société relevant du droit de Jersey, au personnel que le groupe employait en Belgique. La CBF a avisé l'émetteur que son prospectus était de nature à induire le public en erreur. Comme il n'a pas été tenu compte de l'avis de la CBF, celle-ci a refusé d'approuver le projet de prospectus concerné.

[100] Pour plus de détails, voy. Ph. Lambrecht et J.-F. Tossens, "La réforme de la surveillance du secteur financier. Article de synthèse sur la loi du 2 août 2002", *op.cit.*, pp. 57-67; G.-A. Dal, "Poursuite, sanctions et recours: questions de procédure", *Colloque AEDBF Belgium du 14 novembre 2002. La réforme des marchés financiers*, Centre Jean Renauld.

[101] Article 121, §1er, 4°, al.2 de la loi du 2 août 2002 complétant, en ce qui concerne les voies de recours contre les décisions prises par le ministre, par la CBF, par l'OCA et par les entreprises de marché et en ce qui concerne l'intervention de la CBF et de l'OCA devant les juridictions répressives, la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et modifiant diverses autres dispositions légales.

[102] Exposé des motifs de la loi du 2 août 2002, *Doc. Parl. Ch.*, 2001-2002, 50, n° 1842/001 et 1843/001, p.134.

- les décisions prises par la CBF en application des arrêtés d'exécution du titre II de l'arrêté royal du 9 juillet 1935 et notamment, de l'arrêté royal du 31 octobre 1991 et de l'arrêté royal du 13 février 1996.

Le délai de recours, prescrit à peine de nullité, est de quinze jours[103] et court à compter de la notification de la décision attaquée pour les personnes ayant reçu cette notification et à compter de la date à laquelle cette décision a été publiée ou leur a été connue, pour les autres personnes intéressées. Lorsque la CBF n'a pas statué dans le délai qui lui est imparti par la loi, le délai de recours court à compter de l'échéance de ce délai[104].

**69.** Pour éviter tout encombrement inutile de la cour d'appel de Bruxelles et permettre à la CBF de reconsidérer sa position, le demandeur doit solliciter préalablement à l'introduction de son recours, par lettre recommandée avec accusé de réception, le retrait ou la modification de la décision incriminée auprès du comité de direction de la CBF. Le recours ne peut être introduit que 15 jours après que le demandeur a introduit cette requête, sans qu'il y soit satisfait. Dans ce cas, le délai de recours est prolongé de 21 jours à compter de la date d'envoi de la lettre recommandée sollicitant le retrait ou la modification de la décision incriminée[105].

**70.** Sauf circonstances dûment motivées, la cour d'appel de Bruxelles dispose d'un délai de 60 jours à compter de l'introduction de la demande, pour statuer sur le recours[106]. S'agissant d'un contrôle de pleine juridiction, la décision de la cour d'appel se substitue entièrement à la décision prise par la CBF. En principe, le recours n'est pas suspensif de la décision de la CBF, sans préjudice de la possibilité pour la cour d'appel d'ordonner avant dire droit la suspension de l'exécution de la décision de la CBF lorsque le demandeur invoque des moyens sérieux susceptibles de justifier la réformation de la décision et lorsque l'exécution immédiate de celle-ci risque de causer un préjudice grave et difficilement réparable[107].

**71.** Un recours similaire est ouvert à l'émetteur, à la personne ayant demandé l'admission de l'instrument financier ainsi qu'à la CBF, auprès de la cour d'appel de Bruxelles, contre les décisions prises par l'entreprise de marché en matière d'admission, de suspension ou de radiation d'instruments financiers, à la cotation ou aux négociations sur un marché réglementé belge[108]. Dans ce cas, le délai de recours est toutefois porté à 30 jours à compter de la notification de la décision[109].

**72.** Les décisions de la cour d'appel de Bruxelles ne sont pas susceptibles de recours, sauf le recours en cassation.

### *D. Les règles de conduite*

**73.** La loi du 2 août 2002 actualise les articles 36 à 38 de la loi du 6 avril 1995, qui énumèrent certaines règles de conduite devant être respectées par les intermédiaires financiers opérant sur le marché secondaire[110]. Le marché primaire échappait au champ d'application de ces règles de conduite. Cette époque est à présent révolue puisque l'article 29 de la loi du 2 août 2002 prévoit que le Roi "*peut arrêter des règles de conduite que les offrants doivent respecter dans l'information et la mise en œuvre d'offres en vente ou en souscription publiques d'instruments financiers en Belgique, accompagnées ou non de l'admission de ces instruments aux négociations sur un marché réglementé belge*". Le Roi est également habilité à arrêter des règles de conduite à observer par les intermédiaires financiers lorsqu'ils interviennent dans des émissions publiques en qualité de chef de file ou de membre d'un syndicat de prise ferme ou de placement.

Certaines règles de conduite énumérées par l'article 26 de la loi du 2 août 2002 sont aisément transposables en matière d'offre publique. On peut ainsi imaginer que l'obligation d'agir loyalement et équitablement, et avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent, au mieux des intérêts des investisseurs et de l'intégrité du marché ou encore l'obligation de s'informer de l'expérience des destinataires de l'offre en matière d'opérations sur les instruments financiers concernés, de leurs objectifs, de leur situation financière et des restrictions auxquelles ils pourraient être soumis pour leurs opérations sur instruments financiers, sera imposée aux offrants.

**74.** L'introduction des règles de conduite dans la réglementation des émissions publiques devrait permettre de sanctionner des comportements qui échappaient jusqu'à présent au contrôle de la CBF, lequel est limité à la vérification du prospectus et à la clarté de l'information contenue dans ce dernier en vue de permettre au public de porter un jugement fondé sur la nature de l'affaire et sur les droits attachés aux titres[111].

---

[103] Article 121, §2, al.2 de la loi du 2 août 2002.

[104] Article 121, §2, al.3 de la loi du 2 août 2002.

[105] Article 121, §2, al.4 de la loi du 2 août 2002.

[106] Article 121, §5, de la loi du 2 août 2002.

[107] Article 121, §6, de la loi du 2 août 2002.

[108] Article 123, §1er, de la loi du 2 août 2002.

[109] Article 123, §3, de la loi du 2 août 2002.

[110] Article 26 de la loi du 2 août 2002.

[111] Ph. Lambrecht et J.-F. Tossens, "La réforme de la surveillance du secteur financier. Article de synthèse sur la loi du 2 août 2002", *op.cit.*, p.29, n° 92.

La pratique avait déjà mis en exergue un certain nombre de problèmes dans le cadre du fonctionnement du marché primaire, liés principalement au délai de mise à disposition et à la disponibilité effective du prospectus, à l'égalité de traitement des investisseurs, au phénomène des sur-souscriptions, massives dans certains cas, et au contenu du prospectus en ce qui concerne, d'une part, la justification du prix d'offre ou de la fourchette de prix devant servir de base à la détermination du prix définitif et, d'autre part, les perspectives de l'émetteur. Pour pallier ces problèmes, la CBF avait pris l'initiative de formuler certaines règles de conduite dans le cadre du fonctionnement du marché primaire[112]. Ces règles ne valaient toutefois que comme recommandations et les investisseurs se réjouiront de les voir dorénavant consacrées et même renforcées par la loi.

### *E. Les sanctions*

#### 1. Les sanctions pénales

**75.** Si une offre publique est diffusée sans l'approbation préalable de la CBF, l'émetteur est passible d'une sanction d'un à six mois d'emprisonnement et d'une amende de 250 à 5.000 euros.

Sur la base des avis de la CBF et des rapports annuels, il ne semble pas que des émetteurs d'offres publiques destinées aux membres du personnel aient déjà été sanctionnés pour violation de la législation financière. Or, il ne fait aucun doute que, souvent par ignorance, des offres publiques ne sont pas soumises à la CBF et donc a fortiori approuvées par elle. Le caractère relativement restreint et en tout cas fermé, donc plus confidentiel, des offres aux membres du personnel explique sans doute l'absence de sanctions, à ce jour.

#### 2. Les sanctions commerciales

**76.** La diffusion d'un prospectus non approuvé ou la réalisation d'une offre publique sans prospectus constitue un manquement aux usages honnêtes en matière commerciale qui pourrait fonder l'intervention du juge des cessations[113].

#### 3. Les sanctions civiles

**77.** Selon la CBF[114] *"si une offre publique d'options aux membres du personnel d'une société a été réalisée sans prospectus approuvé par la Commission, il y a un risque que les acquisitions d'options réalisées sur la base de cette offre soient annulées par voie judiciaire, éventuellement avec dommages et intérêts à charge de l'auteur de l'irrégularité. S'agissant de la violation de dispositions sanctionnées pénalement, cette nullité risque d'être considérée comme absolue et dès lors non susceptible de confirmation".*

**78.** La CBF refuse évidemment d'approuver un prospectus a posteriori puisque l'objectif de l'approbation est de vérifier que les souscripteurs seront correctement informés des conditions de l'offre et de ses conséquences, avant de souscrire. Il est donc exclu qu'une ratification d'un prospectus, étranger par exemple, intervienne après l'opération.

**79.** Beaucoup de sociétés, parfois même des sociétés importantes, ont omis de demander l'approbation préalable de leur prospectus, souvent par ignorance des règles applicables en Belgique. Ce défaut d'approbation, outre les sanctions pénales, pourrait avoir des conséquences civiles également. En effet, si un travailleur dont les options ne seront pas levées, en raison de la chute du cours du titre sous-jacent ou par la déchéance de ses options suite à son départ de la société, invoquait le défaut d'approbation d'un prospectus pour demander la nullité de l'opération, l'émetteur ou l'employeur de ce travailleur pourrait se voir condamner à lui verser des dommages-intérêts. La charge fiscale supportée par le travailleur devrait en tout cas être indemnisée[115].

Plusieurs sociétés confrontées à ce défaut de prospectus auraient souhaité régulariser la situation. L'approbation a posteriori étant exclue, l'annulation de l'opération viciée et son remplacement par une opération licite peut être envisagée. Cette procédure peut être lourde et difficile à mettre en place tant d'un point de vue humain que financier (puisque le cours du titre sous-jacent aura probablement évolué). De plus, d'un point de vue fiscal, l'opération de réparation pourra se heurter à l'écueil de la taxation.

La CBF s'est penchée sur cette question. Il ressort de son dernier rapport annuel[116] que sur interpellation de la CBF, l'administration fiscale a indiqué que *"dans le cadre de l'application de la loi fiscale du 26 mars 1999, elle considère que l'annulation volontaire d'une attribution irrégulière d'options au personnel ne peut donner droit au remboursement de l'impôt payé par le membre du personnel qui a accepté les options. Par ailleurs, si, pour régulariser la situation, une nouvelle offre des mêmes options est réalisée, sur base d'un prospectus régulièrement approuvé cette fois, l'administration fiscale considère que cette nouvelle offre constitue en principe une nouvelle attribution imposable. Toutefois, l'administration fiscale, prenant en considération les contraintes de la législation financière, ac-*

---

[112] Lettre circulaire E/1/97 du 2 octobre 1997: Conclusions dégagées par la Commission Bancaire et Financière au terme de la table ronde sur les études publiées à l'occasion d'appels publics à l'épargne par les intermédiaires financiers et sur les règles de répartition en cas de sur-souscription d'une offre faite au public; Circulaire D2/F/2000/4 du 19 juin 2000 relative au fonctionnement du marché primaire.

[113] Feron et Taevernier, *op cit.*, p.134. Voyez ci-dessus n°34.

[114] Rapport CBF, 2001-2002, p.92.

[115] La CBF l'affirme, sortant sans doute là de son rôle, dans son dernier rapport annuel (2001-2002, p.93).

[116] Rapport CBF, 2001-2002, p.93.

*cepte qu'il soit procédé à une nouvelle offre d'options au personnel sans paiement d'un nouvel impôt pour autant, en substance, (i) que l'offre nouvelle soit accompagnée d'un prospectus dûment approuvé, (ii) que cette offre vise uniquement à remplacer les options de la première offre afin de supprimer le risque d'annulation, (iii) que cette offre ne confère aucun avantage supplémentaire aux porteurs, ce qui implique qu'elle porte sur des options dont les caractéristiques sont en tous points identiques à celles des options annulées à cette occasion, et enfin (iv) que cette offre soit réservée aux seuls membres du personnel qui n'avaient pas refusé la première offre"*[117].

### *F. La publication du prospectus*

#### 1. Le principe

**80.** En principe, l'opération peut commencer dès que le prospectus est approuvé et rendu public, c'est-à-dire soit publié par insertion dans un ou plusieurs journaux à diffusion nationale ou à large diffusion en Belgique, soit, ce qui est beaucoup plus courant, rendu public par la publication dans un de ces journaux de l'avis du dépôt d'exemplaires gratuits du prospectus auprès des organismes financiers chargés d'assurer le service financier de l'émetteur.

#### 2. La dispense de publication

**81.** Toutefois, en cas d'émission d'actions destinées au personnel et soumise à l'arrêté royal du 18 septembre 1990[118], les émetteurs peuvent demander une dispense partielle ou totale de l'obligation de publier un prospectus, notamment en application de l'article 6, 3°, d) de l'arrêté royal du 18 septembre 1990 lorsque "*les valeurs mobilières dont l'inscription au premier marché est demandée sont des actions attribuées aux travailleurs, si des actions de même catégorie sont déjà inscrites au premier marché de la même bourse*". Cette faculté de dispense est donc réservée aux seules actions attribuées aux membres du personnel. Elle n'est pas applicable aux autres titres ou valeurs attribuées aux membres du personnel.

**82.** De même, en cas d'émission de titres et valeurs destinée au personnel et soumise à l'arrêté royal du 31 octobre 1991, la CBF peut accorder une dispense partielle ou totale de l'obligation de publier le prospectus "*en cas d'émission publique de titres et valeurs offerts par l'employeur, ou par une entreprise liée, aux membres actuels ou anciens du personnel ou à leur profit*"[119].

La dispense de publication concerne donc l'ensemble des titres et valeurs attribués au personnel et non seulement les actions.

**83.** En principe, l'émetteur doit demander la dispense lors du dépôt de son dossier auprès de la CBF en visant la disposition légale précise fondant sa demande de dispense. Toutefois, la CBF semble accorder les dispenses de publication même si cette formalité n'est pas remplie, pour autant bien sûr que les conditions de fond de l'obtention de la dispense soient réunies.

### *G. Le suivi de l'émission*

#### 1. Complément au prospectus

**84.** Si entre la date d'approbation du prospectus par la CBF et la clôture de la période de souscription du plan, un événement nouveau survenait, de nature à influencer le déroulement de l'offre ou les informations données dans le prospectus, un avis circonstancié devrait être fait par l'émetteur à la CBF, laquelle décidera de la forme à adopter pour un éventuel complément au prospectus à donner au personnel. Les événements concernés sont par exemple une décision de fusion, un changement de contrôle, des résultats étonnement bons ou ... mauvais ...

A défaut d'établir un complément au prospectus, la CBF peut suspendre l'offre[120].

#### 2. Information continue de la CBF

**85.** La CBF exige de recevoir pour ses archives les versions électroniques et imprimées définitives des prospectus et documents annexes dans les deux langues.

**86.** Elle demande également d'être informée du résultat de l'opération, à savoir le nombre exact de personnes ayant décidé de souscrire à l'offre.

En raison de la loi fiscale du 26 mars 1999, le résultat des offres soumises à cette loi dépasse rarement un taux de souscription de 50%[121]. Toutefois, ce chiffre pourra considérablement varier selon la société (et en particulier son parcours boursier) mais surtout selon les conditions de déchéance du plan. Si les travailleurs perdent, par exemple, tout droit de convertir leurs options en actions en cas de départ de la société, quelle qu'en soit la cause, le taux de souscription des travailleurs au plan sera beaucoup plus faible. Par contre, si les droits d'exercice sont maintenus même en cas de départ de la société, la souscription au plan sera plus répandue parmi les travailleurs.

#### 3. Les modifications au plan

**87.** Les plans ont une durée de vie variant le plus souvent entre 3 et 10 ans. Il est donc possible que pendant cette

---

[117] Rapport CBF, 2001-2002, p.93.

[118] En cas de demande d'admission des titres aux négociations sur un marché réglementé belge.

[119] Article 10, c) de l'arrêté royal du 31 octobre 1991.

[120] Rapport CBF, 1992-1993, p. 87.

[121] Par comparaison, en France, le taux de souscription oscille entre 70% et 80%. Bulletin COB, n°336, juin 1999.

période de validité du plan, des événements affectent la société émettrice ou la société dont les travailleurs ont bénéficié du plan, que ce soit une fusion, une scission, un changement de contrôle ou toute autre décision de réorganisation. D'autres événements, extérieurs à la société émettrice ou émanant d'elle, peuvent affecter la valeur de l'action sous-jacente et donc l'intérêt du plan pour les travailleurs. Il en sera ainsi d'une chute de cours suivant un ralentissement du marché ou provoqué par la société elle-même, suite à une décision de vente partielle de ses actifs ou de distribution de dividendes, par exemple.

**88.** Les plans prévoient le plus souvent la possibilité pour les administrateurs du plan de les modifier dans certaines circonstances telles qu'une scission ou un changement de contrôle. Cela ne pose en principe pas de problème au regard du droit financier sauf si la modification entraîne une nouvelle émission publique, par exemple en cas d'échange d'options A émises par une société X (absorbée par une société Y) contre des options B émises par la société Y.

**89.** Si la modification au plan vise à compenser une baisse du cours, il convient de distinguer deux hypothèses. Soit la chute du cours est indépendante de la société émettrice, soit elle intervient après un événement dépendant de celle-ci.

Dans la première hypothèse, il s'agit souvent de dévaluer le prix d'exercice des options ou des droits de souscription pour que le prix d'exercice soit inférieur au cours de bourse à la date de cet exercice, condition financière indispensable à l'exercice des options ou des droits de souscription. Cette méthode, mieux connue sous le nom de "*repricing*", est aujourd'hui étudiée par de nombreuses sociétés en raison de la chute du cours des actions de la plupart des sociétés. En Belgique, contrairement à d'autres Etats européens[122], le "*repricing*" n'est pas interdit. Sauf si l'opération est présentée comme un échange d'options ou de droits de souscription à valeur X contre des titres de valeur X-Y, il n'y aura pas d'émission publique et dès lors pas de nouveau contrôle de la CBF. Au point de vue fiscal, il conviendra d'étudier l'impact selon que la loi du 26 mars 1999[123] trouvera ou non à s'appliquer.

Dans la seconde hypothèse, la société émettrice tentera de compenser la chute de cours qu'elle a elle-même causé pour éviter de préjudicier les travailleurs. Ce sera par exemple le cas en cas de distribution aux actionnaires des réserves de la société. Cette compensation de la chute du cours pourra s'opérer par l'attribution de nouvelles options (ou nouveaux droits de souscription) ou l'augmentation du nombre d'actions sous-jacentes, si le plan originaire l'autorise. Si de nouvelles options ou de nouveaux droits de souscription sont attribués aux travailleurs, il s'agira d'une nouvelle offre publique avec l'obligation de rédiger un nouveau prospectus. Si par contre, seul le nombre d'actions sous-jacentes est modifié, il s'agit d'une modification au plan originaire sans nécessité d'une nouvelle approbation par la CBF.

**90.** Il sera donc essentiel de rédiger soigneusement le prospectus pour garder toute liberté à la société émettrice de modifier le plan selon les circonstances et de penser correctement l'opération correctrice pour ne pas réaliser une nouvelle offre publique. Bien sûr, l'aspect fiscal devra aussi être soigneusement étudié, en particulier si le plan est soumis à la loi du 26 mars 1999[124].

**91.** En cas de doute de l'émetteur sur la qualification d'émission publique ou non de son opération, signalons que la loi du 2 août 2002 instaure une procédure de ruling.

L'article 63 de la loi du 2 août 2002 introduit une procédure de ruling en matière financière. Comme c'est déjà le cas en matière fiscale depuis plusieurs années, la CBF peut désormais être interrogée dans certaines matières qui sont identifiées par la loi ou qui le seront ultérieurement par arrêté royal, et donner par écrit un accord préalable, le cas échéant assorti de certaines conditions, sur la réalisation de l'opération proposée[125].

L'accord donné sur la base de l'article 63 de la loi lie la CBF, sauf dans les cas suivants:

1° lorsqu'il apparaît que les opérations qu'il vise ont été décrites de manière incomplète ou inexacte dans la demande d'accord;
2° lorsque ces opérations ne sont pas réalisées de la manière présentée à la CBF;
3° lorsque les effets de ces opérations sont modifiés par une ou plusieurs autres opérations ultérieures desquelles il résulte que les opérations visées par l'accord ne répondent plus à la description qui en a été donnée lors de la demande d'accord;
4° le cas échéant, lorsqu'il n'est pas ou plus satisfait aux conditions dont l'accord est assorti.

### *H. Les frais de la CBF*

**92.** La couverture des frais de fonctionnement de la CBF est décrite à l'arrêté royal du 14 février 2003. Le principe est que les frais sont à la charge des entités contrôlées (établissements de crédit, entreprises d'investissement, bureaux de change, émetteurs dans le cadre d'une émission publique ...).

La demande d'approbation d'un prospectus en cas d'émission publique entraîne en effet l'obligation de payer

---

[122] Comme le Finlande, par exemple.

[123] Voyez ci-après n°93 et suivants.

[124] Voyez ci-après n°93 et suivants.

[125] Le même pouvoir est conféré à l'OCA, dans les matières qui relèvent de sa compétence, par l'article 99 de la loi du 2 août 2002.

une contribution financière à la CBF. Le coût pour un plan d'options sur actions a été récemment fixé à 2.000 euros.

## IV. Les réglementations particulières

### *A. La loi du 26 mars 1999*

**93.** La loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses (ci-après "*la loi du 26 mars 1999*"), récemment modifiée par la loi programme du 24 décembre 2002, prévoit un régime fiscal particulier en cas d'attribution gratuite ou non d'options sur actions, obtenue en raison ou à l'occasion de l'activité professionnelle du bénéficiaire. Le régime fiscal est supposé être favorable aux bénéficiaires puisque l'avantage imposable est calculé forfaitairement sur la valeur réelle ou estimée de l'action sous-jacente au moment de l'attribution de l'option[126]. Le régime de sécurité sociale est également favorable puisque l'arrêté royal du 5 octobre 1999 exonère de cotisations sociales l'avantage retiré des options sur actions[127].

La mise en place de ce système avait pour objectif d'inciter les sociétés belges à attribuer des options à leurs travailleurs, et bénéficie également à toutes les personnes physiques qui sont en relation d'affaires (au sens large) avec la société concernée, par exemple, des sous-traitants et des fournisseurs[128].

**94.** Dans un climat de hausse boursière, l'impôt subi par le bénéficiaire au moment de l'attribution est inférieur à ce qu'il aurait été en cas d'imposition sur la plus-value au moment de la levée de l'option. Dans le climat actuel, l'imposition à l'attribution constitue plutôt une crainte pour les bénéficiaires puisque l'impôt est dû, et souvent payé, avant que la plus-value ne devienne certaine. L'impôt est dû d'ailleurs même si l'option n'est pas exercée, ce qui constituerait une perte pour le bénéficiaire égale au montant de l'impôt payé. Signalons, même si l'aspect fiscal ne sera pas abordé dans cet article de manière plus approfondie[129], que des intermédiaires ont, le plus souvent à leur propre initiative, mis sur pied des montages destinés à couvrir le risque financier lié aux options sur actions.

Selon la CBF[130], "*le développement de tels produits a soulevé la question de savoir s'ils n'appelaient pas de remarques de nature fiscale, et s'ils n'allaient pas à l'encontre de la ratio legis de la loi du 26 mars 1999 et ne présentaient pas de ce fait un risque de réputation. Dès lors, il a toujours été demandé aux intermédiaires concernés d'examiner la compatibilité de leurs produits avec la philosophie et la ratio legis de la loi du 26 mars 1999, ainsi qu'avec la règle de gestion en matière de maîtrise du risque de réputation. L'accent a été mis sur le fait que les nouveaux produits ne pouvaient avoir pour finalité ou pour conséquence de diminuer ou de neutraliser l'effet de la législation existante. Les intermédiaires ont indiqué, dans leurs réponses motivées, qu'ils estimaient respecter la ratio legis de la loi, et qu'il ressortait de plusieurs avis fiscaux et juridiques recueillis, qu'ils appliquaient correctement la législation fiscale*".

**95.** Le législateur a entendu les critiques du système fiscal mis en place et le frein qu'il constitue, selon certains, à l'expansion des plans d'options sur actions. La loi du 24 décembre 2002 apporte donc une solution partielle à l'émetteur en l'autorisant, pour les plans d'options sur actions conclus entre le 1er janvier 1999 et le 31 décembre 2002, à allonger, avant le 30 juin 2003, en accord avec les bénéficiaires des options, la période d'exercice de celles-ci de maximum 3 ans sans charge fiscale supplémentaire.

Cet accord doit être notifié à l'administration avant le 31 juillet 2003. L'objectif de cet allongement est de permettre aux bénéficiaires, notamment les travailleurs, de bénéficier au-delà de la période prévue de l'exercice des options d'un nouveau délai au cours duquel, peut-être, le cours de bourse se relèvera ... L'allongement de la durée de vie des options est avec le "*repricing*" une des techniques visant à redorer le blason des stock options dont l'intérêt financier a été mis à mal ces derniers mois.

**96.** La loi du 26 mars 1999 ne contient aucune dérogation au droit commun en ce qui concerne le droit financier. Les règles énoncées ci-dessus seront donc d'application, en particulier l'obligation de diffuser un prospectus si les conditions sont remplies.

### *B. La loi du 22 mai 2001*

**97.** La loi du 22 mai 2001 relative aux régimes de participation des travailleurs au capital et aux bénéfices des sociétés (ci-après "*la loi du 22 mai 2001*") donne un cadre légal général aux participations des travailleurs[131]. Cette loi assure un traitement fiscal et para-fiscal favorable en cas d'établissement d'un plan dans les conditions légales[132].

---

[126] B. Colmant, "Stock options: quels sont les principes de la nouvelle législation belge?", *Rev.Banque*, 1999, pp.218-223; J. Ghysbrecht et B. Colmant, "Quelques aspects juridiques, fiscaux et financiers du nouveau régime des stock options", *R.G.F.*, 1999, pp.256-281.

[127] Sauf si l'avantage est certain, c'est-à-dire si le prix d'exercice de l'option est inférieur à la valeur de l'action au moment de l'offre.

[128] Rapport CBF, 1998-1999, p. 108.

[129] Pour une analyse détaillée de la loi du 26 mars 1999, voyez notamment Ph. Malherbe et A. de Schoutheete, "Le nouveau régime tributaire des plans d'option sur actions", *J.T.*, 2000, p.433.

[130] Rapport CBF, 2000-2001, p. 67.

[131] Pour une analyse exhaustive de cette loi, voyez M. Goldfays, *op cit.*

[132] F. Platterborse, S.Schmitz et V. Nanni, "Participations bénéficiaires – Analyse des lignes de force de la loi du 22 mai 2001 relative aux régimes de participation des travailleurs au capital et aux bénéfices des sociétés", *C.F.P.*, 2002, pp. 65-87 et pp. 327-356.

En vertu de cette loi, les sociétés peuvent mettre en place un plan de participation des travailleurs à leur capital et/ou leurs bénéfices (ou ceux de leur groupe). La participation en capital est définie par la loi comme "*le montant du bénéfice de l'exercice comptable attribué aux travailleurs, en vertu du plan de participation, en actions ou parts ...*".

**98.** L'attribution d'une telle participation était susceptible d'être considérée comme une offre publique, pour autant que plus de 50 travailleurs se voient offrir la souscription au plan.

En vertu de l'article 38 de la du 22 mai 2001, l'émission publique s'inscrivant dans le cadre de la loi sera exclue de la législation financière. Dès lors, le seul fait pour une société d'attribuer des options, des actions ou des parts avec décote dans le cadre d'un plan de participation au capital soumis à la loi du 22 mai 2001 n'obligera pas la société à saisir au préalable la CBF pour lui demander d'approuver un prospectus. De même cette société ne sera évidemment pas considérée comme une société faisant appel public à l'épargne au sens du code des sociétés[133].

Selon l'exposé des motifs de la loi du 22 mai 2001[134], "*le régime de participation des travailleurs au capital et aux bénéfices des sociétés ne s'apparente guère aux opérations d'appel public à l'épargne dont la Commission bancaire et financière a la charge. Les principes qui régissent la participation des travailleurs et qui sont très clairement repris au point 2 de l'Exposé des motifs permettent de garantir la bonne information des travailleurs auxquels des plans de participation seraient proposés par le mécanisme de la concertation sociale plutôt que par la supervision de la Commission bancaire et financière*".

La dérogation de l'article 38 de la loi ne concerne que les émissions s'inscrivant dans le cadre strict de la loi et ne bénéficiera pas aux plans mis en place en vertu d'une autre réglementation, comme l'article 609 du code des sociétés[135] ou en vertu d'un plan classique réservé à certains membres du personnel[136]. La dérogation ne sera pas non plus étendue aux plans mixtes, dont les bénéficiaires ne sont pas exclusivement des travailleurs de la société émettrice ou de son groupe.

**99.** Si la société demande l'admission de nouveaux titres émis aux négociations sur un marché réglementé, le droit financier reprendra ses droits et en principe un prospectus devra être établi, sous réserve d'une demande de dispense partielle ou totale en vertu de l'arrêté royal du 18 septembre 1990 ou de l'arrêté royal du 31 octobre 1991.

**100.** Cela dit, il semble que le travail de la CBF ne soit pas appelé à diminuer dans les prochains mois, le nombre de plans soumis à la loi de 2001 étant à ce jour très restreint. Les plans classiques, toujours soumis au contrôle de la CBF, restent la voie royale des entreprises, vraisemblablement parce que l'une des conditions d'application de la loi de 2001 est que le plan soit étendu à l'ensemble du personnel de la société[137]. Peu de sociétés établissent des plans pour tous leurs travailleurs.

### *C. Le droit européen*

**101.** Fréquemment, une société émettrice, surtout si elle est la société-mère d'un groupe multinational, développera un plan de participation unique pour les travailleurs de toutes ses entités locales. Dans chaque pays, des travailleurs seront invités à participer au plan de participation.

**102.** Si un prospectus est établi dans un autre Etat de l'Union européenne, il pourra être utilisé en Belgique dans le cadre de la reconnaissance mutuelle. En vertu de l'article 1er de l'arrêté royal du 14 novembre 1991 relatif à la reconnaissance mutuelle au sein des Communautés européennes des prospectus d'offre publique et des prospectus d'admission à la cote d'une bourse de valeurs mobilière, "*la même demande [de reconnaissance mutuelle] peut également être faite par toute personne qui se propose d'exposer en vente, d'offrir en vente ou de vendre publiquement des titres ou valeurs qui ont fait depuis moins de 3 mois l'objet, dans un autre Etat membre des Communautés européennes, d'une émission publique pour laquelle un prospectus d'offre publique et, le cas échéant, un complément de prospectus ont été établis conformément aux dispositions prises par cet autre Etat membre en exécution de la Directive 89/298/CEE, après avoir été approuvés par l'autorité compétente de cet autre Etat membre*".

---

[133] La loi du 22 mai 2001 contient une autre dérogation de droit financier en prévoyant une dérogation au monopole bancaire contenu à l'article 4, alinéa 1er de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit en faveur des PME qui reçoivent en prêt de leurs travailleurs les bénéfices attribués dans le cadre d'un plan d'épargne d'investissement.

[134] Doc.Parl.Ch., 1043/001, sess. 2000-2001, p.59.

[135] Article 609 du code des sociétés: "*§1er. Les sociétés peuvent, lorsqu'elles ont distribué au moins deux dividendes au cours des trois derniers exercices, procéder à des augmentations de capital par l'émission d'actions avec droit de vote, destinées en tout ou en partie, à l'ensemble des membres du personnel ou à l'ensemble du personnel de leurs filiales.*"

[136] Cl. Chevalier, M. de Vos, M. Tison, Ch. Van der Elst, *Financiële participatie door werknemers: de Wet van 22 mei 2001,* Kluwer, 2001, pp. 181-189.

[137] Selon l'exposé des motifs de la loi du 22 mai 2001 "*le plan de participation doit être proposé à l'ensemble des travailleurs au sein de l'entreprise. La participation des travailleurs doit avoir un effet mobilisateur. Elle englobe tous les travailleurs parce que l'implication de tout un chacun est importante. Contrairement à d'autres techniques complémentaires, comme les options sur actions par exemple, la participation des travailleurs n'est donc pas un instrument de motivation individuelle*", Doc. Parl. Ch. 1043/005, sess. 2000-2001, p.7.

**103.** L'autorité compétente de l'Etat d'accueil ne peut refuser d'accepter le prospectus qui lui est notifié que si les informations requises pour le marché d'accueil ne sont pas contenues dans le prospectus[138].

**104.** Afin d'obtenir en Belgique la reconnaissance d'un autre prospectus européen, l'émetteur transmet à la CBF un dossier comprenant le prospectus original, un certificat d'approbation, la traduction, le cas échéant, du prospectus dans au moins une langue nationale et un addendum spécifique à la Belgique comprenant notamment la partie fiscale.

En principe, la CBF statue sur la demande de reconnaissance dans les 15 jours de la réception des documents précités.

**105.** Cette procédure de reconnaissance mutuelle est peu utilisée pour les plans de participation des travailleurs. La première raison en est que souvent la Belgique sera le seul ou un des seuls pays à exiger la rédaction d'un prospectus et son approbation par l'autorité de contrôle[139]. La deuxième en est que la préparation d'un prospectus abrégé ou la demande de reconnaissance d'un prospectus, sa traduction et la rédaction d'un complément belge sont équivalentes en terme de charge de travail. La dernière est une question de gestion du temps, la reconnaissance d'un prospectus nécessitant que le prospectus reconnu soit au moins rédigé[140], ce qui n'est pas toujours le cas ...

## V. La proposition de directive relative aux prospectus

### *A. Présentation*

**106.** Le mécanisme actuel de reconnaissance mutuelle des prospectus ne permet pas d'atteindre l'objectif d'un passeport unique pour les émetteurs opérant dans l'Union européenne. Or, il est indispensable de créer un marché financier unique pour permettre aux entreprises de mobiliser des capitaux à l'échelle européenne, tout en offrant un niveau élevé de protection des investisseurs, à tout le moins des investisseurs "*de détail*"[141]. La seule façon efficace d'instaurer un passeport européen unique est de remplacer le système de reconnaissance mutuelle par un système de notification, comparable à celui régissant la libre prestation de services par les intermédiaires financiers, et privant les Etats membres d'accueil de la possibilité d'exiger l'inclusion d'informations supplémentaires dans les prospectus. Une fois approuvé par les autorités compétentes d'un Etat membre, tout prospectus serait accepté dans tout autre Etat membre. A cet effet, des règles communes doivent être élaborées en termes de publicité des informations à mettre à la disposition des investisseurs potentiels par les sociétés émettant des valeurs mobilières et/ ou souhaitant les faire admettre à la négociation sur un marché réglementé[142].

**107.** Partant de cette constatation, la Commission a présenté le 30 mai 2001 une proposition de directive relative aux prospectus, qui actualise les directives communautaires en vigueur[143] (ci-après "*la proposition initiale de directive*"), modifiée le 9 août 2002. Il s'agit de la "*proposition modifiée de directive du Parlement Européen et du Conseil, du 9 août 2002, concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et modifiant la directive 2001/34/CE*" (ci-après "*la proposition modifiée de directive*")[144].

La Commission a modifié sa proposition initiale suite à l'avis rendu par le Parlement européen et aux discussions tenues au Conseil sous les présidences belge et espagnole. La proposition modifiée de directive est une pièce maîtresse du plan d'action pour les services financiers et de la création d'un marché européen intégré des valeurs mobilières d'ici à fin 2003.

Le Conseil des ministres de l'Union européenne est parvenu à un accord politique sur la proposition modifiée de directive concernant les prospectus lors de sa réunion du 5 novembre 2002 à Bruxelles. Le Conseil a adopté une position commune formelle sur la proposition, le 24 mars 2003. La proposition est actuellement transmise au Parlement

---

[138] Rapport CBF, 2000-2001, p.107.

[139] La législation européenne n'est en effet pas harmonisée pour les conditions d'une offre publique ou de rédaction d'un prospectus (voir ci-dessous, n° 109). Ainsi, par exemple, les plans soumis aux travailleurs ne sont en principe pas soumis à un contrôle en Irlande, au Royaume-Uni, au Danemark ou en Allemagne alors qu'en France, Finlande et en Italie, ils le sont, en principe, si au moins 100 ou 200 travailleurs sont visés.

[140] Il ne doit pas être approuvé au moment du dépôt du dossier puisqu'en vertu de l'article 1, in fine de l'arrêté royal du 14 novembre 1991, "*la demande peut être introduite avant l'approbation du prospectus par l'autorité compétente de l'autre Etat membre. Dans ce cas, la décision de reconnaissance de la Commission bancaire et financière est prise sous la réserve de l'approbation du prospectus par l'autorité compétente de l'autre Etat membre*".

[141] Proposition modifiée de directive du Parlement Européen et du Conseil du 9 août 2002, p.5.

[142] Proposition modifiée de directive du Parlement Européen et du Conseil du 9 août 2002, p.5.

[143] Directive 80/390/CEE du Conseil, du 17 mars 1980, portant coordination des conditions d'établissement, de contrôle et de diffusion du prospectus à publier pour l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs (directive abrogée et depuis remplacée par la directive codifiée 2001/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 mai 2001 concernant l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle et sur l'information à publier sur ces valeurs qui codifient plusieurs directives dans le domaine des valeurs mobilières cotées) et directive 89/298/CEE du Conseil, du 17 avril 1989, portant coordination des conditions d'établissement, de contrôle et de diffusion du prospectus à publier en cas d'offre publique de valeurs mobilières.

[144] *J.O.C.E.*, 28 janvier 2003, C20 E/122-159.

européen pour que ce dernier l'examine en seconde lecture, conformément à la procédure de codécision[145]. La date prévue d'examen par le Parlement européen est le 30 juin 2003. La transposition de la directive est prévue pour le 30 juin 2004 au plus tard, ce qui paraît très ambitieux...

**108.** La directive relative aux prospectus sera une directive cadre dont l'objet est d'harmoniser les exigences relatives à l'établissement, à l'approbation et à la diffusion du prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé situé ou opérant sur le territoire d'un État membre. Pour faire face à l'évolution rapide des marchés financiers, certaines mesures d'exécution de la directive pourront être adoptées par la Commission selon la procédure de comitologie. En d'autres termes, la Commission instituera un comité des valeurs mobilières habilité à adopter les modalités techniques de mise en œuvre de la directive.

**109.** Les principaux obstacles au fonctionnement efficace du système actuel de reconnaissance mutuelle concernent le contenu et la présentation des prospectus, les méthodes utilisées et le délai d'approbation par les autorités de contrôle, ainsi que les normes de publicité, qui diffèrent d'un Etat à l'autre. Par exemple, il n'existe pas actuellement de définition commune de la notion d'offre au public[146], ce qui entraîne une grande disparité en termes de protection des petits investisseurs puisqu'une même opération est considérée comme un placement privé dans certains Etats membres et échappe à ce titre à l'obligation de publication d'un prospectus, alors qu'elle ne l'est pas dans d'autres. La proposition modifiée de directive règle ce problème et définit l'offre au public de valeurs mobilières comme "*une communication adressée sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les titres à offrir, propre à mettre un investisseur en mesure de décider d'acheter ou de souscrire ces valeurs mobilières*".

**110.** Une présentation exhaustive du contenu de la proposition modifiée de directive sortirait du cadre de la présente contribution. C'est pourquoi nous examinerons uniquement les grandes lignes des modifications à intervenir en la matière et surtout les implications de ces modifications dans le cadre des offres destinées aux travailleurs.

### *B. Champ d'application de la proposition de directive*

**111.** La proposition modifiée de directive utilise la notion de valeurs mobilières et non d'instruments financiers. Elle s'applique à tous les titres de capital et de créance offerts au public ou admis à la négociation sur des marchés réglementés, tels que définis par la directive sur les services d'investissement[147], et pas uniquement aux valeurs mobilières admises à la cote officielle d'une bourse de valeurs, ce qui élargit considérablement le champ d'application de la directive par rapport au système en vigueur actuellement. La définition de valeurs mobilières est toutefois limitée aux fins de l'application de la directive relative aux prospectus. Certains types de valeurs mobilières sont exclus du champ d'application de la directive, telles que les parts émises par les organismes de placement collectif du type autre que fermé ou encore les obligations émises par les Etats membres ou des organismes internationaux.

**112.** Notons également que la directive ne s'applique pas uniquement aux prospectus qui revêtent un caractère transfrontalier. Elle a vocation à s'appliquer à toutes les offres publiques et à toutes les admissions à la négociation sur des marchés réglementés, en ce compris dans un contexte purement national.

### *C. Principe*

**113.** Le principe dégagé par la directive est qu'aucune valeur mobilière ne peut être offerte au public ou admise aux négociations sur un marché réglementé tant que le prospectus n'a pas été mis à la disposition du marché et des investisseurs.

### *D. Définitions*

**114.** Comme indiqué ci-dessus, la notion d'offre au public est harmonisée, de même que les exceptions à cette définition. Ainsi, ne sont pas considérées comme une offre au public de valeurs mobilières:

(a) une offre de valeurs mobilières adressée aux investisseurs qualifiés;
(b) une offre de valeurs mobilières adressée à moins de 100 personnes physiques ou morales par État membre, exception faite des investisseurs qualifiés[148];
(c) une offre de valeurs mobilières adressée à des investisseurs qui acquièrent ces valeurs pour un prix total

---

[145] La consultation sur le texte se poursuit notamment au travers du CESR (Committee of European Securities Regulations).

[146] Dans certains pays, il semble d'ailleurs qu'aucune définition n'existe (Danemark, Finlande, Grèce, Allemagne, Luxembourg).

[147] Directive 93/22/CEE du Conseil, du 10 mai 1993, concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières, telle que modifiée.

[148] La proposition initiale de la Commission excluait les offres destinées à moins de 150 personnes par Etat membre ou à moins de 1500 personnes dans le cas d'une offre multinationale. Ce critère a été supprimé suite aux difficultés de mise en œuvre qu'il aurait engendrées. Le seuil de 100 personnes finalement retenu constitue plutôt une moyenne basse par rapport aux seuils existants dans les différents Etats de l'Union (tous les Etats n'ont pas actuellement défini un seuil).

d'au moins 50 000 euros par investisseur et par offre individuelle[149];

(d) une offre de valeurs mobilières dont la valeur nominale unitaire s'élève au moins à 50 000 euros[150];

(e) une offre de valeurs mobilières dont le montant total est inférieur à 2 500 000 euros[151]. Cette limite est calculée sur une période de douze mois.

**115.** La notion d' "*investisseurs qualifiés*", c'est-à-dire justifiant de qualifications professionnelles ou de caractéristiques spécifiques, recouvre à peu de choses près les mêmes personnes que celles visées par la notion d' "*investisseurs professionnels*" utilisée par l'arrêté royal du 7 juillet 1999 relatif au caractère public des opérations financières, ainsi que les organisations internationales comme la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, la Banque centrale européenne, ... [152]

La proposition modifiée de directive comporte également une nouveauté par rapport à la proposition initiale en ce sens qu'elle étend la notion d'investisseurs qualifiés aux autres personnes morales qui ne sont pas des petites ou moyennes entreprises[153], et surtout aux personnes physiques qui ont demandé expressément à être considérées comme des investisseurs qualifiés et qui remplissent au moins deux des conditions suivantes:

(a) avoir effectué sur le marché des valeurs mobilières des opérations d'une taille significative à raison de dix par trimestre en moyenne sur les quatre trimestres précédents;

(b) disposer d'un portefeuille de titres dont la valeur dépasse 0,5 million d'euros;

(c) travailler ou avoir travaillé dans le secteur financier pendant au moins un an, dans une position professionnelle exigeant une connaissance du placement en valeurs mobilières.

Chaque autorité compétente veille à la mise en place d'un registre des investisseurs qualifiés, lequel est mis à la disposition de tous les émetteurs. Les personnes physiques qui souhaitent obtenir cette qualification doivent s'inscrire sur cette liste et restent libres de renoncer à tout moment à leur qualité d'investisseur qualifié. Désormais, les personnes physiques qui remplissent les conditions requises pourront donc obtenir le statut d'investisseur qualifié et accéder ainsi à leur demande à certaines opérations réservées aux investisseurs professionnels.

Des règles plus souples sont prévues pour les valeurs mobilières plus particulièrement destinées à être négociées entre professionnels ou investisseurs qualifiés. Bien que l'un des objectifs de la proposition de directive soit de protéger les investisseurs, il va de soi en effet que toutes les catégories d'investisseurs ne nécessitent pas le même degré de protection, notamment en fonction de leur niveau de compétence.

### *E. Exemptions à l'obligation de publier un prospectus*

**116.** La proposition de directive prévoit un certain nombre d'exemptions à l'obligation de publier un prospectus, qui ne sont toutefois pas reprises dans la liste des cas qui ne sont pas considérés comme des offres au public de valeurs mobilières tels que décrits plus haut.

Une série d'exemptions concerne les valeurs mobilières offertes en échange de titres déjà émis et les opérations dans le cadre desquelles des informations équivalentes sont ou ont déjà été mises à la disposition du public ou des actionnaires. Une deuxième série d'exemptions concerne l'admission aux négociations de valeurs mobilières dans le cadre d'opérations spécifiques qui ne nécessitent pas d'information particulière afin de garantir la protection des investisseurs et donc la charge d'établir un prospectus (par exemple, les actions émises en substitution d'actions de la même catégorie).

La Commission est chargée de définir les modalités d'exécution de ces exemptions selon la procédure de comitologie.

**117.** Notons déjà que les offres destinées aux travailleurs font partie des exemptions à l'obligation de publier un prospectus. Nous examinerons ci-après la portée exacte de cette exemption.

### *F. Formes et contenu du prospectus*

**118.** La proposition modifiée de directive introduit plusieurs nouveaux formats de prospectus communautaire, lequel peut être composé, au choix de l'émetteur, d'un document unique ou de plusieurs documents. Dans tous les cas de figure, un résumé de la documentation est nécessaire. En conformité avec les meilleures pratiques internationales[154], il est requis que l'information soit présentée sous une forme facile à analyser et à comprendre. Par ailleurs,

---

[149] Il s'agit d'un critère objectif fondé sur la hauteur des capitaux mobilisés. Au-delà d'un certain seuil, on suppose que l'offre n'intéressera que les investisseurs de gros, à l'exclusion des investisseurs de détail.

[150] Idem.

[151] Ce dernier critère permet d'exclure les offres de petit montant.

[152] Voyez ci-dessus n° 20.

[153] La directive définit les PME comme des sociétés qui, d'après leurs derniers comptes annuels ou consolidés publiés, présentent au moins deux des trois caractéristiques suivantes: un nombre moyen d'employés inférieur à 250 personnes sur l'ensemble de l'exercice, un total du bilan ne dépassant pas EUR 43.000.000 et un chiffre d'affaires net annuel ne dépassant pas EUR 50.000.000.

[154] Les exigences européennes en la matière sont relevées au niveau des normes internationales de publicité approuvées en 1998 par l'Organisation internationale des commissions de valeurs (International Disclosure Standards for cross-border offering and initial listings by foreign issuers, Part I, International Organization of Securities Commission).

les informations minimales qui doivent figurer dans ces différents documents sont énumérées par la directive.

Lorsque l'émetteur opte pour un prospectus constitué de documents distincts, il devra établir un document d'enregistrement, contenant des informations générales sur l'émetteur ainsi que ses états financiers, et une note relative aux valeurs mobilières *(securities note)*, contenant des informations sur les titres offerts au public ou admis à la négociation et sur les modalités de l'opération. Un récapitulatif de ces deux documents sera fourni dans un résumé. Ce système permet une procédure accélérée pour les nouvelles émissions, puisque l'émetteur est seulement tenu de fournir des informations concernant les valeurs mobilières offertes ou admises à la cote dans le cadre de la nouvelle émission ainsi que la mise à jour éventuelle des informations figurant dans le document d'enregistrement. L'autorité de contrôle ne devant approuver que la note relative aux valeurs mobilières, cela permet de réduire le délai d'approbation.

Les émetteurs qui poursuivent des programmes d'émission, peuvent recourir à un système de documents de base, accompagnés de suppléments.

**119.** L'incorporation par référence est également autorisée[155], c'est-à-dire que l'émetteur peut intégrer les informations à divulguer dans le prospectus par simple renvoi à un autre document précédemment déposé auprès de l'autorité compétente de l'État membre d'origine et approuvé par cette autorité, par exemple un prospectus préalablement approuvé dans le cadre d'une émission précédente.

**120.** Afin de garantir en permanence la protection et la bonne information des investisseurs, une mise à jour au moins annuelle des informations concernant les émetteurs dont les valeurs mobilières sont négociées sur des marchés réglementés est prévue. Les informations mises à jour doivent être déposées auprès de l'autorité compétente de l'émetteur, sans obligation d'approbation de ces informations. Cette obligation pèse uniquement sur les émetteurs de valeurs mobilières négociées sur un marché réglementé. Par ailleurs, pour les petites et moyennes entreprises, l'obligation minimum de mise à jour annuelle se limite au dépôt de leurs états financiers[156]. Quant à la durée de validité des prospectus, elle est limitée à douze mois, sauf exceptions.

**121.** Enfin, la directive encourage la diffusion des prospectus par voie électronique. L'émetteur peut donc mettre son prospectus en ligne sur son site Web. Le prospectus sera en principe également accessible au public sur le site web de l'autorité compétente.

### *G. Approbation du prospectus*

**122.** Le prospectus doit être approuvé par l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine avant sa publication.

**123.** Différents critères sont prévus par la proposition de directive pour déterminer l'Etat membre d'origine:

(a) pour les titres autres que de capital[157] dont la valeur nominale unitaire est au moins égale à 50.000 euros, il s'agit de l'État membre où l'émetteur a son siège statutaire, celui où les valeurs mobilières considérées ont été ou seront admises à la négociation sur un marché réglementé, ou celui où ces valeurs sont offertes au public selon le choix de l'émetteur, de l'offreur, ou de la personne qui sollicite l'admission à la négociation, selon le cas;
(b) pour tous les émetteurs européens de valeurs mobilières dont la valeur nominale unitaire est inférieure à 50.000 euros, l'Etat membre d'origine est celui où l'émetteur a son siège statutaire;
(c) pour toutes les valeurs mobilières dont l'émetteur a son siège statutaire dans un pays tiers et dont la valeur nominale unitaire est inférieure à 50.000 euros, l'État membre d'origine sera celui où ces valeurs mobilières doivent être offertes pour la première fois au public après l'entrée en vigueur de la directive ou celui de la première demande d'admission à la négociation sur un marché réglementé, selon le choix de l'émetteur, de l'offreur ou de la personne qui sollicite l'admission, selon le cas.

Toute flexibilité est donc exclue pour les émissions d'obligations dont la valeur nominale est inférieure à 50.000 euros[158] et pour les émissions d'actions. Si l'émetteur est belge, seule la CBF sera compétente comme autorité de contrôle, même si l'offre est faite exclusivement au public espagnol par exemple.

**124.** Par ailleurs, il n'existe plus d'obligation de communication préalable de la publicité relative aux offres ou à l'admission aux négociations. Il est par contre requis que les communications à caractère promotionnel indiquent qu'un prospectus est ou sera disponible ainsi que son mode d'obtention.

---

[155] Sauf dans le résumé.

[156] Ce qui est salué avec soulagement par les PME. Notons cependant que le régime plus souple réservé aux PME peut paraître contradictoire avec la constatation selon laquelle la situation financière de ces sociétés est généralement plus fragile que celle des grandes entreprises et nécessiterait par conséquent un suivi plus rigoureux.

[157] Les titres de capital sont les actions et autres valeurs mobilières assimilables à des actions, ainsi que toute autre valeur mobilière conférant le droit de les acquérir à la suite d'une conversion ou de l'exercice de ce droit, pour autant que les valeurs de la seconde catégorie soient émises par l'émetteur des actions sous-jacentes ou par une entité appartenant au groupe du même émetteur.

[158] D'après un communiqué de presse du procès-verbal de la réunion du conseil des ministres de l'Union européenne du 5 novembre 2002, il s'agirait de 5.000 euros.

**125.** Le délai d'approbation du prospectus est fixé à 15 jours. Ce délai peut être prorogé si un complément d'information est requis par l'autorité de contrôle. Lors d'une première offre au public, le délai d'approbation est de 30 jours.

En cas d'absence d'approbation endéans le délai requis, l'émetteur peut changer d'autorité compétente. Par ailleurs, le silence d'une autorité compétente est considéré comme une approbation.

**126.** Le prospectus approuvé dans l'Etat membre d'origine a une portée communautaire. Il doit donc être accepté dans tous les Etats membres d'accueil, soit les Etats où l'offre au public est faite ou où une admission à la négociation est sollicitée, sans que les autorités compétentes de ces derniers aient un quelconque pouvoir d'intervention. A cet effet, l'autorité compétente de l'État membre d'origine est tenue de communiquer aux autorités compétentes des États membres d'accueil un certificat d'approbation attestant que le prospectus a été élaboré conformément aux dispositions de la directive ainsi que la traduction éventuelle du résumé établi par l'émetteur.

### *H. Régime linguistique des prospectus*

**127.** Un autre obstacle majeur à la réalisation d'offres multinationales réside dans l'obligation de traduire intégralement le contenu du prospectus dans la ou les langues usitées dans chaque Etat membre où l'offre est adressée au public. Grâce au système mis en place par la proposition de directive, les autorités de contrôle des Etats membre d'accueil pourront uniquement exiger une traduction du résumé du prospectus, pour autant que le prospectus lui-même soit rédigé dans une langue usuelle dans le secteur financier, c'est-à-dire généralement l'anglais, ou dans une langue normalement acceptée par l'autorité compétente du pays d'accueil. Le français pourrait être retenu par exemple en cas d'offre faite par un émetteur belge en Belgique et en France.

Ce compromis permet de faciliter les opérations transfrontalières tout en garantissant un niveau de protection minimal pour les petits investisseurs, qui auront toujours accès aux informations essentielles dans leur propre langue. On ne perdra pas de vue toutefois que le champ d'application de cette disposition est limité au droit financier et ne préjuge en rien de l'application de règles nationales plus restrictives en matière de droit social notamment[159].

### *I. Impact de la proposition de directive sur les offres destinées aux travailleurs*

#### 1. Introduction

**128.** La proposition de directive est particulièrement obscure en ce qui concerne le sort réservé aux offres destinées aux travailleurs. L'article 4, relatif aux dérogations à l'obligation de publier un prospectus, prévoit en effet en son point 1.e) que l'obligation de publier un prospectus ne s'applique pas aux offres portant sur "*les valeurs mobilières offertes, attribuées ou devant être attribuées aux administrateurs ou aux salariés anciens ou existants par l'émetteur ou par une filiale de celui-ci, pour autant qu'un document contenant des informations sur le nombre et la nature de ces valeurs mobilières ainsi que sur les raisons et les modalités de l'opération soit publié*". Le point 2.f) précise en outre que l'obligation de publier un prospectus ne s'applique pas à l'admission à la négociation sur un marché réglementé "*des valeurs mobilières offertes, attribuées ou devant être attribuées aux administrateurs ou aux salariés anciens ou existants par l'émetteur ou par une filiale de celui-ci, ne sont pas soumises à l'exigence de publication d'un prospectus, pour autant que ces valeurs soient de la même catégorie que celles déjà admises à la négociation sur le même marché réglementé*".

La portée de ces deux règles est nébuleuse. Se trouve-t-on face à un cas de dérogation à l'obligation d'établir un prospectus ou uniquement à l'obligation de publier ledit prospectus (on se souviendra en effet que le droit belge prévoit une dispense de publication des prospectus relatifs aux offres destinées aux travailleurs)? Quel est cet autre document auquel il est fait référence et dont la publication est requise? S'agit-il d'une sorte de prospectus abrégé, comme en droit belge, dont la directive ne fait par ailleurs pas état?

#### 2. Historique de la proposition de directive

*a) Dérogation pour les offres aux travailleurs*[160]

**129.** La proposition initiale de directive prévoyait en son article 3.3.(e) que l'obligation de publier un prospectus ne s'appliquait pas aux offres portant sur des "*valeurs mobilières offertes ou attribuées aux employés actuels ou à d'anciens employés, sous réserve que cela ne donne lieu à aucune forme de paiement ou de contrepartie*". Il ne fait aucun doute que l'on se trouve ici face à un cas de figure qui ne requiert pas la rédaction d'un prospectus en droit belge. En effet, il est admis que les actions ou autres titres attribués gratuitement échappent déjà, en Belgique tout au moins, à l'obligation de rédiger un prospectus, sans que cette règle ne soit limitée aux attributions faites aux travailleurs. A défaut d'autre précision concernant les offres d'actions ou d'options aux travailleurs, il faut en conclure que ces dernières restaient soumises à l'obligation de rédiger et de publier un prospectus sous l'empire de la proposition initiale de directive.

**130.** Le Comité économique et social, dans son avis du 16 janvier 2002 relatif à la proposition initiale de directive, a mis en exergue le fait que la proposition "*réduit de ma-*

---

[159] Voyez ci-dessus n°59 et suivants.

[160] Signalons que le rapport du FESCO du 20 décembre 2000 intitulé "A European passport for issuers", qui est à la base de la proposition de directive sur les prospectus, est muet sur la question des offres aux travailleurs.

*nière inopportune le champ d'application des exemptions, en excluant notamment les offres de droits ainsi que les offres d'options d'achat d'actions réservées aux travailleurs*"[161]. Le Comité économique et social se prononce donc en faveur d'une exemption de prospectus pour les offres destinées aux travailleurs.

**131.** Dans son rapport du 27 février 2002 sur la proposition initiale de directive, le rapporteur de la Commission économique et monétaire[162] du Parlement européen propose de remplacer l'exemption citée au paragraphe précédent par une exemption portant sur des "*valeurs mobilières* ***ou*** *options sur valeurs mobilières offertes ou attribuées aux directeurs et employés actuels ou à d'anciens directeurs et employés; sous réserve que l'offreur ou l'émetteur publie ou diffuse un document comprenant des renseignements sur le nombre et la nature des instruments financiers ainsi que sur les motifs et les modalités de l'opération*".

L'origine de l'exemption telle que rédigée dans la proposition modifiée de directive se trouve donc dans ce rapport de la Commission économique et monétaire. Le rapport ne précise malheureusement pas la raison d'être de la modification proposée ni la nature du document équivalent au prospectus qui devrait être diffusé par l'émetteur. A la lecture de toutes les exemptions prévues, il apparaît également que c'est bien l'absence de rédaction d'un prospectus qui est visée et non pas la dispense de publication du prospectus même si l'article est intitulé "*Exemptions de l'obligation de publier un prospectus*".

*b) Dérogation à l'obligation d'établissement d'un prospectus ou à sa seule publication?*

**132.** La distinction entre établissement d'un prospectus et publication mériterait d'être mieux traitée.

L'exposé des motifs de la proposition modifiée de directive précise que "*l'article 4 traite désormais des conditions d'exemption d'établissement des prospectus*"[163]. Plus loin, il est ajouté: "*Dans l'article 4 concernant les exemptions de prospectus, certaines précisions ont été rajoutées comme le paiement de dividendes sous forme d'actions tandis que le régime concernant les offres de valeurs mobilières, y compris sous la forme de stock options, à des salariés ou à des administrateurs a été assoupli afin de les exonérer de l'obligation de prospectus*"[164].

La version anglaise de la proposition de directive n'utilise pas exactement les mêmes termes. On peut en effet y lire: "*Article 4 now deals with the conditions for exemption from the obligation to publish a prospectus*". Et plus loin: "*In Article 4, which concerns exemptions from the obligation to publish a prospectus, certain clarifications have been added, e.g. the payment of dividends in the form of shares, while the rules on offers of securities, including in the form of stock options, to employees or directors have been relaxed in order to exempt such offers from the said obligation*[165]".

L'ambiguïté entre établissement du prospectus et publication ne peut être levée sur la base du seul texte en projet.

### 3. Rédaction d'un autre document

**133.** La lecture de l'article 4 de la proposition modifiée de directive réserve encore d'autres surprises. Les points 1.b) et 1.c) prévoient ainsi une dispense de prospectus pour les offres portant sur les valeurs mobilières offertes dans le cadre d'une prise de contrôle par voie d'offre publique d'échange et sur les valeurs mobilières offertes, attribuées ou devant être attribuées, à l'occasion d'une fusion, à la condition "*qu'un document contenant des informations considérées par l'autorité compétente comme équivalentes à celles que doit contenir le prospectus soit disponible*".

L'article 4 1.e) relatif aux offres destinées aux travailleurs se lit par contre comme suit: "*les valeurs mobilières offertes, attribuées ou devant être attribuées aux administrateurs ou aux salariés anciens ou existants par l'émetteur ou par une filiale de celui-ci, pour autant qu'un document contenant des informations sur le nombre et la nature de ces valeurs mobilières ainsi que sur les raisons et les modalités de l'opération soit publié*".

Ainsi, les opérations destinées aux travailleurs ne seraient pas soumises à la publication (ou l'établissement d'un prospectus) mais à la publication d'un document. Ce document, contrairement à celui visé aux points b) et c), ne doit pas contenir des informations équivalentes à celle d'un prospectus et il n'est pas précisé qu'il doit être approuvé par l'autorité compétente. Ces deux questions, contenu du document et autorité d'approbation, méritaient pourtant de trouver une réponse dans la proposition modifiée de directive.

### 4. Conclusions

**134.** Il semble que l'article 4 de la proposition modifiée de directive ait été volontairement rédigé de manière am-

---

[161] Avis du Comité économique et social sur la "Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation", 2002/C 80/13, *J.O.C.E.*, 3 avril 2002, C 80/52, n° 3.2.4.

[162] COM (2001) 280 – C5-0263/2001 – 2001/0117 (COD).

[163] Page 8.

[164] Page 9.

[165] C'est nous qui soulignons. On notera que la version anglaise parle bien de l'obligation de publier un prospectus. Si c'est l'obligation de rédiger un prospectus qui était visée, il eût été plus opportun d'utiliser le terme "to draft" ou "to establish".

biguë pour ne pas bloquer l'adoption de la directive à cause de divergences entre Etats membres sur ces questions. La proposition modifiée de directive comporte d'ailleurs une habilitation à la Commission selon la procédure de comitologie. L'idée est donc de reporter les discussions précises sur ces questions après l'entrée en vigueur de la directive.

**135.** D'après notre expérience en matière d'offre d'actions ou d'options aux travailleurs, ces derniers sont souvent peu informés de la nature exacte des titres qui leur sont offerts et des droits qui y sont attachés. En outre, certaines entreprises mettent sur pied des plans dont la technicité est parfois très poussée. L'information présentée dans le prospectus, et l'assurance que cette information a été vérifiée par une autorité indépendante, s'avère donc très utile pour leur permettre de prendre une décision éclairée. Il ne faut pas perdre de vue en effet que la décision de souscrire à un plan d'achat d'actions ou d'options peut entraîner des conséquences financières importantes, surtout en période de grande instabilité des marchés financiers[166].

"*La problématique des salariés est à cet égard très spécifique, l'investissement dans leur entreprise les conduisant à ajouter, le cas échéant, les risques pesant sur leur épargne au risque pesant sur leur emploi*"[167].

Eu égard aux spécificités des offres aux travailleurs, il n'est certes pas indispensable de leur fournir les mêmes informations que celles requises dans le cadre des offres faites à des investisseurs "*étrangers*" à l'émetteur. C'est pourquoi la réglementation belge actuelle, qui consiste à exiger la rédaction d'un prospectus abrégé pour les plans destinés aux travailleurs, nous semble particulièrement bien adaptée. Il s'agit d'un compromis qui permet de concilier de façon optimale l'exigence de protection des travailleurs investisseurs et le souhait légitime de souplesse des employeurs émetteurs. La dispense de publication du prospectus est également opportune.

Pour ne pas alourdir inutilement la réalisation des plans transfrontaliers, il conviendrait que le contenu du prospectus abrégé, ou du document en tenant lieu, soit harmonisé au niveau européen et échappe à tout pouvoir d'appréciation des autorités compétentes nationales. Gageons que l'absence de référence à un tel pouvoir d'appréciation dans les articles 4.1.e) et 4.2.f) – contrairement à ce qui est prévu dans les articles 4.1.b) et 4.1.c) par exemple – fermera définitivement la porte à toute velléité nationale à ce propos.

## VI. Questions particulières

### *A. Le délit d'initié*

**136.** Depuis l'adoption de la loi du 4 décembre 1990[168] relative aux opérations financières et aux marchés financiers, le délit d'initié est une infraction pénale en Belgique. Ceux qui détiennent une information privilégiée[169] en raison notamment de leur profession doivent s'abstenir d'acquérir ou de céder des valeurs mobilières ou de communiquer ces informations à un tiers (si ce n'est dans le cadre normal des fonctions).

**137.** L'actionnariat des employés peut créer des tentations de délit d'initié. Un cadre d'une société par exemple pourrait être tenté d'exercer rapidement ses options pour acquérir des actions et les revendre le même jour, s'il sait que le cours des actions va baisser. S'il anticipe, sur la base des informations en sa possession, que le cours devrait monter, il différera le moment de l'exercice de ses options pour bénéficier d'une plus-value plus importante.

Le risque d'un délit d'initié commis par des travailleurs est évidemment plus grand que pour les autres investisseurs si le travailleur concerné est titulaire d'informations privilégiées, ce qui est bien sûr loin d'être toujours le cas.

**138.** Le report d'exercice des options en raison d'une information privilégiée sera difficile à déceler dans le chef d'un travailleur puisqu'il s'agit d'une abstention d'agir. L'exercice par contre de ses options avant la divulgation d'une information privilégiée laissera plus de trace. Ce sera encore plus flagrant pour les membres des comités de direction puisque beaucoup de sociétés publient le nombre d'options offertes aux dirigeants et leur date d'exercice, dans leur rapport annuel.

**139.** Le risque d'un délit d'initié est inévitable mais les prospectus rappelleront utilement aux travailleurs la législation en la matière, sanctionnée pénalement[170]. Pour diminuer le risque, les plans de participation pourraient prévoir une date fixe de souscription des actions, ne laissant aucun pouvoir d'appréciation aux travailleurs. Pour la détention d'actions, les sociétés pourront aussi établir des règlements internes. Ainsi la déclaration d'acquisition et de cession des actions de la société pourrait être imposée aux travailleurs et des périodes d'interdiction de mouvements décrétées à l'égard de certains travailleurs.

---

166 Surtout si la loi fiscale maintient comme cause de taxation l'attribution d'options.

167 Bulletin COB, n°336, juin 1999.

168 Modifiée par la loi du 2 août 2002 (entrée en vigueur à fixer par le Roi).

169 En vertu de la loi du 4 décembre 1990, il s'agit d'une "*information qui n'a pas été rendue publique, qui a un caractère suffisamment précis et concerne un ou plusieurs émetteurs de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers ou une ou plusieurs valeurs mobilières ou autres instruments financiers et qui, si elle était rendue publique, serait de nature à influencer de manière sensible le cours de cette ou de ces valeurs mobilières ou de cet ou de ces autres instruments financiers.*"

170 En vertu de l'article 189 de la loi du 4 décembre 1990 "*seront punies d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 50 EUR à 10.000 EUR les personnes qui contreviennent aux articles 182, 183 ou 184. L'auteur de l'infraction peut en outre être condamné à payer une somme correspondant au maximum au triple du montant de l'avantage patrimonial tiré directement ou indirectement de l'infraction. Cette somme est recouvrée comme une amende.*" Modifiée par la loi du 2 août 2002 (entrée en vigueur à fixer par le Roi).

### *B. Le crédit à la consommation*

**140.** Il n'est pas rare que des sociétés souhaitent financer l'acquisition par leurs travailleurs de leurs actions. Si ce type d'opération ne tombe pas sous la prohibition générale de l'article 629 du code de sociétés[170], il convient d'examiner la question sous l'angle du crédit à la consommation.

En effet, en vertu de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation, commet une infraction pénale quiconque offre en tant que prêteur un contrat de crédit à un consommateur sans être agréé par ou inscrit auprès du ministre des affaires économiques.

La loi définit en son article 1er, les termes consommateur[171], prêteur[172] et contrat de crédit[173] notamment. Hormis dans les cas d'exclusion d'application énoncés par la loi[174], le travailleur devra être considéré comme un consommateur puisqu'il n'agit pas *stricto senso* dans le cadre de ses activités professionnelles.

Si une société envisage un prêt à ses travailleurs, elle veillera à vérifier dès lors avec le ministère des affaires économiques l'éventuelle application de la loi du 12 juin 1991 à ses projets. Afin d'éviter les formalités d'une agréation, certaines sociétés privilégient le prêt par un tiers sur la base d'une négociation globale.

## VII. Conclusions

**141.** Les plans de participation offerts aux travailleurs tombent dans la sphère du droit financier. Les avantages fiscaux et para-fiscaux mis en avant pour la souscription à de tels plans ne doivent pas cacher aux travailleurs, parfois novices en matière d'investissements financiers, le risque de tout investissement en valeurs mobilières. L'information donnée aux travailleurs doit être correcte et de nature à leur permettre de décider de la souscription aux plans offerts en connaissance de cause. Même si des dérogations au droit commun peuvent être aménagées, les travailleurs doivent continuer à recevoir une information vérifiée par un organisme de contrôle. Il serait dommage qu'une nouvelle directive relative aux prospectus supprime tout contrôle.

---

[170] Article 629 du code des sociétés: "*§ 1er. Une société anonyme ne peut avancer des fonds, ni accorder des prêts, ni donner des sûretés en vue de l'acquisition de ses actions ou de ses parts bénéficiaires par un tiers, ni en vue de l'acquisition ou de la souscription par un tiers de certificats se rapportant aux actions ou aux parts bénéficiaires.*
*§ 2. Le § 1er ne s'applique pas :*
*2°aux avances, prêts et sûretés consentis à des membres du personnel de la société pour l'acquisition d'actions de cette société, ou de certificats se rapportant aux actions de cette dernière*".

[171] "*Le consommateur: toute personne physique qui, pour les transactions régies par la présente loi, agit dans un but pouvant être considéré comme étranger à ses activités commerciales, professionnelles ou artisanales*".

[172] "*Le prêteur: toute personne physique ou morale ou tout groupement de ces personnes qui consent un crédit dans le cadre de ses activités commerciales ou professionnelles*".

[173] "*Le contrat de crédit: tout contrat en vertu duquel un prêteur consent ou s'engage à consentir à un consommateur un crédit, sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt ou de toute autre facilité de paiement similaire*".

[174] Les exclusions les plus pertinentes pour les travailleurs sont: 4°) les ouvertures de crédit remboursables dans un délai ne dépassant pas trois mois et portant sur un montant inférieur à 1.250 euros et 5°) les contrats de crédits octroyés à titre occasionnel et sans but de lucre.

# Deuxième partie – Tweede gedeelte

## Jurisprudence – Rechtspraak

BEWIJS DOOR FACTUREN
PREUVE PAR FACTURE

**HOF VAN BEROEP GENT (7° KAMER) 8 NOVEMBER 2001**

A.R.: 1999/AR/659
Zet.: de h. H. Debucquoy, J. Baudrez en A. Deene, raadsheren
Adv.: Mrs. C. De Neve en P. Bekaert qq.

I. FACTUREN – BEWIJSKRACHT
I. FACTURES – FORCE PROBANTE

*In principe kan niemand, ook niet een handelaar, voor zichzelf een titel scheppen, terwijl de koopmansboeken in principe zelfs een bewijs opleveren tegen hen. Artikel 20 W.Kh. vormt hierop een uitzondering: het biedt aan de rechter de mogelijkheid de regelmatige boekhouding en de aanvaarde factuur als bewijsmiddel te aanvaarden, terwijl geen van hen op zichzelf verbintenissen schept.*

*En principe personne, pas même un commerçant, ne peut se créer un titre, alors que les livres comptables constituent en principe une preuve contre eux. L'article 20 Code comm. fait exception à cette règle: il donne la possibilité au juge d'admettre la comptabilité tenue régulièrement et la facture acceptée en tant que moyen de preuve, alors qu'aucune d'elles ne peut en tant que telle créer des obligations.*

(BVBA B. t. Mr. P. Bekaert qq.)

(...)

1. Met dagvaarding betekend op 24/05/1994 vordert de curatele over het faillissement van de N.V. Gebroeders Q. & C° lastens de B.V.B.A. B. de betaling van drie facturen uit de periode 30/04 – 18/06/1985 voor een totaal bedrag van 535.500 BEF in hoofdsom, vermeerderd met 80.325 BEF boete en 321.652 BEF rente.

Met vonnis dd. 15/12/1998 op tegenspraak gewezen door de 2e kamer van de rechtbank van koophandel te Brugge, verklaart de rechtbank zich bevoegd en veroordeelt de B.V.B.A. B. tot betaling van de hoofdsom, vermeerderd met de intresten vanaf 1 maart 1994 en tot de kosten.

Met verzoekschrift neergelegd ter griffie van dit Hof op 23/03/1999, stelt de B.V.B.A. B. tijdig en regelmatig naar de vorm hoger beroep in.

Ook de curatele over het faillissement de N.V. Gebroeders Q. & C° stelt op haar beurt met conclusie neergelegd op 06/01/2000 incidenteel beroep in, daar waar de eerste rechter de toepasselijkheid van conventionele rente had verworpen.

De oorspronkelijke betwisting omtrent de bevoegdheid heeft in hoger beroep geen voorwerp meer en wordt terecht door geen der partijen nog verder staande gehouden.

2. De drie facturen aan de grond van huidige vordering (nrs. 10, 20 en 23) worden door de curatele in doorslag neergelegd als overtuigingsstukken nrs. 12-14. Het nazicht ervan toont aan dat deze werden uitgeschreven voor huur van een camion, een kraan, een betonmolen en klein materiaal voor de maanden oktober 1984 tot en met juni 1985 aan 50.000 BEF per maand, telkens vermeerderd met 19% btw.

In beginsel kan niemand, ook niet een handelaar, voor zichzelf een titel scheppen (art. 1331 B.W.), terwijl boeken van kooplieden in principe zelfs bewijs opleveren tegen hen (art. 1330 B.W.). Om deze regels in handelszaken aan te passen, laat art. 20 W. Kh. toe: *"Een regelmatig gevoerde boekhouding kan door de rechter aangenomen worden om tussen kooplieden als bewijs te dienen betreffende handelsverrichtingen"* en art. 25 W. Kh. bepaalt: *"Koop en verkoop kan bewezen worden door middel van een aanvaarde factuur"*. Dit impliceert evenwel enkel dat de regelmatig gehouden boekhouding net zo als de aanvaarde factuur, als mogelijk bewijsmiddel van een bestaande overeenkomst kunnen dienen (ter soevereine appreciatie van de rechter), terwijl geen van beide op zichzelf verbintenissen schept.

Alvast moet worden vastgesteld dat de factuur nr. 10 voor de huur over de periode oktober 1984 tot en met april 1985, werd uitgeschreven op 22/04/1985 en derhalve laattijdig volgens het Koninklijk besluit nr. 1 dd. 29/12/1992 (met betrekking tot de regeling voor de voldoening van de belasting over de toegevoegde waarde).

Daarenboven ligt geen bewijs voor dat de facturen nrs. 10 en 20 de B.V.B.A. B. hebben bereikt, wat de eerste vereiste is om te gewagen van een aanvaarding. De factuur nr. 23 (samen met het rekeningsuittreksel) werd trouwens geprotesteerd (stuk nr. 6 appellant – aangetekende zending dd. 12/07/1985); de B.V.B.A. B. ontkent ooit enige materieel te hebben gehuurd van de N.V. Gebroeders Q. & C°. Dit protest herhaalde zij tegenover de curator.

Het Hof stelt verder vast dat de B.V.B.A. B. pas opgericht werd op 08/11/1984 (stuk nr. 26 geïntimeerde) en bezwaarlijk kan overeengekomen zijn omtrent de huur voor materieel vanaf de maand oktober 1984. Daarenboven blijkt de huurprijs, of deze nu wél of niet een camion omvat, onveranderlijk 50.000 BEF te bedragen, zonder dat enig detail dit bedrag verantwoordt. Tenslotte blijkt dat de beheerder van de N.V. Gebroeders Q. & C°, in zijn brief van 28/11/1985 zich vragen stelt over *"het materieel welke gebruikt wordt door B."*, en daar onmiddellijk aan toevoegt: *"Er moeten dus nog steeds verhuurfakturen gemaakt worden aan B."* (stuk nr. 20 geïntimeerde); maar ná 18/06/1985 werden blijkbaar geen facturen meer opgemaakt.

Wat voorafgaat laat dan ook niet toe aan te nemen, dat de hier opgevorderde facturen hun bestemming hebben bereikt en/of werden aanvaard. Al evenmin blijkt, dat zij werden uitgeschreven ter bevestiging van een bestaande overeenkomst (veronderstelde huur van bepaalde goederen aan een afgesproken prijs). Meteen vervalt ook de grond voor de aanspraken van de curatele, zowel in hoofdsom als aankleven.

3. Partijen verwijzen voortdurend naar de concrete ingesteldheid van de zaakvoerders en beheerders van de twee vennootschappen inzake en kleuren van daaruit de rechtsverhouding tussen de rechtspersonen (de vennootschappen).

Het Hof vindt hierin geen rechtsgrond en verwijst partijen naar het arrest dd. 26/06/1997, waar dit (zij het in het kader van een vordering in oprichtersaansprakelijkheid) een gelijkaardige vordering lastens Roger Q. in betaling van 59.500 BEF voor *"onverklaarbare creditnota's..., die in mindering moeten worden genomen [op] de facturen die de gefailleerde vennootschap op he[m] uitschreef"* verworpen heeft, onder de motivering dat zulks *"dubbel gebruik uit[maakt] met de veroordeling tot de betaling van het passief van het faillissement"* (cfr. sub 2.3). De toestand is te dezen niet anders: immers werd het passief van de N.V. Gebroeders Q. & C° reeds ten laste gelegd van de aansprakelijken (zo onder meer de beheerders van huidige appellante) zodat niet nogmaals een deel van deze tekorten kan worden opgeëist.

(...)

Om deze redenen,

Het Hof,

(...)

verklaart het principaal en het incidenteel beroep toelaatbaar en het eerste gegrond als onderstaand;

vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw wijzende;

wijst de oorspronkelijke vordering van de curatele over het faillissement van de N.V. Gebroeders Q. & C° af als ongegrond;

wijst ook de andere aanspraken van partijen af als ongegrond; (...)

---

ALGEMENE VOORWAARDEN
CONDITIONS GÉNÉRALES

**HOF VAN BEROEP BRUSSEL (5° KAMER)**
**23 NOVEMBER 2001**

A.R.: 1998/AR/1001
Zet.: Mw. A.M. Pauwels, de h. D. Rutsaert en Mw. C. Schurmans, raadsheren
Adv.: Mrs. M. Vandenberghe loco K. Geerts en A. Tallon

ALGEMENE VOORWAARDEN – TOEPASBAARHEID – NIEUWE OVEREENKOMST – TOEPASSING OP VROEGERE OVEREENKOMSTEN – WIJZIGING AAN DE ALGEMENE VOORWAARDEN – DUIKEN VOOR HET EERST OP IN EEN FACTUUR – NIET TOEPASBAAR, OOK INDIEN ER NIET WERD GEPROTESTEERD

CONDITIONS GÉNÉRALES – APPLICABILITÉ – NOUVEAU CONTRAT – APPLICATION À DES CONTRATS ULTÉRIEURS – MODIFICATION DES CONDITIONS GÉNÉRALES – FIGURENT POUR LA PREMIÈRE FOIS SUR UNE FACTURE – NON APPLICABLES MÊME EN L'ABSENCE DE PROTESTATION

*1. Het loutere feit dat partijen bepaalde algemene voorwaarden in vroegere contracten hebben opgenomen, schept nog niet het vermoeden dat zij diezelfde voorwaarden ook in een later contract wilden opnemen.*

*1. Le seul fait que les parties ont inséré certaines conditions générales dans des contrats antérieurs, ne crée pas de présomption selon laquelle elles ont voulu reprendre ces mêmes conditions dans un contrat ultérieur.*

*2. Een partij kan niet beweren dat de tegenpartij geacht wordt haar nieuwe voorwaarden te kennen en te aanvaarden op grond van een vroegere samenwerking beheerst door andere contractuele voorwaarden.*

*2. Une partie n'est pas fondée à croire que la partie adverse est censée avoir connaissance et avoir accepté ses nouvelles conditions générales sur base d'une collaboration antérieure régie par d'autres conditions générales.*

*3. In beginsel dient de kennis of de mogelijke kennis van algemene voorwaarden aan de contractsluiting vooraf te gaan. Later opduikende nieuwe algemene voorwaarden maken in beginsel geen deel uit van de overeenkomst en deze stukken dienen niet te worden geprotesteerd, nu de contractsvoorwaarden niet eenzijdig kunnen gewijzigd worden.*

*3. En principe, la connaissance effective ou potentielle des conditions générales doit précéder la conclusion du contrat. Des conditions générales ultérieures ne font pas partie de la convention et ne doivent pas être protestées, puisque les conditions générales ne peuvent pas être modifiées unilatéralement.*

(N.V. Hades-Elis t. N.V. Recticel)

(...)

***I. Over de feiten***

Overwegende dat appellante onder meer sanitaire toestellen met handdoeken verhuurt en onderhoudt;

dat een eerste bestelbon op 27 juni 1978 door geïntimeerde werd ondertekend, gevolgd door een tweede, derde en vierde bestelbon respectievelijk op 4 april 1980, op 21 april 1981 en op 26 februari 1986;

dat in de vierde overeenkomst van 26 februari 1986, die het voorwerp van het geschil uitmaakt, geïntimeerde 43 toestellen van het type RM4 in huur nam en verder beroep deed op de onderhoudsdienst "servimatic";

dat bij schrijven van 21 april 1992 geïntimeerde een einde stelde aan de overeenkomst en dit vanaf 1 juni 1992 n.a.v. haar verhuizing;

dat appellante hierop de betaling van een opzeggingsvergoeding gelijk aan zes maanden facturatie vroeg over-

eenkomstig haar algemene voorwaarden;

dat geïntimeerde in haar schrijven van 10 december 1992 de toepassing van de algemene voorwaarden van appellante betwistte, omdat deze voorwaarden in de overeenkomst van 26 februari 1986 niet werden opgenomen;

### *II. Het voorwerp van de vordering en van het hoger beroep*

Overwegende dat op 10 mei 1994 appellante geïntimeerde dagvaardt in betaling van een zgz. minimale verbrekingsvergoeding gelijk aan 6 maanden facturatie of 188.650 fr., te vermeerderen met conventionele intresten à 12 % per jaar;

Overwegende dat de eerste rechter de vordering van appellante ontvankelijk, doch ongegrond verklaart;

Overwegende dat het hoger beroep ertoe strekt de vordering van appellante gegrond te horen verklaren en tevens te horen zeggen dat de verbreking van de overeenkomst ten nadele van geïntimeerde op 15 mei 1992 is ingetreden;

### *III. In rechte*

Overwegende dat appellante de eerste rechter ten grieve duidt te weigeren haar algemene voorwaarden toe te passen, omdat zij in de overeenkomst van 26 februari 1986 niet opgenomen zijn, terwijl zij in de drie vorige contracten van 1978, 1980 en 1981 wel vermeld staan en zij gedurende 14 jaar samenwerking op al de facturen werden afgedrukt;

dat volgens appellante geïntimeerde haar algemene voorwaarden alzo kende en deze ook stilzwijgend aanvaardde bij gebrek aan protest;

1) Overwegende dat weliswaar op de voorkant van de bestelbon van 26 februari 1986 naar de algemene voorwaarden van appellante, die op de keerzijde van de bestelbon zouden vermeld staan, wordt verwezen;

dat geïntimeerde het exemplaar van de bestelbon in origineel overlegt, waaruit evenwel blijkt dat op de rugzijde geen voorwaarden afgedrukt staan;

dat het loutere feit dat partijen bepaalde algemene contractsvoorwaarden in vroegere overeenkomsten hebben opgenomen, nog niet het vermoeden schept dat zij diezelfde voorwaarden ook in een later contract hebben willen inlassen;

dat de vierde overeenkomst gesloten op 26 februari 1986 een nieuwe overeenkomst uitmaakt, die losstaat van de drie voorgaande contracten;

dat de nieuwe overeenkomst de vorige vervangt;

2) Overwegende dat verder uit de stukken blijkt dat appellante herhaalde malen haar algemene voorwaarden heeft gewijzigd, o.m. in de periode van 26 februari 1986, datum van totstandkoming van de litigieuze overeenkomst, o.m. met betrekking tot de duur van de overeenkomst en de modaliteiten voor de beëindiging ervan;

dat aanvankelijk de algemene voorwaarden van appellante voorzagen in een duur van 24 maanden met een stilzwijgende verlenging van 1 jaar en met een opzeggingsmogelijkheid van 1 maand voorafgaand aan het einde van het jaar; dat vervolgens een verlenging met 2 jaar werd bedongen met een opzeggingsmogelijkheid van 3 maanden;

dat in geval van verbreking al de nog niet vervallen huurgelden opeisbaar werden;

dat bij de laatste bestelling van 26 februari 1986 geen algemene voorwaarden werden medegedeeld, zodat geïntimeerde niet kon weten voor welke duur de overeenkomst werd afgesloten en welke de opzeggingsmogelijkheden waren;

dat tijdens de procedure blijkt dat appellante op 26 februari 1986 een nieuwe uitgave van haar algemene voorwaarden wilde bedingen zonder deze voorafgaandelijk aan de overeenkomst aan geïntimeerde mede te delen;

dat in deze voorwaarden o.m. sprake is van een verbrekingsvergoeding gelijk aan 6 maanden facturatie, die het voorwerp is van de vordering van appellante;

dat appellante niet ernstig kan stellen dat geïntimeerde op 26 februari 1986 geacht wordt haar nieuwe voorwaarden te kennen en te aanvaarden op grond van een vroegere samenwerking beheerst door andere voorwaarden;

3) Overwegende dat appellante verder verwijst naar de talrijke facturen opgesteld tussen 1986 en 1992 in uitvoering van de overeenkomst van 26 februari 1986; dat in deze factuurvoorwaarden appellante in geval van verbreking van de overeenkomst nog steeds een forfaitaire vergoeding eist gelijk aan de nog te vervallen bedragen;

dat vooreerst dient te worden opgemerkt dat het hier gaat om een oude versie van de algemene voorwaarden van appellante, die nagelaten heeft haar facturen in dit verband aan te passen; dat appellante dit niet erg vindt omdat de nieuwe voorwaarden voor geïntimeerde voordeliger zijn;

Overwegende dat de verwijzing naar de factuurvoorwaarden niet ter zake dienend is, nu de vordering op een andere versie van de algemene voorwaarden gesteund is;

dat bovendien in beginsel de kennis of de mogelijke kennis van nieuwe algemene voorwaarden aan de contractsluiting dient vooraf te gaan;

dat het eventueel later opduiken van de algemene voorwaarden in bepaalde handelsstukken zoals facturen met het oog op de wijziging of aanvulling van het contract, in beginsel van deze overeenkomst geen deel uitmaken;

dat deze stukken in beginsel niet dienen te worden geprotesteerd, nu de contractsvoorwaarden niet eenzijdig kunnen worden gewijzigd;

dat te dezen op 26 februari 1986 geïntimeerde de nieuwe versie van de algemene voorwaarden, waarop de vordering is gesteund, niet heeft kunnen aanvaarden bij gebrek aan kennis; dat zij nadien niet heeft ingestemd met enige toepassing van deze algemene voorwaarden;

4) Overwegende dat appellante ten onrechte stelt dat geïntimeerde zich minstens had kunnen informeren naar de algemene voorwaarden op het ogenblik van de contractsluiting in 1986; dat evenwel appellante zelf dient te weten wat zij bedingt en er zorg voor te dragen dat haar

algemene voorwaarden aan de medecontractant worden medegedeeld;

5) Overwegende, samengevat, dat appellante nagelaten heeft een nieuwe versie van haar algemene voorwaarden, waarop de vordering is gestoeld, tijdig, dit is voorafgaandelijk aan de contractsluiting op 26 februari 1986 aan geïntimeerde mede te delen;

dat geïntimeerde bij gebrek aan kennis van deze voorwaarden, deze evenmin heeft kunnen aanvaarden;

dat de vordering van appellante, die uitsluitend op haar algemene voorwaarden is gesteund, grondslag mist;

OM DEZE REDENEN,

HET HOF, wijzend na tegenspraak;

(...)

Ontvangt het hoger beroep, doch verklaart het ongegrond;

Bevestigt het bestreden vonnis;

(...)

---

NOTAIRE
NOTARIS

**CASS. (1° CHAMBRE) 24 OCTOBRE 2002**

R.G.: C000724F
Siég.: M. C. Parmentier, président de section, M. P. Echement, C. Storck, D. Batselé et Mme C. Matray, conseillers
M.P.: M. X. De Riemaecker, avocat général
Av.: Me L. Simont

NOTAIRE – FONCTIONNAIRE PUBLIC – HONORAIRES – PROVISION – REFUS DE PRÊTER SON MINISTÈRE

NOTARIS – OPENBAAR AMBTENAAR – HONORARIA – VOORSCHOT – WEIGERING ZIJN AMBT TE VERLENEN

*En vertu des articles 1er, alinéa 1er, et 3 de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, le notaire est un fonctionnaire public tenu de prêter son ministère lorsqu'il en est requis. Si l'article 11, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 16 décembre 1950 portant le tarif des honoraires des notaires lui prescrit de donner quittance chaque fois qu'il perçoit des sommes à titre de provision, ni cette disposition ni aucune autre ne l'autorise à refuser de prêter son ministère si une provision ne lui est pas versée.*

*Krachtens art. 1, eerste lid, en 3 W. 25 ventôse jaar XI houdende organisatie van het notariaat is de notaris een openbaar ambtenaar die gehouden is zijn ambt te verlenen indien hij daarom wordt verzocht. Hoewel art. 11 eerste alinea K.B. 16 december 1950 houdende tarief der erelonen van de notarissen hem oplegt om een kwijting af te leveren telkens hij sommen bij wijze van voorschot ontvangt, toch laten noch deze bepaling of noch enige andere hem toe het verlenen van zijn ambt te weigeren indien hem geen voorschot wordt gestort.*

[...]

***IV. La décision de la Cour***

Quant à la seconde branche

Attendu qu'en vertu des articles 1er, alinéa 1er, et 3 de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, le notaire est un fonctionnaire public tenu de prêter son ministère lorsqu'il en est requis;

Que, si l'article 11, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 16 décembre 1950 portant le tarif des honoraires des notaires lui prescrit de donner quittance chaque fois qu'il perçoit des sommes à titre de provision, ni cette disposition ni aucune autre ne l'autorise à refuser de prêter son ministère si une provision ne lui est pas versée;

Attendu que l'arrêt constate que le notaire désigné à la requête de la demanderesse en application de l'article 1580 du Code judiciaire a «exig(é) le paiement d'une provision avant de commencer les démarches usuelles, faute de quoi (il) refus(er)ait sa mission»;

Qu'en rejetant, par les motifs que le moyen reproduit et critique, la requête de la demanderesse tendant, sur la base de cette circonstance, au remplacement de ce notaire, l'arrêt viole les dispositions légales visées au moyen, en cette branche;

Qu'en cette branche, le moyen est fondé;

PAR CES MOTIFS, LA COUR, Casse l'arrêt attaqué, [...]

CONCLUSIONS

1. Le demandeur, après avoir sollicité et obtenu la désignation d'un notaire sur la base de l'article 1580 du Code judiciaire afin de procéder aux opérations de vente d'un immeuble dans le cadre d'une procédure de saisie-exécution immobilière, a introduit une action tendant au remplacement dudit notaire au motif que celui-ci lui réclamait une provision avant d'entamer sa mission, et, à défaut de ce faire, en refusait l'exécution.

2. L'arrêt attaqué a confirmé la décision du juge des saisies déclarant cette demande non fondée en considérant, en substance, que le demandeur, créancier poursuivant, était partie à la vente et par conséquent tenu d'indemniser le notaire de ses frais par application de l'article 5 de la loi du 31 août 1891 portant tarification et recouvrement des honoraires des notaires, et qu'aucune disposition légale n'oblige le notaire désigné à avancer lui-même les frais qu'il doit exposer pour accomplir sa mission.

3. L'unique moyen, en sa première branche, fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir décidé que le demandeur est partie à la vente au sens de l'article 5 de la loi du 31 août 1891 au

motif que l'obligation à la dette naît au moment où le créancier poursuivant émet clairement son intention de faire procéder à l'adjudication en mettant la procédure en mouvement.

En sa seconde branche, le moyen fait grief à l'arrêt d'avoir décidé qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de remplacement du notaire, admettant de la sorte, au mépris de l'article 3 de la loi du 25 ventôse 5 germinal an XI, contenant organisation du notariat, que le notaire désigné était en droit de refuser sa mission tant qu'il n'avait pas été satisfait par le demandeur à sa demande de paiement d'une provision.

4. La première branche du moyen invite votre Cour à se pencher sur la question toujours controversée, en matière de saisie-exécution immobilière, de savoir si le notaire, désigné par le tribunal à la demande du créancier poursuivant, peut ou non réclamer à ce dernier, avant d'établir le cahier des charges, une provision[1].

Cette question reviendra, on le verra ci-après, à répondre à celle de savoir à quel moment naît l'obligation à la dette au sens de l'article 5 de la loi du 31 août 1891 portant tarification et recouvrement des honoraires des notaires dans le chef du créancier poursuivant.

Le demandeur se fonde sur l'arrêt de votre Cour rendu le 19 avril 1990, par lequel il a été décidé que, en matière de saisie-exécution immobilière, le créancier poursuivant qui demande la désignation d'un notaire en application de l'article 1580 du Code judiciaire et qui fait procéder à l'adjudication comme le prévoit l'article 1586 du même code, est partie requérante à la vente elle-même[2]. Le demandeur fait valoir qu'il ressort de cet arrêt que deux conditions cumulatives sont exigées pour qu'un créancier poursuivant soit considéré comme partie requérante à la vente: il faut qu'il ait demandé la désignation d'un notaire et qu'il fasse procéder à l'adjudication.

C'est donc, selon le demandeur, au moment où il fait procéder à l'adjudication comme le prévoit l'article 1586 du Code judiciaire que le créancier poursuivant devient partie requérante à la vente elle-même.

5. Cette présentation de la portée de l'arrêt précité a pour effet d'exclure toute possibilité de provision d'honoraires dès lors qu'il faut que le créancier poursuivant ait fait procéder à l'adjudication . L'on se trouve nécessairement à ce stade au niveau du recouvrement des honoraires.

6. Afin de ne pas dénaturer la portée exacte de cet arrêt de principe, il me paraît nécessaire de le situer dans son contexte.

La question qui était posée à votre Cour se situait dans le cas où une adjudication avait déjà eu lieu et où l'adjudicataire restait en défaut de payer les frais. Le créancier poursuivant, qui avait sollicité la désignation d'un notaire, avait donc requis qu'il soit procédé à l'adjudication.

Votre Cour n'a dès lors pas été appelée à se prononcer sur le problème d'une demande de paiement provisionnel des honoraires, ni expressément sur la question de savoir à quel moment naît l'obligation à la dette dans le chef du créancier poursuivant.

Dans cette cause il était soutenu que «les parties» au sens de l'article 5 de la loi du 31 août 1891 sont celles qui requièrent le notaire de prêter son ministère pour recevoir tous les actes et contrats auxquels elles doivent et veulent donner le caractère d'authenticité attachés aux actes de l'autorité publique.

Selon la partie demanderesse, le créancier poursuivant ne requiert pas l'intervention du notaire puisqu'il se borne à déposer une requête au tribunal en vue de la désignation d'un notaire, laquelle relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal, et il n'est pas partie au contrat de vente dès lors que celui-ci se noue entre le saisi et l'adjudicataire.

Il était en outre invoqué que les articles 1585 et 1596 du Code judiciaire qui prévoient que, en matière de saisie-exécution immobilière, les frais seront à charge de l'adjudicataire, dérogent, en tant que loi postérieure, à l'article 5 précité qui dispose que les frais de la taxe seront à charge des parties.

Cet arrêt de principe, pour répondre à cette dernière argumentation, a décidé d'une part, que les articles 1585 et 1596 du Code judiciaire, relatifs à la procédure de saisie-exécution immobilière et qui prévoient que les frais seront à charge de l'adjudicataire, traitent de la contribution aux frais, c'est-à-dire qu'ils déterminent ceux à qui incombe la charge définitive desdits frais, et, d'autre part, que l'article 5 de la loi du 31 août 1891 qui dispose que les frais de la taxe seront à la charge des parties, se prononce sur l'obligation à la dette, c'est-à-dire qu'il désigne les personnes à qui le notaire pourra réclamer payement.

L'arrêt commenté décide ensuite qu'en matière de saisie-exécution immobilière, le créancier poursuivant qui demande la désignation d'un notaire en application de l'article 1580 du Code judiciaire et qui fait procéder à l'adjudication comme le prévoit l'article 1586 du même code, est partie requérante à la vente elle-même, ce qui suffit à justifier le recours du notaire qui, en définitive, a instrumenté à son profit.

---

[1] En ce qui concerne le droit du notaire de demander le versement d'une provision avant d'entamer les démarches liées à la mise en vente du bien, voir J. DEMBLON, «Les honoraires», *Rép. Not.*, tome XI, livre VIII, Bruxelles, Larcier, 1995 (2ème édition), p.166; J.-L. LEDOUX, «Les frais du notaire en matière de saisie-exécution immobilière peuvent-t-ils être réclamés au créancier poursuivant ?», *Rev. Not.,* 1997, p. 301; D. STERCKX, obs. sous Civ. Dinant (sais.), 29 mai 1984, *J.T.,* 1985, p. 11; G. VAN OOSTERWYCK, «Notariële inrichting en deontologie», in *Notariële actualiteit*, n° 4, Brugge, Die Keure, p. 12.
En ce qui concerne l'absence de fondement légal à la demande de provision, voir Civ. Dinant ( sais.), 29 mai 1984, *J.T.,* 1984, p. 11 avec note critique D. STERCKX; Civ. Charleroi (sais.), 12 mars 1996, *Rev. not.,* 1996, p.243; Civ. Bruxelles (sais.), 22juin 1990, *J.L.M.B.,* 2000, p. 1659 et note C. ENGELS, «La prétention mal fondée du notaire d'une demande de provision dans une saisie-exécution immobilière».

[2] Cass., 19 avril 1990, RG 8479, n° 484. [= *Pas.*, 1990.I.944; *Rev.not.B.*, 1990, 328; *Arr.Cass.*, 1989-90, 1066; *T.Not.*, 1990, 308]

7. Considérer, comme le fait le demandeur, que le créancier poursuivant ne saurait être effectivement partie à la vente en tant que partie requérante à la réalisation de celle-ci qu'au moment où il requiert la vente comme le prévoit l'article 1586, est une thèse qui paraît séduisante au regard de la procédure en matière de saisie-exécution immobilière.

Il ressort en effet des dispositions y afférentes du Code judiciaire que le notaire désigné ne peut procéder d'office à l'adjudication mais doit en être requis.

Cette réquisition, prévue à l'article 1586 du Code judiciaire, peut émaner soit du créancier poursuivant ayant demandé la désignation du notaire, soit d'un autre créancier inscrit ou dont le commandement a été transcrit[3]. Le créancier poursuivant qui a saisi le tribunal en vue de la désignation d'un notaire peut donc estimer ne pas vouloir poursuivre la procédure plus avant.

8. Sauf à considérer que le créancier poursuivant devient partie requérante à l'acte de vente par le seul fait d'introduire la demande de désignation du notaire, il n'existe pas de lien de droit entre le créancier saisissant et le notaire autre que de nature procédurale[4].

9. Même s'il n'est pas acquis à ce stade premier de la procédure que la vente interviendra nécessairement, l'argument procédural lié à la réquisition spécifique visée à l'article 1586 du Code judiciaire ne me paraît suffire pour exclure le courant doctrinal qui considère qu'est partie à l'acte, au sens notarial du terme, celui qui tire profit du ministère du notaire[5].

9.1.Selon cette doctrine, la partie à l'acte est celle qui requiert le ministère du notaire ou celle qui en tire profit.

A suivre cette définition, le créancier poursuivant dans le cadre d'une saisie-exécution immobilière est partie à l'acte puisque, d'une part, le notaire va être désigné par le juge des saisies à sa requête – il requiert donc, au moins indirectement, le ministère du notaire – et que, d'autre part, il tirera évidemment profit du ministère de ce dernier qui consiste entre autre à procéder à l'adjudication.

9.2. L'arrêt de votre Cour du 19 avril 1990 fait du reste précisément référence au fait que le notaire, «en définitive, a instrumenté (au) profit (du créancier poursuivant)»; constatation qui n'était pas indispensable dès lors que c'est dans le fait que le créancier poursuivant a demandé la désignation d'un notaire et a requis la passation de l'acte que votre Cour puise la qualité de partie requérante à la vente elle-même dans le chef de ce créancier.

Toutefois, à la différence de la doctrine qui considère que le créancier poursuivant est «partie à l'acte», votre Cour, en cet arrêt, retient la notion de «partie requérante à l'acte».

Cette distinction est, à mon estime, déterminante.

9.3. La notion de «partie requérante à l'acte» a, en effet, également été retenue par votre Cour dans un arrêt rendu le 22 février 2002[6] en matière d'inventaire consécutif à une levée de scellés et ayant trait au recouvrement des honoraires du notaire ayant procédé à l'inventaire.

Dans cet arrêt, votre Cour confirme l'arrêt du 19 avril 1990 en ce qu'il décide que l'article 5 de la loi du 31 août 1891 se prononce sur l'obligation à la dette et considère ensuite: «qu'il ne (se) déduit pas (de cette disposition légale) que celui qui comparaît à un inventaire sans l'avoir requis et sans y avoir intérêt, à seule fin de sauvegarder ses droits est tenu au paiement des honoraires du notaire qui a établi l'inventaire».

9.4. Il importe de relever que la demande du créancier poursuivant qui tend à obtenir la désignation d'un notaire par le juge des saisies a pour unique finalité la passation de l'acte de vente.

Ce n'est à l'évidence pas la désignation d'un notaire qui constitue en soi la portée réelle de l'introduction de la demande.

Il ne peut donc être nécessairement exclu que le créancier poursuivant ne puisse dès ce stade de la procédure être considéré comme une partie requérant l'acte de vente lui-même, nonobstant le fait que la poursuite de la procédure exige ultérieurement une réquisition spécifique aux termes de l'article 1586 du Code judiciaire.

Il n'y va que d'une exigence procédurale complémentaire qui est aux mains des divers créanciers ainsi que précisé ci-dessus.

Les prestations du notaire dès sa désignation profitent par ailleurs à la partie demanderesse en désignation.

Pour répondre aux exigences fixées par l'arrêt du 22 février 2002, il suffit en outre de constater que la partie poursuivante est à l'évidence intéressée à l'adjudication au moment de l'introduction de sa demande, sans quoi sa demande serait dépourvue de sens, voire téméraire.

10. S'il ne peut donc être exclu que l'obligation à la dette, au sens de l'article 5 de la loi du 31 août 1891 portant tarification et recouvrement des honoraires des notaires, est née dans le chef du créancier poursuivant dès la demande de désignation du notaire en application de l'article 1580, et que les prestations du notaire lui profitent, il reste à vérifier si une disposition légale s'oppose ou non à ce que, en matière de saisie-exécution immobilière, le notaire, désigné par le tribunal à la demande du créancier

---

3 G. DE LEVAL, «La saisie immobilière», *Rép. Not.*, n° 418.

4 A l'inverse de la relation de nature contractuelle qui se noue, dans le cadre de la procédure d'exécution, entre le créancier et l'huissier de justice ou l'avocat, et qui relève du contrat de mandat ou de louage d'ouvrage. Voir en ce sens: DE PAGE, *Traité*, t. IV, Bruxelles, Bruylant,1972, p. 123, n° 88, note 4.

5 J.L. LEDOUX, op. cit., p.302., J. DEMBLON, op. cit., p.158, n° 100.

6 Cass., 22 février 2002, RG C.00.0649.F, non encore publié.

poursuivant, réclame à ce dernier, avant d'établir le cahier des charges, une provision.

La réponse à cet égard me paraît se trouver dans l'article 11 alinéa 1er de l'arrêté royal du 16 décembre 1950 portant le tarif des honoraires, et qui dispose que «le notaire doit donner quittance chaque fois qu'il perçoit des sommes à titre de provision».

11. L'on rejoint ici la seconde branche de l'unique moyen qui pose à votre Cour la question subsidiaire de savoir si le notaire désigné est en droit de refuser de procéder à l'établissement du cahier des charges à défaut d'être provisionné par le créancier poursuivant.

12. A cet égard je me référerai à la doctrine qui considère que le notaire désigné en matière de saisie-exécution immobilière puise dans l'article 11 alinéa 1er de l'arrêté royal du 16 décembre 1950 portant le tarif des honoraires le droit de se faire provisionner par les parties qui sont tenues à l'obligation à la dette de frais et honoraires[7].

Cette disposition, qui a une portée générale, ne me paraît pas se heurter aux articles 1er, alinéa 1er, et 3 de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat et qui disposent, de manière tout aussi générale, que le notaire est un fonctionnaire public tenu de prêter son ministère lorsqu'il en est requis[8].

L'article 11 précité doit être au contraire lu conjointement avec ces dispositions. Il serait dépourvu de sens s'il ne pouvait avoir d'autre portée que celle de permettre au notaire de réclamer une provision, sans pouvoir toutefois attendre le paiement de la provision avant d'entamer ses prestations, car il y va de l'essence même de la notion de provision sur les frais et honoraires, à savoir une avance sur la dette y relative.

13. Le moyen me paraît dès lors manquer en droit.

Conclusion: rejet.

---

[7] J.-L. LEDOUX, op cit., p. 302. (8) Cass., 29 novembre 1984, RG 7062, n° 204.

[8] Cass., 29 novembre 1984, RG 7062, n° 204. [= *Pas.*, 1985.I.403; *Rev.not.B.*, 1985, 148, note R. DE VALKENEER; *Arr. Cass.*, 1984-85, 451; *R.W.*, 1985-86, 592.]

---

HANDELSCONTRACTEN
CONTRATS COMMERCIAUX

**CASS. (1° KAMER) 8 NOVEMBER 2002**

A.R.: C000374N
Zet.: de h. I. Verougstraete, voorzitter, mw. G. Bourgeois, Gh. Londers, E. Dirix en E. Stassijns, raadsheren
O.M.: de h. D. Thijs, advocaat-generaal
Adv.: mr. H. Geinger

LEASING – ONTBINDING VAN DE OVEREENKOMST – TOEREKENING VAN DE OPBRENGST VAN DE GELEASDE ZAAK OP DE CONTRACTUEEL BEDONGEN VERGOEDINGEN DIE AAN DE LEASINGGEVER TOEKOMEN

LOCATION-FINANCEMENT – RÉSILIATION DU CONTRAT – IMPUTATION DU REVENU DE LA CHOSE DONNÉE EN LEASING SUR LES DOMMAGES-INTÉRÊTS DÛS AU BAILLEUR EN LEASING

(N.V. SCANIA FINANCE BELGIUM t. B.V.B.A. VERHOEVEN TANK TRANSPORT)

(...)

Overwegende [...] dat het niet strijdig is met de aard van een leasingovereenkomst, zoals zij wordt gedefinieerd bij koninklijk besluit nr. 55 van 10 november 1967, dat de rechter die de overeenkomst ontbonden verklaart, de opbrengst van de geleasde zaak toerekent op de contractueel bedongen vergoedingen die aan de leasinggever toekomen en op de door de leasingnemer verschuldigde achterstallen;

Dat dergelijke toerekening de zekerheidsfunctie van leasing geen nadeel toebrengt ;

Dat het onderdeel in zoverre niet kan worden aangenomen;

(...)

---

**COUR D'APPEL DE BRUXELLES (7° CHAMBRE) 29 AVRIL 2002**

R.G.: 1997/AR/2345
Siég.: M. L. Hennart, conseiller
Pl.: Mes Vanthournout loco Deutsch et Caron

I. LOCATION-FINANCEMENT – OBLIGATIONS DU LOCATAIRE PORTANT SUR L'ENTRETIEN DU BIEN – LICÉITÉ

I. FINANCE LEASING – VERBINTENISSEN VAN DE LEASINGNEMER MET ALS OOGMERK HET ONDERHOUD VAN HET GOED – GEOORLOOFDHEID

*Le bailleur en leasing d'un véhicule peut imposer au locataire des obligations portant sur l'entretien du bien avec soin. Il peut donc exiger que le locataire ait recours à un courtier d'assurances jouissant de la confiance du propriétaire et à un garagiste déterminé pour assurer l'entretien ponctuel et le maintien en bon état de réparation du*

*véhicule. Il peut imposer l'obligation de l'informer sans délai de la survenance d'un accident ou des modifications que le locataire envisage d'apporter au véhicule.*

*De leasinggever van een voertuig kan aan de leasingnemer verplichtingen opleggen met het oogmerk zijn goed met zorg te zien behandelen. Hij mag dus eisen dat de leasingnemer een beroep doet op een verzekeringsmakelaar die zijn vertrouwen geniet en op een welbepaalde garagehouder om een stipt onderhoud en het behoud van het voertuig in goede staat te verzekeren. Hij mag aan de leasingnemer opleggen dat hij hem onmiddellijk moet op de hoogte brengen van het voorvallen van een ongeval of van wijzigingen die de huurder aan het voertuig zou aanbrengen.*

II. LOCATION-FINANCEMENT – RÉSILIATION DU CONTRAT AUX TORTS DU LOCATAIRE

II. FINANCE LEASING – VERBREKING VAN HET CONTRACT TEN NADELE VAN DE LEASINGNEMER

*Constituent des manquements qui peuvent fonder une demande de résiliation du contrat aux torts du locataire, le mutisme dont il a fait preuve, le refus persistant et injustifié de payer les échéances de loyer et de prime d'assurance et les tergiversations dans la transmission des documents d'assurance.*

*Zijn grove tekortkomingen die als grondslag kunnen dienen voor een vordering tot verbreking van de overeenkomst ten nadele van de leasingnemer, het gebrek aan reactie, de ongerechtvaardigde blijvende weigering om de vervallen huurgelden te betalen en het dralen met het overmaken van de verzekeringsdocumenten.*

(...)

Attendu que Martine B. et Francis C. ont, le 28 mai 1994, conclu avec la sprl Taxis Jadot une convention de location-vente d'un véhicule d'occasion; que la période de location est fixée à 42 mois et le loyer mensuel à 6.687 BEF, hors tva;

Attendu que le 30 juillet 1995, le véhicule est impliqué dans un accident; que les époux C.-B. prennent l'initiative de confier la réparation de celui-ci au garage Auto Fernandez;

Attendu que par courrier du 8 août 1995, la sprl Taxis Jadot reproche divers manquements contractuels aux époux C.-B.; qu'elle leur fait grief de ne pas l'avoir informée de l'accident dans les 24 heures de sa survenance, d'avoir conduit le véhicule au garage Auto Fernandez alors que le contrat prévoit que, s'agissant d'un problème de carrosserie, c'était au garage Briand qu'il aurait dû être confié pour réparation, d'avoir fait placer une auto-radio par un autre concessionnaire que celui prévu au contrat, de s'être adressé à un autre intermédiaire d'assurances que celui auquel le contrat imposait d'avoir recours;

Attendu que par lettre du 17 août 1995, la sprl Taxis Jadot fait part aux époux C.-B. que le véhicule était réparé et que le garage Fernandez lui demandait des instructions quant à la livraison de celui-ci; qu'elle les invite à régulariser la situation du point de vue de la déclaration d'accident et constate que l'échéance de loyer du 15 août 1995 ainsi que la taxe de circulation à payer pour cette même date ne l'avaient pas été; qu'elle leur annonce qu'à défaut de faire le nécessaire immédiatement, elle se verra contrainte de poursuivre la résiliation judiciaire du contrat;

Attendu que le conseil des époux C.-B. a réagi par lettre du 21 septembre 1995, s'interrogeant quant à la validité du contrat et mettant la sprl Taxis Jadot en demeure d'autoriser le garage Auto Fernandez à remettre le véhicule à disposition de ses clients;

Attendu que le courrier échangé par la suite n'a pas permis de débloquer la situation; que la sprl Taxis Jadot a proposé trois solutions: 1. la poursuite du contrat moyennant le paiement des sommes dues et la constitution d'une garantie complémentaire de bonne fin, la situation financière des époux C.-B. étant apparemment inquiétante; 2. la résiliation pure et simple du contrat sans décompte, 3. la demande de résiliation judiciaire du contrat; que les époux C.-B. ont maintenu leur souhait de récupérer le véhicule, leur refus de paiement des sommes réclamées n'étant qu'une réponse à l'inexécution par la sprl Taxis Jadot de ses obligations contractuelles, à savoir la mise à leur disposition du véhicule;

Attendu que la demande de la sprl Taxis Jadot contre les époux C.-B., introduite par citation du 11 janvier 1996, tend à obtenir la résolution du contrat aux torts de ces derniers ainsi que leur condamnation au paiement d'une somme provisionnelle de 150.000 BEF à titre d'arriérés de loyers, de manque à gagner et de remboursement de sommes payées pour leur compte;

Attendu que les époux C.-B. ont introduit une demande reconventionnelle afin d'obtenir la condamnation de la sprl Taxis Jadot à lui restituer le véhicule, à lui payer, à titre provisionnel, une somme de 50.000 BEF pour la moins-value du véhicule et une somme de 50.000 BEF pour les dépenses engendrées par l'utilisation de moyens de transport de substitution;

Attendu que le premier juge a rejeté l'exception d'inexécution invoquée par les époux C.-B., ces derniers ayant laissé sans réponse la demande légitime d'explication que la sprl Taxis Jadot leur avait adressée le 8 août 1995; qu'il a, en raison du nombre de manquements aux obligations contractuelles commis par les époux C.-B., prononcé la résolution du contrat aux torts de ces derniers, les condamnant en outre au paiement d'une somme de 50.000 BEF à titre d'indemnisation du préjudice subi par la sprl Taxis Jadot;

Attendu que les époux C.-B. relèvent appel de cette décision et persistent à soutenir n'avoir commis aucune faute contractuelle, s'étant limités à invoquer l'exception d'inexécution face à l'attitude fautive de la sprl Taxis Jadot;

Attendu que cette dernière conclut au manque de fondement de l'appel principal; qu'elle introduit un appel incident afin d'obtenir une indemnisation de son préjudice plus conforme à la réalité;

Attendu qu'il convient de relever que le véhicule a été restitué à la sprl Taxis Jadot, le 1er mars 1997, en exécution du jugement attaqué, et qu'il a été revendu le 4 avril

1997 au prix de 115.000 BEF, tva comprise;

Attendu qu'à l'audience du 23 avril 2002, les parties sont convenues de limiter les débats à la demande de la sprl Taxis Jadot, étant entendu que la cour ordonnerait la réouverture de ceux-ci s'il n'était pas fait droit à ladite demande afin de permettre aux époux C.-B. de réactualiser leurs prétentions en tenant compte du sort réservé au véhicule;

Attendu qu'il ne peut être reproché au bailleur d'un véhicule, informé du type de manquements ici en cause, d'interpeller le locataire et de le rappeler à l'ordre; que c'est en conséquence à juste titre que la sprl Taxis Jadot a envoyé les lettres des 8 et 17 août 1993 aux époux C.-B. et a, en demandant au garage Auto Fernandez de ne pas remettre le véhicule à disposition de ces derniers, suspendu l'exécution de ses obligations de bailleur;

Attendu que, plutôt que de fournir immédiatement les explications demandées et de payer le loyer (échéance du 15 août) et la taxe de circulation, sommes dont le paiement ne pouvait, à cette date, dans les circonstances de l'espèce, être raisonnablement contesté, les époux n'ont réagi que le 21 septembre 1995, à l'intervention de leur conseil; qu'au lieu de répondre alors concrètement aux interrogations légitimes de la sprl Taxis Jadot, ils se sont livrés à une critique du contrat, hors de propos, et ont mis la sprl Taxis Jadot en demeure d'autoriser le garage Auto Fernandez à remettre le véhicule à leur disposition;

Attendu qu'agissant de la sorte, les époux C.-B. ont adopté une attitude contraire à la bonne foi qui doit présider à l'exécution des conventions;

Attendu en effet, que le contrat avenu entre parties est rédigé en termes clairs et précis; qu'il constitue la loi à laquelle les parties ont librement accepté de se soumettre; que si les obligations imposées au locataire du véhicule sont certes nombreuses, il n'en demeure pas moins qu'elles répondent à la préoccupation légitime du propriétaire de celui-ci de voir traiter son bien avec soin; qu'il se comprend dès lors qu'il soit exigé du locataire qu'il ait recours, d'une part, à un courtier d'assurances jouissant de la confiance du propriétaire et, d'autre part, à un garagiste déterminé pour assurer l'entretien ponctuel et le maintien en bon état de réparation du véhicule; que l'obligation contractuelle pour le locataire d'informer sans délai le propriétaire de la survenance d'un accident ou des modifications qu'il envisage d'apporter au véhicule n'a rien de critiquable;

Attendu par ailleurs qu'il apparaît des explications finalement fournies par les époux C.-B., en cours de procédure, que les manquements reprochés étaient bien réels; qu'il leur appartenait dès lors de s'en expliquer clairement dès les interpellations du mois d'août 1993 afin de rassurer la sprl Taxis Jadot et de permettre la poursuite normale des relations contractuelles, ce que cette dernière, il faut le souligner, n'avait aucunement exclu;

Attendu que s'il peut être admis, à la lumière des dites explications, que les manquements dont question dans la lettre du 8 août 1993, n'auraient pas, en tant que tels, pu fonder une demande de résolution du contrat à leurs torts, le mutisme dont ils ont fait preuve, leur refus persistant et injustifié de payer les échéances de loyer et de prime d'assurance et enfin leurs tergiversations dans la transmission des documents d'assurance indispensables au paiement de la facture du garage Auto Fernandez, constituent en revanche un comportement gravement fautif qui justifie la résolution à leurs torts de la convention du 28 mai 1994;

Attendu que la sprl Taxis Jadot ne fournit guère d'éléments de nature à établir concrètement le dommage qu'elle prétend avoir subi; que l'indemnité, fixée en équité par le premier juge à 50.000 BEF, paraît en conséquence adéquate et doit être confirmée;

PAR CES MOTIFS,

La cour, statuant contradictoirement,

(...)

reçoit les appels, principal et incident, les dit non fondés;

(...)

---

## COUR D'APPEL DE BRUXELLES (4° CHAMBRE) 8 AVRIL 2002

R.G.: 1999/AR/1785

Siég.: M. G. Wezel, président, J. Harmel et Mme Ch. Dalcq, conseillers

Pl.: Mes O. De Riemaecker loco P. Blésin et D. Dejehet et M. Vandebotermet

I. SPONSORING – ENGAGEMENT COMME SPONSOR – PREUVE – DÉCLARATIONS D'UN PRÉPOSÉ

I. SPONSORING – AANVAARDING VAN HET SPONSORSHIP – BEWIJS – VERKLARINGEN VAN EEN AANGESTELDE

II. SPONSORING – OBLIGATIONS DU SPONSOR-INEXÉCUTION

II. SPONSORING – VERBINTENISSEN VAN DE SPONSOR – NIET-UITVOERING

*En matière commerciale les parties peuvent administrer par toutes voies de droit la preuve contraire à un acte sous seing privé. L'engagement comme sponsor d'une entreprise peut être prouvé par des déclarations et les agissements de son préposé.*

*L'organisateur d'un tournoi sponsorisé ayant exécuté les obligations qui lui incombaient avant le début du tournoi peut réclamer des dommages-intérêts du sponsor qui refuse d'exécuter ses obligations et ce même si cet organisateur n'a plus exécuté les obligations qui lui incombaient pendant la durée du tournoi mais qu'il avait, à cette époque, connaissance de la non-exécution.*

*In handelszaken mogen partijen het bewijs tegen een onderhandse akte leveren met ieder rechtmatig middel. De aanvaarding van het sponsorship vanwege een onderneming kan bewezen worden door de verklaringen en de handelwijze van haar aangestelde.*

*De organisator van een gesponsord tornooi die de op hem wegende verplichtingen voor de periode vóór de aanvang ervan heeft uitgevoerd, kan schadeloosstelling eisen van de sponsor die weigert zijn verbintenissen na te komen en dit zelfs indien de organisator de op hem wegende verplichtingen voor de periode na de aanvang van het tornooi niet nakwam, maar hij op dat ogenblik reeds wist van de weigering tot nakoming.* ≈ ENAC

(...)

Attendu que le premier juge, en un exposé que la cour fait sien, a adéquatement décrit les faits pertinents de la cause;

Qu'il suffit ici de rappeler:

Que l'appelant est l'organisateur d'un tournoi de golf intitulé "International Executive Cup Banque internationale du Luxembourg" dont le sponsor principal est la Banque internationale du Luxembourg (BIL); que cet événement sportif, qui s'adresse aux entreprises, est également sponsorisé par diverses autres sociétés belges ou étrangères;

Que l'appelant expose que par une convention signée le 19 octobre 1996, l'intimée s'était engagée, en tant que sponsor, à offrir des billets sur sa ligne aérienne dans le cadre de cette compétition pour l'année 1997 (8th International Executive Cup Banque internationale du Luxembourg), qui s'est déroulée entre avril et août 1997, sur divers terrains de golf en Belgique et à l'étranger;

Que, l'intimée n'ayant pas fourni les billets convenus, il l'assigna le 18 décembre 1997 en paiement d'une somme de 2.525.000 F, augmentée des intérêts judiciaires, soit

- des débours, réalisation d'une cassette vidéo: 150.000 F
- l'équivalent des prix (billets d'avion) non remis: 875.000 F
- préjudice commercial, atteinte à sa réputation: 1.500.000 F;

que le premier juge a déclaré cette demande non fondée, estimant que la convention dont se prévalait l'appelant était dépourvue de force probante quant à sa date et avait en réalité été signée à un moment où l'employée de l'intimée, Mme Rabineau, qui signa la convention en son nom, n'avait plus le pouvoir de l'engager; qu'il débouta en conséquence l'appelant de sa demande et le condamna aux dépens;

que l'appelant relève appel de cette décision et poursuit les fins de sa demande originaire, tout en réclamant dans sa requête d'appel un montant en principal de 2.375.000 F, porté à 2.775.000 F en conclusions, outre les intérêts et les dépens;

qu'à titre subsidiaire, il demande d'être autorisé à rapporter par voie d'enquêtes, la preuve de l'engagement de l'intimée et en particulier le fait que la convention signée par Mme Rabineau pour la société Emirates a bien été conclue en octobre 1996;

que l'intimée conclut au non fondement de l'appel et demande en outre la condamnation de l'appelant à lui payer une somme de 25.000 F à titre de dommages et intérêts pour appel téméraire et vexatoire, augmentée des intérêts judiciaires;

Attendu qu'il n'est pas contesté par l'intimée que le contrat litigieux fut effectivement signé par son ex-employée, Mme Rabineau;

Qu'elle conteste toutefois la date indiquée dans l'acte, soit le 19 octobre 1996; qu'elle expose que Mme Rabineau fut licenciée pour motif grave le 6 février 1997 et qu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes permettant d'affirmer que le contrat a été signé à une date postérieure;

Attendu qu'en matière commerciale, les parties peuvent administrer par toutes voies de droit la preuve contraire à un acte sous seing privé (Van Ryn et Heenen, Principes, t. II, 1957, n° 1245, p.244);

Que les présomptions avancées à cette fin par l'intimée sont les suivantes:

- le fait que l'appelant lui ait adressé par télécopie le 11 février 1997 un exemplaire de la convention revêtu de sa seule signature;
- le fait qu'il ne donna plus signe de vie avant le 25 août 1997;
- le fait qu'il a établi le 1er septembre 1997 une attestation en faveur de Mme Rabineau dans le cadre du litige qui oppose cette dernière à l'intimée, relatif à son licenciement pour motif grave;

que l'intimée en déduit qu'à la date du 11 février 1997, l'appelant n'avait encore de contrat signé par elle et que c'est seulement afin d'obtenir son éventuelle signature qu'il lui adressa à cette date un projet de contrat par télécopie; qu'elle estime que c'est à une date ultérieure qu'il obtint la signature de Mme Rabineau, qui avait été licenciée par l'intimée le 6 février 1997;

Attendu cependant qu'il n'est pas impensable que l'appelant ait eu dans son dossier, outre l'exemplaire du contrat daté du 19 octobre 1996 signé par les deux parties, un autre exemplaire de ce contrat, revêtu de sa seule signature, et que ce soit ce document plutôt que l'autre qu'il adressa à l'intimée le 11 février 1997, afin de lui rappeler ses engagements; que l'analyse des documents produits de part et d'autre montre qu'en tout cas, la signature de l'appelant sur l'exemplaire où il a signé seul n'est pas identique à celle qui figure sur le document signé également par Mme Rabineau; qu'il est donc exclu que cette dernière ait apposé a posteriori sa signature sur l'exemplaire envoyé par télécopie le 11 février 1997;

Que, par ailleurs, si l'on peut s'étonner que l'appelant n'adressa aucun rappel à l'intimée avant le début de la compétition, on s'explique tout aussi difficilement que, de son côté, l'intimée soit restée sans aucune réaction au fax de l'appelant du 11 février 1997;

Qu'il faut souligner en effet que Mme Rabineau avait, *in tempore non suspecto*, annoncé que l'intimée offrirait des billets d'avion pour les gagnants (cfr. sa lettre du 28 juin 1996, qui affirme la volonté de l'intimée d'avoir avec l'appelant une future collaboration "longue et fructueu-

se"; cfr. aussi la déclaration de Mme Rabineau sur le film vidéo promotionnel de 1996, déclaration lors de laquelle elle apparaît parmi les divers sponsors et annonce que l'appelante inviterait les gagnants de la prochaine compétition à Dubai; cfr. enfin l'attestation du directeur de la BIL du 23 septembre 1998 qui confirme l'engagement pris par Mme Rabineau d'offrir deux billets aux gagnants);

Que ces éléments extrinsèques viennent conforter la thèse de l'appelant, puisqu'ils indiquent que l'intimée avait bien l'intention de s'engager comme sponsor pour la 8ème "International Executive Cup" et que sa représentante avait déjà pris à ce sujet certains engagements, même s'ils étaient moins précis et moins étendus que ceux qui furent consacrés par la convention du 19 octobre 1996;

Que, dans ce contexte, l'intimée aurait pu à tout le moins s'enquérir auprès de l'appelant de la teneur exacte des engagements pris par son employée, qu'elle avait licenciée 5 jours auparavant; que son seul silence à la réception du fax de l'appelant du 11 février 1997, ne suffisait en tout pas à la délier des engagements pris auparavant; qu'ainsi, l'intimée est malvenue de reprocher à l'appelant son silence après son envoi du 11 février 1997, alors que son propre silence n'est pas davantage justifiable ni conciliable avec la thèse qu'elle développe;

Que, par contre, il est compréhensible que de son côté, l'appelant ait été trop absorbé par l'organisation de la compétition pour pouvoir adresser des rappels écrits à l'intimée avant la fin août 1997;

Qu'enfin, la circonstance que l'appelant ait certains liens d'amitié avec Mme Rabineau ne permet pas d'en déduire qu'il y ait eu collusion entre eux pour antidater la convention litigieuse; que ces liens d'amitié se justifient par le fait que l'appelant avait en tout cas rencontré cette personne lors de la réalisation de la vidéo promotionnelle dont question ci-avant; qu'il n'est par conséquent pas suspect que l'appelant ait, le 1er septembre 1997, rédigé en sa faveur une attestation dans le cadre du litige qui oppose Mme Rabineau à l'intimée, relatif à la contestation de son licenciement pour motif grave, attestation au demeurant totalement étrangère à l'actuel litige;

Attendu par conséquent que les éléments avancés par l'intimée ne sont pas suffisamment probants pour considérer que la convention litigieuse aurait effectivement été signée par Mme Rabineau, de concert avec l'appelant, à une date à laquelle elle n'avait plus le pouvoir d'engager l'intimée;

Attendu qu'il est constant que l'intimée s'est abstenue d'exécuter cette convention;

Attendu que l'intimée soutient que l'appelant n'aurait pas davantage exécuté les obligations mises à sa charge par cette convention;

Que cette considération est partiellement inexacte; que l'appelant justifie en effet avoir exécuté ses obligations pour partie; qu'ainsi, il est établi que le nom de l'intimée fut mentionnée comme étant l'un des sponsors dans la brochure éditée par la BIL concernant la compétition 1997; qu'y figure en outre un folder publicitaire de l'intimée, représentant une page complète, tout comme c'est le cas concernant les autres sponsors; que le nom de l'intimée apparaît aussi dans cette brochure comme donatrice de l'un des prix; que l'intimée fut également mentionnée comme étant l'un des sponsors de la compétition dans un article paru dans la revue "Play Golf" parue début 1997 qui annonce la compétition;

Que, si le nom et le logo de l'intimée ne furent pas apparents sur le panneau figurant au premier trou lors des qualifications, si l'intimée n'apparaît pas sur le film vidéo promotionnel tourné durant la compétition, et si un membre de l'intimée ne fut pas invité à la remise des prix lors des finales, il faut relever que ces divers engagements pris par l'appelant n'auraient dus être exécutés qu'à une date où il était patent que l'intimée restait elle-même en défaut d'exécuter ses propres obligations;

Que suivant la convention en effet, l'intimée aurait du fournir:

- 4 tickets d'avion A/R Amsterdam-Dubai pour les gagnants de la finale (qui avait lieu le 11 août 1997 en Angleterre)
- 2 tickets d'avion A/R Londres-Dubai pour les gagnants des matchs qualificatifs ayant lieu les 8 et 9 avril 1997 à Dubai
- 2 tickets d'avion A/R Bruxelles-Dubai pour les organisateurs (l'appelant et G. Perraud), départ le 7 avril 1997 pour Dubai et retour à Bruxelles le 12 avril 1997
- 15 tickets d'avion pour les personnes voulant participer aux matchs qualificatifs aux Emirats Arabes Unis;

Qu'à partir du moment où l'intimée n'avait pas fourni les tickets qu'elle aurait dû fournir en avril 1997, il n'est que logique que l'appelant se soit de son côté abstenu d'exécuter ses obligations précisées ci-avant;

Attendu, quant au préjudice réel de l'appelant, que la brochure de la compétition prévoit que les finalistes à Dubai recevront le transport vers l'Angleterre, offert par l'intimée; qu'il n'y est pas question d'autres dons ou prix de la part de l'intimée;

Qu'hormis le prix promis par la brochure précitée, l'appelant ne rapporte pas la preuve qu'il ait été en difficulté à l'égard de participants à la compétition, auxquels il aurait promis des billets d'avion, promesse qu'il aurait par la suite été incapable d'honorer du fait de la défaillance de l'intimée;

Qu'il ne précise pas à qui et suivant quelles conditions il entendait distribuer les autres billets d'avion que l'intimée aurait dû fournir; qu'il ne justifie en tout cas ni s'être engagé envers des tiers à ce propos, ni avoir exposé de quelconques débours;

Qu'il n'explique pas quel(s) prix de substitution furent le cas échéant offerts aux finalistes, en remplacement du prix offert par l'intimée, annoncé dans la brochure;

Qu'à juste titre l'intimée souligne que l'appelant ne peut prétendre être dédommagé à la fois du préjudice qui résulterait de la perte de son crédit à l'égard des participants au tournoi ainsi que de ses partenaires, et d'autre part de la contre-valeur des billets non fournis;

Qu'il faut en outre constater que l'évaluation faite par l'appelant des billets d'avion dont question dans la convention n'est elle-même étayée par aucune pièce;

Que son préjudice ne peut par conséquent être évalué qu'ex aequo et bono, tenant compte qu'il aurait en tout cas dû personnellement bénéficier, avec son co-organisa-

teur, d'un billet A/R Bruxelles-Dubai et qu'il n'a pas disposé des billets qu'aurait dû offrir l'intimée aux finalistes, de Dubai vers Londres, selon la brochure relative à la compétition;

Qu'il apparaît qu'une somme de 10.000 euros indemnisera adéquatement l'appelant du préjudice subi du fait de l'inexécution par l'intimée de ses obligations;

Attendu que, l'appel principal étant partiellement fondé, il convient de débouter l'intimée de sa demande de dommages et intérêts pour appel téméraire et vexatoire;

PAR CES MOTIFS,
LA COUR, (...)

reçoit l'appel,
le dit partiellement fondé;
en conséquence, met à néant le jugement dont appel sauf en tant qu'il a reçu la demande et liquidé les dépens;
réformant, dit la demande originaire partiellement fondée;
condamne l'intimée à payer à l'appelant la somme de 10.000 euros, augmentée des intérêts compensatoires au taux légal depuis le 15 avril 1997 jusqu'à ce jour et des intérêts moratoires depuis de ce jour jusqu'au parfait paiement;
(...)

---

CONTRAT D'AGENCE COMMERCIALE
HANDELSAGENTUUR

**COMM. MONS 17 OCTOBRE 2002**

R.G.: A/99/2137
Siég.: M. D. Mougenot, juge, P. Battard et J.P. Rousseau, juges consulaires
Pl.: Mes D. Mernier et S. Collin

CONTRAT D'AGENCE COMMERCIALE – MOMENT DE LA NAISSANCE DU CONTRAT – ART. 16 DE LA LOI DU 13 AVRIL 1995 – APPLICABILITÉ À L'ÉGARD DES TIERS

HANDELSAGENTUUROVEREENKOMST – OGENBLIK WAAROP HET CONTRACT IS ONTSTAAN – ART. 16 W. 13 APRIL 1995 – TOEPASSELIJKHEID TEN AANZIEN VAN DERDEN

*1. La loi du 13 avril 1995 distingue le droit à la commission et l'exigibilité de la commission, mais reste muette quant au moment de la naissance du droit. Il ressort toutefois des travaux préparatoires que l'élément générateur du droit de l'agent est la conclusion de l'affaire, et parfois même la simple réception de la commande, alors que l'exécution de l'affaire ne déclenche que l'exigibilité de la commission. Le moment de la rencontre des consentements entre commettant et client fait donc naître le droit à la commission dans le chef de l'agent. En revanche, cette commission ne sera exigible qu'à l'issue de l'exécution du contrat avec le client. La légère différence de quantité entre la commande et la livraison relève de l'exécution de la convention et non de son existence et est, de ce fait, sans incidence.*

*1. De W. 13 april 1965 maakt een onderscheid tussen het recht op commissieloon en de opeisbaarheid van dit commissieloon, maar zegt niets over het ogenblik waarop dit recht ontstaat. Uit de voorbereidende werken volgt evenwel dat het element dat het recht voor de agent doet ontstaan, het afsluiten van de transactie is en soms zelfs de loutere ontvangst van de bestelling, daar waar de uitvoering van de transactie de opeisbaarheid van het commissieloon bewerkstelligt. Het ogenblik van de wilsovereenstemming tussen opdrachtgever en klant doet dus het recht op het commissieloon ontstaan in hoofde van de agent. Dit commissieloon zal daarentegen maar opeisbaar zijn na de uitvoering van de overeenkomst met de klant. Het geringe kwantiteitsverschil tussen de bestelling en de levering is een element van de uitvoering van de overeenkomst en niet van het bestaan ervan en heeft daarom geen belang.*

*2. L'art. 16 de la loi du 13 avril 1995 précise que l'agent peut exiger que lui soient fournies toutes les informations qui sont nécessaires pour vérifier le montant des commissions qui lui sont dues. Ce droit est assez étendu, puisqu'il s'applique à « toutes les informations » utiles, sans autre forme de description. La demande d'information visée par cette disposition ne concerne que le commettant. D'autre part, les conditions d'application de l'art. 877 Code jud. relative à la production de documents sont assez restrictives: le tribunal ne peut ordonner cette mesure d'instruction que lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention, par une partie ou par un tiers, d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent. Il en résulte que cette procédure ne peut être appliquée à des fins purement exploratoires.*

*2. Art. 16 W. 13 april 1995 stelt dat de agent mag eisen dat hem alle informatie wordt verstrekt die noodzakelijk is om het bedrag van de hem verschuldigde commissielonen na te gaan. Dit recht is vrij uitgebreid nu het « alle gegevens » die nuttig zijn omvat, zonder verdere precisering. De vraag om informatie in dit artikel betreft slechts de opdrachtgever. Anderzijds zijn de toepassingsvoorwaarden van art. 877 Ger.W. over de overlegging van documenten vrij restrictief: de rechtbank kan deze onderzoeksmaatregel enkel bevelen indien er ernstige, nauwkeurige en doorslaggevende vermoedens bestaan voor het houderschap, door een partij of door een derde, van een document dat het bewijs bevat van een pertinent feit. Daaruit volgt dat deze procedure niet voor loutere onderzoeksmotieven mag worden toegepast.*

(BV Duo Staal c. S.A. Duferco La Louvière)

(...)

Dans le cadre de la **demande principale**, la B.V. DUO STAAL sollicite:

- La condamnation de la S.A. DUFERCO LA LOUVIERE à payer la somme provisionnelle de 37.235,84 EUR, augmentée des intérêts.
- Que le tribunal ordonne:
  - À la S.A. DUFERCO LA LOUVIERE de produire:
    - L'ensemble des décomptes mensuels de commissions pour les produits plats et les produits fil jusqu'à l'année 2000,
    - La date des commandes, les factures et les paiements afférents au listing de commandes du 4 mai 1999,
    - La totalité des factures adressées à la B.V. DIKEMA EXPORT,
    - Le tout sous peine d'une astreinte de 5.000 EUR par jour de retard,
  - À la B.V. DIKEMA EXPORT de produire la totalité des commandes adressées aux Usines BOEL durant les années 1997 à 1999.
- Elle souhaite également que l'exécution provisoire, sans possibilité de cantonnement, soit accordée.

Dans le cadre de la **demande reconventionnelle**, la S.A. DUFERCO LA LOUVIERE sollicite la condamnation de la B.V. DUO STAAL à payer la somme de 53.077,29 EUR.

### *III. Discussion*

#### 1. Rappel de la décision antérieure

Par jugement du 27 mars 2002, le tribunal avait déjà tranché les points suivants:

- Les arriérés de commissions relatives à la période antérieure à la rupture du contrat d'agence ont été intégralement payés par la S.A. DUFERCO LA LOUVIERE et ne sont plus dus,
- La B.V. DUO STAAL a droit à une indemnité d'éviction, évaluée provisionnellement à 149.827,56 EUR,
- La B.V. DUO STAAL a droit aux commissions sur les affaires conclues dans les six mois qui ont suivi la fin du contrat, en ce qui concerne les clients autres que les filiales de HOOGOVENS. Comme il n'est pas possible de procéder à des calculs complets, le tribunal ordonne une production de documents,
- La B.V. DUO STAAL à droit aux commissions sur les commandes reçues par la S.A. DUFERCO LA LOUVIERE avant la fin du contrat mais exécutées ensuite. Une production de documents est également ordonnée,
- La B.V. DUO STAAL a droit à des commissions d'exclusivité sur les commandes passées par la B.V. DIKEMA EXPORT. Une production de documents est également ordonnée.

#### 2. Exécution de cette décision

La S.A. DUFERCO LA LOUVIERE a produit un certain nombre de documents mais la B.V. DUO STAAL estime qu'ils ne sont pas complets. La S.A. DUFERCO LA LOUVIERE s'est reconnue redevable d'un supplément de 37.235,84 EUR mais, compte tenu de ce qui vient d'être dit, la B.V. DUO STAAL soutient que cette somme ne couvre pas l'intégralité des sommes qui lui sont dues.

#### 3. Date de conclusion des affaires

Une question de principe empoisonne l'exécution de la précédente décision du tribunal: la date de conclusion des affaires.

La loi de 1995 dit que l'agent a droit aux commissions sur les affaires *conclues*... Que faut-il entendre par "conclusion"?

Selon la B.V. DUO STAAL, une affaire est conclue dès qu'une commande est acceptée. Il importe peu que le montant de la commission soit liquidé ultérieurement en fonction des éléments de la facture.

Selon la S.A. DUFERCO LA LOUVIERE, les quantités réellement livrées ne peuvent être déterminées qu'à l'issue de la production. De ce fait, les quantités facturées correspondent rarement aux quantités commandées. Il y a toujours une différence qui oscille entre 5 et 10%. Elle en déduit que les affaires sont réellement conclues au moment où tous les éléments du contrat sont connus, c'est-à-dire lors de la facturation.

Décision du tribunal

La loi distingue le droit à la commission et l'exigibilité de la commission mais est muette quant au moment de naissance du droit.[1] Toutefois, il ressort assez clairement des travaux préparatoires que l'élément générateur du droit de l'agent est la conclusion de l'affaire, et parfois même la simple réception de la commande, alors que l'exécution de l'affaire ne déclenche que l'exigibilité de la commission.[2]

C'est donc le moment de la rencontre des consentements entre commettant et client qui fait naître le droit à la commission dans le chef de l'agent. En revanche, cette commission ne sera exigible par l'agent qu'à l'issue de l'exécution du contrat conclu avec le client.

Dans le cas d'espèce, il n'est pas douteux que la rencontre des consentements se produit lors de l'acceptation de la commande. La légère différence de quantité entre la commande et la livraison relève de l'exécution de la convention et non de son existence et est, de ce fait, sans incidence. Le fait que l'exécution du contrat diffère quelque peu de la commande – dans des limites usuelles et connues des parties – n'empêche pas que le dit contrat était déjà parfaitement conclu et obligeait les parties dès l'acceptation de la commande.

La position de la B.V. DUO STAAL est donc fondée.

---

[1] C. JASSOGNE, "L'agent commercial et le représentant de commerce en droit belge", in *Les contrats de distribution commerciale*, Larcier, 1996, p. 60; M. & S. WILLEMART, *Concession de vente et agence commerciale*, Dossiers du JT, n° 8, Larcier, 1995, p. 96.

[2] C. VERBRAEKEN & A. de SCHOUTHEETE, *Manuel des contrats de distribution commerciale*, Kluwer, 1997, n° 100.

## 4. Conséquence

*a. Sur le droit aux commissions découlant de l'article 11, 1°*

Selon l'article 11, 1°, l'agent a droit aux commissions sur les affaires conclues après la fin du contrat mais résultant de son activité avant la fin du contrat.

Décision

Contrairement à ce que soutient la S.A. DUFERCO LA LOUVIERE, les commissions sont bien dues à la B.V. DUO STAAL sur ***l'ensemble*** des commandes reçues par H-UGB entre le 1er mai et le 31 octobre 1999, pour toutes les sociétés autres que les filiales HOOGOVENS. Il importe peu à cet égard que la facturation soit réalisée après le 31 octobre 1999.

Les pièces 30 et 31 produites par la S.A. DUFERCO LA LOUVIERE paraissent reprendre l'intégralité des commandes passées durant la période litigieuse ainsi que les factures correspondantes.

Comme le demande la B.V. DUO STAAL, la S.A. DUFERCO LA LOUVIERE doit toutefois compléter son décompte de commissions, pour tenir compte de l'ensemble des factures afférentes à ces commandes.

*b. Sur la demande reconventionnelle*

Le tribunal a décidé que, pour ce qui est des commissions versées en application de l'article 11, 1° de la loi, seuls les clients de H-UGB autres que les filiales HOOGOVENS entrent en ligne de compte.

Or, la S.A. DUFERCO LA LOUVIERE déclare avoir payé des commissions à la B.V. DUO STAAL au mois de mai et juin 1999, sur l'ensemble des factures, en ce compris celles qui concernent des filiales HOOGOVENS. Elle soutient donc que les commissions afférentes aux affaires conclues avec ces filiales ont été payées indûment et réclame le remboursement de la somme de 53.077,29 EUR.

Décision

Encore une fois, c'est la date d'acceptation de la commande qui est déterminante. Dès lors, avant la fin du contrat d'agence, c'est l'ensemble des commandes passées par des clients hollandais qui entre en considération, sans distinction entre filiales HOOGOVENS et autres.

La B.V. DUO STAAL relève à cet égard que les décomptes produits par la S.A. DUFERCO LA LOUVIERE pour les mois de mai et juin concernent *presque* exclusivement des commandes passées avant le 1er mai 1999.

Il conviendrait que les parties s'expliquent de manière plus précise à ce sujet. L'utilisation de l'expression "presque exclusivement" tend à démontrer que certaines commandes formées par des filiales HOOGOVENS ont quand même été passées après le 1er mai, de telle sorte que les commissions calculées sur ces opérations seraient effectivement payées indûment à la B.V. DUO STAAL.

La demande reconventionnelle n'est pas en état sur ce point et il conviendrait que la S.A. DUFERCO LA LOUVIERE ventile les montants qu'elle réclame en fonction de la date d'acceptation des commandes. Cette demande reconventionnelle n'est en effet pas fondée pour toutes les commandes acceptées par H-UGB avant la fin du contrat d'agence.

*c. Sur le droit aux commissions découlant de l'article 11, 2°*

Selon l'article 11, 2°, l'agent a droit aux commissions sur les affaires conclues après la fin du contrat mais correspondant à des commandes conclues avant la fin du contrat.

La B.V. DUO STAAL avait produit un listing de commandes daté du 4 mai 1999. Comme les 1er et 2 mai 1999 étaient respectivement un samedi et un dimanche, elle en déduit que ces commandes sont en réalité antérieures au 1er mai.

Décision

A défaut de connaître la rapidité d'encodage et de mise à jour des données commerciales, on ne peut exclure que ce listing comprenne des commandes du 3 mai.

C'est la raison pour laquelle le tribunal souhaitait connaître les dates des commandes mentionnées dans ce listing.

Pour autant qu'elles soient effectivement antérieures au 1er mai, elles ouvrent ***toutes*** un droit à la commission à la B.V. DUO STAAL, à condition qu'elles aient été effectivement suivies d'effet, peu importe à cet égard la date de facturation.

Il ne suffit donc pas de produire des décomptes de commissions dues dans les quelques mois qui ont suivi la fin du contrat. Il faut pouvoir vérifier que toutes les factures afférentes aux commandes antérieures au 1er mai sont bien prises en compte dans le calcul, ce qui ne paraît pas être le cas.

La S.A. DUFERCO LA LOUVIERE doit dès lors compléter son dossier.

## 5. Les commissions d'exclusivité sur les ventes à la B.V. DIKEMA EXPORT

Sur ce point, la querelle sur la date de conclusion des affaires n'a pas d'incidence.

La B.V. DUO STAAL suspecte simplement la S.A. DUFERCO LA LOUVIERE de ne pas lui avoir transmis l'intégralité des factures relatives aux commandes directes de la B.V. DIKEMA EXPORT. Pour en avoir le cœur net, elle propose donc de s'adresser à la B.V. DIKEMA EXPORT.

La S.A. DUFERCO LA LOUVIERE explique que les affaires avec la B.V. DIKEMA EXPORT se sont limitées à 1997 et qu'aucune commande n'a été passée en 1998 et 1999.

La B.V. DUO STAAL estime cette affirmation invraisemblable, compte tenu de l'importance du chiffre d'affaire réalisé avec cette société en 1997.

Décision

L'article 16 de la loi de 1995 sur le contrat d'agence précise que l'agent peut exiger que lui soient fournies toutes les informations, en particulier un extrait des livres comptables, qui sont à la disposition du commettant et qui sont nécessaires pour vérifier le montant des commissions qui lui sont dues.

Ce droit est assez étendu, puisqu'il s'applique à "toutes les informations" utiles, sans autre forme de description. Il est précisé que ces informations doivent être à la disposition du commettant. On peut donc en déduire que la demande d'information visée par cette disposition ne concerne que le commettant. Les informations sollicitées de la part de tiers sont soumises au droit commun de la production de documents.

En principe, les conditions d'application de l'article 877 du Code judiciaire relatives à la production de documents sont assez restrictives.

En particulier, le tribunal ne peut ordonner cette mesure d'instruction que lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention, par une partie ou un tiers, d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent.[3]

Il en résulte que cette procédure ne peut être appliquée à des fins purement exploratoires, en espérant que cette "partie de pêche" permette de mettre au jour des documents dont l'existence est douteuse lorsque la mesure est ordonnée.[4]

Dans cette mesure, la demande de la B.V. DUO STAAL d'interroger la B.V. DIKEMA EXPORT sur l'existence d'autres commandes que celles renseignées par la S.A. DUFERCO LA LOUVIERE n'est pas pertinente, dès lors que la B.V. DUO STAAL ne fournit pas de commencement de preuve de ce que les informations fournies par la S.A. DUFERCO LA LOUVIERE seraient incomplètes et que des livraisons existeraient pour les autres années.

La demande complémentaire de production de documents doit donc être écartée.

Pour le surplus, le mode de calcul de ces commissions, tel que présenté par la S.A. DUFERCO LA LOUVIERE (commissions calculées sur les prix nets, application du plan de redressement), n'est pas contesté par la B.V. DUO STAAL et apparaît correct. Il doit donc être approuvé.

(...)

**7. Les intérêts et la demande d'exclusion de cantonnement**

La B.V. DUO STAAL réclame les intérêts à compter du quinzième jour suivant la fin du trimestre où la facture a été encaissée, comme le prévoit le contrat d'agence.

Toutefois, l'exigibilité des commissions ne fait pas courir les intérêts de plein droit, à défaut de clause en ce sens dans le contrat d'agence.

Les intérêts courent donc à compter de la mise en demeure du 26 mai 1999 en ce qui concerne les commissions les plus anciennes (DIKEMA).

En revanche, une mise en demeure anticipée peut faire courir les intérêts sur une créance qui devient ultérieurement exigible.[5] C'est le cas des commissions venues à échéance après la fin du contrat, par l'effet de la dite mise en demeure du 26 mai 1999. Pour celles-ci les intérêts courent donc dès l'échéance contractuelle.

Il n'y a pas lieu de supprimer le droit de cantonner, compte tenu de l'absence d'explication de la B.V. DUO STAAL à ce sujet.

(...)

---

[3] Cass., 14 décembre 1995, *R.W.* 1996-1997, 198 (abrégé); *Bull.*, 1995, 1165.

[4] A. BRUYNEEL, "Le secret bancaire en Belgique après l'arrêt du 25 octobre 1978", *J.T.*, 1979, p. 371 s., n° 16; F. DELWICHE, "De sekwestratie van bewijsmateriaal – Een gerechtelijke hinderlaag?", *R.W.*, 1977-1978, col. 2025, n° 10; S. STIJNS, "De overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek", *Jur. Falc.*, 1984-1985, p. 209.

[5] Cass., 19 juin 1989, *Pas.*, 1989, I, 1132; Cass., 25 février 1993, *Pas.*, 1993, I, 210.

---

**COUR D'APPEL BRUXELLES 29 AVRIL 2002**

R.G.: 1999/AR/1554
Siég.: M. Harmel, président, Janssens et Mme Dalcq, conseillers
Pl.: Mes R. Dupont, D. Fessler, L. Cornelis et Y. Vuillard

I. CONTRAT D'AGENCE – INDEMNITÉ D'ÉVICTION – CLAUSE DE NON CONCURRENCE – PRÉSOMPTION EN FAVEUR DE L'AGENT D'AVOIR APPORTÉ UNE CLIENTÈLE

I. AGENTUUR – UITWINNINGSVERGOEDING – NIET-CONCURRENTIEBEDING – VERMOEDEN TEN VOORDELE VAN DE AGENT DAT HIJ EEN CLIËNTEEL HEEFT AANGEBRACHT

*Si le contrat d'agence comporte une clause de non concurrence, l'agent bénéficie de la double présomption légale, selon laquelle il est présumé avoir apporté une clientèle au commettant et que ce dernier en a tiré des avantages substantiels, sauf pour le commettant à rapporter la preuve contraire.*

*Indien de agentuurovereenkomst een niet-concurrentiebeding bevat geniet de agent van een dubbel wettelijk vermoeden, volgens hetwelk hij wordt vermoed cliënteel te hebben aangebracht dat deze laatste nog aanzienlijke voordelen kan opleveren. De principaal kan daarvan het tegenbewijs leveren.*

II. CONTRAT D'AGENCE – INDEMNITÉ D'ÉVICTION – FIXATION DU MONTANT – BASE DE CALCUL

II. AGENTUUR – UITWINNINGSVERGOEDING – BEREKENINGSBASIS

*Le montant de l'indemnité d'éviction est fixé en tenant compte tant de l'importance du développement des affaires que de l'apport de clientèle, l'indemnité ne pouvant pas dépasser le montant d'une année de rémunération, calculé sur base de la moyenne des cinq dernières années ou, si la durée du contrat est inférieure à cinq ans, d'après la moyenne des années précédentes.*

*Il y a lieu d'entendre par rémunération toutes les commissions perçues par l'agent dans le cadre du contrat, sans distinction selon leur nature et sans abattement d'une quote-part correspondant à des frais professionnels.*

*Het bedrag van de uitwinningsvergoeding wordt bepaald rekening houdend zowel met de gerealiseerde uitbreiding van de zaken als met de aanbreng van klanten. De uitwinningsvergoeding mag echter niet meer bedragen dan het bedrag van een jaar vergoedingen berekend op basis van het gemiddelde van de vijf voorafgaande jaren of op basis van de gemiddelde vergoeding in de voorafgaande jaren indien de overeenkomst minder dan vijf jaar heeft geduurd.*

*Onder vergoeding dient te worden verstaan alle door de agent in het raam van de overeenkomst ontvangen commissielonen, zonder onderscheid naar hun aard en zonder aftrek van een gedeelte dat overeenstemt met de professionele kosten.*

(...)

***I. Situation du litige et antecedents de la procedure***

Attendu que la SA Electronic Money System, en abrégé Msys dans la suite du présent arrêt, est une société spécialisée dans la distribution de terminaux de paiement;

Qu'une déclaration d'intention fut signée le 3 juillet 1995 entre Belgacom et Msys, contenant l'engagement des parties de souscrire un contrat d'agence exclusive pour la commercialisation des terminaux de paiement "point de vente" de Belgacom;

Qu'un contrat d'agence fut signé entre parties le 10 décembre 1996, avec effet rétroactif au 1er août 1996, pour une durée d'un an, renouvelable deux fois par tacite reconduction sauf préavis par l'une des parties au moins trois mois avant l'échéance;

Que l'article 1er de ce contrat dispose que Belgacom confie à Msys les secteurs de commercialisation suivants:
"a) secteurs Horeca
b) utilisateurs existants de terminaux Teledata (environ 16.000 installations, excepté la Poste et les enseignes Belgacom)
c) établissements faisant appel à un terminal de paiement offrant une fonction de mobilité"
et prévoit que Belgacom "donne mandat à Msys de représenter, faire signer et faire souscrire des conventions Belgacom de mise à disposition de terminaux..., et, dans le cas de certains terminaux, de procéder à l'installation physique des terminaux chez les preneurs";

Que ce contrat fut renouvelé tacitement le 1er août 1997;

Que l'exécution du contrat fut émaillée de certaines difficultés, Msys reprochant à Belgacom de ne pas se conformer à ses obligations contractuelles, particulièrement en étant incapable d'assurer un approvisionnement suffisant en terminaux;

Que, le 2 mars 1998, Msys adressa une lettre à Belgacom par laquelle elle annonçait demander la résolution judiciaire du contrat, tout en indiquant qu'elle entendait poursuivre l'exécution de la convention quant à son objet principal, à savoir la commercialisation exclusive de terminaux de paiement moyennant le paiement de commissions contractuelles; que dans ce courrier, Msys précise également qu'elle soulève, pour autant que de besoin, l'exception d'inexécution pour refuser de communiquer à Belgacom la liste des clients en attente de livraison;

Que, le 1er mai 1998, Belgacom notifia à Msys son intention de ne pas renouveler le contrat à son échéance du 1er août 1998;

Attendu que l'action originaire introduite par Msys le 4 mars 1998 tendait à la résolution du contrat d'agence aux torts de Belgacom avec effet au 31 juillet 1998 et à la condamnation de Belgacom à divers montants à titre de dommages et intérêts et d'indemnité d'éviction;

Que la demande reconventionnelle introduite par Belgacom tendait à la condamnation de Msys à lui payer une somme de 507.335 F à titre de remboursement d'avance et de 5.000.000 F à titre de dommages et intérêts;

Que le premier juge a déclaré la demande principale de Msys irrecevable; qu'il a déclaré la demande reconventionnelle de Belgacom recevable et fondée à concurrence de 507.335 F;

Que Msys relève appel de cette décision; qu'elle ne poursuit plus la demande de résolution judiciaire de la convention d'agence mais demande la condamnation de Belgacom à lui payer des dommages et intérêts en réparation du préjudice qu'elle a subi du fait de l'inexécution par Belgacom de ses obligations contractuelles et de son manquement à l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions;

Que les montants réclamés à ce titre sont les suivants:
- un manque à gagner de 432.792,15 €;
- des coûts accessoires de 86.704,08 € liés aux investissements en personnel, matériels ou autres consentis pour le lancement de la nouvelle gamme Crédito;
- des coûts de gestion du "pending" et des "field-tests" non facturés à ce jour, d'un montant de 33.588,43 €;
- l'atteinte à la réputation commerciale évaluée ex aequo et bono à 247.893,52 €;

Que Msys demande également la condamnation de Belgacom à lui payer une indemnité d'éviction de 925.301,45 € au titre de l'article 20 de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale, ainsi que des dommages et intérêts complémentaires d'un montant en principal de 389.059,96 €;

Qu'elle sollicite en outre des intérêts compensatoires au

taux légal sur ces sommes à dater du 11 décembre 1997, date de la mise en demeure, pour un montant en principal de 961.504,61 € et à dater du 31 juillet 1998 pour le surplus;

Qu'elle demande de déclarer la demande reconventionnelle de Belgacom irrecevable ou à tout le moins non fondée en tant qu'elle porte sur la réparation d'un prétendu dommage subi par l'intimée;

Qu'elle se réfère à justice quant à la demande reconventionnelle de Belgacom en tant qu'elle porte sur le paiement d'un solde financier et demande de statuer comme de droit quant à ce;

Qu'elle demande en outre la condamnation de Belgacom aux dépens;

Attendu que Belgacom conclut au non fondement de ces demandes, et subsidiairement au fondement limité – à concurrence de 6.328.904 F – de la demande d'indemnité d'éviction et de dommages et intérêt complémentaires,

Qu'elle forme par ailleurs un appel incident en vue d'obtenir la condamnation de Msys à lui payer une somme de 300.000 F à titre de dommages et intérêts et une demande incidente afin d'obtenir sa condamnation à lui payer une somme de 647.597 F à titre de solde de remboursement d'avance;

### *2. Discussion*

(...)

Attendu que Msys réclame en outre à Belgacom une indemnité d'éviction et une indemnité complémentaire sur la base de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale;

Attendu que, suivant l'article 20 al. 1er de cette loi: "Après la cessation du contrat, l'agent commercial a droit à une indemnité d'éviction lorsqu'il a apporté de nouveaux clients au commettant ou a développé sensiblement les affaires avec la clientèle existante, pour autant que cette activité doive encore procurer des avantages substantiels au commettant";

Que suivant l'alinéa 2 de cette disposition: "Si le contrat prévoit une clause de non concurrence, le commettant est réputé, sauf preuve contraire, recevoir des avantages substantiels";

Que suivant l'article 24 § 3 de la loi du 13 avril 1995: "La clause de non-concurrence crée en faveur de l'agent une présomption d'avoir apporté une clientèle; le commettant peut apporter la preuve contraire";

Que la doctrine s'accorde à considérer que la présence d'une clause de non concurrence crée, en faveur de l'agent, une présomption réfragable d'avoir apporté une clientèle (P. De Keyser, Le contrat d'agence commerciale, La cessation du contrat, Orientations, 1996, p.41 et suiv.; A. De Theux, La fin du contrat d'agence commerciale, Bruylant, 1997, p. 75, n° 55; Verbraeken et de Schouteete, La loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale, J.T., 1995, p. 468, n° 30, ces auteurs précisant qu'en présence d'une clause de non-concurrence, la loi institue en réalité une double présomption, chaque fois réfragable: celle d'avoir apporté une clientèle et celle que l'activité continue à apporter des avantages substantiels au commettant après la fin du contrat; D. Putzeys, "Le contrat d'agence commerciale: entre chien et loup", in La distribution commerciale dans tous ses états, Ed. Jeune Barreau Brux. 1997, p. 128); que ce point de vue est admis par Belgacom;

Attendu qu'en l'espèce, le contrat comporte une clause de non concurrence; que Msys bénéficie par conséquent de la double présomption légale, selon laquelle elle est présumée avoir apporté une clientèle au commettant et que ce dernier en a tiré des avantages substantiels, sauf pour Belgacom à rapporter la preuve contraire;

Attendu que les parties divergent sur le parc de clientèle de départ consenti à Msys; que selon Msys, la clientèle de départ s'élevait en réalité à 13.144 unités, car il y aurait lieu de déduire des 16.000 installations renseignées dans le contrat, les terminaux de la Poste et des enseignes Belgacom d'une part, ceux des établissements financiers et dérivés d'autre part;

Que l'article 1er du contrat prévoyait que Msys était institué agent exclusif pour les secteur de distribution suivants:
- secteurs Horeca
- utilisateurs existants de terminaux Teledata (environ 16.000 installations, excepté la Poste et les enseignes Belgacom)
- établissements faisant appel à un terminal de paiement offrant une fonction de mobilité;

Qu'il prévoyait aussi que "la liste des utilisateurs Teledata sera remise à Msys lors de la signature du contrat, sur support informatique";

Qu'il est constant qu'une telle liste – qui aurait permis aisément à Belgacom de rapporter, le cas échéant, la preuve contraire des allégations de Msys – ne fut jamais remise par Belgacom à Msys;

Que Belgacom ne conteste par ailleurs pas que, malgré le libellé de l'article 1er du contrat, les terminaux de La Poste et des enseignes Belgacom étaient inclus dans le chiffre d'"environ 16.000 installations" qui y est cité et qu'il convient donc de les déduire; qu'en effet, Belgacom se contente d'indiquer à ce propos que "l'exclusion de la Poste et des enseignes Belgacom n'avait pas pour conséquence de modifier radicalement le chiffre de 16.000" (pp. 63-64 de des conclusions);

Qu'il aurait suffi à Belgacom de rapporter la liste des terminaux de la Poste et des enseignes Belgacom, – ainsi que ceux des établissements financiers, que Msys déduit également des 16.000 installations de départ – pour justifier ses dires, ce qu'elle s'abstient de faire;

Que le chiffre de 13.144 installations avancé par Msys comme étant le nombre de terminaux en début de contrat doit par conséquent être retenu, à défaut de preuve contraire de la part de Belgacom;

Que Belgacom n'indique pas davantage quel était le nombre de terminaux, pour les secteurs visés au contrat, à la fin de celui-ci, soit le 31 juillet 1998; qu'elle se contente d'indiquer que le nombre de clients ayant signé un contrat de location de crédito avec elle était de 15.421 au 30 octobre 1998, date qui n'est pas pertinente puisqu'elle se situe 3 mois après la fin du contrat;

Que Msys indique avoir obtenu durant l'exécution du

contrat 5.681 nouveaux contrats; que Belgacom accepte ce chiffre, se limitant à observer que ce chiffre ne serait pas significatif aux motifs, d'une part, qu'il ne tient pas compte des contrats qui ont par ailleurs été résiliés, et d'autre part, qu'il inclut les contrats renouvelés; qu'à nouveau cependant, ces considérations ne sont cependant pas démontrées par Belgacom;

Que Msys souligne en outre de façon pertinente que la signature des contrats de la nouvelle gamme des créditos, qu'il s'agisse de nouveaux contrats ou de renouvellements, a contribué au développement des affaires de Belgacom, puisque ces contrats étaient d'une durée de 4 ans au lieu de 3 comme c'était le cas précédemment;

Qu'il faut déduire des divers éléments indiqués ci-avant que Belgacom ne rapporte pas la preuve contraire des circonstances présumées en vertu des articles 20 al. 2 et 24 § 3 de la loi du 13 avril 1995;

Attendu que les alinéas 3 et 4 de l'article 20 de la loi du 13 avril 1995 énoncent que "le montant de l'indemnité d'éviction est fixé en tenant compte tant de l'importance du développement des affaires que de l'apport de clientèle" et que "l'indemnité ne peut dépasser le montant d'une année de rémunération, calculé sur base de la moyenne des 5 dernières années, ou, si la durée du contrat est inférieure à cinq ans, d'après la moyenne des années précédentes";

Attendu qu'à tort Belgacom voudrait exclure de la base de calcul de l'indemnité la part des commissions payées à Msys qui rémunérait les installations lors des premières visites, les "field tests", les installations provisoires et les installations de seconde visite, au motif que cette part de rémunération relèverait d'un contrat d'entreprise et serait étrangère à l'activité de l'agent se rapportant à l'apport de clientèle;

Qu'une telle distinction est aussi arbitraire qu'artificielle; qu'il n'est pas contestable que toutes les sommes payées par Belgacom à Msys le furent en rémunération des prestations fournies par celle-ci en exécution du contrat d'agence, et qu'il y a lieu d'entendre par rémunération toutes les commissions perçues par l'agent dans le cadre de l'exécution du contrat, sans distinction selon leur nature et sans abattement d'une quote-part correspondant à des frais professionnels (A. De Theux, op. cit., p. 103, n° 82);

Attendu que, compte tenu du chiffre d'affaires réalisé par Msys à l'occasion de l'exécution du contrat, du nombre d'interventions qu'elle effectua, des nouveaux contrats qu'elle apporta à Belgacom, du fait que le contrat constituait la seule activité de Msys, mais aussi de la durée relativement limitée de la relation commerciale, il apparaît raisonnable de fixer l'indemnité d'éviction due à Msys à un montant correspondant à 5 mois de rémunération brute;

Que Msys fait état d'une rémunération annuelle brute totale de 23.352.735 F pour l'année 1995-1996, de 40.554.473 F pour l'année 1996-1997 et de 48.072.495 F pour l'année 1997-1998, soit une moyenne annuelle de 37.326.568 F; que ces chiffres, qui correspondent aux montants facturés, ne sont pas contestés comme tels par Belgacom;

Qu'il revient donc à Msys un montant de 15.552.736 F ou 385.542,25 € à titre d'indemnité d'éviction;

Attendu que Msys prétend en outre avoir droit à des dommages et intérêts complémentaires sur base de l'article 21 de la loi du 13 avril 1995;

Que cette disposition prévoit: "Pour autant que l'agent commercial ait droit à l'indemnité d'éviction visée à l'article 20 et que le montant de cette indemnité ne couvre pas l'intégralité du préjudice réellement subi, l'agent commercial peut, mais à charge de prouver l'étendue du préjudice allégué, obtenir en plus de cette indemnité, des dommages et intérêts à concurrence de la différence entre le montant du préjudice réellement subi et cette indemnité";

Attendu que cette disposition ne peut servir à contourner le plafond de l'indemnité d'éviction fixé à l'article 20 alinéa 4 de la loi;

Qu'alors que l'indemnité d'éviction a essentiellement pour but de compenser la perte de rémunération future de l'agent, l'indemnité complémentaire vise à le dédommager d'un préjudice distinct, tel que les frais d'investissement qu'il aurait exposés et qui ne seraient pas encore amortis, ou encore les indemnités qu'il serait amené à payer à des tiers du fait de la cessation du contrat d'agence (v. P. De Keyser, op. cit., p. 47);

Qu'en l'espèce, Msys ne tente nullement de démontrer de tels éléments, ni à plus forte raison de les chiffrer; qu'elle fonde sa demande d'indemnité complémentaire sur l'apport de clientèle qu'elle prétend avoir réellement apporté à Belgacom, qu'elle évalue à 53.021.208 F; qu'elle en déduit qu'elle a droit, au titre d'indemnité complémentaire, à la différence entre ce montant et le montant plafonné de l'indemnité d'éviction, soit 53.021.208 F – 37.326.568 F = 15.694.640 F;

Attendu que le calcul auquel se livre Msys pour évaluer l'apport de clientèle réel dont aurait profité Belgacom ne repose sur aucune base sérieuse mais sur des conjectures non démontrées; qu'il ne pourrait assurément être entériné;

Que, surtout, et en tout état de cause, Msys tente par ce moyen de contourner le plafond de l'indemnité d'éviction prévu à l'article 20 de la loi, alors que l'article 21 ne l'autorise pas à agir de la sorte et que, de surcroît, il a été dit ci-avant que, compte tenu des circonstance de la cause, elle n'avait pas droit au maximum légal prévu par la loi pour cette indemnité;

Que Msys ne justifie d'aucun préjudice réel qui permettrait l'octroi d'une indemnité complémentaire;

Que ce chef de demande doit être déclaré non fondé;

(...)

COURTAGE
MAKELAARDIJ

**COMM. MONS (2° CHAMBRE) 28 FÉVRIER 2002**

R.G.: A/97/1096
Siég.: M. D. Mougenot, juge, J. Berhin et O. François, juges consulaires
Pl.: Mes F. Colette et B. Pinchart

COURTIER DE CRÉDIT – OBLIGATION D'IDENTIFICATION DU DEMANDEUR DE CRÉDIT – OBLIGATION DE RÉSULTAT – PRÉSENTATION DE FAUSSES CARTES D'IDENTITÉ – CAS FORTUIT – PREUVE

KREDIETMAKELAAR – VERPLICHTING OM DE KREDIETAANVRAGER TE IDENTIFICEREN – RESULTAATSVERBINTENIS – VOORLEGGING VAN VALSE IDENTITEITSPAPIEREN – OVERMACHT – BEWIJS

*L'obligation de certification du courtier de crédit est une obligation de résultat. Cette qualification se fonde sur la rigueur et la précision des termes utilisés et sur sa parfaite maîtrise sur le résultat de son obligation.*

*Si le courtier prétend avoir été victime de la présentation de fausses cartes d'identité, cette circonstance ne sera constitutive de cas fortuit que si le courtier apporte la preuve de ce que de faux documents originaux ont été utilisés et que le maquillage était suffisamment habile pour ne pas éveiller des soupçons.*

*De certificatieplicht van de kredietmakelaar is een resultaatsverbintenis. Deze kwalificatie is gesteund op de gestrengheid en de precisie van de gebruikte bewoordingen en op het volledige meesterschap van de makelaar op het resultaat van zijn verbintenis.*

*Indien de makelaar beweert het slachtoffer te zijn geweest van de voorlegging van valse identiteitspapieren, dan zal dit slechts overmacht uitmaken mits de makelaar aantoont dat valse originelen werden gebruikt en de vervalsing voldoende handig was doorgevoerd om geen argwaan te wekken.*

(S.A. Krefima c. S.P.R.L.U. P. Pirot)

(...)

***II. Discussion***

1. Attendu que la demande est recevable;

Qu'elle tend à la condamnation de la S.P.R.L. PIERRE PIROT à indemniser la S.A. KREFIMA du dommage subi par cette dernière suite à l'escroquerie montée par Mr. LIBERTON;

Que la S.A. KREFIMA expose que, si la décision d'acquittement de Mr. PIROT prononcée par le tribunal correctionnel de Mons exclut que l'on recherche une intention frauduleuse dans son chef, il n'en reste pas moins que l'escroquerie n'a été rendue possible que par sa négligence, dès lors qu'il n'a pas procédé à la vérification des documents d'identité des candidats emprunteurs en original;

Attendu que la S.P.R.L. PIERRE PIROT se défend à cet égard en soutenant que:
- Elle ne supporte pas la charge de la preuve sur ce point,
- Mr. PIROT a bien rencontré physiquement des personnes qui se sont présentées comme les candidats emprunteurs,
- Il a procédé à la vérification des documents d'identité, qui lui ont été présentés en original mais ceux-ci étaient habilement contrefaits, de telle sorte que la supercherie n'était pas discernable par un individu normalement prudent et diligent;

Attendu que la thèse exposée par la S.P.R.L. PIERRE PIROT ne peut être formellement exclue par le dossier, de telle sorte qu'il est capital de déterminer quelle partie supporte la charge de la preuve de l'exécution de mesures de vérification;

Attendu que la S.A. KREFIMA soutient à cet égard que l'obligation de certification du courtier est une obligation de résultat, de telle sorte que la charge de la preuve de la bonne exécution de cette obligation repose sur celui-ci;

2. Attendu que, lorsqu'il s'agit d'une obligation de résultat, le créancier doit prouver uniquement l'existence de l'obligation – l'absence de résultat est présumée imputable à la faute du débiteur, auquel il restera à démontrer éventuellement l'existence d'un cas de force majeure (S. STIJNS, D. VAN GERVEN & P. WERY, "Chronique de jurisprudence – les obligations", *J.T.*, 1996, p. 723, n° 102; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Larcier, 1991, n° 130; R. MOUGENOT, *La preuve*, 2e éd., Larcier, 1997, n° 28);

Que la qualification de l'obligation (moyen ou résultat) se fonde sur la volonté des parties, en fonction notamment des aléas affectant l'objectif poursuivi, du degré de spécialisation de l'opérateur, du rôle qu'il a joué dans la conception de l'ouvrage, de la précision des obligations à assumer et de la maîtrise du résultat espéré (Civ. Bruxelles, 11 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1998, 183; Liège, 3 novembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 746; Comm. Charleroi, 29 septembre 1992, *J.L.M.B.*, 1993, 1316; Civ. Bruxelles, 18 avril 1989, *J.T.*, 1989, 733);

3. Attendu que le contrat de courtage signé par la S.P.R.L. PIERRE PIROT précise à cet égard que:

" *Le courtier est personnellement responsable, sous peine d'exclusion et de dommages-intérêts éventuels, de:*
*(...)*
*l'authenticité des signatures sur les contrats et documents annexes qui lui ont été remis par la S.A. KREFIMA pour être signés par ses clients et qui doivent être signés en sa présence par les intéressés en personne afin d'éviter un faux en écriture.*
*A cet effet, il doit signer les contrats à l'endroit correspondant, indiquant par là qu'il déclare avoir vérifié personnellement chacune des signatures apparaissant sur les contrats de prêt et les a comparées avec les certifi-*

*cat d'identité des emprunteurs et/ou des cautions"*;

Qu'en outre les formulaires de demande de crédit portent la mention: *"le courtier garantit l'exactitude des données concernant les identités reprises au moyen de documents originaux et officiels"*;

Attendu que la rigueur et la précision des termes utilisés ("le courtier est *personnellement responsable* de l'authenticité des signatures...", "le courtier *garantit* l'exactitude des données...") permet de déduire que les parties ont entendu faire naître dans le chef du courtier une obligation de résultat quant à la certification de l'identité des emprunteurs;

Qu'au surplus, mise à part l'hypothèse tout à fait exceptionnelle de la fraude à l'aide de faux documents parfaitement imités, le courtier peut avoir une parfaite maîtrise sur le résultat de son obligation, puisqu'il lui suffit de recevoir personnellement les candidats emprunteurs, de se faire produire leur carte d'identité et attestation de rémunération en original et de comparer la signature apposée devant lui sur le contrat avec celle qui figure sur la carte d'identité;

Que l'aléa est restreint dans l'exécution de cette tâche;

Que ces éléments tendent également à justifier l'existence d'une obligation de résultat dans le chef du courtier;

Que, dans cette mesure, la charge de la preuve de la correcte exécution de cette obligation de certification lui incombe et, dans la négative, il doit rapporter la preuve d'un cas fortuit;

Que, si la présentation de fausses cartes d'identité est effectivement constitutive de cas fortuit, encore faut-il que la preuve soit rapportée de ce que de faux documents originaux ont effectivement été utilisés et que le maquillage était suffisamment habile pour ne pas éveiller les soupçons;

Que la S.P.R.L. PIERRE PIROT ne rapporte pas une telle preuve, se contentant d'affirmations non étayées par le dossier;

Que, s'il est probable que sa bonne foi a été surprise par Mr. LIBERTON, il n'en reste pas moins que la convention a transféré sur sa tête les risques liés à la vérification des identités des candidats emprunteurs et qu'elle ne peut s'en dégager que moyennant une preuve difficile à rapporter;

Que la demande est donc fondée en son principe;

4. Attendu que la S.P.R.L. PIERRE PIROT conteste les montants réclamés au motif que des remboursements sont intervenus et que la S.A. KREFIMA doit préalablement se retourner contre les emprunteurs pour leur réclamer le solde des prêts;

Qu'il est normal que la S.A. KREFIMA n'ait entamé aucun recours contre les emprunteurs puisque ceux-ci sont pour la plupart imaginaires et que ceux dont l'identité est réelle n'ont pas les moyens de rembourser (c'est d'ailleurs pour cette raison que le montage a été effectué par Mr. LIBERTON);

Qu'il est également normal que la S.A. KREFIMA n'ait procédé à aucune mise en œuvre des cessions de rémunération puisque les actes de cession sont des faux et que les personnes dont l'identité est reprise ne travaillent pas chez les employeurs mentionnés;

Attendu que la S.A. KREFIMA sollicite, à titre principal, la condamnation de la S.P.R.L. PIERRE PIROT à payer le montant nominal des prêts, augmenté des intérêts compensatoires au taux de 18,25%, correspondant au TAEG des différents contrats, à compter du 1er octobre 1995 et sous déduction des paiements effectués et des intérêts créditeurs engendrés par ces versements;

Qu'elle demande, à titre subsidiaire, la condamnation de la S.P.R.L. PIERRE PIROT à payer le montant total à rembourser par les emprunteurs, en principal et intérêts, déduction faite des versements effectués et augmenté des intérêts moratoires à compter des mises en demeure adressées à la S.P.R.L. PIERRE PIROT;

Attendu que le dommage effectivement subi par la S.A. KREFIMA se situe entre ces deux demandes;

Attendu en effet que l'exécution normale des prêts aurait permis à la S.A. KREFIMA d'obtenir le remboursement du montant prêté augmenté des intérêts rémunératoires;

Que le principal de la dette de réparation du dommage est donc équivalent à cette somme;

Qu'il doit être augmenté des intérêts compensatoires (dans le chef de la S.P.R.L. PIERRE PIROT vis-à-vis de la S.A. KREFIMA, il s'agit d'une dette de valeur et non d'une dette de somme), à compter de la date d'apparition du dommage;

Qu'il y a lieu à cet égard de choisir une date moyenne entre la première et la dernière échéance de chaque contrat;

Qu'il n'y a toutefois pas lieu de s'écarter du taux d'intérêt légal, dès lors que le TAEG est déjà pris en considération dans le calcul des intérêts rémunératoires intégrés dans le montant du principal à rembourser par la S.P.R.L. PIERRE PIROT;

Qu'il y a par ailleurs lieu de déduire les quelques versements effectués;

Qu'à cet égard, le décompte figurant dans la citation et celui repris dans les conclusions additionnelles avant réouverture des débats de la S.A. KREFIMA ne correspondent pas;

Que, dans la citation, les paiements effectués par DE GEEST se montent à 28.255 BEF, alors que, dans les conclusions, ils sont repris à 9.432 BEF;

Qu'en ce qui concerne PARISI, la citation mentionne des remboursements à concurrence de 36.152 BEF, alors que ces paiements sont de 39.643 BEF dans les conclusions;

Qu'il convient de rouvrir les débats pour inviter la S.A. KREFIMA à s'expliquer sur ce point;

Qu'entre-temps il y a déjà lieu de condamner la S.P.R.L. PIERRE PIROT à payer une somme provisionnelle de 1.000.000 BEF soit 24.789,35 euros;

(...)

**COUR DE CASSATION (1E CHAMBRE) 21 DÉCEMBRE 2001**

RG C 00.00180 F

Siég.: M. Parmentier, conseiller faisant fonction de président, MM. Echement, Storck, Mathieu, et Mme Velu, conseillers

MP: M. De Riemaecker

Av.: Mes T'kint et Gérard, avocats à la Cour de cassation, et Mes Jandrain et Ghislain, agissant en qualité de curateurs

ACTION DIRECTE DU SOUS TRAITANT – ART. 1798 C.CIV. – ETENDUE

*Le sous-traitant ne peut agir directement contre le maître de l'ouvrage qu'à raison des créances se rapportant aux travaux relatifs au chantier confié par le maître à l'entrepreneur principal et ensuite, par celui-ci au sous-traitant.*

RECHTSTREEKSE VORDERING VAN DE ONDERAANNEMER – ART. 1798 B.W. – DRAAGWIJDTE

*De onderaannemer heeft slechts een rechtstreekse vordering tegen de bouwheer ten belope van de vorderingen met betrekking tot de werken betreffende de werf door de bouwheer toevertrouwd aan de hoofdaannemer en vervolgens, door deze aan de onderaannemer.*

(...)

**Sur le premier moyen**, pris de la violation de l'article 1798 du Code civil,

en ce que, après avoir constaté a) que la défenderesse, en qualité de sous-traitant, a effectué divers travaux sur deux chantiers confiés à Fabri, société anonyme, entrepreneur principal, le premier relatif à douze maisons sises à Boussu, dont le maître de l'ouvrage était la seconde demanderesse, le second concernant une école à Montignies-sur-Sambre, dont le maître de l'ouvrage était la première demanderesse, b) que Fabri, société anonyme, a été déclarée en faillite par jugement du tribunal de commerce de Charleroi du 18 septembre 1995 et restait redevable à la défenderesse des sommes de 806.537 francs pour le chantier de Boussu et de 603.197 francs pour le chantier de Montignies-sur-Sambre, soit au total pour les deux chantiers de la somme de 1.409.734 francs, c) que la seconde demanderesse était redevable à Fabri, société anonyme, de la somme de 1.204.746 francs et la première demanderesse de la somme de 1.599.035 francs, l'arrêt, saisi de la demande de la défenderesse, exerçant l'action directe que l'article 1798 du Code civil reconnaît au sous-traitant de l'entrepreneur principal à l'encontre du maître de l'ouvrage, condamne les demanderesses, «chacune pour le tout», à payer à la défenderesse la somme de 1.204.746 francs, augmentée des intérêts judiciaires, et, en outre, la première demanderesse à payer à la défenderesse la somme de 204.988 francs, augmentée des intérêts judiciaires, aux motifs que l'action directe visée à ce texte du Code civil «peut s'exercer à raison de toute créance du soustraitant, accessoires y compris, mais à concurrence de ce qui reste dû par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal», et «que c'est donc à bon droit qu'en l'espèce, (la défenderesse) prétend agir tant contre la (première demanderesse) que contre (la seconde demanderesse) et ce, sous la réserve de l'étendue de la dette de l'une et l'autre, à concurrence de la totalité de sa créance contre l'entrepreneur principal Fabri, relativement aux deux chantiers ici concernés»,

**alors que,** si, aux termes de l'article 1798 du Code civil, les «sous-traitants qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée», cette action directe ne peut être exercée par le sous-traitant qu'à concurrence de ce dont il est créancier de l'entrepreneur principal à raison de «l'entreprise» dont celui-ci a été chargé par le maître de l'ouvrage, c'est-à-dire en exécution du contrat de sous-traitance relatif au chantier dont l'entrepreneur principal a été chargé par le contrat d'entreprise qu'il a conclu avec le maître de l'ouvrage, et non pour ce dont il serait créancier de l'entrepreneur principal à raison d'autres causes et, notamment, d'une autre «entreprise» - c'est-à-dire un autre chantier - dont l'entrepreneur principal aurait été chargé par un autre maître de l'ouvrage; que la défenderesse, dont l'arrêt constate qu'elle était créancière de Fabri, entrepreneur principal, pour les travaux effectués en qualité de sous-traitant sur le chantier de Boussu dont la seconde demanderesse était maître de l'ouvrage, de la somme de 806.537 francs, ne pouvait donc finalement exercer l'action directe visée par ce texte à l'encontre de la seconde demanderesse qu'à concurrence de ce montant; que la défenderesse, dont l'arrêt constate qu'elle était créancière de Fabri, entrepreneur principal, en qualité de sous-traitant pour les travaux effectués sur le chantier de Montignies-sur-Sambre dont la première demanderesse était maître de l'ouvrage, de la somme de 603.197 francs, ne pouvait légalement exercer l'action directe visée à ce texte à l'encontre de la première demanderesse qu'a concurrence de ce montant; d'où il suit qu'en condamnant les demanderesses, «chacune pour le tout», à payer à la défenderesse la somme de 1.204.746 francs, augmentée des intérêts judiciaires, et, de surcroît, la première demanderesse à payer à la défenderesse la somme de 204.988 francs, augmentée des intérêts judiciaires, l'arrêt viole la disposition légale visée:

Attendu que l'arrêt constate que 1° l'entrepreneur principal, la société anonyme Fabri, déclarée en faillite sous la curatelle des défendeurs, avait été chargée de l'exécution de travaux par les deux demanderesses; 2° la défenderesse était créancière de l'entrepreneur principal en raison des travaux effectués en sous-traitance à concurrence respectivement de 603.197 francs pour le chantier adjugé par la première demanderesse et de 806.537 francs pour le chantier adjugé par la seconde demanderesse; 3° la défenderesse exerce contre les demanderesses l'action directe prévue par l'article 1798 du Code civil;

Attendu qu'en vertu de l'article 1798, alinéa 1er, du Code civil, les sous-traitants qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entrepri-

se ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée;

Attendu que le sous-traitant ne peut agir directement contre le maître de l'ouvrage qu'à raison des créances se rapportant aux travaux relatifs au chantier confié par le maître à l'entrepreneur principal et, ensuite, par celui-ci au sous-traitant;

Que l'arrêt, qui énonce que la créance du sous-traitant et celle de l'entrepreneur principal ne doivent pas procéder «de travaux réalisés sur le même chantier» et condamne les demanderesses «chacune pour le tout» à payer à la défenderesse 1.204.746 francs en principal et, en outre, la première demanderesse à payer à la défenderesse 204.988 francs en principal, viole l'article 1798 précité;

Que le moyen est fondé;

(...)

PAR CES MOTIFS,
Casse l'arrêt attaqué;

(...)

## L'assiette de l'action directe du sous-traitant

1. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 21 décembre 2001[1] mérite de retenir l'attention à un double titre. Non seulement il s'agit du premier arrêt rendu par la Haute Cour à propos du nouvel article 1798 du Code civil, introduit par la loi du 19 février 1990[2], mais en outre, le pourvoi amène la Cour à se prononcer sur la «créance-cause» et la «créance-objet»[3] de l'action directe[4] du sous-traitant.

Nous ne nous attarderons pas ici sur la première question. De cet arrêt, il ressort que la créance du sous-traitant impayé doit nécessairement trouver son origine dans le contrat de sous-traitance qui le lie à l'entrepreneur principal. L'action directe ne peut donc être exercée à raison d'autres créances impayées, qui résulteraient d'un autre contrat ou d'une source non conventionnelle (par exemple une créance en responsabilité aquilienne). Ainsi se trouve condamnée la thèse extensive prônée par certains[5].

2. Nous nous intéresserons davantage à la seconde question: quelle(s) créance(s) de l'entrepreneur principal le sous-traitant, agissant sur le pied de l'article 1798, peut-il s'approprier?

On devine aisément toute l'importance de la question, puisque de sa réponse dépend l'ampleur de l'effet conservatoire et de l'effet translatif qui caractérisent toute action directe[6].

Dans son excellente étude, J.-P. Bruls, qui est l'un des premiers commentateurs de la loi du 19 février 1990, écrit:«l'article 1798 n'a *jamais* (c'est nous qui soulignons) exigé que la dette du maître trouve sa cause dans le contrat d'entreprise. Toute somme due par le maître à l'entrepreneur, quelle qu'en soit la cause, peut donc être visée par le sous-traitant agissant directement»[7]. Son analyse s'est très vite imposée en doctrine[8]. La jurisprudence du fond s'y est également ralliée[9]. C'est ce que fait d'ailleurs la cour d'appel de Mons, dans l'arrêt *a quo*: il n'est pas nécessaire, estime-t-elle, que les créances du sous-traitant et de l'entrepreneur principal procèdent «de travaux réalisés sur le même chantier».

Cette solution, particulièrement favorable aux sous-traitants, peut se prévaloir d'un argument de texte. Il existe, en effet, une différence de rédaction entre cette disposition et l'article 20, 12°, de la loi hypothécaire, relatif au privilège spécial sur meuble du sous-traitant. Dans cette dernière disposition, le législateur privilégie «pendant cinq ans à dater de la facture, la créance du sous-traitant contre son cocontractant-entrepreneur pour les travaux qu'il a effectués ou fait effectuer à l'immeuble du maître de l'ouvrage,

---

1 Également publié in: *R.J.I.*, 2002, p. 59, *J.T.*, 2002, p. 196 (sommaire), *R.D.C.*, 2002, p. 443, obs. W. Derijcke. M. l'avocat général De Riemaecker qualifie cet arrêt de décision de principe, dans les conclusions précédant Cass., 22 mars 2002, (publié dans le présent numéro).

2 Sur cet article, voy. not. P. Wéry, «L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage: bilan de sept années d'application du nouvel article 1798 du Code civil», *R.R.D.*, 1997, p. 169 et s., avec la note 2 pour d'autres réf. Voy. encore tout récemment Ph. Gérard et J. Windey, «Action directe des sous-traitants, faillite et concordat judiciaire: à contre-courant», in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 385 et s.; Chr. Biquet-Mathieu avec la collab. d' I. Massin et J. Decharneux, «Les sûretés», vol. 36 *Chronique de droit à l'usage du notariat*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 165 et s.

3 Nous empruntons ces expressions particulièrement éloquentes à W. Derijcke, «Etendue de la créance-cause et de la créance-objet de l'action directe visée à l'article 1798 du Code civil», obs. sous Cass., 21 décembre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 446 et s.

4 Par commodité, nous emploierons, dans cette note, l'expression «action directe». Il serait toutefois préférable de parler d'un droit direct (ou propre) sanctionné, si nécessaire, par une action en justice (sur ce point, voy. P. Wéry, «L'action oblique et les actions directes» in *La théorie générale des obligations*, volume 57 de la Commission Université-Palais, sous la coordination de P. Wéry, 2002, pp. 32-34).

5 Voy. les réf. citées par W. Derijcke, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2002, p. 447.

6 A ce sujet, voy. P. Wéry, *op. cit.*, in *La théorie générale des obligations*, 2002, pp. 46-47.

7 J.-P. Bruls, «La loi du 19 février 1990 complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du Code civil en vue de protéger les sous-traitants, une réforme d'efficacité limitée», *Act. Dr.*, 1991, p. 775.

8 Voy. not. F. Georges, «De quelques problèmes posés par l'action directe de l'article 1798 du Code civil», obs. sous Liège, 23 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 603.

9 Voy. not. Liège, 8 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 376; Liège, 23 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 589, obs. F. Georges; Liège, 23 octobre 1998, *R.R.D.*, 2000, p. 43; Liège, 21 janvier 2002, 1999, RG/837 (inédit).

*sur la créance se rapportant à la même entreprise* (nous soulignons) qu'a ce cocontractant-entrepreneur contre le maître de l'ouvrage». Cette précision est absente du texte de l'article 1798, lequel organise une action directe contre le maître de l'ouvrage «jusqu'à concurrence de *ce dont celui-ci se trouve débiteur* (nous soulignons) envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée».

3. Dans l'arrêt reproduit ci-dessus, la Cour de cassation n'en condamne pas moins, nous semble-t-il, cette interprétation: pour la Cour, «le sous-traitant ne peut agir directement contre le maître de l'ouvrage qu'à raison des créances se rapportant aux travaux relatifs au chantier confié par le maître à l'entrepreneur principal et, ensuite, par celui-ci au sous-traitant».

En l'espèce, la S.A. Druart était titulaire d'une créance de 806.537 francs contre la société Fabri, laquelle était créancière, à la suite de travaux effectués pour le chantier accordé par la commune de Boussu, d'une somme de 1.204.746 francs. La S.A. Druart détenait une seconde créance contre l'entrepreneur Fabri à concurrence de 603.197 francs, pour des travaux de sous-traitance accomplis dans le cadre d'un autre chantier consenti, cette fois, par la ville de Charleroi; celle-ci était redevable à l'entrepreneur principal d'une somme de 1.599.035 francs. La société Fabri ayant été déclarée en faillite, son sous-traitant agit contre les deux maîtres de l'ouvrage. La cour d'appel de Mons fait droit à sa demande en les condamnant «chacun pour le tout», à raison de 1.204.746 francs.

L'espèce était, on le constate, assez particulière, puisque l'entreprise de parachèvement s'était vu confier des travaux de sous-traitance relatifs à des contrats d'entreprise que l'entrepreneur principal (la S.A. Fabri) avait conclus avec des maîtres d'ouvrage distincts (la commune de Boussu et la ville de Charleroi). Il ne s'agissait donc pas, contrairement à la plupart des autres espèces jurisprudentielles, de chantiers confiés à l'entrepreneur principal par un seul et même maître de l'ouvrage.

Partant de ce contexte particulier, J.-P. Renard[10] semble défendre une interprétation restrictive de l'arrêt, qui en minimise singulièrement la portée. L'arrêt ne lui paraît pas remettre en cause l'idée selon laquelle toutes les créances que l'entrepreneur principal détient envers *un seul* maître de l'ouvrage, en raison de plusieurs chantiers, tombent bien dans l'assiette de l'action directe. A son estime, la Cour rappellerait simplement qu'«il faut un empilement de contrats d'entreprise avec, au sommet, le même maître d'ouvrage et non deux maîtres d'ouvrage différents»[11].

4. Il faut, nous semble-t-il, aller au-delà de cette interprétation minimaliste.

La Cour a saisi l'occasion que lui offrait le pourvoi pour énoncer une règle plus générale[12]. L'attendu précité prévoit explicitement que le sous-traitant ne peut agir directement «qu'à raison des créances se rapportant aux travaux relatifs au chantier confié par le maître à l'entrepreneur principal». La formulation négative de cet attendu («ne...qu'...») écarte toute créance procédant d'une autre cause. Il faut, en d'autres termes, que les créances respectives du sous-traitant et de l'entrepreneur principal procèdent d'une «même entreprise», pour reprendre les termes de l'article 20, 12°, de la loi hypothécaire. C'est, d'ailleurs, l'interprétation préconisée par M. l'avocat général X. De Riemaecker: «l'action directe se meut dans la relation triangulaire contractuelle»[12bis]

Cette interprétation nous paraît la plus conforme au vœu du législateur.

Même si l'objectif de la loi de 1990 est de protéger les sous-traitants contre l'impécuniosité des entrepreneurs généraux, aucun passage des travaux préparatoires ne peut, à notre connaissance, être invoqué à l'appui d'une faveur aussi exorbitante pour les sous-traitants, qui les autoriserait à s'approprier des créances sans rapport avec le chantier en cause. Exorbitante, écrivons-nous, car une telle solution fait litière des droits tout aussi légitimes des autres créanciers de l'entrepreneur principal en difficultés, qui verraient ainsi ces créances échapper à leur droit de gage général.

Dans une précédente étude, nous avions au demeurant déjà eu l'occasion d'émettre incidemment des doutes quant à l'exactitude historique de l'opinion dominante[13]. En adoptant la loi du 19 février 1990, le législateur a, rappelons-le, voulu simplement mettre un terme aux incertitudes tenant au point de savoir si le bénéfice de l'action directe doit être reconnu aux sous-traitants[14]. Il la leur accorde désormais expressément. Il n'entrait, pour le reste, nullement dans ses intentions de faire table rase des solutions du passé. L'expression «jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur...», qu'emploie l'article 1798 nouveau est, d'ailleurs, au mot près, celle qu'employait déjà le Code Napoléon.

---

[10] J.-P. RENARD, «Action dir ecte-Bilan et perspectives», rapport présenté au colloque C.D.V.A., 53ème séminaire, 18 avril 2002, p. 4, point 1-6: «La créance garantie par l'action directe est plus étendue que celle garantie par le privilège de l'article 20, 12° de la loi hypothécaire (...) l'action peut être exercée par tout sous-traitant pour toute créance qu'il détient vis-à-vis de l'entrepreneur, alors que le privilège ne protège que les sommes dues pour le même chantier»).

[11] J.-P. RENARD, *op. cit.*, 2002, p. 5 et la note 2 où l'auteur signale que le sommaire paru au *J.T.* est trop restreint.

[12] Les sommaires publiés par les revues citées en note 1 sont d'ailleurs rédigés en ce sens.

[12bis] Concl. sous Cass., 22 mars 2002, publiées dans le présent numéro.

[13] P. WÉRY, *op. cit.*, *R.R.D.*, 1997, pp. 177-178.

[14] Pour un état de la question sous l'empire de l'ancien article 1798, voy. P. WÉRY, *op. cit.*, *R.R.D.*, 1997, pp. 171-172.

C'est dire si les écrits antérieurs à la loi de 1990 méritent encore d'être consultés lorsque l'on s'enquiert du régime actuel de l'action directe. Quels enseignements se dégagent de leur consultation?

5. Seuls, à notre connaissance, G. Baudry-Lacantinerie et A.Wahl[15] paraissent enseigner la solution que J.-P Bruls prête[16] à la doctrine consacrée à l'ancien article 1798. Quant à la majorité des autres interprètes, ils n'évoquaient tout simplement pas la question[17]. Il y a toutefois d'heureuses exceptions. Et il est remarquable que les quelques auteurs à s'être prononcés explicitement sur l'assiette de l'action directe la confinaient, tous, aux créances de l'entrepreneur principal résultant du chantier en cause.

Duranton, qui est le premier auteur à avoir discerné dans l'article 1798 un exemple d'action directe, était on ne peut plus clair sur ce point: «Ce dernier (*c'est-à-dire l'entrepreneur principal*) n'ayant de créance sur celui qui a fait faire les travaux, qu'en raison de ces mêmes travaux, exécutés par les sous-entrepreneurs ou ouvriers, il est juste que ces derniers aient à eux seuls le produit de cette même créance. Autre chose serait des créances que l'entrepreneur principal aurait pour d'autres causes sur celui qui a donné l'ouvrage à faire: alors tous les créanciers quelconques de cet entrepreneur pourraient en saisir et arrêter le montant, et ils participeraient à leur produit par contribution»[18]. Par la suite, J.M. Boileux[19] et C. Demolombe[20] se rallièrent à cette opinion. Les propos de F. Laurent vont, eux aussi, dans ce sens: «Il arrive trop souvent que l'entrepreneur fait faillite; si les ouvriers restaient dans le droit commun, ils seraient créanciers de la faillite, c'est-à-dire qu'ils ne recevraient pas le payement de leur salaire, puisqu'ils viendraient par contribution sur la masse avec les autres créanciers de l'entrepreneur. Ce résultat serait injuste en ce qui concerne la créance de l'entrepreneur contre le propriétaire; c'est le travail des ouvriers qui a procuré cette créance; c'est grâce à leur travail que cette créance se trouve dans la masse; dès lors il est juste qu'ils aient *sur cette créance* (nous soulignons) un droit exclusif»[21].

6. Aux yeux de ces interprètes, l'action directe des personnes visées à l'article 1798 repose clairement sur une idée de justice commutative[22], que Chr. Jamin mettra en évidence, en 1991, dans sa thèse consacrée aux actions directes[23]: c'est parce que et dans la mesure où ils sont «créateurs de (la) valeur qui fait l'objet de leur poursuite»[24] que ces personnes ont un droit direct contre le maître de l'ouvrage.

Ainsi se vérifient, une fois encore, les propos que tenait F. Gény, à propos de l'interprétation en droit: «l'étude historique du droit nous apprendra aussi souvent les solutions à éviter, qu'elle nous indiquera les règles à suivre»[25].

Patrick Wéry
Professeur à la Faculté de droit de l'U.C.L.
Professeur visiteur aux F.U.N.D.P.

---

[15] G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de louage*, t. 2, 3ème éd., 1907, pp. 1157-1158.

[16] Ce que nous tirons de l'emploi de l'adverbe «jamais» dans l'extrait que nous avons reproduit *supra* au numéro 2 de cette note.

[17] C'est par exemple le cas de H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 4, 1972, p. 1061 et s

[18] Duranton, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code par Toullier*, t. 9, Bruxelles,1833, p. 291.

[19] J.M. Boileux, *Commentaire sur le Code Napoléon*, 6ème éd., t. 6, Paris, 1859, pp. 199-200.

[20] C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 2, Paris, p. 144.

[21] F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 26, 1878, Bruxelles, 3ème éd., p. 91.

[22] On notera, dans les extraits reproduits ci-dessus, la présence de l'adjectif «juste». Quant à C. Demolombe, il invoquait l'équité (*op. cit.*, t. 2, p. 143).

[23] Chr. Jamin, *La notion d'action directe*, Paris, L.G.D.J., 1991

[24] Pour reprendre l'expression de C. Demolombe, *op. cit* ., t. 2, p. 144. A la page suivante, l'auteur utilise une expression imagée qui, si elle ne doit pas être prise au pied de la lettre, rend toutefois assez bien compte de la situation en droit: « «le législateur, supprimant, en quelque sorte, le débiteur intermédiaire, dans l'intérêt de ces créanciers préférables, les met eux-mêmes directement en face *du vrai débiteur*, dont ils sont eux-mêmes, en effet, *les vrais créanciers*».

[25] F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 2ème éd., 1919, p. 24.

---

CONTRAT D'ENTREPRISE
AANNEMINGSCONTRACT

## COUR DE CASSATION (1° CHAMBRE) 22 MARS 2002

R.G.: C000402F
Siég.: M. P. Marchal, premier président, T. Verheyden, président de section, Ph. Echement, D. Batselé et Mme S. Velu, conseillers
M.P.: M. X. De Riemaecker, avocat général
Av.: Mes. J. Kirkpatrick et L. Simont

PRIVILEGÈS ET HYPOTHÈQUES – PRIVILÈGE DU SOUS-TRAITANT – ÉTENDUE – ART.20, 12°, L. SUR LES HYPOTHÈQUES

VOORRECHTEN EN HYPOTHEKEN – VOORRECHT VAN DE ONDERAANNEMER – OMVANG – ART. 20, 12° HYP.W.

*La créance du sous-traitant contre son cocontractant-entrepreneur, privilégiée pour les travaux qu'il a effectués ou fait effectuer à l'immeuble du maître de l'ouvrage, vise tant le prix de ces travaux que les accessoires de ce prix.*

*De schuldvordering van de onderaannemer tegen zijn medecontractant-aannemer die bevoorrecht is voor het werk dat hij heeft uitgevoerd of laten uitvoeren aan het gebouw van de opdrachtgever, beoogt zowel de prijs van dat werk als de bijzaken van die prijs.*

(MOSANE DE CONSTRUCTION, S.A. en liquidation c. S.A. COLLIGNON)

(...)

### *III. Les moyens de cassation*

#### Décisions et motifs critiqués

Après avoir constaté que la société demanderesse est en liquidation, que "(la défenderesse), créancière de la société (demanderesse), réclame le privilège de l'article 20, 12°, de la loi hypothécaire tant pour sa facturation que pour les accessoires qui figurent dans les conditions générales imprimées au dos de ses factures; qu'elle entend se voir reconnaître le privilège non seulement sur le principal facturé pour les travaux qu'elle a réalisés mais aussi pour les intérêts et pour la clause pénale",

la cour d'appel, par confirmation du jugement dont appel, dit pour droit que les accessoires de la dette de la demanderesse ont un caractère privilégié fondé sur l'article 20, 12°, de la loi hypothécaire et condamne la demanderesse à payer à la défenderesse la somme de 177.054 francs, majorée des intérêts compensatoires (lire: moratoires) au taux de 15 % sur 570.026 francs depuis le 30 novembre 1993 et sur 610.338 francs depuis le 29 octobre 1993,

aux motifs "qu'en même temps qu'il créait ce nouveau privilège (de l'article 20, 12°, de la loi hypothécaire), le législateur accordait au sous-traitant une action directe (...) dont il n'est pas discuté qu'elle autorise le sous-traitant, titulaire d'un droit direct sanctionné au besoin par une action directe, à réclamer au maître de l'ouvrage tout ce que l'entrepreneur principal lui doit pour les travaux qu'il a facturés, soit le prix des travaux mais aussi les intérêts moratoires, les dommages et intérêts conventionnels et les frais (...); que lorsque le texte d'une loi n'est pas explicite, il y a lieu à interprétation de la loi en considération, notamment des objectifs qu'elle poursuit; que le but déclaré des auteurs de la loi était de protéger autant que faire se peut, mais sans toutefois favoriser le créancier négligent, les petits entrepreneurs ayant travaillé pour un entrepreneur principal qui ne les paie pas alors qu'eux-mêmes ont déjà supporté les charges de leur travail, ce qui les expose à une faillite dont ils ne seraient pas responsables et qu'il faut leur éviter; que la réalisation complète de cet objectif, comme aussi le besoin d'une certaine cohérence entre deux mesures cumulatives pour la protection d'un même créancier, exigent que la créance favorisée par deux dispositions distinctes soit la même (...) et donc que le privilège porte également sur les accessoires de la facture; que les termes 'créance du sous-traitant pour les travaux qu'il a effectués' doivent s'entendre comme représentant la somme due par l'entrepreneur principal le plus souvent défaillant, c'est-à-dire avec les intérêts et pénalités qui, comme le principal, sont une dette de ce dernier; que la réalisation des travaux n'est que le fait générateur de la créance, celle-ci ne pouvant être réduite au seul montant facturé et que la référence à la facture concerne essentiellement sa date, nécessaire dès lors que pour le maintien du privilège il était décidé d'une prescription atteinte au bout de cinq années seulement".

#### Griefs

1. L'article 20,12°, de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, introduit par l'article 1er de la loi du 19 février 1990, dispose: "Les créances privilégiées sur certains meubles sont: (...) 12° pendant cinq ans à dater de la facture, la créance du sous-traitant contre son cocontractant-entrepreneur pour les travaux qu'il a effectués ou fait effectuer à l'immeuble du maître de l'ouvrage, sur la créance se rapportant à la même entreprise qu'a ce cocontractant-entrepreneur contre le maître de l'ouvrage. Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur et l'entrepreneur comme maître de l'ouvrage à l'égard des propres sous-traitants du premier"; le texte de cette disposition vise "la créance du sous-traitant ... pour les travaux qu'il a effectués ou fait effectuer", ce qui ne couvre pas les intérêts de retard ni l'indemnité due en vertu d'une clause pénale, qui réparent le préjudice résultant du retard de paiement ou de l'exécution des obligations du contractant; d'après le contexte, "la créance du sous-traitant" garantie par le privilège est celle résultant de "la facture" mentionnée en début de phrase; celle-ci ne peut porter que sur le principal; les dispositions qui instituent un privilège dérogent au principe général de l'égalité des créanciers et sont d'interprétation stricte; 2. à tort, la cour d'appel a cru pouvoir tirer argument du fait que la loi du 19 février 1990 qui a introduit l'article 20, 12°, de la loi hypothécaire a par ailleurs modifié l'article 1798 du Code civil qui, dans son texte modifié, dispose: "Les maçons, charpentiers, ouvriers, artisans et sous-traitants qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée"; il ressort des termes de cette disposition que l'action directe qu'elle confère aux sous-traitants contre le maître de l'ouvrage leur permet d'agir directement contre celui-ci en paiement de tout ce qu'elles sont en droit de réclamer à l'entrepreneur principal, y compris, par conséquent, les accessoires de la créance du soustraitant, et ce "jusqu'à concurrence de ce dont (le maître de l'ouvrage) se trouve débiteur envers l'entrepreneur"; au contraire l'assiette du privilège institué par l'article 20, 12°, de la loi hypothécaire se limite à la "créance se rapportant à la même entreprise" qu'à l'entrepreneur principal contre le maître de l'ouvrage et le privilège se limite à la créance que le sous-traitant a facturée; la rédaction différente des deux dispositions ne permet pas de les rendre entièrement cohérentes.

Il s'ensuit que l'arrêt a violé la disposition visée en tête du moyen.

*IV. La décision de la Cour*

Attendu que le moyen fait grief à l'arrêt de décider que le privilège prévu par l'article 20, 12°, de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, introduit par l'article ler de la loi du 19 février 1990, dont bénéficie la défenderesse en qualité de sous-traitant de la demanderesse, garantit aussi les intérêts et la clause pénale contractuels;

Attendu qu'en vertu de cette disposition légale, la créance du sous-traitant contre son cocontractant-entrepreneur est privilégiée, pendant cinq ans à dater de la facture, pour les travaux qu'il a effectués ou fait effectuer à l'immeuble du maître de l'ouvrage sur la créance se rapportant à la même entreprise qu'a ce cocontractant-entrepreneur contre le maître de l'ouvrage;

Attendu que cette disposition, en tant qu'elle se réfère à la créance du sous-traitant pour les travaux qu'il a effectués ou fait effectuer, est conçue en termes généraux et vise tant le prix de ces travaux que les accessoires de ce prix;

Qu'il résulte des travaux préparatoires que le législateur s'est donné pour objectif de protéger le sous-traitant contre les risques d'insolvabilité de l'entrepreneur avec lequel il a contracté; que la proposition de loi initiale, qui prévoyait uniquement un privilège, fut complétée par une action directe contre le maître de l'ouvrage laquelle porte tant sur le principal que sur les accessoires de la créance;

Attendu que le moyen, qui soutient que l'article 20, 12°, de la loi hypothécaire ne couvre pas les intérêts de retard ni l'indemnité due en vertu d'une clause pénale, manque en droit;

PAR CES MOTIFS,
LA COUR
Rejette le pourvoi;
[...]

**Conclusion de M. l'avocat général X. De Riemaecker:**

1. L'arrêt attaqué a été appelé à se prononcer sur la demande de la défenderesse, bénéficiant du privilège du sous-traitant institué par l'article 20, 12°, de la loi hypothécaire, et tendant à la condamnation de la demanderesse au paiement tant du montant au principal des travaux sous-traités à cette société que de l'indemnité conventionnellement arrêtée à titre de clause pénale et des intérêts de retard.

2. En son unique moyen la demanderesse invoque la violation de cette disposition au motif que, selon cette disposition, le privilège du sous-traitant ne s'étend pas aux accessoires de la créance en principal.

3. Votre Cour n'a, à ma connaissance, pas encore été appelée à se prononcer sur cette question.

4. La demanderesse se fonde sur le libellé de cette disposition pour en conclure qu'elle ne vise que la créance du sous-traitant, sans faire mention des intérêts et des autres accessoires et que le texte précise qu'il s'agit de la créance du sous-traitant "pour les travaux "qu'il a effectué ou fait effectuer.

S'agissant des travaux, il ne saurait dès lors être question des intérêts de retards ou d'une indemnité stipulée à titre de clause pénale qui ne sont pas dû pour les travaux, mais constituent une indemnité en réparation du préjudice subi suite au retard du paiement de la facture par l'entrepreneur principal.

La demanderesse renvoie également à la jurisprudence de votre Cour par laquelle elle considère généralement qu'en principe lorsque le texte instituant un privilège ne vise pas les intérêts, le privilège se limite au principal de la créance garantie ( ).

La demanderesse admet toutefois que cette règle peut souffrir exception lorsque la disposition est libellée en des termes généraux et renvoie à cet égard à l'arrêt de votre Cour du 5 juin 1970 et à la note y relative de M. Dumont, alors avocat général[1].

5. La question de savoir si les dispositions qui instituent un privilège sont ou non de stricte interprétation a très rapidement divisé la doctrine.

Henri De Page considère qu'il se déduit des articles 8, 9 et 12 de la loi hypothécaire que seule la loi crée les privilèges et que ceux-ci, constituant une exception à la règle générale de l'égalité des créanciers, fondée sur une faveur faite à un créancier, sont de stricte interprétation.

A l'inverse, Planiol et Ripert, Baudry-Lacantinerie, s'écartent d'interprétation stricte de la loi au motif qu'à leur estime les frais de justice et les intérêts bénéficient du privilège que la loi accorde à la créance qu'ils concernent car ils en sont l'accessoire.

6. Les arrêts cités par la demanderesse démontrent que votre Cour s'est rattachée à la doctrine de De Page; laquelle, du reste, n'exclut pas que le principe de l'interprétation stricte de la loi puisse céder le pas en raison de la généralité des termes de la loi.

7. En l'espèce, l'article 20,12°, alinéa 1er de la loi hypothécaire dispose que "les créances privilégiées sur certains meubles sont: (...) pendant cinq ans à dater de la facture, la créance du sous-traitant contre son cocontractant-entrepreneur pour les travaux qu'il a effectués ou fait effectuer à l'immeuble du maître de l'ouvrage, sur la créance se rapportant à la même entreprise qu'a ce cocontractant-entrepreneur contre le maître de l'ouvrage."

8. Ainsi que le relève à bon escient Jean Caeymaex, à l'occasion de son commentaire à propos de l'arrêt attaqué[2], si le privilège est accordé "pour les travaux", il demeure que deux lectures du texte de l'article 20, 12°, alinéa 1er de la loi hypothécaire sont possibles.

Soit la créance pour les travaux est le prix dû pour

[1] Arr. Cass., 1970, 932. Voy. aussi: R.W. 1970-71, 354; Pas., 1971.I.879.

[2] Liège, 28 mars 2000, J.L.M.B., 2000, 875, note Caeymaex, J.; Rev. Rég.dr., 2000, 336.

ceux-ci, soit la créance pour les travaux est celle qui résulte du contrat d'entreprise.

8.1. Si la créance pour les travaux est le prix dû pour ceux-ci, il en résulte que ne sont pas privilégiées les sommes dues au sous-traitant pour d'autres causes que celles du prix des travaux exécutés, telles que les amendes de retard, les clauses pénales, frais de justice ou dommages et intérêts.

8.2. Par contre, si la créance pour les travaux est celle qui résulte du contrat d'entreprise, bénéficient du privilège toutes les sommes dues en vertu de la relation contractuelle, ce qui inclut les accessoires du prix. ( )

9. La seconde lecture de cette disposition implique que le texte légal est libellé en des termes généraux.

10. Le rattachement de la créance privilégiée au contrat d'entreprise de sous-traitance me paraît pouvoir être retenu au regard de la ratio legis de la loi du 19 février 1990 complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du Code civil, au profit des sous-traitants .

La loi du 19 février 1990 constitue en effet l'aboutissement d'une proposition de loi originairement déposée en 1979 et ayant en substance pour objet de reconnaître aux soustraitants un privilège spécial sur la créance que l'entrepreneur principal avait sur le maître de l'ouvrage. Il s'agissait dans l'esprit des auteurs de réagir à la multiplication des faillites d'entrepreneurs, et plus particulièrement, à ses conséquences sur les sous-traitants titulaires de créances encore impayées contre le failli et qui se trouvaient privés de tout débiteur solvable.

Cette proposition de loi, devenue caduque, suite à la dissolution des chambres fut déposée à nouveau en 1982. A cette occasion le ministre de la justice de l'époque jugea opportun de suggérer d'autres pistes de réflexion et il suggéra ainsi l'organisation d'une action directe en faveur des sous-traitants, afin de les obliger à plus de diligence. Le ministre proposa une façon alternative de réserver un sort favorable au sous-traitant sans aller jusqu'à lui accorder un privilège.

La commission de la justice préférera finalement ne pas avoir à choisir entre les deux options et retiendra l'action directe qui devrait profiter aux sous-traitants les plus importants qui auront les moyens de mettre en oeuvre une action judiciaire onéreuse et les petits sous-traitants qui seront protégés par le privilège.

Le but de la loi a donc bien été d'éviter les faillites successives d'entreprises et, partant, de permettre au sous-traitant de rentrer le plus rapidement possible dans ses frais.

11. Le rattachement de la créance privilégiée au contrat me paraît par ailleurs être en conformité avec l'arrêt de principe rendu par votre Cour le 21 décembre 2001[3] à propos de la question de savoir si l'action directe dont le sous-traitant bénéficie en vertu de l'article 1798 du Code civil contre le maître de l'ouvrage peut s'exercer à raison de toutes les créances que le sous-traitant possède à l'encontre de l'entrepreneur principal ou seulement celles relatives à l'entreprise dont l'entrepreneur principal a été chargé par le maître de l'ouvrage.

Par cet arrêt, et sur mes conclusions écrites conformes, votre Cour a considéré que le sous-traitant ne peut agir directement contre le maître de l'ouvrage qu'à raison des créances se rapportant aux travaux relatifs au chantier confié par le maître à l'entrepreneur principal et, ensuite, par celui-ci au sous-traitant.

Par cette décision votre Cour retient que l'action directe se meut dans la relation triangulaire contractuelle, à savoir: l'exercice de cette action directe à l'origine du contrat de sous-traitance lequel s'inscrit ensuite dans le contrat d'entreprise liant l'entrepreneur principal au maître de l'ouvrage.

Un raisonnement analogue peut être tenu concernant le privilège des sous-traitants lequel s'inscrit également dans la relation triangulaire contractuelle.

12. La créance du sous-traitant contre son cocontractant-entrepreneur pour les travaux qu'il a effectués ou fait effectuer à l'immeuble du maître de l'ouvrage, qui bénéficie du privilège de l'article 20, 12°, alinéa 1er de la loi hypothécaire, se rapporte au contrat de sous-traitance et vise donc tant le prix facturé que les accessoires contractuellement arrêtés.

13. L'arrêt attaqué me paraît donc avoir légalement justifié sa décision en considérant que *"le terme 'créance du sous-traitant pour les travaux qu'il a effectués' doit s'entendre comme représentant la somme due par l'entrepreneur principal le plus souvent défaillant, c'est-à-dire avec les intérêts et pénalités qui, comme le principal, sont une dette de ce dernier."* Le moyen ne me paraît donc pas pouvoir être accueilli.

Conclusion: rejet du pourvoi.

[3] Cass., (1e ch.), 21 décembre 2001, R.G. C000180F.

**COMM. MONS (3° CHAMBRE) 26 JUIN 2002**

R.G.: A/01/161
Siég.: M. D. Mougenot, juge, Mme M.A. Hubert et M. M. Brynart, juges consulaires
Pl.: Mes T. Loth loco P.H. Franeau et N. Plumat

CONTRAT D'ENTREPRISE DE CONSTRUCTION – ABSENCE D'ACCÈS À LA PROFESSION DE L'ENTREPRENEUR – NULLITÉ DU CONTRAT – NULLITÉ ÉTENDUE À TOUS LES AVENANTS AYANT TRAIT À LA RÉALISATION DU MÊME OUVRAGE – CONSÉQUENCES DE LA NULLITÉ – RESTITUTION RÉCIPROQUE

AANNEMINGSOVEREENKOMST VOOR BOUWWERKEN – ONTBREKEN VAN TOEGANG TOT HET BEROEP IN HOOFDE VAN DE AANNEMER – NIETIGHEID VAN DE OVEREENKOMST – NIETIGHEID DIE ZICH UITSTREKT TOT ALLE OVEREENKOMSTEN DIE BETREKKING HEBBEN OP DE OPRICHTING VAN HETZELFDE GEBOUW – GEVOLGEN VAN DE NIETIGHEID – WEDERZIJDSE TERUGGAVE

*1. Les réglementations prises en application de la loi du 15 décembre 1970 sur l'exercice des activités professionnelles dans les petites et moyennes entreprises sont d'ordre public. Le contrat d'entreprise conclu en violation de cette réglementation est frappé de nullité absolue. Lorsque l'entreprise comporte un ensemble indivisible de prestations tendant principalement à la réalisation d'un ouvrage unique, il n'y a pas lieu de dissocier les travaux pour lesquels l'entrepreneur bénéficiait d'un accès à la profession de ceux pour lesquels il n'en disposait pas.*

*1. De reglementering in uitvoering van W. 15 december 1970 op de uitoefening van beroepsactiviteiten in kleine en middelgrote ondernemingen raakt de openbare orde. Het aannemingscontract dat in strijd met deze reglementering werd gesloten is absoluut nietig. Wanneer een aanneming een ondeelbaar geheel van prestaties omvat die in hoofdorde slaan op de realisatie van een enkel bouwwerk, bestaat er geen aanleiding om de werken waarvoor de ondernemer wel beschikte over toegang tot het beroep te onderscheiden van deze waarvoor hij niet beschikte over deze toegang.*

*2. La nullité opère avec effet rétroactif et oblige l'entrepreneur à restituer les acomptes perçus, tandis que le maître de l'ouvrage doit en règle restituer par équivalent la valeur des travaux déjà effectués et dont il a tiré profit. L'entrepreneur ne peut pas être autorisé à achever les travaux en faisant appel à des sous-traitants pour les postes du contrat pour lesquels il n'a pas accès à la profession. La faculté d'exécuter en nature une obligation contractuelle inexécutée suppose l'existence d'une obligation contractuelle en bonne et due forme.*

*2. De nietigheid heeft uitwerking met terugwerkende kracht en verplicht de aannemer om de ontvangen voorschotten terug te geven, terwijl de bouwheer in principe de waarde van de reeds uitgevoerde werken waaruit hij voordeel haalde bij equivalent moet teruggeven. Het kan aan de aannemer niet toegelaten worden de werken te beëindigen door een beroep te doen op onderaannemers voor de posten waarvoor hij niet beschikt over toegang tot het beroep. De mogelijkheid om in natura een niet uitgevoerde contractuele verbintenis na te komen veronderstelt het bestaan van een geldige contractuele verbintenis.*

*3. Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation et refuse la prise en compte des travaux effectués par l'entrepreneur s'il estime que l'avantage ainsi reconnu compromettrait le rôle préventif de la sanction de nullité absolue ou s'il estime que l'ordre social exige que l'un des cocontractants soit plus sévèrement frappé. En revanche, la jurisprudence se montre également sévère à l'égard du maître de l'ouvrage qui a contracté en toute connaissance de cause avec un entrepreneur dépourvu de l'accès à la profession et qui a même spéculé sur cet état de fait pour en tirer des avantages indus.*

*3. De rechter beschikt over een appreciatiebevoegdheid en weigert werken door de aannemer in aanmerking te nemen indien hij meent dat het aldus toegekend voordeel de preventieve rol van de sanctie van algemene nietigheid in het gedrang zou brengen of indien hij meent dat de maatschappelijke orde vereist dat één van de medecontractanten zwaarder zou moeten getroffen worden. De rechtbank toont zich daarentegen eveneens streng ten aanzien van de bouwheer die met kennis van zaken de overeenkomst afsloot met een aannemer die niet over toegang tot het beroep beschikte en die zelfs op deze situatie gokte om daaruit onverschuldigde voordelen te kunnen halen.*

(P. et C. c. S.P.R.L. Renovhome et L.)

(...)

***I. Exposé des faits***

En avril 1999, Mr. & Mme P. ont conclu un contrat d'entreprise avec la S.P.R.L. RENOV'HOME, en vue d'exécuter des travaux de rénovation de leur habitation située à Hornu. Le devis initial concernait les travaux de gros œuvre couvert fermé. Les travaux devaient être contrôlés par l'architecte GRANDJEAN.

Le 1er juillet 1999, le gros œuvre fut réceptionné en présence de l'architecte.

En cours de travaux, des commandes supplémentaires furent passées pour les parachèvements.

Ces travaux avancèrent très lentement et n'étaient toujours pas achevés au printemps 2000.

Le 13 juin 2000, lors d'une réunion sur le chantier, les parties convinrent d'une date d'achèvement le 2 juillet.

Les travaux n'étant pas terminés à cette date, Mr. & Mme P. demandèrent à la S.P.R.L. RENOV'HOME, par courrier recommandé du 28 juillet, de terminer les travaux à la fin du mois d'août.

Un nouveau rappel fut adressé le 7 septembre.

Le 17 octobre 2000, Mr. & Mme P. mirent la S.P.R.L. RENOV'HOME en demeure d'achever les travaux pour le 15 novembre 2000.

Le 8 novembre, l'architecte dressa un récapitulatif des travaux restant à réaliser.

Le 4 janvier 2001, Mr. & Mme P. assignèrent la S.P.R.L. RENOV'HOME et son administrateur, Mr. L., devant notre tribunal en vue d'obtenir l'annulation du contrat d'entreprise, la restitution des acomptes et, avant dire droit, la désignation d'un expert.

Par jugement du 27 février 2001, notre tribunal désigna Mr. FASSEAUX en qualité d'expert.

Celui-ci déposa son rapport le 8 octobre 2001.

*II. Objet de la demande*

La demande tend à:
- L'annulation ou, subsidiairement, la résolution du contrat d'entreprise,
- La condamnation *in solidum* de la S.P.R.L. RENOV'HOME et Mr. L. à restituer les acomptes reçus, dont à déduire les postes pour lesquels l'entrepreneur disposait de l'accès à la profession,
- La condamnation des défendeurs à assumer une garantie équivalente à la garantie décennale pour les travaux réalisés,
- La condamnation *in solidum* de la S.P.R.L. RENOV'HOME et Mr. L. à payer une somme provisionnelle de 12.500 EUR, à titre d'indemnisation du trouble de jouissance, une somme de 31.481,98 EUR, à titre de réparation du dommage résultant des malfaçons, inachèvements ou de l'absence d'accès à la profession et une somme provisionnelle de 2.478,94 EUR pour résistance abusive, le tout augmenté des intérêts et des frais,
- Entendre ordonner l'exécution provisoire de la décision nonobstant tout recours, sans caution et avec interdiction de cantonner,

*III. Discussion*

**1. Préambule**

1. Attendu qu'il y a lieu de régler préalablement le sort à réserver à la pièce 38 du dossier des défendeurs, qui contient les critiques adressées au rapport d'expertise;

Attendu que Mr. & Mme P. sollicitent son écartement, dès lors que les défendeurs sont restés en défaut de développer des critiques du rapport dans leurs conclusions principales et additionnelles et se bornent à déposer une note de critique du rapport en même temps que leurs secondes conclusions additionnelles, à un moment où les demandeurs ne pouvaient plus répliquer, compte tenu du calendrier fixé dans l'ordonnance du 22 octobre 2001, prononcée sur la base de l'article 747 § 2 C. Jud.;

Qu'au surplus, ils relèvent les intentions dilatoires des défendeurs, dès lors que ceux-ci ont annoncé une note technique à différentes reprises durant l'expertise et que cette note n'a été déposée qu'au stade ultime de la mise en état;

Attendu que les défendeurs exposent que Mr. & Mme P. ont traîné à prendre position sur la demande d'achèvement des travaux et de réparation en nature des malfaçons et que cette note n'a été déposée que lorsqu'il est devenu évident que les demandeurs refusaient cette exécution et ces réparations en nature;

Qu'ils ajoutent qu'ils ont offert au conseil de Mr. & Mme P. de répondre à cette note, malgré l'expiration des délais pour conclure, ce que celui-ci a refusé;

2. Attendu tout d'abord qu'il convient de rappeler qu'une partie reste fondée à soumettre à l'appréciation du juge des griefs à l'encontre du rapport, même si ces observations n'ont pas été soulevées en cours d'expertise (Cass., 16 février 1995, *Pas.*, 1995, I, 184; Cass., 5 octobre 2000, *Dr. Circ.*, 2001, p. 55; Liège, 22 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, 107);

Que ces critiques doivent néanmoins être formulées dans le respect des règles du Code judiciaire et du principe du contradictoire;

Qu'à cet égard, il y a également lieu de rappeler que, dans le cadre de l'application de l'article 747 § 2 C. Jud., il n'est normalement pas permis aux parties de développer leur argumentation dans des conclusions additionnelles non précédées de conclusions principales (Cass., 26 novembre 1999, *J.T.*, 2000, 229) et que des conclusions principales de pure forme doivent être assimilées à l'absence totale de dépôt de conclusions (Cass., 22 mars 2001, *J.T.*, 2001, 519; voir aussi: H. BOULARBAH & J.F. VAN DROOGHENBROECK, "La mise en état des causes... perdues?", *J.T.*, 2000, p. 813 s. et "La Cour de cassation et les fausses conclusions additionnelles", *J.T.*, 2001, p. 513 s.);

Que c'est la situation que l'on retrouve dans le cas d'espèce: après avoir énoncé une contestation de principe mais non explicitée du rapport d'expertise dans leurs précédentes conclusions, les défendeurs ont formulé des contestations précises dans une note déposée à l'appui de leurs dernières conclusions, à un moment où les demandeurs ne pouvaient plus y répondre;

Qu'en outre, elle estime que cette nullité ne peut frapper que les postes du marché pour lesquels elle n'avait pas accès à la profession mais que cela ne concerne pas le gros œuvre;

Qu'enfin elle sollicite l'exécution en nature des travaux restant à réaliser;

3. Attendu que les travaux que la S.P.R.L. RENOV'HOME n'était pas autorisée à effectuer elle-même sont les suivants:
- Chauffage central,
- Sanitaires et plomberie,
- Électricité,
- Plafonnage,
- Carrelage,
- Vitrage;

Qu'en revanche, elle pouvait valablement effectuer tous travaux de maçonnerie, menuiserie, zinguerie et couvertures métalliques et non métalliques;

Attendu que les réglementations prises en application de la loi du 15 décembre 1970 sur l'exercice des activités professionnelles dans les petites et moyennes entreprises du commerce et de l'artisanat sont d'ordre public et que le contrat d'entreprise conclu en violation de cette réglementation est frappé de nullité absolue (Comm. Namur, 28 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, 1304; Mons, 6 mars 1997, *R.R.D.*, 1997, 196; Comm. Charleroi, 29 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 1293; Civ. Charleroi, 16 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 790; Liège, 25 mai 1994, *R.R.D.*, 1994, 513; Liège, 16 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1993, 1023);

Attendu que, lorsque l'entreprise comporte un ensemble indivisible de prestations tendant principalement à la réalisation d'un ouvrage unique, il n'y a pas lieu de dissocier les travaux pour lesquels l'entrepreneur bénéficiait d'un accès à la profession de ceux pour lesquels il n'en disposait pas (Civ. Charleroi, 16 février 1995, précité);

Qu'en l'espèce, tous les travaux réalisés par la S.P.R.L.

RENOV'HOME ont concouru à la rénovation de l'immeuble de Mr. & Mme P.;

Que les parachèvements ne sont que des avenants à une convention initiale;

Que, dans ces conditions, il y a lieu de prononcer la nullité du contrat d'entreprise pour le tout;

*B. Sur les conséquences de la nullité*

1. Attendu que la nullité opère avec effet rétroactif et oblige l'entrepreneur à restituer les acomptes perçus, tandis que le maître de l'ouvrage doit en règle restituer – par équivalent – la valeur des travaux déjà effectués et dont il a tiré profit (Comm. Charleroi, 25 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1999, 24; Liège, 25 mai 1994, précité);

Attendu que la S.P.R.L. RENOV'HOME sollicite cependant la possibilité d'achever les travaux et de réparer les malfaçons en nature, en faisant appel à des sous-traitants pour les postes du contrat pour lesquels elle n'a pas accès à la profession;

Attendu que la faculté d'exécuter en nature une obligation contractuelle inexécutée (ou de réparer en nature une obligation mal exécutée) suppose l'existence d'une obligation contractuelle en bonne et due forme;

Que, dans le cas d'espèce, compte tenu de l'annulation du contrat, l'obligation de l'entrepreneur d'exécuter les travaux s'éteint par voie de conséquence et est remplacée par une obligation de restituer les acomptes perçus;

Que, dans cette mesure, l'entrepreneur n'est plus en position de demander l'exécution en nature de travaux de construction;

Que, tout au plus, les travaux déjà effectués devront entrer en ligne de compte pour le calcul des sommes à restituer;

2. Attendu que les parties sont également contraires quant aux conséquences à tirer de la nullité du contrat;

Que Mr. & Mme P. réclament la restitution des acomptes versés, augmentée de dommages-intérêts mais reconnaissent que cette restitution devra tenir compte de la théorie de l'enrichissement sans cause et qu'il y a lieu de déduire des montants réclamés une somme correspondant à la valeur des matériaux et au coût de la main-d'œuvre des travaux exécutés et qui ne devront pas être refaits;

Qu'ils sollicitent cependant qu'une moins-value soit déduite des sommes dues à la S.P.R.L. RENOV'HOME, pour éviter que l'entrepreneur fautif s'en tire à moindre frais et afin de le dissuader de recommencer de telles pratiques à l'avenir;

Attendu que la S.P.R.L. RENOV'HOME invoque quant à elle l'adage *"nemo auditur"* et entend refuser aux maîtres de l'ouvrage tout droit à restitution;

Que sa position se fonde sur le postulat que Mr. & Mme P. étaient informés de la situation et même complices, dans la mesure où ils en tiraient avantage;

3. Attendu qu'il est admis que le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation et refuse – totalement ou partiellement – la prise en compte des travaux effectués par l'entrepreneur s'il estime que l'avantage ainsi reconnu compromettrait le rôle préventif de la sanction de nullité absolue ou s'il estime que l'ordre social exige que l'un des cocontractants soit plus sévèrement frappé (Comm. Charleroi, 25 juin 1997, précité; Mons, 6 mars 1997, précité);

Qu'en revanche, la jurisprudence se montre également sévère à l'égard du maître de l'ouvrage qui a contracté en toute connaissance de cause avec un entrepreneur dépourvu de l'accès à la profession et qui a même spéculé sur cet état de fait pour en retirer des avantages indus (Comm. Namur, 28 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, 1304);

4. Que l'affirmation des défendeurs selon laquelle les maîtres de l'ouvrage connaissaient parfaitement l'irrégularité de la situation de leur entrepreneur et s'en sont accommodés pour obtenir des prix au rabais est formellement contestée par Mr. & Mme P.: ceux-ci soutiennent que, avant de consulter un avocat, soit en novembre 2000, ils ignoraient totalement le problème d'accès à la profession;

Attendu que, dans l'état actuel du dossier, les affirmations de la S.P.R.L. RENOV'HOME ne sont soutenues par aucun élément;

Attendu cependant que la S.P.R.L. RENOV'HOME sollicite la comparution personnelle des parties pour permettre d'établir le fait litigieux;

Que la connaissance ou non par le maître de l'ouvrage de la situation de l'entrepreneur est un fait pertinent pour la solution du litige, dès lors qu'il est de nature à influencer l'importance des restitutions que le tribunal devra ordonner;

Qu'il n'existe pas de raison péremptoire pour refuser la comparution personnelle, d'autant qu'elle permettra aux parties de s'expliquer sur les circonstances dans lesquelles les avenants au contrat d'entreprise initial ont été convenus;

Qu'il y a donc lieu d'ordonner la comparution des parties avant de statuer plus amplement dans cette procédure;

PAR CES MOTIFS;

Le Tribunal;

Statuant contradictoirement,

Vu les articles 1, 30, 34, 36, 37 de la loi du 15 juin 1935, dont il a été fait application en la cause;

Avant dire droit, ordonne, conformément aux articles 992 et suivants du code judiciaire, la comparution personnelle des parties à savoir Monsieur P. et son épouse Madame C., parties demanderesses ainsi que la S.P.R.L. RENOV'HOME et son gérant, Monsieur Freddy L. , parties défenderesses;

(...)

**COMM. MONS (3° CHAMBRE) 6 NOVEMBRE 2002**

R.G.: A/01/161
Siég.: M. D. Mougenot, juge, Mme M.A. Hubert et M. M. Brynart, juges consulaires
Pl.: Mes T. Loth

I. CONTRAT D'ENTREPRISE DE CONSTRUCTION – ABSENCE D'ACCÈS À LA PROFESSION DE L'ENTREPRENEUR – NULLITÉ DU CONTRAT – CONSÉQUENCES DE LA NULLITÉ – PRISE EN COMPTE DES TRAVAUX QUI PROFITENT AU MAÎTRE DE L'OUVRAGE – SANCTION DE L'ENTREPRENEUR – PRISE EN COMPTE PARTIELLE

I. AANNEMINGSOVEREENKOMST VOOR BOUWWERKEN – ONTBREKEN VAN TOEGANG TOT HET BEROEP IN HOOFDE VAN DE AANNEMER – NIETIGHEID VAN DE OVEREENKOMST – GEVOLGEN VAN DE NIETIGHEID – AANREKENING VAN DE WERKEN DIE VOORDEEL OPLEVEREN VOOR DE BOUWHEER – SANCTIE VOOR DE AANNEMER – PARTIËLE AANREKENING

*Il convient de sanctionner la pratique consistant à accepter des marchés, alors que l'entrepreneur est parfaitement conscient de ce qu'il n'a pas accès à la profession. Cette réglementation est d'ordre public et il appartient aux tribunaux de la faire respecter strictement. Dans le cas d'espèce le tribunal estime dès lors qu'il est adéquat de retrancher une quote-part de 25 % dans l'évaluation des travaux accomplis par l'entrepreneur qui profitent réellement au maître de l'ouvrage.*

*De praktijk die erin bestaat om opdrachten te aanvaarden, terwijl de aannemer perfect weet dat hij geen toegang heeft tot het beroep, dient te worden gesanctioneerd. Deze reglementering is van openbare orde en de rechtbanken moeten deze strikt doen toepassen. In dit geval meent de rechtbank dat het past om een aandeel van 25 % te weerhouden bij de waardering van de door de aannemer uitgevoerde werken die daadwerkelijk voordeel aan de opdrachtgever hebben opgeleverd.*

II. RESPONSABILITÉ DES ORGANES DE SOCIÉTÉ À L'ÉGARD DES TIERS – INFRACTION PÉNALE – RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATEUR À L'ÉGARD DU COCONTRACTANT DE LA SOCIÉTÉ

II. AANSPRAKELIJKHEID VAN DE VENNOOTSCHAPSORGANEN TEN AANZIEN VAN DERDEN – STRAFRECHTELIJKE INBREUK – AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BESTUURDER TEN AANZIEN VAN DE WEDERPARTIJ VAN DE VENNOOTSCHAP

*En principe le cocontractant victime d'une mauvaise exécution du contrat par une société ne peut engager la responsabilité aquilienne des administrateurs que si les conditions strictes du concours de responsabilités sont présentes, à savoir la faute et le dommage extra-contractuels. Ce principe reçoit toutefois exception lorsque la faute de l'agent d'exécution (ou de l'organe) constitue également une infraction pénale: la victime peut alors exercer une action aquilienne soit contre son cocontractant, soit contre l'agent d'exécution de celui-ci, sans devoir démontrer une faute ou un dommage étrangers au contrat.*

*La faute personnelle de l'administrateur consistant à faire exécuter des travaux par la société sans accès à la profession, dépasse le cadre de la faute de gestion simple. En outre, cette faute constitue également une infraction pénale, de telle sorte que la responsabilité aquilienne des administrateurs de la société peut être engagée par le maître de l'ouvrage, sans que celui-ci doive démontrer l'existence d'une faute ou d'un dommage étrangers au contrat.*

*De medecontractant die het slachtoffer is van de verkeerde uitvoering van het contract door een vennootschap kan in principe de bestuurders niet op grond van de aquiliaanse aansprakelijkheid aanspreken tenzij de strikte voorwaarden voor een samenloop van aansprakelijkheid verwezenlijkt zijn, namelijk een buitencontractuele fout en schade.*

*Dit principe lijdt evenwel uitzondering wanneer de fout van de uitvoeringsagent of het orgaan eveneens een strafbare inbreuk uitmaakt: het slachtoffer kan dan een aquiliaanse vordering instellen hetzij tegen zijn medecontractant, hetzij tegen de uitvoeringsagent van deze, zonder dat een fout of schade die hun oorzaak niet vinden in het contract moeten aangetoond worden.*

*De persoonlijke fout van de bestuurder die erin bestaat om de vennootschap die geen toegang heeft tot het beroep bepaalde beroepsbezigheden te laten uitvoeren, overstijgt het kader van de eenvoudige bestuursfout. Deze fout is bovendien ook een strafbare inbreuk, zodat de aquiliaanse aansprakelijkheid van de bestuurders van de vennootschap in het gedrang komt ten aanzien van de bouwheer, zonder dat deze laatste het bestaan van een fout en een schade die vreemd zijn aan het contract dient aan te tonen.*

(P. et C. c. Me Descamps qq. faill. S.P.R.L. Renovhome et L.)

(...)

La S.P.R.L. RENOV'HOME a été déclarée en faillite sur aveu par jugement du tribunal de commerce de Mons du 20.08.2002, le curateur désigné est Me DESCAMPS, Avocat à Quaregnon. Aucune démarche n'a été entreprise pour que le curateur poursuive l'instance introduite contre la société faillie.

***II. Discussion***

**– Préambule**

Dans le précédent jugement, le tribunal avait déjà tranché les points suivants:
– La note déposée par le défendeurs, critiquant le rapport

d'expertise, doit être écartée des débats,
- La convention portant sur la construction du gros œuvre – couvert et fermé et les avenants relatifs aux parachèvements constituent un seul contrat d'entreprise,
- Ce contrat doit être annulé pour contrariété à l'ordre public, dès lors que la S.P.R.L. RENOV'HOME ne disposait pas de l'accès à la profession pour l'exécution des parachèvements.

En revanche le tribunal s'interrogeait sur la sanction à appliquer suite à cette nullité: fallait-il autoriser ou interdire la prise en compte des travaux valablement effectués par l'entrepreneur et dans quelle mesure?

A ce sujet, les défendeurs plaidaient que Mr. & Mme P. étaient parfaitement au courant de l'absence d'accès à la profession de la S.P.R.L. RENOV'HOME et ont spéculé sur cette circonstance pour obtenir des prix fort bas.

Le tribunal a dès lors ordonné la comparution personnelle des parties.

**– La comparution personnelle**

Mr. L., administrateur de la S.P.R.L. RENOV'HOME, a fait défaut lors de l'audience consacrée à l'audition des parties.

Il ressort des déclarations de Mr. & Mme P. que:
- Initialement Mr. P. pensait effectuer les parachèvements lui-même ou les faire réaliser par d'autres entrepreneurs mais n'avait pas d'idée très précise à ce sujet,
- En cours de chantier, comme Mr. & Mme P. étaient satisfaits du travail accompli par la S.P.R.L. RENOV'HOME et pour gagner du temps, ils lui ont demandé d'exécuter les finitions,
- La S.P.R.L. RENOV'HOME a accepté ce complément de marché sans soulever de réserves,
- Mr. & Mme P. sont tout à fait ignorants en matière de réglementation de la construction et n'ont réalisé le problème d'accès à la profession que lorsqu'ils ont contacté un avocat. Par ailleurs, la mission de leur architecte s'est terminée avec l'exécution du gros œuvre. Il n'a donc pas pu les avertir à ce sujet.

**– Sanction de la nullité**

On peut en déduire que Mr. & Mme P. ont, de bonne foi, demandé à la S.P.R.L. RENOV'HOME d'effectuer les travaux de parachèvement, sans se douter du problème d'accès à la profession, que la S.P.R.L. RENOV'HOME s'est bien gardée de relever. Il n'y a donc aucune raison de sanctionner le maître de l'ouvrage.

En revanche, il convient de sanctionner la pratique consistant à accepter des marchés, alors que l'entrepreneur est parfaitement conscient de ce qu'il n'a pas l'accès à la profession. Cette réglementation est d'ordre public et il appartient aux tribunaux de la faire respecter strictement. Elle poursuit par ailleurs un objectif tout à fait raisonnable, dès lors que les faits démontrent que les travaux accomplis par un entrepreneur qui ne justifie pas de l'accès à la profession sont plus fréquemment entachés de malfaçons que lorsque les travaux entrent dans sa spécialité. Le tribunal se réfère sur ce point à la jurisprudence citée dans le précédent jugement.

Dans le cas d'espèce, le tribunal estime dès lors qu'il est adéquat de retrancher une quote-part de 25%, comme le demandent Mr. & Mme P., dans l'évaluation des travaux accomplis par la S.P.R.L. RENOV'HOME qui profitent réellement au maître de l'ouvrage.

**– Responsabilité personnelle de Mr. L.**

*Position des parties*

Mr. & Mme P. recherchent également la responsabilité personnelle de Mr. L., en sa qualité d'administrateur de la S.P.R.L. RENOV'HOME. Ils estiment que celui-ci a commis une faute aquilienne, susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard des tiers.

Mr. L. plaide que les demandeurs ne démontrent pas la faute qu'il aurait commise ni le lien causal avec le dommage qu'ils invoquent. Il soutient en outre que, comme la réglementation sur l'accès à la profession est pénalement sanctionnée, sa responsabilité ne pourrait être engagée qu'après une décision de condamnation prononcée par une juridiction correctionnelle.

*Décision*

1. Il est usuellement admis par la doctrine que la faute d'impéritie ou de déloyauté, qui peut causer préjudice à autrui, ne constitue pas nécessairement une simple faute de gestion mais est susceptible d'engager la responsabilité des organes de la société à l'égard des tiers, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil.[1]

La Cour de cassation a toutefois étendu aux organes de sociétés commerciales le régime d'immunité qui s'applique aux agents d'exécution: lorsqu'une partie contractante agit par *un organe*, un préposé ou un agent d'exécution pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extra-contractuel que si la faute mise à sa charge constitue un manquement non à une obligation contractuelle mais à l'obligation générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat.[2]

Le cocontractant victime d'une mauvaise exécution du contrat par la société ne pourrait donc engager la responsabilité aquilienne des administrateurs que si les conditions strictes du concours de responsabilité sont présentes, à savoir la faute et le dommage extra-contractuels.

Ce principe reçoit toutefois exception lorsque la faute de l'agent d'exécution (ou de l'organe) constitue également une infraction pénale: la victime peut alors exercer

---

[1] J. VAN RYN & X. DIEUX, "La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers", *J.T.*, 1988, p. 402; P. VAN OMMESLAGHE & X. DIEUX, "Examen de jurisprudence – les sociétés commerciales", *R.C.J.B.*, 1993, p. 783; O. CAPRASSE, "La responsabilité civile professionnelle des administrateurs", *Act. Dr.*, 1997, p. 496.

[2] Cass., 7 novembre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, 730.

une action aquilienne soit contre son cocontractant, soit contre l'agent d'exécution de celui-ci, sans devoir démontrer une faute ou un dommage étrangers au contrat.[3] La Cour de cassation a expressément admis cette exception dans le cas d'actions en responsabilité dirigées contre des organes de sociétés.[4]

2. Dans le cas d'espèce, la faute personnelle de Mr. L., administrateur de la S.P.R.L. RENOV'HOME, consistant à faire exécuter des travaux par la société sans accès à la profession, dépasse le cadre de la faute de gestion simple. En outre, cette faute constitue également une infraction pénale, de telle sorte que la responsabilité aquilienne des administrateurs de la S.P.R.L. RENOV'HOME peut être engagée par le maître de l'ouvrage, sans que celui-ci doive démontrer l'existence d'une faute et d'un dommage étrangers au contrat.

Cette faute est en lien causal avec le dommage subi par Mr. & Mme P., dès lors que l'entreprise qui ne dispose pas de l'accès à la profession ne justifie pas avoir suivi la formation nécessaire pour exercer son travail avec habileté. Les nombreuses malfaçons relevées par l'expert dans l'exécution des travaux de parachèvement résultent de cet état de chose.

La faute commise par Mr. L. et la S.P.R.L. RENOV'HOME est commune à ces deux parties, de telle sorte que leur responsabilité sera *solidaire*.

La circonstance que les faits reprochés à Mr. L. constituent également une infraction pénale n'empêche pas pour autant le tribunal de statuer sur sa responsabilité civile, même en l'absence d'instance répressive préalable.

3. En revanche, il n'est pas démontré que l'important retard dans l'achèvement des travaux est la conséquence directe et inéluctable de l'absence d'accès à la profession. Bien des entreprises en ordre sur le plan administratif accumulent cependant des retards importants dans l'exécution de leurs chantiers.

Le trouble de jouissance et le chômage immobilier ne peuvent dès lors être réclamés à Mr. L., à défaut de démonstration du lien causal entre la faute subie et le dommage éprouvé.

**– Calcul du préjudice subi par Mr. & Mme P.**

1. Il n'existe pas de raison sérieuse de se départir de l'évaluation du dommage établie par l'expert.

Le montant des travaux correctement effectués par la S.P.R.L. RENOV'HOME doit toutefois être amputé d'une quotité de 25 %, comme indiqué ci-dessus, à titre de sanction du comportement de l'entrepreneur. Cette quotité est correctement évaluée par Mr. & Mme P. à 128.464 BEF h TVA.

Le montant total auquel la S.P.R.L. RENOV'HOME et Mr. L. devront être condamnés est de 31.481,98 EUR.

2. Il faut y ajouter le chômage immobilier, à l'indemnisation duquel seule la S.P.R.L. RENOV'HOME est tenue.

Compte tenu de la faillite de la S.P.R.L. RENOV'HOME, il apparaît inutile d'entrer dans le débat relatif à l'évaluation de ce préjudice.

Le tribunal limite donc le montant de cette indemnité à 1 EUR à titre provisionnel.

3. Mr. & Mme P. réclament également une indemnité pour résistance abusive.

Le droit de défense est un droit fondamental du justiciable et ne peut dégénérer en acte fautif ou abusif que dans des circonstances exceptionnelles.

Il en irait ainsi si le défendeur adoptait une attitude injurieuse ou faisait un usage manifestement abusif de moyens de procédure ou encore soulevait des moyens de fond tellement inconsistants qu'il devait nécessairement réaliser l'absence totale de tout fondement de sa position.

Dans le cas d'espèce, on peut relever une attitude franchement dilatoire dans le chef des défendeurs: en témoignent le caractère tout à fait tardif de la production des griefs à l'égard du rapport d'expertise et l'absence de comparution de Mr. L. à l'audience fixée pour l'audition des parties.

Le dommage qui en résulte est un retard dans l'indemnisation, qui sera adéquatement réparé par l'allocation d'intérêts compensatoires.

Il n'y a pas lieu d'allouer d'autres indemnités de ce chef.

4. Mr. & Mme P. demandent également qu'une garantie décennale soit accordée par les défendeurs sur les travaux correctement effectués.

Compte tenu de la faillite de la S.P.R.L. RENOV'HOME, cette demande est devenue pratiquement sans objet.

Mr. L. n'étant pas entrepreneur à titre personnel ne peut accorder une telle garantie.

Cette demande n'est donc pas fondée.

5. Enfin Mr. & Mme P. sollicitent l'exclusion du cantonnement.

Le juge ne peut interdire le cantonnement que lorsque le créancier apporte des éléments sérieux qui puissent faire craindre que le retard apporté au règlement l'expose à un préjudice grave.[5]

Il doit alors exposer sa situation personnelle et justifier l'urgence des besoins auxquels les condamnations prononcées doivent pourvoir.[6]

Le préjudice allégué doit concerner les besoins vitaux du créancier, sa survie économique ou celle de son entreprise.[7]

Dans le cas d'espèce, Mr. & Mme P. relèvent le caractère précaire de leur hébergement, tant qu'ils ne disposeront pas des fonds leur permettant d'achever les travaux.

Cette circonstance justifie effectivement l'exclusion du cantonnement.

---

[3] Cass., 1er juin 1984, *Pas.*, 1984, I, 1202; Cass., 26 octobre 1990, *R.C.J.B.*, 1990, 497.

[4] Cass., 11 septembre 2001, *Larc. Cass.*, 2001, p. 291.

[5] Liège, 28 juin 1985, *J.L.*, 1985, 486; Bruxelles, 25 mai 2000, *J.T.*, 2001, 68.

[6] G. de LEVAL, *Traité des saisies*, Fac. Dr. Liège, 1988, p. 586, n° 3.

[7] Bruxelles, 8 juillet 1998, *J.T.*, 1998, 796; Bruxelles, 25 juin 1999, *J.T.*, 2000, 187.

VERVOERRECHT
DROIT DU TRANSPORT

**GENT (26° KAMER) 3 DECEMBER 2002**

A.R.: 2000/AR/0423
Zet.: G. Macours, H. Heyndrickx en J. Van Beneden, plvv. raadsheren
Adv.: Mrs. A. Meeusen, V. De Groote en L. De Keyzer

VERVOERCONTRACT – CMR-VERDRAG – ONTHEFFING VAN AANSPRAKELIJKHEID (ART. 17 ALINEA 2 CMR) – TE LEVEREN BEWIJS

CONTRAT DE TRANSPORT – CONVENTION CMR – EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ (ART. 17 ALINEA 2 CMR) – PREUVE

*Om van de ontheffingsgrond van aansprakelijkheid voorzien in artikel 17 alinea 2 CMR te kunnen genieten, namelijk een omstandigheid die niet te vermijden was en waarvan hij de gevolgen niet kon verhinderen, kan de vervoerder niet volstaan met het bewijs van een redelijke zorg in zijn hoofde. Hij dient aan te tonen dat onvermijdbare en onvoorzienbare oorzaken aan de basis liggen van de schade.*

*Pour bénéficier de l'exonération de responsabilité prévue par l'article 17 al. 2 CMR, c'est-à-dire une circonstance inévitable, dont il ne pouvait empêcher les conséquences, le transporteur ne peut se contenter de la preuve d'une prudence raisonnable dans son chef. Il doit prouver que des causes inévitables et imprévisibles sont à la base du dommage.*

(...)

***Feiten en retroacten***

In opdracht van de N.V. Vergauwe vervoert de vennootschap naar Nederlands recht Jan de Lely B.V., een partij confectiegrondstoffen naar Riga in Litouwen.

De CMR-vrachtbrief n° 751057 en de pro forma factuur dateren van 10.08.1995.

Na belading vertrekt de vrachtwagencombinatie op 18.08.1995; op 19.08.1995 wordt bijgeladen in Rheine (Duitsland). Diezelfde dag wordt de veerboot naar Klaipeda genomen: een overtocht van ca. 24 uur, waarbij de vrachtwagen op een gesloten autodek van de veerboot stond geparkeerd.

Op 21.08.1995 omstreeks 10.35 u wordt 120 km verderop, bij een tankstop, brand vastgesteld in de aanhangwagen (Het TNO-verslag, zie infra, vermeldt een tijdsduur van ca. 60 uur tussen het laden van de aanhangwagen en de ontdekking van de brand?) Onmiddellijk na de brand verricht een Litouwse ingenieur – ambtenaar van de Republiek Litouwen, Ministerie van Binnenlandse Zaken, Staatstoezicht op de Brandpreventie, een onderzoek ter plekke in aanwezigheid van de vrachtwagenchauffeur, bijgestaan door een tolk.

Het verslag van de Litouwse ambtenaar, mede-ondertekend door de chauffeur, vermeldt als vastgestelde of veronderstelde oorzaak van de brand "elektrische installatie niet in orde – kortsluiting". Bij de brand werd de gehele lading vernietigd, en nadien verwijderd.

Bij aangetekend schrijven d.d. 01.09.1995 stelt de N.V. Vergauwe de vervoerder in gebreke voor het verlies van goederen ter waarde van 250.000 BEF.

Op 15.09.1995 stelt het expertisebureau, Nederlandse Organisatie voor Toegepast Natuurwetenschappelijk Onderzoek TNO, Centrum voor Brandveiligheid, daartoe ingeschakeld door de vervoerder, een onderzoek in van de intussen leeg naar Nederland teruggebrachte beschadigde aanhangwagen.

Het eenzijdig opgesteld verslag gaat vergezeld van een verklaring van de chauffeur, d.d. 16.10.1995.

Dat verslag, d.d. 13.12.1995, kan geen oorzaak duiden maar sluit smeulbrand (mede op basis van de zgn. hierboven vermelde tijdsduur van 60 uur), zelfontbranding, kortsluiting, verhitting via band uit.

Het verslag besluit dat geen sporen van een externe ontstekingsbron werden aangetroffen evenmin als technische brandoorzaken en kan dan ook de vraag naar de oorzaak van de brand niet beantwoorden.

In een aangetekend schrijven d.d. 08.01.1996 aan de verweerder stelt de gesubrogeerde verzekeraar, Sun Alliance N.V.: "Conform de van toepassing zijnde CMR-bepalingen dienen wij u hiervoor dan ook verder aansprakelijk te houden voor de geleden schade welke 249.488 BEF bedraagt", waarop de vervoerder op 29.01.1996 antwoordt: "dat alles is doorgestuurd naar onze verzekering. Wij zijn aansprakelijk voor het CMR-gedeelte inzake deze schade."

Op 17.07.1996 dagvaarden de N.V. Vergauwe en de N.V. Sun Alliance de vervoerder in betaling van 249.488 BEF, te vermeerderen met de verwijlintresten te rekenen vanaf 21.08.1995. De vordering is gesteund op de CMR-wetgeving.

In haar verweer stelt gedaagde dat de vordering vanwege de door haar verzekering vergoede eerste eiseres onontvankelijk is en dat de vordering vanwege tweede eiseres ongegrond is, bij toepassing van art. 17 lid 2 CMR-verdrag: de vaststelling dat als enige mogelijke oorzaak voor de brand in de vrachtwagen menselijk ingrijpen van buitenuit in aanmerking komt, dan is dit een omstandigheid in de zin van art. 17 lid 2 in fine CMR-verdrag, die niet te vermijden was en waarvan de verweerder de gevolgen niet kon verhinderen.

De eerste rechter, de Rechtbank van Koophandel te Gent, derde kamer, beslist als volgt:

- De vordering van eiseres N.V. Vergauwe is onontvankelijk bij gebrek aan belang, want vergoed.
- De vordering van eiseres N.V. Sun Alliance is gegrond.

De vervoerder is aansprakelijk: vermoeden van aansprakelijkheid, art. 17 lid 1 CMR-verdrag.

De vervoerder levert niet het bewijs – "omstandigheid" – overeenkomstig art. 17 lid 2 CMR-verdrag.

De eenzijdige expertise – TNO – stelt enkel de oorzaak van de brand niet te hebben kunnen vaststellen.

De vervoerder die de bewijslast draagt van een dergelijke omstandigheid had dadelijk de nodige maatregelen moeten nemen, gegevens verzamelen en dies meer.

De verweerder mag zijn aansprakelijkheid beperken tot 5.399,99 speciale trekkingsrechten + 5% rente vanaf de aanmaning tot betaling d.d. 01.09.1995.

– De verweerder wordt insgelijks veroordeeld tot betaling van de kosten aan "eiseressen".

Appellante kan zich niet verzoenen met het vonnis.

Haar grieven, vervat in haar verzoekschrift hoger beroep, neergelegd ter griffie van dit Hof op 24.02.2000, betreffen zowel de procedure als de grond van de zaak, alsook de omvang van de toegekende vordering.

1. Ten onrechte stelt de eerste rechter dat zij niet het bewijs levert conform art. 17, lid 2 CMR-verdrag. Zij verwijst naar de vaststellingen van de chauffeur en van het TNO-verslag en is de mening toegedaan dat het voldoende is dat de vervoerder kan bewijzen dat alle dienstige voorzorgsmaatregelen werden genomen ter voorkoming en ter vermijden van het verlies. Een precieze oorzaak dient niet bewezen. Zij meent deze stelling thans bevestigd te zien in een arrest van het Hof te Antwerpen d.d. 10.01.2000 (toegevoegd als stuk 5 van haar dossier, overigens wel degelijk uitgegeven in R.H.A. 1999, 414).
2. Ten onrechte veroordeelde de eerste rechter appellante tot de kosten aan de zijde van "eiseressen", waar de vordering van eerste eiseres nochtans onontvankelijk werd verklaard.
3. Ten onrechte veroordeelde de eerste rechter appellante tot betaling van het bedrag van 5.399,99 SDR, wat bij omrekening tegen de huidige koers hoger is dan het gevorderde bedrag van 249.488,- dat zij enkel wil vermeerderd zien met de intresten van 5% vanaf de indiening van de schriftelijke vordering, nl. 08.01.1996.

Geïntimeerden concluderen tot bevestiging met dien verstande dat zij de veroordeling vragen tot betaling van 6.184,65 euro (249.488 BEF) te vermeerderen met de verwijlintresten sedert 21.08.1995 en de gerechtelijke intresten vanaf dagvaarding.

Met betrekking tot de veroordeling tot betaling van de kosten aan "eiseressen" gedragen zij zich naar de wijsheid van het Hof.

Ten gronde verwijzen zij naar het Litouwse rapport, ondertekend door de chauffeur en naar de uitdrukkelijke aansprakelijkheidserkenning door appellante in haar brief d.d. 29.01.1996. Geïntimeerden bepleiten een stringente interpretatie bij de bewijslevering van het bestaan van een ontheffingsgrond in de zin van art. 17 lid 2 CMR-verdrag; bij die bewijslevering kan de vervoerder niet volstaan met het bewijs van een redelijke zorg in zijn hoofde.

***Beoordeling door het hof***

(...)

Overwegende dat de eerste rechter op goede gronden heeft geoordeeld dat de vervoerder de zijn aansprakelijkheid ontheffende omstandigheid, zijnde de oorzaak van de brand, niet naar genoege van recht bewijst, en dat de vervoerder zelf die bewijsvoering minstens heeft bemoeilijkt door niet op het ogenblik van het ongeval dadelijk de passende maatregelen te hebben genomen ter organisatie van een tegensprekelijke expertise;

Overwegende dat het Hof de redengeving van de eerste rechter onderschrijft, inzoverre ze niet wordt tegengesproken door volgende motieven;

Overwegende dat appellante thans, zoals reeds gezegd, steun zoekt in het arrest van het Hof van Antwerpen d.d. 10.01.2000;

dat dat evenwel niet ter zake dienend is nu uit de lezing van dat arrest blijkt dat in die casus omtrent de externe omstandigheid die tot het verlies aanleiding heeft gegeven en waarvan het bestaan diende bewezen duidelijk wordt gesteld: "beide deskundigen zijn overtuigd van brandstichting door derden ... zonder dat in concreto de vernieling door brand kon worden voorkomen";

dat aldus wel duidelijk de externe oorzaak van de brand wordt aangegeven en in concreto haar onvoorzienbaarheid wat de rechter in eerste aanleg en in beroep dan ook terecht toeliet te oordelen dat dit een omstandigheid was die de vervoerder niet kon vermijden en waarvan hij de gevolgen niet kon voorzien zodat hij kon besluiten tot ontheffing van aansprakelijkheid voorzien bij artikel 17 lid 2 CMR;

Overwegende dat in het aan dit Hof thans voorgelegd geval een dergelijke externe omstandigheid evenwel niet aannemelijk wordt gemaakt;

dat, in strijd met wat appellante voorhoudt, absoluut niet vastgesteld wordt dat als enige mogelijke oorzaak voor de brand in de aanhangwagen menselijk ingrijpen van buitenuit in aanmerking komt, nu het Litouwse verslag, opgesteld onmiddellijk na het schadegeval, in aanwezigheid van de mede-ondertekenende chauffeur, dan toch minstens veronderstelt, zoniet vaststelt "elektrische installatie niet in orde – kortsluiting", wat eerder verwijst naar een gebrek in het voertuig;

dat die veronderstelling in generlei zin wordt tegengesproken door de chauffeur die, waar hij volgens het document daartoe de mogelijkheid had, daaromtrent geen enkele opmerking formuleert; en nu het TNO-verslag, eenzijdig opgesteld enkele weken later zonder dat daarbij kon beschikt worden over de door de brand aangetaste goederen, de brandhaard situeert in de lading van een verzegelde aanhangwagen met aluminium binnen- en buitenbeplating, stelt dat geen spoor van een externe ontstekingsbron wordt gevonden;

dat het verslag er hoogstens toe leidt aan te nemen dat het onderzoeksbureau de oorzaak van de brand niet heeft kunnen vaststellen;

Overwegende dat uit al het voorgaande, inbegrepen de niet tegensprekelijk vastgestelde beweringen van de chauffeur, niet naar genoege van recht kan afgeleid worden dat de vervoerder het bewijs levert dat alle voorzorgsmaatregelen werden genomen en dat onvermijdbare en onvoorzienbare oorzaken aan de basis liggen van de brand;

dat derhalve het vonnis ten gronde dient bevestigd te worden;

Overwegende dat er tussen partijen geen cijfermatige betwisting bestaat om de schadevergoeding te beperken tot het bedrag van 6.184,65 euro (249.488 BEF), zoals oorspronkelijk gevorderd;

dat op dat bedrag de intresten aan 5% vanaf 01.09.1995 tot de dag der betaling kunnen worden toegekend;

(...)

OPDRACHT VAN DE CURATOR
MISSION DU CURATEUR

**HOF VAN CASSATIE (1° KAMER) 24 OKTOBER 2002**

A.R.: gevoegde zaken C000476N en C.00.0477.N
Zet.: de h. I. Verougstraete, voorzitter, mw. G. Bourgeois, de h. Gh. Londers, E. Dirix en E. Stassijns, raadsheren
O. M.: de h. G. Dubrulle, advocaat-generaal
Adv.: Mr. L. Simont, L. De Gryse en H. Geinger

I. FAILLISSEMENT – CURATOR – OPDRACHT – SCHADE TEN GEVOLGE VAN EEN FOUT WAARDOOR HET PASSIEF VAN HET FAILLISSEMENT WORDT VERHOOGD OF HET ACTIEF WORDT VERMINDERD – SCHADE DOOR DE FOUT VAN EEN DERDE

I. FAILLITE – CURATEUR – MISSION – DOMMAGES RÉSULTANT D'UNE FAUTE AYANT POUR EFFET D'AUGMENTER LE PASSIF OU DE DIMINUER L'ACTIF – DOMMAGES RÉSULTANT DE LA FAUTE D'UN TIERS

*Wanneer de curator namens de boedel in rechte optreedt, oefent hij de gemeenschappelijke rechten van de schuldeisers uit.*

*Die gemeenschappelijke rechten van de schuldeisers zijn de rechten die voortvloeien uit de schade ten gevolge van de fout van wie ook, waardoor het passief van het faillissement wordt vermeerderd of het actief wordt verminderd. Een dergelijke schade kan ook ontstaan wanneer door de fout van een derde, het actief dat ter beschikking moest staan van de schuldeisers niet effectief voorhanden is in de boedel. Hierdoor wordt afbreuk gedaan aan het rechtmatig vertrouwen van de schuldeisers nopens de omvang van hun verhaalsrechten op het vermogen van de gefailleerde.*

*Quand le curateur représente légalement la masse, il exerce les droits communs des créanciers.*

*Ces droits communs des créanciers sont les droits qui découlent du préjudice résultant de la faute de quiconque, ayant pour effet que le passif de la faillite est augmenté ou que l'actif est diminué. Un tel préjudice peut également survenir quand, par la faute d'un tiers, l'actif qui devait être mis à la disposition des créanciers, ne figure plus effectivement dans la masse. Cela constitue une violation de la légitime confiance des créanciers quant à la portée des droits qu'ils peuvent faire valoir sur le patrimoine du failli.*

II. VENNOOTSCHAP – KAPITAALVERHOGING – GEVEINSD KARAKTER – NOTARISKOSTEN – TE VERGOEDEN SCHADE

II. SOCIÉTÉ – AUGMENTATION DU CAPITAL – CARACTÈRE FICTIF – FRAIS DE NOTAIRE – DOMMAGES INDEMNISABLES

*De notariskosten met betrekking tot het opstellen van vals gebleken akten van kapitaalsverhoging vormen een vergoedbare schade nu zij alsdusdanig van generlei waarde zijn en de ervoor gemaakte kosten nutteloos zijn geweest.*

*Les frais de notaire en rapport avec la constitution d'actes d'augmentation du capital ayant été constatés faux constituent un préjudice indemnisable, étant entendu qu'il est clair qu'ils sont de valeur nulle et que les coûts qui en ont résulté étaient inutiles.*

(N.V. BANK BRUSSEL LAMBERT en D.J. t. D.E., B.S., V.C., qq. faillissement NV Panowag en faillissement NV Panorob)

(...)

***III. Feiten***

De appèlrechters hebben de feiten als volgt samengevat

A. Bij overeenkomst van 8 juli 1983, waarvan met bijvoegsel van 15 september 1983 in gemeen akkoord de uitvoering wordt uitgesteld tot 3 oktober 1983, worden door zekere H.D., zich sterk makend voor alle andere aandeelhouders, alle aandelen van de NV Home Development (NV H.D.M.) verkocht aan de NV Panowag tegen de prijs van 3 miljoen frank.

Op dezelfde datum van 8 juli 1983 draagt H. D. zijn lopende rekening bij de NV H.D.M. over aan J. D. Deze lopende rekening bedraagt volgens het akkoord 36.824.352 BEF in nadeel van de NV H.D.M. Enige vergoeding voor de overdracht wordt niet bepaald. Uit de verklaring van H. D. van 29 januari 1985 in het strafdossier blijkt dat er desbetreffend ook niets is betaald geworden door J. D.

Op 3 oktober 1983 wordt een 'tweede bijvoegsel' bij de overeenkomst van 8 juli 1983 opgemaakt, waarbij het volgende bedongen wordt:

'De heer J.D. verbindt er zich toe deze overgedragen lopende rekening niet op te vragen zolang de financiële situatie van de vennootschap H.D.M. het niet toelaat'.

Uit de voorgelegde stukken en uit de verklaringen neergelegd in het strafdossier, meer bepaald deze van Y. G., directeur van de NV BBL, zetel Kortrijk-Roeselare, afgelegd op 21 maart 1985, blijkt dat de NV BBL zonder geschrift en zonder waarborgen een lening van 33,5 miljoen frank heeft toegestaan aan de NV H.D.M. (NV Panorob). Desbetreffend zij aangestipt wat Y. G. in voormelde ver-

klaring bevestigt:

'Gezien de aard van het gevraagd krediet, namelijk omzetting van schuldvordering in kapitaal en het kortstondig karakter van het krediet en tenslotte het vertrouwen in zaakvoerder D. werd het krediet zonder schriftelijke overeenkomst toegestaan, in gemeenschappelijk akkoord tussen kredietnemer en kredietgever'.

Uit de desbetreffend door de curatoren voorgelegde rekeninguittreksels blijkt verder het volgende:

- onder vermelding van 'loketcheques' onder valuta van 4 oktober 1983 wordt 33.500.000 BEF afgetrokken van bankrekening 385-0451241-60; deze rekening op naam van de NV H.D.M. is totaal nieuw en staat hiermee op datum van 5 oktober 1983 voor 33.500.000 BEF negatief; hiermee betaalt de NV H.D.M. de lopende rekening van J. D. (overgenomen van H. D.);
- op naam van J. D. worden twee stortingen verricht, namelijk ad 5.000.000 BEF op rekening 385-0451237-56 ten nadele van NV H.D.M. 'kapitaalsverhoging' en ad 28.500.000 BEF op rekening 385-0451238-57 ten nadele van NV Panowag 'kapitaalsverhoging'; beide rekeninguittreksels respectievelijk bijlagen vermelden valuta 3 oktober 1983 en als datum creditering (datum rekeninguittreksel ?) 30 september 1983.

Met notariële akten van 3 oktober 1983 wordt het maatschappelijk kapitaal van de NV Panorob (voordien NV Home Development H.D.M.) verhoogd met 5 miljoen frank en dit van de NV Panowag met 28,5 miljoen BEF en telkenmale genoteerd als inbreng door speciën. Hiertoe zijn de rekeninguittreksels voormeld met respectievelijk 5 en 28,65 miljoen BEF voorgelegd aan de instrumenterende notaris.

Zoals blijkt uit de door de curatele verder voorgelegde rekeninguittreksels is er met valuta 3 oktober 1993 28.500.000 BEF gedebiteerd van de rekening op naam van de NV Panowag ten voordele van de NV H.D.M. op haar rekening 385-0451241-60 en met zelfde valutadatum 5.000.000 BEF gedebiteerd van de rekening 385-0451237-56 ten voordele van rekening 385-0451241-60 (beide op naam van de NV Home Development Panorob). Hiermee is het 'aanvankelijk' negatief saldo van 33,5 miljoen BEF gesaldeerd. Er zij aangestipt dat de valutadatum voor deze 'terugstortingen' ad 5 en 28,5 miljoen BEF 5 oktober 1983 is.

Uit de verklaringen in het strafdossier blijkt dat er bij voormelde 'transacties' geen sprake is geweest van enig geld in speciën; meer nog, het geld is als dusdanig nooit effectief beschikbaar geweest (zie onder meer verklaringen van I. V. van 26 februari 1985 en Y. G. van 21 maart 1985 die de afwezigheid van contant geld en de onbeschikbaarheid van het geld bevestigen; E. D. van 18 februari 1985 bevestigt de afwezigheid van contant geld).

B. Op 1 juni 1984 worden zowel de NV Panowag als de NV Panorob (NV Home Development) in staat van faillissement verklaard door de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk.

C. Bij arrest van het Hof van Beroep te Gent van 11 september 1989, waartegen het cassatieberoep is afgewezen bij arrest van 16 april 1991, zijn J. D., P. V. en Y. G. veroordeeld om als daders met bedrieglijk opzet of met het oogmerk te schaden valsheid te hebben gepleegd onder meer door met het oogmerk een kapitaalsverhoging voor te wenden, hoewel in werkelijkheid het kapitaal niet werd verhoogd bij de NV Panowag respectievelijk bij de NV Panorob, fictieve stukken opgemaakt te hebben, zijnde te Kortrijk de beide notariële akten van 3 oktober 1983 houdende respectieve verslagen van de buitengewone algemene vergaderingen van de voormelde vennootschappen, waarbij het maatschappelijk kapitaal wordt verhoogd met respectievelijk 28,5 miljoen BEF en 5 miljoen BEF.

In hoofde van J. D. en P. V. is bovendien de tenlastelegging van het gebruik van de valse akten weerhouden.

Aan de curatele werd een provisie van 1 BEF toegekend lastens J. D., P. V. en Y. G. die tot betaling ervan solidair zijn veroordeeld.

### *IV. Middel*

### A. In de zaak C.00.0476.N

*Aangevochten beslissingen.*

Het bestreden arrest verklaart het hoger beroep van eiseres ongegrond, de vordering van de verweerders ontvankelijk en gegrond en veroordeelt eiseres, in solidum met de in gemeen en bindendverklaring opgeroepen partijen tot betaling aan de verweerders in hun hoedanigheid van curatoren over het faillissement van de NV Panorob en over het faillissement van de NV Panowag, van het bedrag van 5.000.000 BEF, meer intrest en 85.000 BEF meer intrest respectievelijk van het bedrag van 28.500.000 BEF meer intresten en 345.000 BEF meer intrest. Het bestreden arrest besluit hiertoe na te hebben aangenomen dat de curatoren over de vereiste hoedanigheid en belang beschikten om hun vordering tot schadevergoeding in te stellen, enerzijds, en na te hebben aangenomen dat de schade aan het actief van de failliete boedels in oorzakelijk verband stond met de valse kapitaalsverhogingen en bestond in het feit dat het actief niet met de beweerdelijk ingebrachte geldsommen werd vermeerderd en in de nutteloze notariskosten, anderzijds. Het bestreden arrest motiveert zijn beslissing tot ontvankelijkheid en gegrondheid van de vorderingen van de verweerders als volgt:

I.

(...)

B. Hoedanigheid van de curatoren, verweerders q.q.

De curatoren vorderen schadevergoeding voor de vermindering van het actief ten gevolge van onrechtmatige daad. Zij eindigen de respectieve dagvaardingen met de overweging dat 'het actief van het faillissement aldus werd verminderd met ....'. Tot dergelijke vordering beschikken zij als curatoren stellig over het nodige belang respectievelijk hoedanigheid.

De curator beschikt hoe dan ook over de nodige hoedanigheid om schadevergoeding te benaarstigen voor elke fout die het actief heeft aangetast.

Of op het ogenblik van de gelaakte daad het passief hoger of lager is dan het actief, is totaal irrelevant.

De overwegingen vanwege de NV BBL dat de curator slechts ingeval van vermindering van het netto-actief over een vorderingsrecht zou kunnen beschikken, zijn totaal naast de kwestie.

(arrest, p. 10-11, sub B)

II.

(...)

B.c. De curatoren kunnen in hun hoedanigheid van curatoren van de respectieve faillissementen NV Panowag en NV Panorob aanspraak maken op vergoeding van de schade die de voormelde fout heeft veroorzaakt, met name in zoverre hierdoor het actief is verminderd.

Mocht er bij de kapitaalsverhogingen een effectieve geldinbreng zijn geweest van respectievelijk 28,5 miljoen BEF en 5 miljoen BEF en bijgevolg niet zijn overgegaan tot het door de strafrechter gesanctioneerde systeem van kortstondig krediet en onwezenlijk snel op mekaar volgende betalingen c.q. compensaties waarbij het geld zoals bedoeld door J. D. en P. V.- nooit op een werkelijke wijze is binnengebracht in de vennootschappen, zou er in het actief ook effectief 28,5 miljoen BEF respectievelijk 5 miljoen BEF meer aanwezig zijn geweest.

Zonder de valsheid zou immers het bij de kapitaalsverhoging theoretisch verhoogde eigen vermogen ook daadwerkelijk hebben beantwoord aan een met 28,5 miljoen BEF respectievelijk 5 miljoen BEF verhoogd actief.

Het oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige daad en de schade die gelijk is aan de bedragen waaromtrent er geen effectieve geldinbreng is geweest, staat bijgevolg vast.

1. Wat de NV Panowag betreft:

28,5 miljoen BEF zou daadwerkelijk zijn binnen gekomen in de middelen zonder de stratagème van de hierboven onwezenlijk snel op mekaar volgende betalingen en compensaties, precies uitgevoerd met de bedoeling nooit 28,5 miljoen BEF effectief in geld bij de activa van de NV Panowag te voegen.

Het verweer van de respectieve verweerders dat de lening van 28,5 miljoen BEF door de NV Panowag aan de NV Panorob door de laatstgenoemde is terugbetaald door leveringen, is irrelevant. Immers: mocht, ingeval van effectieve geldinbreng van 28,5 miljoen BEF, de NV Panowag – bij hypothese – daarop 28,5 miljoen BEF hebben uitgeleend aan de NV Panorob (om de NV Panorob in staat te stellen de rekening-courant van J. D. terug te betalen), zou – bij hypothese – de NV Panorob die hebben terugbetaald met leveranciers, waarbij per slot van alle rekeningen er effectief ook 28,5 miljoen BEF meer zou aanwezig zijn geweest in de activa van de NV Panowag dan thans. Door de valsheid is er effectief geen frank binnengebracht bij de NV Panowag en heeft de NV Panowag, om 28,5 miljoen BEF uit te lenen aan de NV Panorob, dienen te putten uit eigen middelen die door de gelaakte kapitaalsverhoging identiek zijn gebleven en geenszins zijn verhoogd.

De opmerking vanwege J. D. dat hij hiermee nogmaals 28,5 miljoen BEF dient te betalen, is niet ernstig.

J. D. heeft de inbreng van zijn waardeloze schuldvordering willen vermommen als een effectieve geldinbreng.

Hij vergeet te vermelden dat hij de rekening-courant van H. D. overgenomen heeft voor 0 BEF. Het vermogen van de NV H.D.M. (Panorob) was immers negatief en de NV H.D.M. kon de rekening-courant niet terugbetalen.

2. Wat de NV Panorob betreft:

5 miljoen BEF zou daadwerkelijk zijn binnen gekomen in de middelen zonder de stratagème van de hierboven onwezenlijk snel op mekaar volgende betalingen en compensaties, precies verricht met de bedoeling nooit 5 miljoen BEF effectief in geld bij de activa van de NV Panorob te voegen.

Het verweer van appellanten dat, indien – zoals in casu – er wordt aangenomen dat er geen effectieve geldinbreng is geweest er in feite toch een inbreng van een schuldvordering is verricht, met name voor 5 miljoen BEF vordering tegenover de vennootschap waarin werd ingebracht, zodat er geen schade zou zijn, kan niet gevolgd worden.

Immers, wat als onrechtmatige daad wordt aangezien, is het met bedrieglijk opzet voorwenden van een effectieve geldinbreng, bijgevolg het voorwenden van een daadwerkelijk binnenbrengen van speciën in de vennootschap, terwijl het nooit de bedoeling was de geldmiddelen ook maar met één frank daadwerkelijk te verhogen en er daadwerkelijk ook nooit één frank is binnengebracht. De schade voor het actief is dan ook gelijk aan het bedrag van speciën dat valselijk voorgewend werd als dusdanig ingebracht te zijn.

(arrest, p. 14-17, sub B.)

C. a. De NV B.B.L. was geen partij in de strafprocedure. De vaststellingen dat haar directeur medebeklaagde was, dat een kaderlid de openbare terechtzittingen in de strafprocedure heeft gevolgd en dat bepaalde raadslieden van de NV B.B.L. eveneens raadslieden waren van haar directeur, brengen niet met zich mee dat de NV B.B.L. geacht dient te worden geen derde te zijn geweest en gebleven in de strafprocedure.

Met toepassing van artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens dient aan haar de mogelijkheid te worden gegeven de conclusies en vaststellingen van de strafrechter te weerleggen.

In deze weerlegging slaagt de NV B.B.L. evenwel niet. Integendeel. Het hof dient evenzeer ten aanzien van de NV B.B.L. te besluiten dat de hiervoren omschreven strategie bestaande uit het in ijltempo opzetten van een lening (door de NV B.B.L. aan de NV H.D.M. (NV Panorob)), de uitbetaling van de rekening-courant (door de NV H.D.M. aan J. D.), de storting op rekeningen ten behoeve van de kapitaalsverhoging, de lening van de NV Panowag aan de NV Panorob en uiteindelijk de terugbetaling van de lening door de NV Panorob aan de NV B.B.L. geleid heeft tot de afwezigheid van een werkelijke inbreng, zodat de notariële akten van 3 oktober 1983 die een kapitaalsverhoging vermeldden door effectieve geldinbreng inhoudelijk fictief en derhalve vals waren. Er zij in dit verband vastgesteld dat er op de rekening van de NV H.D.M., niettegenstaande alle voormelde betalingen en stortingen, er voor 33,5 miljoen BEF slechts één dag verschil is in valutadatum van negatief naar saldering.

Een en ander is gebeurd met bedrieglijk inzicht met name

om de wettelijk dwingend opgelegde verplichting van bedrijfsrevisoraal verslag bij inbreng in natura – waaronder de inbreng van een schuldvordering ook valt – te ontduiken en om – minstens waar het de NV Panowag betreft – gebruik te maken van de voordelen van de 'wet Cooremans-Declercq'.

(...)

Aldus staat de fout vast. Aan de totstandkoming met bedrieglijk opzet van de valsheid van de notariële akte van 3 oktober 1983 heeft Y. G. meegewerkt zowel in haar conceptie als in de concrete uitwerking in de strategie daartoe.

(...)

Aldus zijn de voorwaarden voor toepassing van artikel 1384, alinea 3, van het Burgerlijk Wetboek vervuld en dient de NV B.B.L. als aansteller in te staan voor de schade veroorzaakt door de onrechtmatige daad van haar aangestelde.

b. Waar de fout van Y. G. en het principe van gehoudenheid van de NV B.B.L. voor de schade die daardoor is veroorzaakt vaststaan, dient het oorzakelijk verband met de schade zoals gevorderd door de curatoren te worden onderzocht.

Als aansteller van diegene die onmisbare hulp voor de totstandkoming van de valsheid heeft verleend, is de NV B.B.L. voor dezelfde schadebedragen gehouden als J. D. en P. V.. Immers, de onrechtmatige daad die Y. G. heeft gepleegd, is het verlenen van onmisbare hulp bij het (met) bedrieglijk opzet voorwenden van een effectieve geldinbreng, bijgevolg het voorwenden van een daadwerkelijk binnenbrengen van speciën in de vennootschappen, terwijl het nooit de bedoeling was geldmiddelen ook maar met één BEF daadwerkelijk te verhogen. De schade voor het actief is dan ook gelijk aan het bedrag van speciën dat valselijk voorgewend werd daadwerkelijk ingebracht te zijn.

Hiertoe zij er verder verwezen naar wat hierboven is overwogen onder punt B.c. met betrekking tot J. D. en P. V..

De eerste rechter heeft dan ook terecht de NV B.B.L. samen met J. D. en P. V. in solidum veroordeeld tot de respectieve bedragen en intresten aan de curatoren in hun respectieve hoedanigheid.

(arrest, p. 17-20, sub c.)

D. a. De uitbreiding van de vordering vanwege de curatoren dient te worden ingewilligd onder voorbehoud van wat volgt.

De notariskosten voor de kapitaalsverhogingen bedragen voor de NV Panowag 351.640 BEF en voor de NV Panorob 91.450 BEF, zijn voor de vennootschappen verloren uitgaven ten gevolge van de valsheid van de respectieve akten. Ten aanzien van J. D. en P. V. staat een en ander reeds vast krachtens het gezag van gewijsde van het arrest van 11 september 1989.

Ten aanzien van de NV B.B.L. zij er overwogen dat de notariële akten 'normaal' tot doel hadden een effectieve verhoging van de activa via een vermeerdering van de geldmiddelen ad 28,5 miljoen BEF respectievelijk 5 miljoen BEF te bevestigen. Waar deze akten ter zake van dergelijke effectieve inbreng van geld vals blijken te zijn, zijn zij als dusdanig van generlei waarde en zijn de ervoor gemaakte kosten nutteloos geweest.

Uit het attest van notaris B. van 23 september 1996 (stuk nr. 14, dossier curatele) blijkt niet dat de 6.450 BEF als saldo kosten kapitaalsverhoging voor de NV Panorob zouden zijn betaald; er staat geen enkele datum vermeld.

Het gevorderde bedrag van 91.450 BEF dient bijgevolg verminderd te worden tot 85.000 BEF. Anderzijds blijkt het saldo voor de kosten van kapitaalsverhoging voor de NV Panowag ad 6.640 BEF slechts betaald te zijn op 10 februari 1984, zodat slechts vanaf die datum op dit saldo intrest kan worden gevorderd.

(arrest, p. 20-21, sub D).

*Grieven*

1. Eerste onderdeel.

Uit de artikelen 444, 445, 446, 447, 448, 477, 479, 487 en 528 van de Faillissementswet van 18 april 1851 (de artikelen 16,17,18,19, 20, 49, 51, 57 en 99 van de nieuwe Faillissementswet van 8 augustus 1997) blijkt dat de algemene opdracht van de curator erin bestaat de activa van de gefailleerde te gelde te maken en het opgebrachte geld te verdelen. De curator, wanneer hij namens de boedel in rechte optreedt, oefent de gemeenschappelijke rechten van alle schuldeisers uit.

De gemeenschappelijke rechten van alle schuldeisers hebben betrekking op de goederen die overeenkomstig de artikelen 7, 8, 9,12, 13 en 14 van de Hypotheekwet van 16 december 1851 het gemeenschappelijk onderpand van alle schuldeisers vormen. Deze boedel van goederen en rechten lijdt schade (collectief nadeel) wanneer het passief van het faillissement vermeerderd of het actief ervan verminderd wordt.

De curator kan bijgevolg slechts een ontvankelijke en gegronde vordering tot schadevergoeding instellen indien het actief van het faillissement is verminderd of het passief ervan is vermeerderd. Een enkele niet-vermeerdering van het actief volstaat hiertoe niet nu dit geen collectieve schade uitmaakt die krachtens de artikelen 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek vergoedbaar is.

Het bestreden arrest gaat bij de beoordeling van de hoedanigheid en het belang van de curatoren er principieel van uit dat de curatoren schadevergoeding kunnen vragen in zoverre het actief van de failliete boedels is verminderd. Het stelt bij de concrete beoordeling van de schadelijke gevolgen van de vals bevonden kapitaalsverhogingen echter geen vermindering van het actief noch een verhoging van het passief vast, doch wel een niet-verhoging van het actief. Het arrest stelt immers dat 'mocht er bij de kapitaalsverhogingen een effectieve geldinbreng zijn geweest van respectievelijk 28,5 miljoen BEF en 5 miljoen BEF er in het actief ook effectief 28,5 miljoen BEF respectievelijk 5 miljoen BEF méér aanwezig zou zijn geweest' en dat 'zonder de valsheid het bij de kapitaalsverhoging theoretisch verhoogde eigen vermogen ook daadwerkelijk zou hebben beantwoord aan een met 28,5 mil-

joen BEF respectievelijk 5 miljoen BEF verhoogd actief (p.15, sub c, tweede alinea) en dat 'door de valsheid er effectief geen frank is binnengebracht bij de NV Panowag (wiens eigen middelen) identiek zijn gebleven en geenszins zijn verhoogd' (p. 16, sub 1, tweede alinea, laatste zin) (zie ook p. 20, tweede alinea). Het arrest bepaalt deze schade aan het actief op het bedrag in speciën dat volgens de vals bevonden akten van kapitaalsverhoging in de vennootschappen zou zijn ingebracht (p. 16, eerste alinea) en p. 17, tweede alinea en p. 20, eerste alinea, laatste zin).

Het bestreden arrest besluit bijgevolg met miskenning van het begrip van het collectief nadeel als vergoedbare schade (vervat in de artikelen 7 tot en met 9,12 tot en met 14 Hypotheek en 1382,1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek) tot de gegrondheid van de vorderingen van de verweerders in zoverre strekkende tot veroordeling van eiseres in haar hoedanigheid van aansteller van de bankdirecteur te Kortrijk (artikel 1384, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek) tot betaling van de in de akten van kapitaalsverhoging als ingebrachte speciën vermelde bedragen op grond van de enkele vaststelling van niet-vermeerdering van het actief van de failliete vennootschappen ten belope van de bedragen die volgens de vals bevonden akten zouden zijn ingebracht, zonder bijkomende vaststelling van een verhoging van enig passief-element of vermindering van enig actiefelement (schending van de artikelen 1382, 1383, 1384, lid 3, van het Burgerlijk Wetboek en van de artikelen 7, 8, 9, 12, 13 en 14 van de Hypotheekwet van 16 december 1851). Het bestreden arrest besluit ook met miskenning van de wettelijke opdracht van de curator (vervat in de artikelen 444 tot en met 448, 477, 479, 487 en 528 oude Faillissementswet, 16 tot en met 20, 49, 51, 57 en 99 nieuwe Faillissementswet) en van de wettelijke vereiste van hoedanigheid en belang (vervat in de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek) tot de ontvankelijkheid van de vorderingen van de verweerders na als schade de enkele niet-vermeerdering van het actief te hebben vastgesteld (schending van de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek en van de artikelen 444, 445, 446, 477, 448, 477, 479, 487 en 582 van de Faillissementswet van 18 april 1851 en voor zoveel als nodig van de artikelen 16, 17, 18, 19, 20, 49, 51, 57 en 99 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997).

(...)

5. Vijfde onderdeel.

D., eerste in gemeen- en bindendverklaring opgeroepen partij, betwist in zijn synthesebesluiten (op p.13) de door de verweerders aangevoerde schade bestaande uit de bedragen van de fictief bevonden kapitaalsverhogingen en heeft hieromtrent onder meer aangevoerd dat de strafrechter de notariskosten als enige vergoedbare schadepost in aanmerking nam (p. 13, tweede alinea) en dat de vordering van de curatoren in zoverre strekkende tot de betaling van de in de akten van kapitaalsverhoging vermelde bedragen van 28.500.000 en 5.000.000 F in strijd was met het gezag van gewijsde van de beslissing van de strafrechter (p. 13, derde alinea).

Hij had daaraan toegevoegd dat indien de schade erin zou bestaan dat de kapitaalsverhoging moet worden volstort, de kosten voor het verlijden van de akten van kapitaalsverhogingen niet nutteloos zouden geweest zijn en geen schadepost zou vormen (p. 13, derde alinea, laatste zin).

Het bestreden arrest antwoordt op geen enkele wijze op dit regelmatig voorgedragen verweermiddel van de eerste in gemeen- en bindendverklaring opgeroepen partij en is derhalve niet regelmatig gemotiveerd (schending van artikel 149 van de gecoördineerde Grondwet).

**B. In de zaak C.00.0477.N**

(...)

***V. Beslissing van het Hof***

**A. In de zaak C.00.0476.N**

1. Eerste onderdeel

Overwegende dat het bestreden arrest, bij de beoordeling van de hoedanigheid en het belang van de verweerders, besluit tot de ontvankelijkheid van hun vorderingen, niet, zoals het onderdeel aanvoert, na als schade de enkele niet-vermeerdering van het actief te hebben vastgesteld, doch op grond dat zij over het nodige belang en de nodige hoedanigheid beschikken om een vordering in te stellen, gesteund op de vermelding in hun dagvaardingen dat 'het actief van het faillissement aldus werd verminderd met ....' en de reden dat ze hoe dan ook (daarover beschikken) om schadevergoeding te benaarstigen voor elke fout die het actief heeft aangetast;

Dat het onderdeel in zoverre berust op een onjuiste lezing van het arrest, mitsdien feitelijke grondslag mist;

Overwegende dat de algemene opdracht van de curator erin bestaat de activa van de gefailleerde te gelde te maken en het provenu te verdelen;

Dat, wanneer de curator namens de boedel in rechte optreedt, hij de gemeenschappelijke rechten van de schuldeisers uitoefent;

Dat gemeenschappelijke rechten van de schuldeisers de rechten zijn die voortvloeien uit de schade ten gevolge van de fout van wie ook, waardoor het passief van het faillissement wordt vermeerderd of het actief wordt verminderd;

Dat een dergelijke schade ook kan ontstaan wanneer door de fout van een derde, het actief dat ter beschikking moest staan van de schuldeisers niet effectief voorhanden is in de boedel;

Dat hierdoor afbreuk wordt gedaan aan het rechtmatig vertrouwen van de schuldeisers nopens de omvang van hun verhaalsrechten op het vermogen van de failliet;

Dat de curator rechtens bevoegd is om voor de vergoeding van die schade op te komen;

Overwegende dat de appèlrechters, wat de gegrondheid van de vorderingen van de verweerders betreft, vaststellen dat door het plegen van strafbare feiten een kapitaalsverhoging door inbreng in geld is voorgewend, terwijl er in werkelijkheid geen kapitaalsverhoging is gerealiseerd; dat zij oordelen dat zonder deze fout in het actief effectief 28,5 miljoen BEF respectievelijk 5 miljoen BEF meer aanwezig (zou) zijn geweest derwijze dat hierdoor de schade van de boedel gelijk is aan het bedrag aan speciën dat val-

selijk voorgewend werd als dusdanig ingebracht te zijn zodat de verweerders gerechtigd zijn om hiervoor schadevergoeding te vorderen;

Dat de appèlrechters door aldus te oordelen hun beslissing naar recht verantwoorden;

Dat het onderdeel in zoverre niet kan worden aangenomen;

(...)

5. Vijfde onderdeel Overwegende dat het onderdeel in zoverre het ervan uitgaat dat de appèlrechters de eiseres en de beide in gemeen- en bindendverklaring opgeroepen partijen veroordelen tot de volstorting van de kapitaalsverhoging, berust op een onjuiste lezing van het arrest;

Overwegende verder dat de appèlrechters de vergoeding van de schade ten gevolge van het geveinsd karakter van de kapitaalsverhogingen steunen op de in het eerste onderdeel vergeefs aangevochten redengeving;

dat zij de notariskosten met betrekking tot het opstellen van de akten van kapitaalsverhoging als vergoedbare schade aanmerken om reden dat waar deze akten ter zake van dergelijke effectieve inbreng van geld vals blijken te zijn, zij alsdusdanig van generlei waarde (zijn) en de ervoor gemaakte kosten nutteloos (zijn) geweest;

Dat zij aldus hun beslissing met redenen omkleden en het bedoelde verweer verwerpen en beantwoorden;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

6. (...)

**B. In de zaak C.00.0477.N**

Overwegende dat om de redenen vermeld in het antwoord op de voorziening C.00.0476.N het cassatieberoep en vordering tot bindendverklaring moeten worden verworpen;

OM DIE REDENEN, HET HOF,

Voegt de zaken C.00.0476.N en C.00.0477.N samen;

Verwerpt de voorzieningen en de vorderingen tot bindendverklaring;

[...]

***Conclusie van het Openbaar Ministerie***

1. Het arrest veroordeelt eiseres, in solidum met de twee in gemeen- en bindendverklaring van het tussen te komen arrest opgeroepen partijen, waaronder de eerste, aangestelde van eiseres en tevens eiser in de zaak A.R. nr. C.00.0477.N, dhr. J. D.W., tot betaling van 28.500.000 fr., resp. 5.000.000. fr., aan de verweerders, curatoren van de faillissementen van de N.V.'s Panowag en Panorob, als vergoeding van de schade van die failliete boedels wegens vals verklaarde kapitaalsverhogingen in deze vennootschappen, zoals blijkt uit strafrechtelijke veroordelingen.

De voorzieningen in de zaken A.R. nrs. C.00.0476.N en C.00.0477.N zijn gericht tegen hetzelfde arrest, dat de eisers jegens dezelfde verweerders qq. veroordeelt en zijn op wezenlijk hetzelfde middel d.i. behoudens een eigenheid wat het derde en het vijfde onderdeel betreft – gegrond, zodat ze dienen te worden samengevoegd.

Het eerste onderdeel van het ENIG cassatiemiddel gaat er (telkens) van uit dat de niet-verhoging van het actief het motief is om de vordering van de curatoren zowel gegrond als ontvankelijk te verklaren: bij het ontvangen ervan zouden aldus hun wettelijke opdracht, hoedanigheid en belang miskend zijn en, ten gronde, werd aldus het begrip collectief nadeel miskend.

2. Bij deze beoordeling besluit het arrest tot de ontvankelijkheid van de vorderingen, echter niet, zoals het onderdeel aanvoert, na als schade de enkele niet-vermeerdering van het actief te hebben vastgesteld, doch op grond dat verweerders over het nodige belang, resp. de nodige hoedanigheid beschikken om een vordering in te stellen, gesteund op de vermelding in hun dagvaardingen dat 'het actief van het faillissement aldus werd verminderd met ...' en de reden dat ze hoe dan ook (daarover beschikken) om schadevergoeding te benaarstigen voor elke fout die het actief heeft aangetast.

Het onderdeel lijkt me dus, in zoverre, d.i. wat die ontvankelijkheid betreft, feitelijke grondslag te missen.

3. Wat de gegrondheid van de vordering betreft werd, volgens dit onderdeel, het begrip collectief nadeel als vergoedbare schade miskend omdat eisers veroordeeld werden tot betaling van voormelde en in de akten van kapitaalsverhoging(en) in die vennootschap(pen) als ingebrachte speciën vermelde bedragen, zonder de bijkomende vaststelling van een verhoging van enig passief-element of vermindering van enig actiefelement.

Het arrest stelt namelijk vast dat het actief niet verhoogd werd. Dit is volgens het onderdeel geen wegens collectief nadeel vergoedbare schade.

Het Hof heeft, in zijn arrest van 5 december 1997[1], zijn constante en meer dan een eeuw oude rechtspraak bevestigend[2], de algemene opdracht van de curator als volgt omschreven: hij bestaat erin de activa van de gefailleerde te gelde te maken en het opgebrachte geld te verdelen; wanneer de curator namens de massa in rechte optreedt, oefent hij de gemeenschappelijke rechten van alle schuldeisers uit, maar niet hun individuele rechten, zelfs wanneer die individuele rechten zouden zijn samengevoegd; de gemeenschappelijke rechten van alle schuldeisers zijn de rechten die voortvloeien uit de schade ten gevolge van

[1] A.R. C.96.0306.N, nr. 532, met concl. A.G. SPREUTELS, in *Bull.* 1997, 1355. [Ook in *J.T.*, 1998, 231; *R.C.J.B.*, 2000, 20, noot T. BOSLY; *R.W.*, 1998-99, 817, met noot; *T.B.H.*, 1998, 523, met concl. Adv. Gen. SPREUTELS; *T.R.V.* 1998, 268, noot J. VANANROYE.]

[2] Cass., 20 juni 1968, *Bull.*,1968,1209; 8 april 1976, *ibid.*, 881; 12 februari 1981, *A.C.*,1980-81, nr. 347, met concl. A.G. DECLERCQ in *Bull*, 1981, 639 en 2 maart 1995, A.R. C.93.0094.F, nr. 127, met concl. toenmalig A.G. LIEKENDAEL, in *Bull.* 1995, 250. [Ook in: *T.B.H.*, 1995, 569, met noot; *J.L.M.B.*, 1995, 1125, noot C. PARMENTIER; *R.W.*, 1995-96, 538, met noot.

de fout van wie ook, waardoor het passief van het faillissement vermeerderd of het actief ervan verminderd wordt[3]; wegens de schade die aldus is veroorzaakt aan de massa van de goederen en rechten die het gemeenschappelijk pand van de schuldeisers vormen, is die fout de oorzaak van een 'collectief nadeel' voor die schuldeisers en krenkt ze de rechten die zij, gelet op de aard ervan, gemeen hebben.

Al deze vragen betreffende de opdracht van de curator, de aard van de gemeenschappelijke rechten van de schuldeisers en de afbakening van hun respectieve vorderingsrechten wegens collectief dan wel individueel nadeel hebben dus in deze langzaam opgebouwde rechtspraak een antwoord gevonden na een uitvoerige ontleding in de eraan voorafgaande conclusies van het openbaar ministerie.[4] Deze problemen werden ook diepgaand ontleed door de rechtsleer, hoofdzakelijk in kritische noten onder het voormelde arrest van 5 december 1997[5]. Ook al betwisten sommigen zijn monopolie dienaangaande, het komt de curator toe een vordering in rechte in te stellen tegen een derde, aansprakelijk voor een fout die een collectief nadeel heeft veroorzaakt.

Terwijl dus evenmin nog een verschil gemaakt wordt tussen vermindering van het actief en vermeerdering van het passief, is de enige vraag die thans door het onderdeel gesteld wordt of de foutieve niet-verhoging van het actief kan gelijkgesteld worden met de vermindering ervan en dus ook dat collectief nadeel kan veroorzaken en, derhalve, of dit laatste begrip door het arrest werd miskend.

4. Een bijzonder probleem dat door dit onderdeel gesteld wordt is dat het ook de beoordeling van de gegrondheid van de aanspraak van de curator aanvecht, terwijl, in de precedenten, centraal staan: het belang en de hoedanigheid van de curator om in rechte, ter uitoefening van de collectieve rechten van de schuldeisers, op te treden, dit zijn de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van zijn vordering, hoewel men er niet omheen kan dat elementen ten gronde – zoals: gaat het over een vordering wegens vermindering van actief dan wel wegens vermeerdering van passief; hebben individuele schuldeisers geen eigen schade? ontegensprekelijk de beoordeling van die ontvankelijkheid determineren. Men kan natuurlijk zeggen dat men, om te beoordelen of het de curator wel toekomt een dergelijke rechtsvordering in te stellen, daarbij eigenlijk alleen het voorwerp van de vordering onderzoekt.

Terwijl het (tweede) middel toen werd afgeleid uit de schending, behalve van de Faillissementswet en de Vennootschappenwet, van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, doch niet van de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek (die te dezen door het onderdeel wel uitdrukkelijk als geschonden werden aangewezen), heeft het arrest van 12 februari 1981[6] geoordeeld dat de individuele fout van een schuldeiser en het gevolg daarvan op zijn rechten in de massa geen beletsel kan vormen voor de ontvankelijkheid van de vordering die de curator namens de massa instelt en dat het bestreden arrest zijn beslissing tot onbevoegdverklaring (in de oorspronkelijke, Franse, tekst: déclarer sans qualité) van de curator(en) om namens de massa van schuldeisers in rechte op te treden, niet wettelijk heeft verantwoord.

Terwijl het (tweede) middel evenmin schending van de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek aanvoerde, besliste het arrest van 2 maart 1995[7] dat, door de vordering van de curator ontvankelijk te verklaren, hoewel zijn rechtsvordering geen uitvoering vormt van gemeenschappelijke rechten van alle schuldeisers, het bestreden arrest de aangewezen wetsbepalingen (houdende materieel recht) had geschonden.

Het middel dat ook, voor zover nodig, schending van artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek aanvoerde, werd door het arrest van 5 december 1997[8] op volgende gronden aangenomen: het (bestreden) arrest heeft de rechtsvordering van de curatoren ontvankelijk maar niet gegrond verklaard; die beslissing komt erop neer de rechtsvordering van de curatoren niet ontvankelijk te verklaren door hun de hoedanigheid te ontzeggen om in de zaak in rechte op te treden; (wegens de miskenning van de ook uit de precedenten overgenomen rechtsregels) heeft het bestreden arrest zijn beslissing waarbij het de vordering van de curatoren verwerpt niet naar recht verantwoord (zodat het middel gegrond is).

Uit dit alles moet worden afgeleid dat niet zozeer het onderscheid tussen ontvankelijkheid en gegrondheid van de vordering van de curator maar wel diens wettelijke opdracht en zijn daaruit afgeleid mandaat (ad litem) te dezen beslissend is en dat dit laatste zelf bepaald wordt door het voorwerp van die vordering.

Of nog: het is de rechtspositie[9] van de curator die van

---

[3] Ook de tweede kamer omschrijft het mandaat van de curator op dezelfde wijze: Cass.,19 oktober 1999, A.R. P.98.1102.N, nr. 544. [*Arr.Cass.*, 1999, 1295; *Bull.*, 1999, 1349; *T.R.V.* 2000, 457, noot J. VANANROYE]

[4] Zie de voetnoten 1 en 2.

[5] Noten van: MOURLON BEERNAERT, F., La recevabilité de l'action en responsabilité, intentée contre un tiers par le curateur d'une faillite, en réparation du préjudice collectif causé à la masse des créanciers, *T.B.H.*, 1998, 508-522, VANANROYE, J., Vorderingsrechten van curator en individuele schuldeisers voor schade aan het vermogen van de gefailleerde, *T.R.V.*, 1998, 270-284 en BOSLY, Th., Préjudice collectif ou individuel: un modèle adéquat pour délimiter les pouvoirs du curateur et des créanciers d'agir en responsabilité contre un tiers?, *R.C.J.B.*, 2000, 27-58. Zie ook: COPPENS, P. & T'KINT, F., Examen de jurisprudence (1991 à 1996), Les faillites, les concordats et les privilèges, *R.C.J.B.*,1997,180, n° 18 en 249, n° 63; VANANROYE, J., Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en handhaving, T.R.V.,1999,152-170 en CORNELIS., L., Persoonlijk: over schade en de aansprakelijkheidvordering van de curator, in Lib. Am. Yvette Merchiers, Die Keure, Brugge, 2001, 61 – 85.

[6] Zie voetnoot 2.

[7] Ibid.

[8] Zie voetnoot 1.

[9] Zie VEROUGSTRAETE, I., Knelpunten van het faillissementsrecht, in: *Actuele problemen van handels-, economisch en financieel recht* (P.U.C. W. Delva), Eds. M. STORME, S. FRÉDÉRICQ & H. SWENNEN,1986, 596-598, nrs. 37 – 39.

belang is. Hoe dan ook, de veelal theoretische beschouwingen omtrent dat onderscheid lijken me in deze zaak evenmin aan de orde omdat, zoals hoger reeds gesteld, de kritiek op het arrest, in zoverre ze de beslissing over de ontvankelijkheid betreft, feitelijke grondslag mist. Deze kritiek moet dus alleen nog beoordeeld worden in zoverre ze op het effectief toekennen van schadevergoeding aan de curatoren, qualitate qua, betrekking heeft.

5. Zodra – nadat de rechtsfiguur van de 'vertegenwoordiging' van de schuldeisers en/of van de gefailleerde, door de curator, verlaten werd aanvaard is dat de curator een wettelijk mandaat heeft, moet dat mandaat uiteraard gestalte krijgen, formeel (of processueel), door hem, op grond daarvan, toegang te verlenen tot de rechter (wat te dezen dus gebeurde, zonder dat de kritiek daarop doel treft), inhoudelijk door terug te grijpen naar de oorsprong van 's Hofs' opvatting, een soort 'retour aux sources', waaraan gelukkig ook de rechtsleer[10] niet ten onrechte mits het hierna verantwoord voorbehoud herinnert. Procureur-generaal Faider concludeerde als volgt voor Cass. 1 juni 1876[11]: La recevabilité du curateur se fonde donc ici (d.i. inzake een pauliana) à la fois sur sa qualité même, en tant qu'organe d'une masse de créanciers dont il exprime et dirige les droits, et sur la nature de la revendication spéciale qu'il exerce aux termes de dispositions législatives qui ont un objet et un but déterminés, à savoir: tous droits saufs, le patrimoine ), frauduleusement diminué, judiciairement reconstitué qui formait dans son tout un gage reconnu par la loi. Dat was de geest van de oude (toepasselijke) wet.

Dit is niet anders in de nieuwe Faillissementswet van 8 augustus 1997. De hersamenstelling van het vermogen van de gefailleerde (overeenkomstig Titel I, Hoofdstuk II,: de artikelen 16 t.e.m. 26) behoort inderdaad ook tot de wettelijke opdracht van de curator (thans omschreven in het Hoofdstuk 111, Afdeling 2: de artikelen 38 t.e.m. 61). Maar dit is niet zijn enige opdracht en dus niet de enige grondslag die hem de toegang tot de rechter biedt, zoals dat in een poging om de bevoegdheid van de curator te gronden is voorgesteld[12].

Hij moet ook onverwijld beslissen of hij de bestaande overeenkomsten die gesloten zijn met de gefailleerde al dan niet verder uitvoert (art. 46 van voormelde wet) en kan, in de wettelijke voorwaarden, door de rechtbank, o.m. op zijn verzoek, gemachtigd worden de handelsverrichtingen van de gefailleerde voort te zetten (art. 47). Hij kan ook beroep doen op diens hulp (art. 59).

Wat derhalve de invulling van het mandaat van de curator en dus meer bepaald het voorwerp van zijn vorderingsrecht betreft, namelijk de gemene schade of het collectief nadeel (de gegrondheid, volgens het onderdeel), is, in de leer van het Hof, dit begrip inderdaad ruim omschreven en moet deze leer nog getoetst worden aan een aantal concrete toestanden en betwistingen om er de juiste grenzen van te onderkennen[13]. Deze zaak biedt daartoe een uitstekende gelegenheid. En die gevestigde leer lijkt me ook hier toegepast te kunnen worden: er is ook schade veroorzaakt aan de massa van de goederen en rechten, die het gemeenschappelijk pand van de schuldeisers van een failliete vennootschap vormen, d.i. dus een collectief nadeel, als door de fout van een derde het vermogen van die vennootschap niet kan worden samengesteld of groter wordt voorgesteld dan het in werkelijkheid is (en dus een schijn van kredietwaardigheid werd verwekt), waardoor afbreuk gedaan wordt aan het rechtmatig vertrouwen van de schuldeisers om met de vennootschap nog verbintenissen aan te gaan en nopens hun verhaalsrechten op dat vermogen. Dat enkel de schuldeisers die na het fictief krediet contracteerden zouden misleid zijn en aldus slechts individuele schade ontstond, is vrij theoretisch en niet afdoend te ventileren. De relevantie van het begrip collectieve schade werd in twijfel getrokken, op grond dat de curator te dezen de aansprakelijkheidsvordering van de gefailleerde uitoefent[14]. De kernvraag lijkt dus te zijn of de onmogelijkheid het vermogen van de failliete vennootschap samen te stellen een aan de schuldeisers gemeenschappelijke schade heeft doen ontstaan, dan wel een schade van de gefailleerde zelf is.

Maar eigenlijk maakt het geen wezenlijk verschil uit of de fout een collectief nadeel voor de schuldeisers dan wel een aantasting van het vermogen van de gefailleerde veroorzaakt. Behoudens dat de curator noch de ene noch de andere vertegenwoordigt en de vraag dus niet eens rijst voor wie hij dan wel optreedt, is dat vermogen, waarover de gefailleerde krachtens de Faillissementswet zelf (voorheen art. 444, thans art. 16) niet meer kan beschikken, het gemeenschappelijk onderpand van de (gewone) schuldeisers en is dus alleen een en hetzelfde vermogen aangetast. Of, bij het herstel van deze aantasting, de belangen van de gefailleerde zelf, dan wel die van de schuldeisers gediend worden is uiteindelijk niet relevant. Wel essentieel is dat, doordat het kapitaal van de <vennootschap> niet verhoogd werd hoewel aan de schuldeisers wel een dusdanig hoger vermogensbestanddeel werd voorgesteld, waarop ze hun rechten konden afstemmen, het actief over een groter aantal schuldeisers verdeeld wordt en het hen uit te keren dividend dus verminderd wordt. De vermogensschade wordt eerst door de (vennootschap als) schuldenaar geleden, terwijl de individuele schuldeisers slechts vergoeding voor de zgn. weerkaatsingsschade kunnen vorderen als de vennootschap de vergoeding van haar schade niet kan bekomen[15]. Aldus bekeken ontstaat wel een gemeenschappelijke schade, die bestaat in de aantasting van de oorspronkelijke geschiktheid van de massa om een hoger dividend te ontvangen indien de fout

[10] BOSLY, Th., l.c., 54.

[11] *Pas.*, 1876,1,298.

[12] BOSLY, Th., I.c., 55.

[13] VEROUGSTRAETE, I., l.c., nr. 38.

[14] L. CORNELIS (l.c., 75 – 78, nrs. 22 – 27).

[15] L. CORNELIS (I.c., 67 – 68, nr. 10).

niet was begaan[16]. Door de schadevergoeding terug in de boedel te brengen wordt het onderpand van de schuldeisers opnieuw samengesteld en hun dividend dus verhoogd.

Het bestreden arrest stelt vast dat, door het plegen van strafbare feiten, een kapitaalsverhoging door inbreng in geld is voorgewend, terwijl er in werkelijkheid geen kapitaalsverhoging is gerealiseerd en oordeelt dat, zonder deze fout, in het actief effectief 28.5 miljoen frank, respectievelijk 5 miljoen frank meer aanwezig (zou) zijn geweest zodat hierdoor de schade voor de boedel gelijk is aan het bedrag aan speciën dat valselijk voorgewend werd als dusdanig ingebracht te zijn, zodat de curatoren gerechtigd zijn hiervoor schadevergoeding te vorderen. Deze beslissing lijkt me, ten aanzien van de uiteengezette rechtsregels, volkomen verantwoord.

Het onderdeel kan dus, in zoverre, niet aangenomen worden.

6. – 8. (...)

9. Het vijfde onderdeel, tenslotte, voert een motiveringsgebrek aan m.b.t. een verweer van partij D. W., waarop eiseres zich beroept.

Het mist eveneens feitelijke grondslag: het gaat er, ten eerste, ten onrechte van uit dat het arrest eiseres veroordeelt tot een volstorting van de bedragen van de kapitaalsverhoging. Vervolgens is er antwoord, met verwerping, van bedoeld verweer.

10. Conclusie: verwerping.

[16] Volgens de formule van stafhouder L. MATRAY, Le principe d'égalité des créanciers dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation, in: *Les créanciers et le droit de la faillite*, C.D.V.D.A.,1983, 56, overgenomen door A.G. SPREUTELS in zijn conclusie voor Cass., 5 december 1997, I.c. 1362, nr. 11.

---

VERDACHTE PERIODE
PÉRIODE SUSPECTE

**HOF VAN CASSATIE (1° KAMER) 24 OKTOBER 2002**

A.R.: Nr. C.00.0042.N
Zet.: de h. I. Verougstraete, voorzitter, mw. G. Bourgeois, de h. G. Londers, E. Dirix en E. Stassijns, raadsheren
O.M.: de h. Guy Dubrulle, advocaat-generaal
Adv.: Mr. P. Van Ommeslaghe en J. Verbist

I. VOLMACHT TOT HET VESTIGEN VAN EEN HYPOTHEEK – LATERE VESTIGING VAN DE HYPOTHEEK – GEEN TERUGWERKENDE KRACHT

I. PROCURATION À L'EFFET DE CONSTITUER HYPOTHÈQUE – CONSTITUTION ULTÉRIEURE D'UNE HYPOTHÈQUE – PAS D'EFFET RÉTROACTIF

*De door de schuldenaar verleende volmacht tot het vestigen van een hypotheek heeft niet tot gevolg dat de latere vestiging van de hypotheek door de schuldeiser terugwerkende kracht heeft.*

*La procuration à l'effet de constituer hypothèque accordée par le débiteur ne confère pas d'effet rétroactif à la constitution ultérieure de l'hypothèque.*

II. HYPOTHEEK – GEVESTIGD TIJDENS VERDACHTE PERIODE VÓÓR FAILLISSEMENT – ZEKERHEID VOOR SCHULDEN VAN VÓÓR DEZE PERIODE – ART. 445, VIERDE LID FAILL.W. (THANS ART. 17, 3° FAILL.W.)

II. HYPOTHÈQUE – CONSTITUÉE AU COURS DE LA PÉRIODE SUSPECTE PRÉCÉDANT LA FAILLITE – SÛRETÉ RELATIVE À DES CRÉANCES ANTÉRIEURES À CETTE PÉRIODE – ART. 445, QUATRIÈME ALINÉA LOI FAILL. (ART. 17, 3° NOUV. L.FAILL.)

*De hypotheek die krachtens een hypothecaire volmacht is gevestigd tijdens de verdachte periode tot zekerheid van schulden die voordien bestonden, valt onder de toepassing van artikel 445, vierde lid, van de Faillissementswet en is derhalve niet tegenwerpelijk aan de boedel.*

*Tombe sous l'application de l'art. 445, al. 4 de la loi sur les faillites, l'hypothèque constituée pendant la période suspecte en vertu d'un mandat hypothécaire pour garantir des dettes préexistantes. Elle est dès lors inopposable à la masse faillie.*

(FORTIS BANK t. J.M. en P.M. qq. faillissement NV Socks and Slips )

(...)

***III. Feiten***

De feiten en de procedurele voorgaanden zijn volgens het cassatieberoep de volgende:

Op 15 september 1993, stond eiseres bij onderhandse akte een investeringskrediet toe aan de NV Socks & Slips ten belope van 14.000.000 BEF voor de financiering van de aankoop van een winkelruimte.

Als waarborg voor de terugbetaling werd onder meer een hypotheekstelling in eerste rang ten belope van 2 miljoen BEF op voormeld onroerend goed bedongen, alsook een authentieke onherroepelijke volmacht tot hypotheek-

vestiging in tweede rang ten belope van 12 miljoen BEF op hetzelfde onroerend goed.

Diezelfde dag werd voor notaris V.H. door de NV Socks & Slips, eigenares van de winkelruimte, en door de NV Golden Corner, eigenares van de grond waarop de winkelruimte werd gebouwd, vermelde onherroepelijke volmacht gegeven, waarbij aan bepaalde personeelsleden van eiseres de macht werd verleend het onroerend goed ten voordele van de bank met een hypotheek in tweede rang ten belope van 12 miljoen BEF te bezwaren.

Op 16 juni 1994 verleende de gevolmachtigde lasthebber bij akte verleend door notaris M. aan eiseres een hypotheek in tweede rang ten belope van 12 miljoen BEF.

Op 17 juni 1994, werd die hypotheek ingeschreven op het hypotheekkantoor te Dendermonde.

Op 2 december 1994 werd de NV Socks & Slips door de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde failliet verklaard.

De datum van staking van betaling werd vastgesteld op 6 juni 1994.

Eiseres deed tijdig aangifte van schuldvordering, op 21 december 1994.

Verweersters, curators van het faillissement van de NV Socks & Slips, stellen evenwel dat de hypotheek in tweede rang van de Generale Bank op het gebouwencomplex van de gefailleerde niet tegenstelbaar is aan de boedel, dit in toepassing van artikel 445, vierde lid, van de Faillissementswet van 1851[1].

Eiseres daarentegen is van mening dat niet voldaan is aan de voorwaarden van artikel 445, vierde lid, van de Faillissementswet ingeval van een tijdens de verdachte periode gevestigde hypotheek in uitvoering van een voor de verdachte periode verleden onherroepelijke volmacht tot hypotheekvestiging.

In eerste aanleg besliste de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde bij vonnis van 15 april 1996 dat artikel 445, vierde lid, Faillissementswet in casu van toepassing is en dat bijgevolg de hypotheek in tweede rang van eiseres niet tegenwerpelijk is aan de boedel.

Eiseres tekende op 11 oktober 1996 hoger beroep aan tegen dit vonnis. Het bestreden arrest verklaart dit hoger beroep ontvankelijk, doch ongegrond.

### *IV. Middel*

Eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen: artikel 445, vierde lid, van de Faillissementswet van 18 april 1851 (zoals van toepassing voor de nieuwe Faillissementswet van 8 augustus 1997).

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest verklaart het hoger beroep van eiseres ongegrond en bevestigt het vonnis a quo, waarbij de eerste rechter besliste dat de hypotheek gevestigd ten voordele van eiseres niet tegenstelbaar is aan de boedel van de schuldeisers, op grond van volgende overwegingen:

"De enige vraag die zich stelt, is te weten of het verlenen van een onherroepelijke volmacht al dan niet dient te worden gelijkgeschakeld met het vestigen zelf van de hypotheek.

In casu dateert:
- de hypothecaire volmacht van 15 september 1993
- de vestiging van de hypotheek van 16 juni 1994
- het faillissement van 2 december 1994, waarbij de staking van betaling werd vastgesteld op 6 juni 1994.

Het staat dus buiten kijf dat de datum van de hypothecaire volmacht buiten de verdachte periode valt, en de datum van de vestiging van de hypotheek erbinnen.

Uit de door beide partijen voorgebrachte rechtsleer en rechtspraak blijkt op zijn minst dat er op dat punt geen eensgezindheid bestaat.

Het hof is van oordeel dat het verlenen van een zelfs onherroepelijke volmacht tot het vestigen van een hypotheek niet kan gelijkgeschakeld worden met het vestigen zelf van de hypotheek.

Het artikel 445, vierde lid, Faillissementswet, dat ter beoordeling voorligt, sanctioneert de vestiging zelf van de hypotheek; welnu, het staat in elk geval vast dat de hypotheek slechts gevestigd wordt op het moment dat de akte daartoe wordt verleden, en tegenstelbaar wordt aan derden op het ogenblik van de inschrijving op het Hypotheekkantoor; in casu vallen beide data binnen de verdachte periode.

(Eiseres) houdt voor dat het bewuste artikel eveneens bepaalt dat de vestiging van de hypotheek moet gedaan zijn "door de schuldenaar"; volgens (eiseres) is dit in casu niet het geval, omdat de schuldenaar bij deze handelingen, gesteld in de verdachte periode naar aanleiding van het effectief vestigen van de hypotheek, niet meer wordt betrokken; (eiseres) stelt dat, door het verlenen van een onherroepelijke hypothecaire volmacht lang voor deze data, de schuldenaar niet meer in deze handelingen tussenkomt: de gefailleerde heeft voordien, buiten de verdachte periode, op het ogenblik van het verlenen van de onherroepelijke hypothecaire volmacht, zijn rechten en mogelijkheden tot tussenkomst bij het vestigen van de hypotheek zelf afgestaan aan (eiseres).

Door het feit dat de schuldenaar als dusdanig niet meer dient tussen te komen bij het vestigen van de hypotheek zelf, zou aan de terminologie van artikel 445, vierde lid, Faillissementswet niet zijn voldaan.

Het hof treedt deze stelling niet bij. De vestiging van de hypotheek zelf is gebeurd binnen de verdachte periode, en deze vestiging is wel degelijk door de schuldenaar gebeurd, zij het op een uitgesteld moment, en mits veel vroeger verleende volmacht. Het belang van artikel 445, vierde lid, Faillissementswet ligt in de rechten van de gezamenlijke schuldeisers op het voorwerp van de hypotheek.

Een vestiging van een hypotheek op het desbetreffende onroerend goed, binnen de verdachte periode, schaadt ongetwijfeld aan de concurrente rechten van andere schuldeisers op hetzelfde onroerend goed. De draagwijdte van artikel 445, vierde lid, Faillissementwet wordt aangetast wanneer aan de effectieve vestiging van de hypotheek een terugwerkende kracht zou worden verleend tot aan de onherroepelijke volmacht daartoe, nu daardoor de concur-

[1] [Thans art. 17, 3° Faill.W.]

rente rechten van andere schuldeisers worden aangetast, doordat zij alzo een bijkomende hypotheek gevestigd zouden moeten zien binnen de verdachte periode.

Eens dit principe aangenomen, staat vast dat de hypotheek is gevestigd binnen de verdachte periode, dat deze hypotheek is gevestigd voor vroeger aangegane schulden, vermits de schulden zijn aangegaan ten tijde van de hypothecaire volmacht, zodat artikel 445, vierde lid, Faillissementswet moet worden toegepast, en moet worden geconcludeerd dat de hypotheek in kwestie niet tegenstelbaar is aan de massa van de schuldeisers".

**Grieven**

De toepassing van artikel 445, vierde lid, van de Faillissementswet van 1851 veronderstelt een vrije daad van de schuldenaar, verricht sinds het door de rechtbank bepaalde tijdstip van staking of betaling of binnen de tien dagen die aan dat tijdstip voorafgegaan en bestaande in het vestigen van een hypotheek of van een recht van gebruikspand of pand op zijn goederen wegens voordien aangegane schulden.

Dit artikel kan bijgevolg geen toepassing vinden wanneer de schuldenaar meer dan tien dagen voor het tijdstip van de staking van betaling, aan zijn schuldeiser, bij het aangaan van de schuld, een onherroepelijke hypothecaire volmacht verleent en de hypotheek op zijn onroerende goederen gevestigd wordt na het tijdstip van de staking van betaling of binnen de tien dagen die aan dit tijdstip voorafgaan.

Artikel 445, vierde lid, van de Faillissementswet van 1851, heeft tot doel de gelijkheid tussen schuldeisers te herstellen die gedurende de verdachte periode werd verbroken wanneer een schuldeiser zich voor een reeds bestaande schuld een nieuwe zekerheid heeft doen toekennen door de schuldenaar onder de vorm van een hypotheek of van een recht van gebruikspand of pand, terwijl de schuld voordien werd aangegaan zonder zekerheid. Dit artikel kan derhalve geen toepassing vinden wanneer, zoals in casu, de garantie die volgt uit het onherroepelijk hypothecair mandaat bekomen wordt op het ogenblik dat de schuld ontstaat en een voorwaarde is voor het ontstaan van de schuld.

Hieruit volgt dat het bestreden arrest, door anders te oordelen, artikel 445, vierde lid, van de Faillissementswet van 18 april 1851 schendt.

***V. Beslissing van het Hof***

Overwegende dat, krachtens het te dezen toepasselijke artikel 445, vierde lid, van de Faillissementswet, alle bedongen hypotheken en alle rechten van gebruikspand of van pand gevestigd op de goederen van de schuldenaar wegens voordien aangegane schulden, nietig en zonder gevolg zijn met betrekking tot de boedel, wanneer zij zijn verricht door de schuldenaar sinds het door de rechtbank bepaalde tijdstip van staking van betaling of binnen de tien dagen die aan dat tijdstip voorafgaan;

Overwegende dat de door de schuldenaar verleende volmacht tot het vestigen van een hypotheek niet tot gevolg heeft dat de latere vestiging van de hypotheek door de schuldeiser terugwerkende kracht heeft;

Dat derhalve de hypotheek die krachtens een hypothecaire volmacht is gevestigd tijdens de verdachte periode tot zekerheid van schulden die voordien bestonden, onder de toepassing valt van artikel 445, vierde lid, van de Faillissementswet en derhalve niet tegenwerpelijk is aan de boedel;

Overwegende dat de appèlrechters vaststellen dat de hypothecaire volmacht door de gefailleerde werd verleend buiten de verdachte periode, terwijl de hypotheek door eiseres werd gevestigd tijdens de verdachte periode;

Dat zij vervolgens oordelen dat artikel 445, vierde lid, van de Faillissementswet toepassing vindt en dat de hypotheek niet tegenwerpelijk is aan de boedel

Dat zij aldus hun beslissing naar recht verantwoorden;
Dat het middel niet kan worden aangenomen;

OM DIE REDENEN, HET HOF,

Verwerpt de voorziening;
(...)

---

**KH. BRUSSEL (5° KAMER) 12 SEPTEMBER 2002**

A.R.: G/02/02154
Zet.: Mw. Leus, Rechter – Kamervoorzitter, de h. Gyselaers en Pisane, rechters in handelszaken
O.M.: de h. Quirynen, Substituut-Procureur-des-Konings
Adv.: Mr. H. Huybrechts

FAILLISSEMENT – VERDACHTE PERIODE – OPRICHTING VAN EEN RECHTSPERSOON MET DE ACTIVA VAN DE GEFAILLEERDE – NIET-TEGENWERPELIJKHEID AAN DE MASSA

FAILLITE – PÉRIODE SUSPECTE – CONSTITUTION D'UNE PERSONNE MORALE EN APPORTANT LES ACTIFS DU FAILLI – NON-OPPOSABLE À LA MASSE

*De gefailleerde die reeds lang vóór de faillietverklaring herhaalde malen bij verstek tot betaling werd veroordeeld en die vier maanden vóór de uitspraak van het faillissement zijn activa gebruikt om een éénhoofdige BVBA op te richten, waarvan hij bestuurder is, heeft zijn betalingen minstens zes maanden vóór het faillissementsvonnis gestaakt. Krachtens art. 12 Faill.W. dient dan ook een verdachte periode te worden ingesteld.*

*De oprichting, de rechtspersoonlijkheid en het vermogen van de EBVBA zijn dan ook, bij toepassing van art. 18 Faill.W. niet tegenwerpelijk aan de curatele.*

*Le failli qui a été à plusieurs reprises condamné par défaut au payement d'une somme et qui a utilisé ses actifs pour constituer, quatre mois avant la faillite, une SPRL unipersonnelle, dont il est l'administrateur, a cessé ses paiements au moins six mois avant le jugement de faillite. Une période suspecte doit donc être déterminée en vertu de l'art. 12 L.Faill.*

*En vertu de l'art. 18 L.Faill., la constitution, la personnalité juridique et le patrimoine de cette SPRLU ne sont dès lors pas opposables à la curatelle.*

(Mr. J. Billiet qq. t. J.R.)

(...)

De vordering strekt ertoe de datum van staking van betaling van verweerder te horen terugbrengen op 28 november 2001 overeenkomstig de bepalingen van artikel 12 Faillissementswet alsook te oordelen dat het oprichten, de rechtspersoonlijkheid en het vermogen van de EBVBA JONAMAIL, opgericht bij notariële akte van 10/1/2002 niet tegenwerpelijk is aan de curatele en dat alle activa van deze vennootschap onderdeel uitmaken van de activa van de gefailleerde;

Het vonnis uitvoerbaar te verklaren bij voorraad niettegenstaande alle verhaal en zonder borgstelling;

Overwegende dat bij vonnis van 28 mei 2002 het faillissement van J.R. werd uitgesproken;

Dat de curator het voordeel van de kosteloze rechtspleging bekwam bij beschikking van 5/6/2002;

Dat blijkt dat de gefailleerde reeds geruime tijd zijn betalingen had gestaakt;

(...)

Overwegende dat de gefailleerde op 10/1/2002 zijn activa heeft gebruikt voor de oprichting van een eenhoofdige BVBA JONAMAIL, waar de curatele de goederen van de gefailleerde aantrof;

Dat gebeurlijke goederen van de EBVBA JONAMAIL tot de activa van de gefailleerde behoren en er geen discussie kan bestaan dat dergelijk handelen onder bezwarende titel na staking van betaling en voor het vonnis van faillietverklaring aan de curatele niet tegenwerpelijk dient te worden verklaard, dit overeenkomstig artikel 18 van de Faillissementswet;

Dat de EBVBA JONAMAIL van de staking van betaling kennis had vermits haar vennoot/zaakvoerder de gefailleerde zelf is;

Overwegende dat uit voormelde omstandigheden die een ernstig en objectief karakter hebben, ondubbelzinnig blijkt dat de betalingen door de gefailleerde hebben opgehouden, geruime tijd voor de datum van faillietverklaring en dat de staking van betaling zes maanden voor het faillissement, reeds een feit was;

Dat uit bovenvernoemde elementen duidelijk blijkt dat de gefailleerde zijn betalingen had gestaakt op 28 november 2001;

Dat de vordering van eiser qq. bijgevolg gegrond voorkomt;

OM DEZE REDENEN, DE RECHTBANK,

(...)

Verklaart de vordering ontvankelijk en gegrond

Zegt dat de datum van staking van betaling voor het faillissement van R.J., failliet verklaard bij vonnis van 28/5/2002, gewezen door de rechtbank van koophandel te Brussel, bekend gemaakt in het Belgisch Staatsblad van 8 juni 2002, en toegelaten tot het voordeel van de kosteloze procedure bij beslissing van het bureel van rechterlijke bijstand van de rechtbank van koophandel te Brussel dd. 5/6/02, wordt teruggebracht tot 28 november 2001, dit overeenkomstig ARTIKEL 12 F. W.;

Zegt dat het oprichten, de rechtspersoonlijkheid en het vermogen van de EBVBA JONAMAIL, opgericht bij notariële akte van 10/1/2002, niet tegenwerpelijk is aan de curatele en dat alle activa van deze vennootschap onderdeel uitmaken van de activa van de gefailleerde;

(...)

---

## KH. BRUSSEL (5° KAMER) 12 SEPTEMBER 2002

A.R.: G/02/02145
Zet.: Mw. Leus, Rechter – Kamervoorzitter, de h. Gyselaers en Pisane, rechters in handelszaken
O.M.: de h. Quirynen, Substituut-Procureur-des-Konings
Adv.: Mr. H. Huybrechts

FAILLISSEMENT – VERDACHTE PERIODE – KAPITAALVERHOGING DIE ONMIDDELLIJK GEVOLGD WORDT DOOR EEN OVERSCHRIJVING VAN HET GROOTSTE DEEL VAN HET INGEBRACHTE BEDRAG NAAR DE PERSOONLIJKE BANKREKENING VAN EEN BESTUURDER – NIET TEGENWERPELIJK

FAILLITE – PÉRIODE SUSPECTE – AUGMENTATION DU CAPITAL IMMÉDIATEMENT SUIVIE D'UN VERSEMENT DE LA PLUS GRANDE PARTIE DU MONTANT APPORTÉ SUR LE COMPTE PERSONNEL D'UN ADMINISTRATEUR – INOPPOSABILITÉ

*Indien het eigen vermogen van de gefailleerde vennootschap reeds lange jaren negatief is, een kapitaalverhoging werd doorgevoerd die onmiddellijk gevolgd werd door een overschrijving voor het grootste gedeelte van het bedrag naar de persoonlijke bankrekening van een bestuurder en dus geen nut opleverde, de vennootschap talrijke schuldvorderingen telt, is er reden om vast te stellen dat de gefailleerde vennootschap reeds geruime tijd haar betalingen heeft gestaakt en een verdachte periode in te stellen.*

*Si, depuis plusieurs années, le patrimoine propre de la société faillie s'avère négatif, qu'une augmentation du capital a été suivie immédiatement par le versement de la quasi-totalité de ce montant sur le compte en banque d'un des administrateurs et n'a eu aucun effet, et que la société a de nombreuses dettes, il y a lieu de constater que la société faillie a cessé ses paiements depuis longtemps et d'instaurer une période suspecte.*

(Mr. J. Billiet qq. t. N.V. Stethilo)

(...)

De vordering strekt ertoe de datum van staking van betaling van verweerster te horen terugbrengen op 9 oktober 2001 overeenkomstig de bepalingen van artikel 12 Faillissementswet;

Overwegende dat bij vonnis van 9 april 2002 het faillissement van de N.V. STETILHO, voorheen LEOLUX, werd uitgesproken;

Dat de curator het voordeel van de kosteloze rechtspleging bekwam bij beschikking van 16/4/2002;

Dat blijkt dat de gefailleerde reeds geruime tijd haar betalingen had gestaakt;

Dat immers blijkt dat de gefailleerde vennootschap sedert de jaarrekening 31/12/1995 reeds een negatief eigen vermogen kent;

Dat geen besluit overeenkomstig artikel 103 van de vennootschappenwet voorligt;

Dat voor de datum van het faillissement een kapitaalsverhoging werd doorgevoerd bij akte dd. 24/10/01 ten bedrage van 1.251.074 BEF om het te brengen op het wettelijk minimumkapitaal van 62.000 EURO, dit door Luc I. en Nathalie H. die alle aandelen hadden en de enige bestuurders waren van de vennootschap,

Dat deze kapitaalsverhoging vrijwel onmiddellijk teniet werd gedaan door de overschrijving naar de persoonlijke bankrekening van Luc I. van een bedrag van 23.549,88 EURO en aldus geen nut opleverde;

Dat bij notariële akte van 24/10/2001 de vennootschap afstand heeft gedaan van de benaming LEOLUX om zich in de toekomst STETHILO te noemen en dat voor deze afstand geen enkele geldelijke tegenprestatie werd gevraagd;

Dat volgende schuldeisers een aangifte van schuldvordering hebben ingediend:

(...)

Overwegende dat uit voormelde omstandigheden die een ernstig en objectief karakter hebben, ondubbelzinnig blijkt dat de betalingen door de gefailleerde hebben opgehouden, geruime tijd voor de datum van faillietverklaring en dat de staking van betaling zes maanden voor het faillissement, reeds een feit was;

Dat uit bovenvernoemde elementen duidelijk blijkt dat de gefailleerde vennootschap haar betaling had gestaakt op 9 oktober 2001;

Dat de vordering van eiser qq. bijgevolg gegrond voorkomt;

OM DEZE REDENEN, DE RECHTBANK,
RECHTSPREKEND BIJ VERSTEK,
Verklaart de vordering ontvankelijk en gegrond.
(...)

---

EIGENDOMSVOORBEHOUD
CLAUSE DE RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ

**HOF VAN BEROEP ANTWERPEN (4° BIS KAMER) 18 NOVEMBER 2002**

A.R.: 2001 AR 1678
Zet.: de h. M. Carette, raadsheer
Pleit.: Mrs.A. Reusens loco L. Waes, D. Blommaert en J. Loyens

I. EIGENDOMSVOORBEHOUD – FAILLISSEMENT – TOEPASSELIJKHEID OP ANDERE VORMEN VAN SAMENLOOP EN M.N. DEZE NA VEREFFENING

I. CLAUSE DE RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ – FAILLITE – APPLICABILITÉ À D'AUTRES FORMES DE CONCOURS ET PLUS PRÉCISÉMENT À CELUI QUI NAÎT APRÈS UNE LIQUIDATION

*Een uitbreiding van de erkenning van het eigendomsvoorbehoud tot andere gevallen van samenloop is verantwoord. Er anders over beslissen zou leiden tot bizarre resultaten in geval van opeenvolging van verschillende situaties van samenloop.*

*L'élargissement de la reconnaissance de la réserve de propriété à d'autres cas de concours peut se justifier. En décider autrement mènerait à des résultats étranges en cas de succession de situations différentes de concours.*

II. RETENTIERECHT – UITGEOEFEND OP VOOR BEWERKING AFGEGEVEN GOEDEREN IN VERBAND MET VROEGER OP ANDERE GOEDEREN UITGEVOERDE BEWERKINGEN

II. DROIT DE RÉTENTION – EXERCÉ SUR DES BIENS REMIS EN VUE D'ÊTRE FAÇONNÉS MAIS CONCERNANT DES TRAVAUX EXÉCUTÉS SUR D'AUTRES BIENS

*Het is, wat roerende goederen betreft, verdedigbaar, dat de bescherming die de retentor geniet ook wordt uitgebreid tot het geval waarin hij wist of hoorde te weten niet met de ware eigenaar te doen te hebben. In zulk geval moet er echter een nauwer criterium van de samenhang tussen schuldvordering en teruggehouden zaak worden gehanteerd.*

*En ce qui concerne les biens meubles, on peut soutenir que la protection du rétentionnaire est étendue au cas où il savait ou devait savoir qu'il n'avait pas affaire au propriétai-*

*re réel. Dans cette hypothèse on doit appliquer un critère plus strict de connexité entre la créance et la chose retenue.*

(N.V. Alcolor t. N.V. Remi Claeys Aluminium en J. Loyens qq.)

(...)

***Feiten, partijen, vordering in eerste aanleg en beslissing eerste rechter***

1. De doelstellingen van de ingestelde vordering en de toedracht van de feiten, die eraan ten grondslag liggen, alsmede de respectieve stellingen van partijen dienaangaande, werden in het bestreden vonnis nauwkeurig toegelicht. Het Hof verwijst ernaar.

2. Het volstaat dan ook hier aan te stippen dat N.V. REMI CLAEYS ALUMINIUM goederen verkocht aan N.V. WIERTS TRADING (thans in faillissement). Een aantal van deze goederen werd door N.V. REMI CLAEYS ALUMINIUM geleverd in handen van N.V. ALCOLOR BELGIUM ter bewerking ervan in opdracht van N.V. WIERTS TRADING.

3. Er werd enkel een vordering ingesteld door N.V. REMI CLAEYS ALUMINIUM.

Deze vordering strekt tot het horen bevelen van de teruggave van een aantal welbepaalde goederen, op verbeurte van een dwangsom.

4. De eerste rechter besliste tot het gegrond zijn van de vordering.

***Doelstellingen in hoger beroep***

1. Appellante verzoekt, bij hervorming van het bestreden vonnis, aan het Hof om de vordering ongegrond te verklaren.

Zij verzoekt tevens te zeggen voor recht dat het door haar opgeworpen retentierecht tegenwerpelijk is aan beide geïntimeerden.

2. Eerste geïntimeerde concludeert tot het ongegrond zijn van het hoger beroep.

Zij verzoekt aan het Hof om het bestreden vonnis te bevestigen. Minstens dat het Hof zou zeggen voor recht, "dat N.V. ALCOLOR BELGIUM ten onrechte een retentierecht laat gelden op de door N.V. REMI CLAEYS ALUMINIUM aldaar geleverde goederen en te bevelen, op straffe van een dwangsom van 1.250 EUR per dag vertraging vanaf de betekening van het tussen te komen arrest, dat deze goederen aan N.V. WIERTS TRADING moeten worden afgegeven teneinde deze goederen te verkopen". In deze hypothese tevens te zeggen voor recht, "dat N.V. REMI CLAEYS ALUMINIUM zal gerechtigd zijn om haar voorrecht op de verkoopprijs uit te oefenen en dit in toepassing van artikel 20, 5° Hypotheekwet".

3. Tweede geïntimeerde concludeert tot het gegrond zijn van het hoger beroep en tot het ongegrond verklaren van de vordering.

Voor zover als nodig stelt hij tevens ***incidenteel beroep*** in dienaangaande, zoals ook in verband met de verwijzing in de kosten.

Verder verzoekt hij akte te verlenen aan het feit dat hij zich gedraagt naar de wijsheid voor wat betreft het door appellante ingeroepen retentierecht.

***Beoordeling***

**I. Ontvankelijkheid**

Het hoger beroep en het incidenteel beroep kunnen ontvankelijk worden verklaard.

**II. Grond van de hogere beroepen**

*A. De grieven*

Het hoger beroep houdt twee grieven in in verband met het retentierecht dat door de eerste rechter werd afgewezen (grieven volgens het verzoekschrift in hoger beroep) en een grief in verband met de ingeroepen clausule van eigendomsvoorbehoud waarmede de eerste rechter instemde (grief enkel in conclusie van appellante).

Het incidenteel beroep houdt enkel een grief in in verband met de ingeroepen clausule van eigendomsvoorbehoud.

*B. Het eigendomsvoorbehoud*

1. Er bestaat geen betwisting meer over het geldig zijn van de clausule van de algemene verkoopsvoorwaarden van N.V. REMI CLAEYS ALUMINIUM in verband met de eigendomsoverdracht.

2. De betwisting draait enkel nog rond de kwestie of deze clausule kan ingeroepen worden door N.V. REMI CLAEYS ALUMINIUM ***na*** het in vereffening gesteld zijn van N.V. WIERTS TRADING.

Meer bepaald is het hier de vraag of na het opnemen van de tegenwerpelijkheid van het eigendomsvoorbehoud in de faillissementswet (artikel 101), deze regeling ook invloed heeft op andere gevallen van samenloop en op de vereffening in het bijzonder.

3. De chronologie der feiten is de volgende:

– 11.01.2001 in vereffening stellen van N.V. WIERTS TRADING

– 23.02.2001 ingebrekestelling tot teruggave van de goederen door N.V. REMI CLAEYS ALUMINIUM aan N.V. WIERTS TRADING

– 24.04.2001 vonnis faillissement N.V. WIERTS TRADING.

4. Het Hof treedt de oordeelkundige motiveringen van de eerste rechter terzake bij, die hier als herhaald gelden.

4.1. De eerste rechter verwees terecht naar de 'recente' rechtsleer terzake: E. DIRIX, "Eigendomsvoorbehoud", R.W. 1997-1998, p. 485, nr. 13 en E. DIRIX en R. DE

CORTE, "Zekerheidsrechten", Beginselen van Belgisch Privaatrecht, ed. 1999, deel XII, p. 383, nr. 558 en I. VER-OUGSTRAETE, "Manuel de la faillite et du concordat", p. 463, nr. 833.

Het Hof treedt de zienswijze van auteur E. Dirix volledig bij. Te weten: "Onder het vroegere recht werd de regel van de niet-tegenwerpelijkheid van het eigendomsvoorbehoud doorgetrokken tot alle gevallen van samenloop. Ook al werd de nieuwe wettelijke bepaling ingevoerd in de faillissementswet, dan is een uitbreiding van de erkenning van het eigendomsvoorbehoud tot de overige gevallen van samenloop verantwoord. Er anders over oordelen getuigt niet alleen van slechte dogmatiek, maar leidt ook tot bizarre resultaten in geval van opeenvolging van verschillende situaties van samenloop".

4.2. Volgens appellante en tweede geïntimeerde zou N.V. REMI CLAEYS ALUMINIUM haar eigendomsvoorbehoud zelfs niet (voor de eerste maal) kunnen ingeroepen hebben bij het faillissement van N.V. WIERTS TRADING, daar deze ***voorafgaand*** in vereffening werd gesteld.

Dit is één van de bizarre resultaten van de stelling van geïntimeerden, die vernoemde auteur terecht aan de kaak stelt.

4.3. Dienaangaande kan trouwens verwezen worden naar de intentie van de wetgever: "De voorgestelde regeling situeert zich binnen de context van het faillissement en van het gerechtelijk akkoord maar spreekt zich niet uit over andere vormen van samenloop. Te verwachten is dat de rechtspraktijk zal evolueren in het licht van de regeling die in dit ontwerp is uitgelegd" (Parl. St. Kamer, 1995-1996, nrs 330/2, Verantwoording bij amendement nr. 6).

4.4. Er kan thans bovendien gesteld worden, dat het voorrecht van de onbetaalde verkoper geregeld in artikel 20,5° Hypotheekwet nog uitsluitend de verkopen zonder eigendomsvoorbehoud beoogt en dat derhalve dit wetsartikel niet meer toepasselijk is op verkopen met eigendomsvoorbehoud. (Vergelijk Parl. St. Kamer, 1995-1996, nrs 329/17, 158).

5. De grieven in verband met het eigendomsvoorbehoud falen aldus.

*C. Het retentierecht*

1. De eerste grief terzake betreft de motivering van de eerste rechter, dat er geen opeisbare schuldvordering ***bestond*** in hoofde van N.V. ALCOLOR BELGIUM.

1.1. Ter zitting werd door partijen evenwel verklaard dat er thans geen betwisting meer is over het bestaan van een opeisbare schuldvordering in hoofde van N.V. ALCOLOR BELGIUM (zie zittingsblad d.d. 23.09.2002).

1.2. Deze eerste grief werd aldus terecht geformuleerd, zij het wegens ondertussen gewijzigde omstandigheden.

2. De tweede grief terzake betreft de motivering van de eerste rechter, dat er geen nauw verband bewezen is tussen de ***ingeroepen*** schuldvordering en de zaak.

Thans stelt N.V. ALCOLOR BELGIUM dat het verband bestaat omdat zij met N.V. WIERTS TRADING een aannemingovereenkomst (afwerken/lakken van profielen) met opeenvolgende opdrachten had afgesloten.

2.3. Het is geen punt van betwisting dat de goederen in kwestie nog niet door N.V. ALCOLOR BELGIUM werden behandeld. De schuldvordering waarvan N.V. ALCOLOR BELGIUM gewag maakt ten opzichte van N.V. WIERTS TRADING slaat dus niet rechtstreeks op deze goederen.

Hier is bovendien sprake van een retentierecht uitgeoefend op goederen die niet aan de schuldenaar (N.V. WIERTS TRADING) van de retentor (N.V. ALCOLOR BELGIUM) toebehoren: de goederen zijn eigendom van N.V. REMI CLAEYS ALUMINIUM (zie hoger: eigendomsvoorbehoud).

2.4. Van belang dienaangaande is het antwoord op de vraag, of N.V. ALCOLOR BELGIUM als retentor er zo maar mocht van uitgaan, dat haar schuldenaar N.V. WIERTS TRADING de ware eigenaar was van de geleverde goederen.

Feit is dat de goederen door N.V. REMI CLAEYS ALUMINIUM bij N.V. ALCOLOR BELGIUM geleverd werden.

Het bestaan van een verkoopovereenkomst, tussen N.V. REMI CLAEYS ALUMINIUM als verkoper en N.V. WIERTS TRADING als koper, moest aldus voor N.V. ALCOLOR BELGIUM duidelijk zijn geweest.

Waar N.V. ALCOLOR BELGIUM niet vreemd kan genoemd worden aan de gebruiken in de sector, kon zij op zijn minst geïnformeerd hebben over een mogelijk eigendomsvoorbehoud in verband met de op haar adres geleverde goederen.

Er kan bijgevolg gesteld worden, dat N.V. ALCOLOR BELGIUM alleszins "hoorde te weten", zo zij dit al niet wist, dat er een eigendomsvoorbehoud vanwege N.V. REMI CLAEYS ALUMINIUM op de goederen rustte.

2.5. Het is – wat de roerende goederen betreft – verdedigbaar, dat de bescherming die de retentor geniet ook wordt uitgebreid tot het geval waarin hij wist of hoorde te weten niet met de eigenaar te doen te hebben. Dan moet er echter een nauwer criterium van de samenhang tussen schuldvordering en teruggehouden zaak worden gehanteerd.

Een "verlengd" retentierecht (te weten een retentierecht uitgeoefend op voor bewerking afgegeven goederen in verband met vroeger op andere goederen uitgevoerde bewerkingen) kan in dit geval niet worden tegengeworpen aan de ware eigenaar.

2.6. Bovendien moet hier worden gesteld, dat door N.V. ALCOLOR BELGIUM het essentiële niet naar voldoening van recht bewezen wordt: namelijk het bestaan van één enkel doorlopende ondeelbare overeenkomst met N.V. WIERTS TRADING inzake de behandeling van profielen.

Er worden door haar geen stukken terzake neergelegd.

2.7. Deze tweede grief faalt bijgevolg.

3. Het besluit is dan ook dat de eerste rechter kan bijgetreden worden waar hij stelde, dat het rententierecht niet kan worden uitgeoefend door N.V. ALCOLOR BELGIUM.

(...)

VORDERING TOT VOLSTORTING VAN HET KAPITAAL
ACTION EN LIBÉRATION DU CAPITAL

**KH. BRUSSEL (5° KAMER) 22 OKTOBER 2002**

A.R.: G/02/02145
Zet.: Mw. Leus, Rechter – Kamervoorzitter, Mw. Schaekels en de h. Gyselaers, rechters in handelszaken
Adv.: Mr. H. Huybrechts t. De Poorter loco M. Fabre en Govers loco Van Caenegem

I. VENNOOTSCHAPPEN – VORDERING TOT VOLSTORTING VAN HET KAPITAAL – ART. 199, DERDE ALINEA W.VENN. – W. 13 APRIL 1995 – WETTELIJK MINIMUMKAPITAAL VAN EEN NAAMLOZE VENNOOTSCHAP BIJ FAILLISSEMENT NOG STEEDS NIET VOLGESTORT – AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BESTUURDERS

I. SOCIÉTÉS – ACTION EN LIBÉRATION DU CAPITAL – ART. 199, AL. 3 CODE SOC. – LOI DU 13 AVRIL 1995 – CAPITAL MINIMAL IMPOSÉ D'UNE SOCIÉTÉ ANONYME NON ENCORE LIBÉRÉ AU MOMENT DE LA FAILLITE – RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

*Krachtens de W. 13 april 1995 beschikken de bestaande naamloze vennootschappen over een termijn van vijf jaar vanaf haar inwerkingtreding om hun kapitaal te verhogen tot het nieuwe minimumbedrag. Indien dergelijke aanpassing niet gebeurt geldt de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders tot betaling van het verschil tussen het maatschappelijk kapitaal en het minimumkapitaal. Een vordering die strekt tot veroordeling op deze grondslag valt niet gelijk te stellen met deze op grond van art. 199 derde lid W.Venn. tot volstorting van het kapitaal die tegen de vennoten moet ingesteld worden.*

*En vertu de la loi du 13 avril 1995, les sociétés anonymes existantes disposent d'un délai de cinq ans depuis son entrée en vigueur pour augmenter leur capital social afin d' atteindre le nouveau montant minimal. Si l'adaptation n'a pas eu lieu, les administrateurs sont tenus solidairement au paiement de la différence entre le capital social et le capital minimal. Une action basée sur cette loi ne peut être assimilée à celle en vertu de l'art. 199, 3e al. Code soc. en libération du capital qui doit être intentée contre les actionnaires.*

II. VENNOOTSCHAPPEN – BESTUURDER – EINDE MANDAAT – VERPLICHTING HET MANDAAT TE BLIJVEN UITOEFENEN TOT IN ZIJN VERVANGING WERD VOORZIEN

II. SOCIÉTÉS – ADMINISTRATEUR – FIN DU MANDAT – OBLIGATION DE CONTINUER L'EXERCICE DU MANDAT JUSQU'AU REMPLACEMENT DE L'ADMINISTRATEUR

*Indien het mandaat van een bestuurder een einde heeft genomen, is deze verplicht om het mandaat te blijven uitoefenen totdat in zijn vervanging wordt voorzien.*

*L'administrateur dont le mandat a pris fin doit continuer l'exercice de celui-ci jusqu'à son remplacement.*

(Mr. J. Billiet qq. t. N.S. e.a.)

(...)

***De vordering***

Overwegende dat de vordering overeenkomstig dagvaarding ertoe strekt verweerders hoofdelijk zoniet in solidum te veroordelen tot betaling van het bedrag van 30.986,69 EURO, meer de moratoire intrest vanaf 14/2/2002 en de gerechtelijke intrest vanaf de dagvaarding tot de dag van de effectieve betaling;

verweerders te veroordelen tot de gerechtskosten met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, de uitspraak bij voorraad uitvoerbaar te horen verklaren, niettegenstaande elk verhaal, zonder borgtocht noch kantonnement;

Dat eerste en tweede verweerders besluiten tot de ontvankelijkheid doch ongegrondheid van de vordering en in ondergeschikte orde vragen hen betalingstermijnen toe te staan a rato van 200 EURO per maand en de vordering tot vrijwaring af te wijzen als ongegrond,

Overwegende dat derde verweerder besluit tot de onontvankelijkheid, minstens ongegrondheid van de vordering;

Dat hij in uiterst ondergeschikte orde vraagt akte te verlenen van zijn vordering in vrijwaring, ingesteld tegen eerste en tweede verweerder en deze ontvankelijk en gegrond te verklaren;

Dienvolgens eerste en tweede verweerder te veroordelen tot vrijwaring van derde verweerder voor alle bedragen waartoe hij ten gunste van eiser qq. zou worden veroordeeld, zo in hoofdsom, intresten als kosten;

***Bespreking***

Overwegende dat de NV KNITTING FACTORY op 5/2/2002 failliet werd verklaard bij vonnis, gewezen door de rechtbank van koophandel te Brussel, gepubliceerd in het B.S. van 28/2/2002, betekend aan de gefailleerde vennootschap op 13/3/2002;

Dat eiser qq. werd aangesteld in hoedanigheid van curator;

Overwegende dat, overeenkomstig de statuten dd. 2 september 1994, het maatschappelijk kapitaal slechts

1.250.000 BEF, bedraagt, heden 30.986,69 EURO;

Dat eiser qq. stelt dat volgens de wet van 13 april 1995 de bestaande N.V.'s over 5 jaar beschikken om hun maatschappelijk kapitaal te verhogen tot het nieuwe minimumbedrag, met name 2.500.000 BEF, hetzij heden 61.973,38 EURO;

Dat hij stelt dat, indien dergelijke aanpassing niet gebeurt, een hoofdelijke aansprakelijkheid geldt van de bestuurders tot betaling van het verschil tussen het maatschappelijk kapitaal en 61.973,38 EURO;

Dat de curator verweerders aangetekend in gebreke stelde op 14/2/02 tot betaling van het bedrag van 30.986,69 EURO;

Dat geen betaling tussenkwam zodat eiser qq. overging tot dagvaarding;

**Nopens de ontvankelijkheid**

Overwegende dat derde verweerder stelt dat de vordering opzichtens hem onontvankelijk zou zijn daar artikel 199 derde lid Venn.Wb. stelt dat de schuldeisers tegen de vennoten de rechten van de vennootschap kunnen uitoefenen ten aanzien van de te verrichten geldstortingen die opeisbaar zijn krachtens ondermeer de statuten, een besluit van de vennootschap of een vonnis en dat hij geen vennoot is, zodat de vordering enkel zou kunnen worden gevoerd opzichtens eerste en tweede verweerders;

Overwegende dat de curator overeenkomstig dagvaarding zijn vordering tevens steunt op de wet van 13 april 1995, zodat een hoofdelijke aansprakelijkheid van de **bestuurders** geldt;

Dat overeenkomstig artikel 12 van de statuten (bestuurtoezicht) de vennootschap wordt bestuurd door een raad, samengesteld uit minstens drie leden en overeenkomstig IV: overgangsbepalingen van de statuten, het aantal bestuurders wordt vastgesteld op drie, waaronder derde verweerder, zodat de vordering opzichtens hem wel degelijk ontvankelijk voorkomt;

**Nopens de grond**

Overwegende dat eerste en tweede verweerders in hoofdorde stellen zich te verwijzen naar de betwistingen, gevoerd door derde verweerder, waar deze in hoofdorde stelt dat de hoofdelijke aansprakelijkheid geen betrekking zou hebben op verweerders, doch evenzeer betrekking zou kunnen hebben op de vennoten als op de vennootschapsschuldeisers;

Overwegende dat de curator vanaf zijn ambtsaanvaarding de wettelijke vertegenwoordiger is, niet alleen van de gezamenlijke schuldeisers, maar ook van de gefailleerde vennootschap zelf zodat verweerders wel degelijk hoofdelijk kunnen worden aangesproken;

Dat derde verweerder vervolgens stelt dat de duur van het mandaat verstreek bij de jaarvergadering van het jaar 2000, plaatshebbend overeenkomstig statuten de tweede maandag van mei 2000;

Dat hij stelt dat in de rechtsverhouding tussen hem en de gefailleerde vennootschap vaststaat dat sedert mei geen bestuursfunctie meer werd uitgeoefend;

Overwegende dat, indien het mandaat van de bestuurders een einde had genomen, dezen verplicht waren het mandaat te blijven uitoefenen totdat in hun vervanging was voorzien;

Dat immers overeenkomstig de statuten 3 bestuurders noodzakelijk waren;

Dat de bestuurders trouwens nooit hun ontslag hebben gegeven;

Dat duidelijk voorkomt dat het vennootschapsbelang vereiste dat verweerders in functie bleven totdat in hun vervanging was voorzien;

Overwegende dat door de wet van 13 april 1995 (B.S. 17/6/1995) een overgangsregeling werd voorzien: vanaf de inwerkingtreding van de wet van 13/4/1995 op 1/7/96, beschikken bestaande N.V.'s over 5 jaar (tot en met 30/6/2001) om hun kapitaal te verhogen tot het nieuwe minimumbedrag;

Dat, indien dergelijke aanpassing niet tijdig gebeurt, dan geldt de hoofdelijke aansprakelijkheid van de **bestuurders** tot betaling van het verschil tussen het maatschappelijk kapitaal en het minimumkapitaal, tenzij zij kunnen aantonen dat zij eerder de nodige voorstellen voorlegden aan de algemene vergadering der aandeelhouders;

Overwegende dat het tot de dringende en noodzakelijke bestuursdaden behoorde de aandeelhouders op hun verplichting te wijzen het maatschappelijk kapitaal te verhogen tot het nieuwe minimumbedrag;

Dat verweerders geenszins bewijzen aan hun wettelijke verplichting van inlichting te hebben voldaan;

Dat de vordering vanwege eiser qq. derhalve gegrond voorkomt;

Overwegende dat eerste en tweede verweerders in ondergeschikte orde stellen dat alle bestuurshandelingen werden gesteld door Gaston S., vader van eerste en tweede verweerders;

Dat dit argument terzake niet dienend voorkomt;

Dat zij verder termijnen van betaling vragen overeenkomstig artikel 1244 B.W.;

Overwegende dat de voorgestelde termijnen, waartegen eiser qq. zich uitdrukkelijk verzet, tot gevolg zouden hebben dat de gevorderde som op 13 jaar zou zijn afbetaald, hetgeen als geen redelijke afbetalingstermijn kan worden beschouwd ten overstaan van de schuldeisers van de gefailleerde vennootschap die er belang bij hebben dat de schuld van verweerders opzichtens de gefailleerde zo snel mogelijk wordt afgelost;

Dat er geen aanleiding toe bestaat termijnen van afbetaling toe te kennen;

**Met betrekking tot de vordering in vrijwaring**

Overwegende dat derde verweerder een vordering in vrijwaring instelt opzichtens eerste en tweede verweerders daar hij enkel een "bestuurder op papier" zou zijn geweest en dat alle bestuurdershandelingen, zo stelt hij, zouden zijn gesteld door Gaston S., vader van eerste en tweede verweerders;

Overwegende dat, zoals eerste en tweede verweerders terecht stellen, uit geen enkele vennootschapsakte blijkt dat eiser in vrijwaring ontslag zou hebben genomen als

bestuurder, noch dat de algemene vergadering ooit kennis zou hebben genomen van dit ontslag;

Dat derde verweerder de wettelijke verplichting had om de algemene vergadering in te lichten van het feit dat het minimumkapitaal ontoereikend was, hetgeen niet gebeurde;

Dat derde verweerder derhalve hoofdelijk met eerste en tweede verweerders aansprakelijk is voor het feit dat het kapitaal van de gefailleerde vennootschap niet in overeenstemming was met het wettelijk minimumkapitaal;

Dat de vordering in vrijwaring derhalve ongegrond voorkomt, temeer daar derde verweerder in besluiten verwijst naar de aansprakelijkheid van vader S. dewelke niet inzake is;

Overwegende dat, tenslotte, de curator tevens een rechtsplegingsvergoeding vordert;

Dat, wanneer een advocaat optreedt als curator van een faillissement, dit is als gerechtelijk mandataris die de, hem bij wet toevertrouwde, gemeenschappelijke rechten van het geheel der schuldeisers uitoefent, hij niet optreedt als advocaat die een partij bijstaat in de zin van artikel 1, lid 2 van het K.B. van 30/11/1970 zodat hem geen rechtsplegingsvergoeding toekomt (Cass. 6/5/1983, R.W. 1983-84, 1830),

OM DEZE REDENEN, DE RECHTBANK,
RECHTSPREKEND OP TEGENSPRAAK,

Verklaart de vordering vanwege eiser qq. ontvankelijk en gegrond.

(...)

NOOT: Zie: D. HERBOSCH, "Betwistingen naar aanleiding van de volstortingsplicht ingesteld door de curator", *T.R.V.*, 2002, 540-544 en de daarbij afgedrukte rechtspraak.

---

ALGEMENE VERGADERING
ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

**HOF VAN BEROEP BRUSSEL (8° KAMER) 15 APRIL 2002**

A.R.: 1999/AR/3231
Zet.: de h. P. Blondeel, S. Raes en B. Lybeer, raadsheren
Adv.: Mrs. J. Hardeman, A. Dubois en J.P. Fierens

I. OVERDRACHT VAN AANDELEN – MISKENNING VAN EEN STATUTAIRE OVERDRACHTBEPERKING – GEEN MEDEPLICHTIGHEID VAN DE OVERNEMER

I. TRANSFERT D'ACTIONS – MÉCONNAISSANCE D'UNE INTERDICTION STATUTAIRE – PAS DE COMPLICITÉ DU CESSIONNAIRE

*Noch de ondertekening door een vennootschap, ter gelegenheid van de overname van aandelen in een andere vennootschap, van een overeenkomst waarbij zij zich ertoe verbindt op haar kosten en risico de betwisting te steunen die bestond tussen de zaakvoersters in de vennootschap waarvan de aandelen werden overgenomen, noch het feit dat de aandelenoverdracht nadien nietig werd verklaard, tonen aan dat deze laatste vennootschap deelnam aan een miskenning van de statuten door de zaakvoerster – overdraagster der aandelen.*

*Ni la signature par une société, à l'occasion du transfert d'actions dans une autre société, d'une convention par laquelle elle s'oblige à soutenir pour son compte la contestation qui existait entre les gérantes de la société dont les actions ont été reprises, ni le fait que ce transfert d'actions a été déclaré non avenu, ne démontrent que la société cessionnaire a participé à la violation des statuts par la gérante – cédante des actions.*

II. ALGEMENE VERGADERING – KOSTEN – TE BETALEN DOOR DE VENNOOTSCHAP – VERNIETIGING VAN DE OP DEZE VERGADERING GETROFFEN BESLISSINGEN – INVLOED OP HET VERSCHULDIGD-ZIJN VAN DEZE KOSTEN

II. ASSEMBLÉE GÉNÉRALE – FRAIS – À PAYER PAR LA SOCIÉTÉ – ANNULATION DES DÉCISIONS PRISES LORS DE CETTE ASSEMBLÉE – INFLUENCE SUR LA DÉBITION DE CES FRAIS

*Het houden van een algemene vergadering is een daad die behoort tot het leven van een vennootschap en de kosten ervan moeten in principe door haar worden gedragen, zelfs indien nadien de op deze vergadering getroffen beslissingen werden vernietigd, maar niet de algemene vergadering zelf.*

*La tenue d'une assemblée générale constitue un acte qui fait partie de la vie sociétaire et les frais qu'elle cause doivent en principe être supportés par la société, même si, par après, les décisions prises lors de cette réunion ont été déclarées nulles, sans que l'assemblée même soit annulée.*

III. BEWEERDE PRIVÉ-UITGAVEN VOOR EEN BESTUURDER BETAALD DOOR DE VENNOOTSCHAP – OPNAME IN DE JAARREKENING – GOEDKEURING DOOR DE ALGEMENE VERGADERING – DEFINITIEF KARAKTER

III. DÉPENSES PRÉTENDUMENT PRIVÉES EN FAVEUR D'UN GÉRANT, PAYÉES PAR LA SOCIÉTÉ – REPRISE DANS LES COMPTES ANNUELS – APPROBATION PAR L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE – CARACTÈRE DÉFINITIF

*Door de vennootschap betaalde kosten waarvan beweerd wordt dat ze enkel één bestuurder tot voordeel strekten,*

*maar die werden opgenomen in de jaarrekening, die door de voorlopige bewindvoerder en de algemene vergadering werden goedgekeurd en neergelegd, moeten door de vennootschap gedragen worden. De algemene vergadering kan niet meer terugkomen op beslissingen die hun neerslag vonden in de goedgekeurde jaarrekening, tenzij het zou gaan om het rechtzetten van een materiële vergissing.*

*Des dépenses payées par la société, dont on prétend qu'elles profitent uniquement à un seul gérant, mais qui ont été reprises dans les comptes annuels, qui ont été approuvés par un administrateur provisoire et par l'assemblée générale et déposés en vue de leur publication, doivent être supportées par la société. L'assemblée générale ne peut plus revenir sur des décisions qui ont été reprises dans les comptes annuels approuvés, à moins qu'il s'agisse de la rectification d'une erreur matérielle.*

(O. en BVBA Univers t. Christiane B., Fabienne V. en N.V. DAR Tours)

(...)

***Overzicht van de feiten***

Op 29 september 1976 werd de PVBA VOYAGES UNIVERS (hierna genoemd VOYAGES UNIVERS) opgericht met een kapitaal van 300.000 BEF (7.436,81 euro), vertegenwoordigd door driehonderd deelbewijzen met een nominale waarde van 1.000 BEF (24,79 euro) per deelbewijs.

De oprichters waren Christiane B. een Jacques R. die respectievelijk inschreven op 250 en 50 deelbewijzen.

De vennootschap werd opgericht met het doel een reisagentschap uit te baten.

Artikel 7 van de statuten bepaalde dat de aandelen niet mochten worden overgedragen onder de levenden noch bij overlijden, tenzij met het akkoord van alle vennoten, dat tegen de weigering tot instemming met dergelijke overdracht geen verhaal mogelijk was en dat de weigerende vennoot beschikte over een termijn van zes maanden, te rekenen vanaf zijn weigering, om zelf een koper te vinden, bij gebrek waaraan hij zou gehouden zijn zelf de aandelen over te nemen of zijn weigering op te geven.

Christiane B. en Lea O. werden aangesteld als zaakvoersters.

Bij overeenkomst van 1 oktober 1976 droeg Christiane B. 50 van haar aandelen over aan Lea O.

Op 9 oktober 1978 droeg Jacques R. 50 aandelen over aan Fabienne V., dochter van Christiane B., en op 1 maart 1980 droeg Christiane B. opnieuw 50 aandelen over aan Lea O., zodat op die datum Christiane B. 150 aandelen bezat, Lea O. 100 aandelen en Fabienne V. 50 aandelen.

In de loop van het jaar 1987 verklaarde Christiane B. dat zij zich uit de vennootschap wenste terug te trekken en zij zocht daarom een overnemer voor haar aandelen.

In augustus en september 1987 werden aankondigingen geplaatst in het dagblad "Le Soir" met betrekking tot de overname van het reisagentschap.

Op 23 september 1987 schreef de NV DAR TOURS (hierna genoemd DAR TOURS) het volgende aan "VOYAGES UNIVERS – Mad. C. B.": "*Gevolg gevend aan onze verschillende gesprekken, bevestig ik mijn voorstel betreffende de overname van uw aandelen in de PVBA Voyages Univers (66 % – zesenzestig percent) voor een totaal bedrag van 1 miljoen... Belgische frank* (vertaling uit het Frans)".

Op 6 oktober 1987 stelde de raadsman van Lea O. Christiane B. in gebreke het aandelenboek van de vennootschap – dat verdwenen was op de zetel van de vennootschap – terug te brengen op de zetel of af te geven aan de notaris.

Op 13 oktober 1987 riep Christiane B. Lea O. op voor een buitengewone algemene vergadering die op 2 november 1987 zou plaatsvinden in de studie van notaris Philips, bij wie het aandelenboek werd neergelegd op 19 oktober 1987.

Op de buitengewone algemene vergadering van 2 november 1987 ontdekte Lea O. dat er in het aandelenregister twee overdrachten van aandelen waren ingeschreven, gedateerd op 19 oktober 1987, namelijk de overdracht door Christiane B. van 60 aandelen aan Jacques R. en van 10 aandelen aan Fabienne V., zodat Christiane B. in het bezit bleef van 80 aandelen, terwijl Jacques R. en Fabienne V. ieder 60 aandelen bekwamen.

Op de agenda van deze algemene vergadering stonden onder meer de wijziging van een aantal artikelen van de statuten, waaronder artikel 7, alsook de aanvaarding als vennoot van DAR TOURS.

Volgens het proces-verbaal van deze vergadering verliet Lea O., die de aanwezigheidslijst had ondertekend, de vergadering vooraleer tot de stemmingen werd overgegaan.

Vervolgens werden op dezelfde vergadering beslissingen genomen met een meerderheid van 180 stemmen tegen 60 onthoudingen.

De beslissing over de aanvaarding van DAR TOURS als vennoot werd uitgesteld.

Op 4 november 1987 liet de raadsman van Lea O. weten aan notaris Philips dat de overdracht van aandelen d.d. 17 (bedoeld werd: 19) oktober 1987 was gebeurd in overtreding van artikel 7 van de statuten en met het doel zijn cliënte te kunnen plaatsen tegenover een drievierde meerderheid.

Tevens verwees hij naar de bepaling in dit artikel 7, die zijn cliënte gedurende zes maanden de tijd gaf om een andere koper te zoeken of om zelf de te koop aangeboden aandelen over te nemen, en vroeg hij officieel op de hoogte te worden gebracht van de voorstellen vanwege DAR TOURS om de aandelen van Christiane B., Jacques R. en Fabienne V. over te nemen, waarbij hij liet weten dat het slechts vanaf deze officiële mededeling was dat de termijn van zes maanden zou ingaan.

De raadsman van Christiane B. antwoordde op 16 november 1987 en vroeg of Lea O. ermee instemde de aandelen, die Christiane B. bereid was over te dragen tegen de contant betaalbare prijs van 1.000.000 BEF (24.789,35 euro), te aanvaarden, hierbij verstaan zijnde dat de bedrijfswinsten zouden worden verdeeld volgens een beslissing van de algemene vergadering te nemen vóór de overdracht. Hierbij werd verduidelijkt dat de voorgestelde prijs deze was van DAR TOURS.

Op 27 november 1987 sloot Christiane B. een overeen-

komst met DAR TOURS, waarbij eerstgenoemde onmiddellijk 110 aandelen overdroeg aan laatstgenoemde en waarin werd voorzien dat er op 1 maart 1988 nog eens 70 aandelen zouden worden overgedragen.

Uit het aandelenregister blijkt dat van de 110 onmiddellijk overgedragen aandelen er slechts 10 op naam stonden van Christiane B., 50 op naam van Jacques R. en 50 op naam van Fabienne V.

Deze overeenkomst werd op 3 december 1987 betekend aan VOYAGES UNIVERS, *"sprekende met Lea O., medezaakvoerster"*.

Door middel van een aangetekend schrijven van haar raadsman d.d. 2 december 1987 bevestigde Lea O. haar bereidheid om de 200 aandelen in het bezit van Christiane B. (plus familieleden en verwanten) over te nemen voor de prijs van 1.000.000 BEF (24.789,35 euro).

Op 24 december 1987 ontving de raadsman van Christiane B. een op 22 december 1987 gedateerde brief van de raadsman van Lea O. waarin werd meegedeeld dat deze laatste het voorstel tot aankoop van de overige (andere dan de hare) 200 aandelen aanvaardde.

Op de buitengewone algemene vergadering van 15 januari 1988, waarvoor Christiane B. niet werd opgeroepen, werd beslist haar te ontzetten uit haar ambt van zaakvoerster en per aangetekend schrijven van 18 januari 1988 werd deze beslissing haar ter kennis gebracht.

Bij aangetekend schrijven van 25 januari 1988 werd Christiane B. verzocht de cheques in haar bezit, haar bankkredietkaart en haar eurochequekaart terug te bezorgen aan het bankagentschap, en werd haar meegedeeld dat verrichtingen, gedaan na 15 januari 1988, op haar uitsluitende verantwoordelijkheid zouden geschieden.

(...)

2. De appellanten vorderen de veroordeling in solidum van Christiane B. en van DAR TOURS tot het vergoeden van de schade die VOYAGES UNIVERS zou hebben geleden door de handelingen die door Christiane B. werden gesteld in strijd met de Vennootschappenwet, met de statuten en met het statutair doel van VOYAGES UNIVERS.

In de overeenkomst van 27 november 1987, waarbij Christiane B. 180 aandelen in VOYAGES UNIVERS heeft overgedragen aan DAR TOURS, werd overeengekomen dat laatstgenoemde er zich toe verbond op haar kosten en risico de betwisting te ondersteunen die bestond tussen Christiane B. en Lea O.

DAR TOURS kan niet ontkennen dat zij, op het ogenblik van de ondertekening van deze overeenkomst, in de persoon van haar afgevaardigde bestuurder, de heer L., kennis had van de statuten van VOYAGES UNIVERS en op de hoogte was van de betwisting tussen beide zaakvoersters met betrekking tot artikel 7 van de statuten.

Zelfs indien inmiddels werd beslist dat deze overdracht van aandelen een schending uitmaakte van dit artikel 7, houdt de ondertekening van deze overeenkomst door DAR TOURS op zich niet in dat zij heeft deelgenomen of actief meegewerkt aan de door de appellanten geviseerde handelingen, die zij toeschrijven aan Christiane B. en die nadien hebben plaatsgevonden.

(...)

6. De appellanten vragen vervolgens dat Christiane B. en DAR TOURS in solidum zouden worden veroordeeld tot het terugbetalen aan VOYAGES UNIVERS van het ereloon van 24.000 BEF (594,94 euro) dat werd betaald aan notaris Philips, die aanwezig was op de buitengewone algemene vergadering van 2 november 1987.

Bij arrest d.d. 27 september 1994 heeft het hof de op deze vergadering genomen beslissingen vernietigd, maar niet de algemene vergadering zelf.

Het houden van een algemene vergadering is een daad die behoort tot het leven van een vennootschap en de kosten ervan moeten in principe door haar worden gedragen.

De vergadering van 2 november 1987 werd geldig bijeengeroepen op initiatief van Christiane B. (artikel 12 van de statuten is hier niet van toepassing) en Lea O. heeft deze vergadering bijgewoond.

De omstandigheid dat zij nadien de vergadering heeft verlaten – toen zij heeft vastgesteld dat er voordien ongeldige overdrachten van aandelen hadden plaatsgevonden – en dat de na haar vertrek genomen beslissingen naderhand werden vernietigd heeft niet voor gevolg dat de erelonen en kosten voor het bijeenroepen, vaststellen en houden van de vergadering en voor het opstellen van het proces-verbaal ervan ten laste moeten worden gelegd van Christiane B. en/of DAR TOURS.

De agenda van deze vergadering voorzag onder meer de aanvaarding van DAR TOURS als vennoot. A priori kon niet worden uitgesloten dat Lea O. hiermee akkoord zou gaan en in ieder geval moest, ongeacht de genomen beslissingen, een proces-verbaal worden opgesteld.

Het is dan ook terecht dat de eerste rechter deze vordering ongegrond heeft verklaard.

7. Op verzoek van Christiane B. heeft de Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel, zetelend in kort geding, bij beschikking d.d. 7 april 1988 bedrijfsrevisor Van Mook aangesteld en bevolen dat de voorschotten op diens erelonen en kosten dienden betaald te worden door VOYAGES UNIVERS.

Christiane B. zou hiermee hebben geprobeerd aan te tonen dat Lea O. gelden had verduisterd.

Dergelijke verduisteringen werden niet aangetoond.

De appellanten vragen dat Christiane B. en DAR TOURS in solidum zouden worden veroordeeld tot het terugbetalen van de kosten van deze bedrijfsrevisor, namelijk 63.279 BEF (1.568,65 euro).

De eerste rechter heeft ook deze vordering ongegrond verklaard op grond van het feit dat wordt toegegeven dat deze deskundige enige voorstellen heeft geformuleerd op het gebied van de reorganisatie van de boekhouding, en dat volgens deskundige Closset deze opmerkingen een positieve invloed hebben gehad op de administratieve en boekhoudkundige organisatie van VOYAGES UNIVERS in die zin dat deze vennootschap enkele belangrijke tekortkomingen in de boekhouding zou hebben kunnen rechtzetten. De eerste rechter oordeelde dan ook dat deze tegenprestatie opwoog tegen de gedragen kost zodat deze post niet als schade kon worden beschouwd.

Het hof sluit zich aan bij dit standpunt en voegt eraan

toe dat niet wordt aangetoond dat Christiane B., laat staan DAR TOURS, meer dan Lea O. verantwoordelijk zouden zijn voor de door de bedrijfsrevisor vastgestelde tekortkomingen in de boekhouding.

Gelet op de afwezigheid van schade is het dan ook niet relevant in te gaan op de vraag of Christiane B. deze aanstelling had mogen vragen – de appellanten verwijzen in dat verband ten onrechte naar artikel 12 van de statuten – en dat de tekortkomingen in de boekhouding zonder de aanstelling van bedrijfsrevisor Van Mook zouden zijn weggewerkt wordt niet aangetoond.

Bijgevolg werd ook deze vordering terecht ongegrond verklaard.

(...)

10. Naar aanleiding van de procedure in schadevergoeding hebben de appellanten ook gevorderd dat Christiane B. zou worden veroordeeld tot het terugbetalen van bedragen die zij door VOYAGES UNIVERS heeft laten betalen, en dit voor uitgaven die volgens de appellanten bedrijfseconomisch bekeken geen betrekking hadden op de uitbating van de vennootschap en in feite privé-uitgaven waren.

Deze kosten werden opgenomen in de jaarrekeningen van VOYAGES UNIVERS die niet alleen door de voorlopige bewindvoerder maar ook door de algemene vergadering werden goedgekeurd en neergelegd.

In de vennootschapsaangifte werden deze kosten bovendien niet opgenomen als verworpen uitgaven.

De omstandigheid dat Lea O. geen meerderheid had op de vergadering waarop de goedkeuring plaatsvond staat er niet aan in de weg dat een goedgekeurde jaarrekening bindend is – hetgeen wil zeggen dat de algemene vergadering niet meer kan terugkomen op beslissingen die hun neerslag vinden in de jaarrekening – en dat na de goedkeuring van de jaarrekening enkel materiële vergissingen kunnen worden rechtgezet.

De appellanten vragen niet dat de beslissingen waarbij jaarrekeningen werden goedgekeurd nietig zouden worden verklaard.

De eerste rechter heeft dan ook terecht overwogen dat het nu niet aanvaarden van door Christiane B. ingebrachte kosten als een uitgave van de vennootschap, daar waar dit bij een goedgekeurde jaarrekening werd aanvaard, niet kan worden beschouwd als het rechtzetten van een materiële vergissing.

Voor het overige laten de overgelegde stukken het hof niet toe met een voldoende zekerheid vast te stellen dat, op basis van de goedgekeurde boekhouding, Christiane B. nog bedragen verschuldigd is aan VOYAGES UNIVERS.

Ook deze vordering werd bijgevolg terecht ongegrond verklaard.

11. Uit al het voorgaande volgt dat de beslissing van de eerste rechter moet worden bevestigd wat de uitgesproken veroordelingen in hoofdsom betreft.

(...)

---

VERKOOP VAN AANDELEN
VENTE D'ACTIONS

**HOF VAN BEROEP GENT (12° KAMER) 29 MEI 2002**

A.R. 2000/AR/0283
Zet.: Mw. B. Schoonjans, kamervoorzitter de h. A. Deene en L. Thabert, raadsheren,
Adv.: Mr. S. Beele

I. VENNOOTSCHAP – VERKOOP VAN AANDELEN – TOESTEMMING – DWALING

I. SOCIÉTÉ – VENTE D'ACTIONS – CONSENTEMENT – ERREUR

*Een gebrek aan wilsovereenstemming m.b.t. een verkoop van aandelen kan niet worden aanvaard indien de kopers op de hoogte waren van de waarde van de aandelen en alle noodzakelijke boekhoudkundige en financiële stukken hebben gekregen, zij erkenden alle gevraagde inlichtingen en inzage in documenten hebben gekregen en de verkopers ontslagen hebben van iedere vrijwaring omtrent de verkochte aandelen en afstand deden van elke vordering tot schadeloosstelling.*

*Un vice de consentement concernant une vente d'actions ne peut être retenu si les acheteurs étaient au courant de la valeur des actions, s'ils ont reçu toutes les pièces comptables et financières, s'ils ont reconnu avoir reçu toutes les informations demandées ainsi que la production de documents, s'ils ont déchargé les vendeurs de toute garantie concernant les actions vendues et s'ils ont renoncé à toute demande de dommages-intérêts.*

II. VERKOOP VAN AANDELEN – NIET-BETALING – SANCTIE

II. VENTE D'ACTIONS – DÉFAUT DE PAIEMENT – SANCTION

*In die omstandigheden kan er geen sprake zijn van (verschoonbare) dwaling, nu de kopers de beweerde, na de verkoop vastgestelde onregelmatigheden kenden of konden kennen vóór zij de verkoopovereenkomst tekenden.Zij moeten dan ook tot betaling van de aankoopprijs veroordeeld worden.*

*Dans ces circonstances il ne peut être question d'une erreur (excusable), puisque les acheteurs connaissaient ou pouvaient avoir connaissance avant la signature du contrat de vente des prétendues irrégularités découvertes après la vente. Ils doivent donc être condamnés au paiement du prix d'achat.*

(Lys N.V. e.a. t. S. en C.)

(...)

2. Het bestreden vonnis heeft:

* de oorspronkelijke hoofdvordering van geïntimeerden toelaatbaar en als volgt gegrond verklaard:

– gezegd voor recht dat appellanten ten onrechte niet zijn overgegaan tot afname van de door hen volgens onderhandse overeenkomst van 24 februari 1994 aangekochte 1.100 aandelen van de N.V. Empire Carpets, met vennootschapzetel te Anzegem mits de forfaitaire prijs van € 99.157,41 (4.000.000 BEF) in vier gelijke tweemaandelijkse schijven voor het eerst op 30 juni 1994, en dat zij gehouden zijn om die koopprijs vooralsnog te betalen.

– appellanten hoofdelijk en ondeelbaar veroordeeld om aan geïntimeerden het voormeld bedrag van € 99.157,41 (4.000.000 BEF) te betalen, te vermeerderen met gerechtelijke rente vanaf de respectievelijke vervaldagen tot de datum van betaling.

– appellanten in solidum veroordeeld om aan geïntimeerden een provisionele schadeloosstelling van € 1.239,47 (50.000 BEF) te betalen, te vermeerderen met gerechtelijke rente vanaf 13 juni 1994 tot de datum van betaling.

– akte gegeven aan geïntimeerden dat zij bereid zijn de door appellanten aangekochte aandelen te overhandigen, van zodra laatstgenoemden hun wil tot afname ervan hebben betuigd en van zodra hun betalingsverplichting werd nagekomen.

– gezegd voor recht dat het aandelenregister zal worden aangepast overeenkomstig voornoemde onderhandse overeenkomst van 24 februari 1994.

(...)

3. Het hoger beroep strekt ertoe om het bestreden vonnis te horen teniet doen, en opnieuw wijzend de oorspronkelijke hoofdvordering van geïntimeerden ontvankelijk doch ongegrond en de oorspronkelijke tegeneisen van appellanten beiden ontvankelijk en gegrond te verklaren.

(...)

4.1. De eerste rechter heeft terecht de door appellanten voorgehouden "gebrek aan wilsovereenstemming" afgewezen.

Het weze herhaald: volgens art. 1.6 van de onderhandse koopovereenkomst van 24 februari 1994 hebben appellanten erkend dat zij op de hoogte waren van de waarde van de aandelen en van alle noodzakelijke boekhoudkundige en financiële stukken, en dat zij van geïntimeerden alle nodige inlichtingen, waaromtrent werd gevraagd, hebben gekregen.

Meer nog, zij erkenden ook inzage te hebben gekregen van alle documenten ten einde zich een volledig beeld te kunnen vormen omtrent de aard en de waarde van de aandelen, alsmede de draagwijdte van huidige overeenkomst en haar gevolgen.

Ten slotte hebben appellanten geïntimeerden zelfs ontslagen van iedere vrijwaring omtrent de verkochte aandelen en van meetaf aan afstand gedaan van welkdanige vordering tot schadeloosstelling.

Dergelijke bedingen zijn duidelijk en niet voor interpretatie vatbaar.

4.2. In de gegeven omstandigheden kunnen appellanten bezwaarlijk voorhouden dat hun toestemming aangetast geweest is door een wilsgebrek. Hun verweer dat art. 1.6. dient te worden geïnterpreteerd *"binnen het kader van de algemene context waarbinnen de overeenkomst tussen de diverse partijen tot stand kwam"* kan dan ook niet wordend gevolgd. De door partijen uitvoerig gevoerde betwisting over de juiste situatie van eerste geïntimeerde binnen de N.V. Empire Carpets mist hierbij elke relevantie.

4.3. De door geïntimeerden ingeroepen interne audit welke gevoerd werd na het ondertekenen van de kwestieuze overeenkomst van 24 februari 1994, en die volgens appellanten de door eerste geïntimeerde zgn. gepleegde onregelmatigheden aan het licht zou hebben gebracht, heeft zich toch logischerwijze gesteund op dezelfde boekhoudkundige en financiële stukken als degene welke appellanten erkennen te hebben nagezien. De eerste rechter heeft derhalve terecht vastgesteld dat enerzijds appellanten die zgn. onregelmatigheden kenden – minstens konden gekend hebben – vooraleer de onderhandse overeenkomst van 24 februari 1994 te ondertekenen, zodat er geen sprake kan zijn van (verschoonbare) dwaling en anderzijds ten dezen tevergeefs gezocht moet worden naar listige kunstgrepen en/of bedrieglijke verzwijgingen in hoofde van geïntimeerden. Een uitgevoerde strafinformatie tegen eerste geïntimeerde kende trouwens geen verder gevolg...

4.4. Daar waar appellant op bl. 4 van zijn op 19 september 2000 neergelegde conclusie beweert dat hij ingevolge art. 1.4 van de overeenkomst van 24 februari 1994 enkel gehouden was om door appellante af te leveren wisselbrieven te avaliseren, betwist hij in latere conclusies niet meer dat hij naar de bedoeling van de partijen (zie immers art. 1.4. juncto 3.12.) zich effectief rechtstreeks garant (= geen borg) heeft gesteld voor de betaling van de prijs der aangekochte aandelen, en dat hij derhalve wel degelijk als mededebiteur van geïntimeerden moet worden beschouwd.

5. Inzake verbintenissen die alleen betrekking hebben op het betalen van een bepaalde geldsom, bestaat de schadevergoeding wegens vertraging in de uitvoering nooit in iets anders dan de wettelijke rente, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen (art. 1153, lid 1 B.W.).

Bovendien zijn partijen in hun overeenkomst van 24 februari 1994, door het inlassen van enig specifiek beding, niet afgeweken van voornoemde gemeenrechtelijke regeling. Tenslotte tonen geïntimeerden niet aan dat appellanten opzettelijk, derhalve ter kwade trouw, te kort gekomen zijn aan hun betalingsverplichtingen (art. 1153, lid 3 B.W.), zodat er ten dezen geen schadevergoeding kan worden toegekend die de wettelijke rente te boven gaat.

Geïntimeerden mogen immers niet uit het oog verliezen dat er voor de begroting van schade wegens wanprestatie een onderscheid bestaat tussen numerieke schulden (= uit een overeenkomst of uit een wet voortvloeiende verbintenissen of schuldvorderingen waarvan het oorspronkelijk voorwerp bestaat in het betalen van een numerieke geldsom), waarvoor de specifieke bepalingen van art. 1153-1154 B.W. gelden), en waardeschulden waarvan het be-

drag door de rechter moet worden bepaald. Tot de categorie van de waardeschulden behoort o.a. de verbintenis tot betaling van een schadevergoeding wegens contractuele wanprestatie voortvloeiende uit een andere verbintenis dan die betreffende de betaling van een numerieke geldsom. Ten aanzien van waardeschulden kan de rechter inderdaad in voorkomend geval steeds een gemeenrechtelijke schadevergoeding toekennen die de gerechtelijke rente te boven gaat.

De eerste rechter heeft in de gegeven omstandigheden ten onrechte een provisionele schadevergoeding € 1.239,47 (50.000 BEF) aan geïntimeerden toegekend, en de thans bij tusseneis gevorderde schadevergoeding van 15% op het bedrag van € 99.157,41 (4.000.000 BEF) dient eveneens te worden afgewezen als ontvankelijk doch ongegrond.

(...)

---

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID
RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

**HOF VAN BEROEP GENT (23° KAMER) 17 OKTOBER 2001**

A.R.: 1999/AR/1141
Zet.: de h. E. Teirlinck, raadsheer
Pleit.: Mrs.J. Verdonck, A. Billiet en C. D'Hooghe

VENNOOTSCHAPPEN – BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID – VEREFFENING-VERDELING VAN HET VENNOOTSCHAPSVERMOGEN ZONDER DE WETTELIJKE BEPALINGEN TE RESPECTEREN – NIET-NEERLEGGEN VAN DE JAARREKENING – NIET NALEVEN VAN DE ALARMBELPROCEDURE – OMKERING VAN DE BEWIJSLAST TEN VOORDELE VAN DERDEN – CURATOR – BEZOLDIGING VAN DE BESTUURDERS EN BETALING VAN SOCIALE LASTEN ZONDER WETTELIJKE OF STATUTAIRE BASIS

SOCIÉTÉS – RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS – LIQUIDATION-PARTAGE DU PATRIMOINE DE LA SOCIÉTÉ SANS QUE LES DISPOSITIONS LÉGALES SOIENT RESPECTÉES – ABSENCE DE DÉPÔT DES COMPTES ANNUELS – NON RESPECT DE LA PROCÉDURE D'ALERTE – RENVERSEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE EN FAVEUR DES TIERS – CURATEUR – RÉMUNÉRATION DES ADMINISTRATEURS ET PAIEMENT DE CHARGES SOCIALES SANS JUSTIFICATION LÉGALE OU STATUTAIRE

*1. In de gevallen waarin de zaakvoerders de enige aandeelhouders zijn en de jaarrekening uitdrukkelijk het bedrag der bezoldigingen vermeldt, wordt de goedkeuring van de jaarrekeningen met de beslissing omtrent de bezoldiging van de zaakvoerders gelijkgesteld. Anders dan voor de kwijting schrijft het wetboek vennootschappen niet voor dat de toekenning van een bezoldiging moet geschieden bij afzonderlijke stemming.*

*1. Au cas où les administrateurs sont les seuls actionnaires et que les comptes annuels mentionnent expressément le montant des rémunérations, l'approbation des comptes annuels doit être assimilée à une décision concernant la rémunération des administrateurs. Contrairement aux dispositions concernant la décharge, le code des sociétés ne prescrit pas l'attribution d'une rémunération par vote distinct.*

*2. Een bezoldiging van de zaakvoerders en het betalen van sociale bijdragen op deze bezoldigingen door de vennootschap zonder goedkeuring van de algemene vergadering, in tegenstelling tot de bepaling in de statuten die de kostenloosheid van het mandaat voorschrijft, leidt tot de gegrondverklaring van de aansprakelijkheidsvordering op grond van art. 262 – 263 Venn.W.*

*2. On doit conclure au bien-fondé de l'action en responsabilité basée sur les articles 262 – 263 Code soc., si la rémunération des administrateurs et le paiement de cotisations sociales sur ces rémunérations par la société n'ont pas reçu l'approbation par l'assemblée générale, en méconnaissance de la disposition statutaire prévoyant la gratuité du mandat.*

*3. Indien de vennootschap failliet werd verklaard binnen de vijf maanden na de afsluiting van het boekjaar, kan aan de zaakvoerders geen verwijt worden gemaakt dat de jaarrekening nog niet ter goedkeuring was voorgelegd aan de algemene vergadering.*

*3. Si la faillite de la société a été prononcée endéans les cinq mois après la clôture de l'année comptable, on ne peut pas reprocher aux administrateurs que les comptes annuels n'avaient pas été soumis à l'approbation de l'assemblée générale.*

*4. De schade door een inbreuk op art. 332-333 W.Venn. zal meestal bestaan in de verslechtering van de kans voor de schuldeiser om zijn schuldvordering te verhalen door toename van het passief na het moment waarop de algemene vergadering had moeten bijeenkomen en tot ontbinding had kunnen beslissen, dan wel in het feit dat men nog contracten gesloten heeft terwijl dit niet het geval zou zijn mocht de vennootschap ontbonden geweest zijn. De vennootschap moet in dit verband het oorzakelijk verband tussen fout en schade aantonen. Ten voordele van derden is de bewijslast omgekeerd wat het oorzakelijk verband betreft. Nu de curator zowel namens de vennootschap en derden optreedt, dient de voor hem meest gunstige bewijsregeling te worden toegepast.*

*4. Le dommage causé par la méconnaissance des articles 332 – 333 Code soc. consistera normalement pour le créancier en la diminution des chances de recouvrement de sa créance, résultant de l'accroissement du passif après le moment auquel l'assemblée générale aurait dû se réunir*

*pour décider de la dissolution, ou résultant du fait que des contrats ont encore été conclus, ce qui n'aurait pas été le cas si la société avait été dissoute. La société devra à cet égard démontrer le lien causal entre la faute et le dommage. Les tiers bénéficient d'un renversement de la charge de la preuve en ce qui concerne le lien de causalité. Puisque le curateur représente à la fois la société et les tiers, il doit bénéficier du régime de preuve le plus favorable.*

*5. De zaakvoerders van een vennootschap begaan een fout indien ze, in weerwil van de wettelijke regeling overgaan tot de daadwerkelijke vereffening van de vennootschap en zulks zonder voorafgaande toestemming van de algemene vergadering.*

*5. Les administrateurs d'une société agissent fautivement si, en méconnaissance des règles légales, ils procèdent à la liquidation effective de la société sans avoir obtenu l'autorisation de l'assemblée générale.*

(V. en L. t. faillissement BVBA T.)

(...)

***Het hoger beroep***

6. Het hoger beroep van appellanten strekt tot het tenietdoen van het vonnis a quo en opnieuw wijzende, tot de ontvankelijk- doch ongegrondverklaring van de oorspronkelijke vordering van geïntimeerden qq. en de veroordeling van dezen tot de kosten gevallen in beide aanleggen.

7. Geïntimeerden qq. besluiten tot de onontvankelijkheid, minstens ongegrondverklaring van het hoger beroep, de bevestiging van het bestreden vonnis in zijn beschikkingen en de veroordeling van appellanten tot de appèlkosten.

***Beoordeling***

8. Appellanten waren de enige aandeelhouders (ieder voor de helft) en zaakvoerders van de B.V.B.A. 'T., die failliet verklaard werd bij vonnis dd. 28 mei 1997.

Geïntimeerden qq. stellen een aansprakelijkheidsvordering in tegen appellanten gestoeld op de artikelen 1382 van het burgerlijk wetboek, alsmede 62 en 132, 103 en 140 der vennootschappenwet.

Zij werpen aan appellanten tegen.

- dat dezen de vennootschap geliquideerd hebben zonder voorafgaandelijk besluit van de algemene vergadering en dat de gelijkheid van de schuldeisers bij de liquidatie werden miskend,
- dat de jaarrekening voor het boekjaar 1996 niet werd neergelegd,
- dat hoewel de voorwaarden voorzien in de artikelen 103 en 140 der vennootschappenwet waren vervuld, appellanten nalieten de verplichte algemene vergadering samen te roepen,
- dat appellanten zich een bezoldiging als zaakvoerder toeeigenden en sociale lasten door de vennootschap lieten betalen, zonder dat hiervoor een wettelijke of statutaire basis voorhanden was.

9. Geïntimeerden qq. stellen dat appellanten tussen 1 januari 1991 en de datum van het faillissement ingevolge onrechtmatige bezoldigingen een bedrag van 5.032.582 BEF opstreken.

In de faillissementsinventaris werd geacteerd:

*"Blijkens de statuten was het mandaat van de zaakvoerders onbezoldigd, behoudens goedkeuring door de algem. vergadering. Uit het verslagboek blijkt geen enkele goedkeuring van deze aard".*

De statuten van de vennootschap liggen niet voor. Appellanten betwisten evenwel niet dat de statuten in het onbezoldigd karakter van het mandaat voorzagen.

In de gevallen waarin de zaakvoerders de enige aandeelhouders zijn en de jaarrekening uitdrukkelijk het bedrag der bezoldigingen vermeldt, wordt de goedkeuring van de jaarrekeningen met een beslissing omtrent de bezoldiging van de zaakvoerders gelijkgesteld. Anders dan voor de kwijting (zie artikel 79, lid 3 van de vennootschappenwet, art. 284 en 555 W. Venn.) schrijft de vennootschappenwet niet voor dat de toekenning van een bezoldiging moet geschieden bij afzonderlijke stemming (GEENS, K. EN LAGA, H., Overzicht van Rechtspraak Vennootschappen (1986-1991), T.P.R., 1993, nr. 257, p. 1143).

Tot en met het boekjaar 1995 werden de jaarrekeningen goedgekeurd. Deze goedkeuring strekt zich uit tot de uitdrukkelijk erin vermelde bezoldigingen en sociale bijdragen, zodat de vordering van geïntimeerden qq. wat deze periode betreft iedere grond mist. Volgens de faillissementsinventaris was het beginsel van de goedkeuring van de bezoldigingen door de algemene vergadering in de statuten ingebouwd, zodat appellanten noch op grond van artikel 132 vennootschappenwet, art. 262-263 W. Venn. noch op grond van artikel 1382 van het burgerlijk wetboek kunnen aansprakelijk worden gesteld.

Anders is het gesteld met de jaarrekening per 31 december 1996 die niet aan de algemene vergadering ter goedkeuring werd voorgelegd.

De zaakvoerders kenden zich in 1996 een bezoldiging toe ad 232.582 BEF (post 620000) en de vennootschap betaalde hun sociale bijdragen op bezoldigingen ad 453.929 BEF (post 620100), het weze samen 686.511 BEF.

Nu deze begunstiging geschiedde zonder goedkeuring van de algemene vergadering, is deze gebeurd in tegenspraak met de statuten die de principiële kosteloosheid van het mandaat voorschreven en werd de vennootschap erdoor benadeeld. De aansprakelijkheidsvordering van geïntimeerden qq. komt om deze reden reeds gegrond voor ten bedrage van 686.511 BEF en zulks op grond van de artikelen 62 en 132 der vennootschappenwet, art. 527-528 en 262-263 W. Venn.

Appellanten kunnen niet worden gevolgd waar ze stellen dat de uitkeringen gewettigd waren gezien deze niets te maken hebben met de verrichtingen in het raam van de vertegenwoordigingsbevoegdheid als bestuurder, doch het materieel werk vergoedden dat door hen werd verricht.

De uitkeringen dragen in de balansen (zowel de goed-

gekeurde als deze van 1996) de benaming *"bezoldigingen"*. Uit het gebruik van deze term zelf blijkt dat het uitkeringen voor het bestuurdersmandaat betreft. Uit geen der balansen of verslagen der algemene vergadering blijkt dat er ooit een regeling heeft bestaan om een onderscheid te maken tussen bezoldigingen in het raam van het bestuurdersmandaat en het loon voor het leveren van prestaties daarbuiten, noch om laatstgenoemde prestaties afzonderlijk te vergoeden.

10. De zaakvoerders hebben de verplichting om de jaarrekening (i) binnen de zes maanden na het einde van het boekjaar ter goedkeuring aan te bieden aan de algemene vergadering en (ii) binnen de maand na de goedkeuring en niet later dan 7 maanden na het einde van het boekjaar neer te leggen bij de Nationale Bank van België (artikelen 77, 80, 201,3°quater en 201,4° der vennootschappenwet, art. 95 e.v., 98, 126, 128 W. Venn.).

Nu de vennootschap failliet werd verklaard binnen de vijf maanden na de afsluiting van het boekjaar 1996, kunnen de zaakvoerders geen verwijt worden gemaakt dat de jaarrekening nog niet ter goedkeuring voorgelegd was.

11. Het artikel 140 der vennootschappenwet maakt het artikel 103 van dezelfde wet van toepassing op de B.V.B.A., thans art. 322-333 W. Venn.

Laatstgenoemd artikel verplicht de raad van bestuur om de algemene vergadering binnen een termijn van twee maanden bijeen te roepen, wanneer het netto-actief van de vennootschap is gedaald tot minder dan de helft respectievelijk één vierde van het maatschappelijk kapitaal ingevolge geleden verliezen.

Uit het verslag van de gewone algemene vergadering dd. 28 mei 1994 en het verslag van de bestuurders over het boekjaar 1993 blijkt dat de bepalingen van artikel 103 en 140 vennootschappenwet niet formeel werden nageleefd.

Anders is het gesteld met het boekjaar 1994, waarvoor de algemene vergadering wel degelijk samengeroepen is en bijeengekomen.

Op de gewone algemene vergadering dd. 21 oktober 1995 stond bij de goedkeuring van de jaarrekening per 31 december 1994 volgend punt op de agenda: *"Art 103 ven.w."*, en werd beslist: *"In aansluiting op het tweede punt van de agenda beslist de vergadering in afzonderlijke stemming en met éénparigheid dat de vennootschap haar aktiviteit mag verder zetten, doch moet zoeken naar een andere formule en de schulden mogen niet verder oplopen"*. Een verslag van de raad van bestuur in verband met de financiële toestand en de te nemen herstelmaatregelen ligt voor.

Op de gewone algemene vergadering dd. 21 december 1996 stond bij de goedkeuring van de jaarrekening per 31 december 1995 volgend punt op de agenda: *"Artikel 103 ven.w."*, en werd beslist: *"Na discussie inzake de toepassing van artikel 103 van de vennootschappenwet, beslist de vennootschap de vergadering verder te zetten, doch de schulden ten opzichte van banken en leveranciers mogen niet verder oplopen. Bovendien wordt de zaakvoerder verzocht een oplossing te vinden voor de financiële toestand van de vennootschap"*. Een bijzonder verslag van de raad van bestuur aan de algemene vergadering ligt evenwel niet voor.

Met betrekking tot het boekjaar 1996 werd de algemene vergadering niet meer samengeroepen.

Zowel de vennootschap als de derden zullen moeten aantonen welke schade zij hebben geleden door de inbreuk op artikel 103 der vennootschappenwet. Deze zal meestal bestaan (i) in de verslechtering van de kans voor de schuldeiser om zijn schuldvordering te verhalen door de toename van het passief na het moment waarop de algemene vergadering had moeten bijeenkomen en tot ontbinding had kunnen beslissen, dan wel (ii) in het feit dat men nog gecontracteerd heeft terwijl dit niet het geval zou zijn mocht de vennootschap ontbonden geweest zijn. (VAN SANTVLIET, C., Artikel 103 van de vennootschappenwet (de alarmbelprocedure): een stand van zaken), p. 607, nr. 48).

De bewijslast op vlak van het oorzakelijk verband is verschillend voor de vennootschap en de derden. De vennootschap moet het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade bewijzen. Ten voordele van de derden is de bewijslast omgekeerd bij toepassing van artikel 103, laatste lid der vennootschappenwet. Nu geïntimeerden qq. namens de vennootschap en de derden optreden, dient de voor hen meest gunstige bewijsregeling (deze van artikel 103, laatste lid) te worden toegepast.

Nu de daaropvolgende jaren de algemene vergadering kennis genomen heeft van de financiële toestand van de vennootschap en beslist heeft om de werkzaamheden verder te zetten, is het bewijs geleverd dat de derden geen schade geleden hebben ingevolge de niet naleving van de verplichting opgelegd door de artikelen 103 en 140 met betrekking tot het boekjaar 1993.

Het bijeenroepen van de algemene vergadering zonder bijzonder verslag (jaarrekening 1995) maakt in hoofde van de zaakvoerders een fout uit. Nu alle vennoten van de B.V.B.A. evenwel tevens zaakvoerder waren en beslist hebben om de werkzaamheden verder te zetten, is het onwaarschijnlijk dat deze tot een andere beslissing zouden gekomen zijn indien zijzelf voorafgaandelijk een bijzonder verslag hadden opgesteld. Het feit dat het punt op de agenda geplaatst werd en de genomen beslissing (geen nieuwe schulden aan leveranciers en bankiers) bewijzen dat appellanten zich bewust waren van de problemen ter zake.

De algemene vergadering moet bijeenkomen binnen een termijn van twee maanden die begint te lopen nadat het verlies is vastgesteld of krachtens wettelijke of statutaire bepalingen had moeten worden vastgesteld. Nu hierboven (sub. 10) reeds werd gemotiveerd dat de vennootschap failliet werd verklaard binnen de vijf maanden na de afsluiting van het boekjaar 1996 en dienvolgens binnen de termijn van zes maanden waarover ze beschikte om de jaarrekening aan de algemene vergadering voor te leggen, ligt het bewijs niet voor dat appellanten de termijn van twee maanden voorzien in artikel 103 hebben overschreden.

Zelfs indien zij dit wel zouden gedaan hebben, dan nog blijkt uit de voorliggende stukken dat na 13 februari 1996 – datum waarop de handelszaak werd overgelaten – door de vennootschap geen bijkomende schulden werden aangegaan, zodat de kansen van de schuldeisers om hun schuldvordering te recupereren niet verslechterd zijn.

De vordering ingesteld door geïntimeerden qq. op grond

van de artikelen 103 en 140 der vennootschappenwet en 1382 van het burgerlijk wetboek (voor zover op de niet naleving van voornoemde vennootschapsartikelen gesteund) mist iedere grond.

12. Verder roepen geïntimeerden qq. nog in dat:
- appellanten de vennootschap geliquideerd hebben, zonder dat hiertoe voorafgaandelijk het besluit was genomen,
- bij deze liquidatie het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers geschonden werd.

12.1 Op 13 februari 1996 werd de handelszaak overgelaten tegen de som van 5.000.000 BEF door bemiddeling van een makelaar. Het saldo van de koopsom groot 4.500.000 BEF werd op 1 april 1996 geheel vereffend. Volgens appellanten werd dit bedrag besteed als volgt:
- 302.000 BEF voor de makelaar,
- 150.000 BEF voor de verhuurder,
- 3.000.000 BEF voor de banken,
- 500.000 BEF aan de vader van tweede appellante,
- het saldo aan diverse bevoorrechte schuldeisers (R.S.Z. en Sociale Kas).

In juli 1996 verkocht de vennootschap de auto Ford Mondeo (toebehorend aan E.B.-Lease) voor een bedrag van 350.000 BEF (B.T.W. inclusief).

In april 1997 verkocht de vennootschap een computer met printer (toebehorend aan E.B.-Lease) voor het bedrag van 28.000 BEF (B.T.W. inclusief).

Op het ogenblik van het faillissement beschikte de vennootschap over 9.689 BEF aan liquiditeiten, een faxtoestel, een G.S.M. en een schuldvordering wat het bedrag van 28.000 BEF betreft (computer met printer).

12.2 Appellanten ontkennen dat zij de facto overgegaan zijn tot vereffening van de vennootschap. Zij stellen dat zij op het ogenblik van de verkoop van de handelszaak de bedoeling hadden om over te schakelen op een traiteurdienst, wat uiteindelijk niet kon worden geconcretiseerd.

Samen met de eerste rechter is het Hof evenwel een andere mening toegedaan. Het feit dat appellanten zijn overgegaan tot daadwerkelijke vereffening van de vennootschap blijkt uit het feit:
- dat omzeggens alle activa werden gerealiseerd,
- dat de schulden grotendeels aangezuiverd werden (weze het naar willekeur),
- dat na de overlating eerste appellant in loondienst ging werken om daarna voor eigen rekening een drankgelegenheid te beginnen op het adres van de maatschappelijke zetel van de vennootschap.

12.3 De ontbinding en vereffening van vennootschappen wordt geregeld bij artikel 177sexies en 178 en volgende van de vennootschappenwet, art. 182 en 183 W. Venn. Op de vereffenaar rust de verplichting om onverminderd de rechten van de bevoorrechte schuldeisers, alle schulden naar evenredigheid te betalen en zonder onderscheid tussen opeisbare en niet-opeisbare schulden, onder aftrek, wat deze betreft, van het disconto. Hij mag op eigen risico eerst de opeisbare schulden betalen, ingeval de baten de lasten aanmerkelijk te boven gaan of de schuldvorderingen op termijn voldoende gewaarborgd zijn (artikel 184 der vennootschappenwet, art. 188 W. Venn.).

Appellanten hebben een fout gemaakt door in weerwil van voornoemde wettelijke regeling over te gaan tot daadwerkelijke vereffening van de vennootschap en zulks zonder voorafgaande beslissing van de algemene vergadering. Dit volstaat op zich niet om te besluiten dat de vennootschap of de derden hierdoor schade hebben geleden.

12.4 Dat de vennootschap schade heeft geleden door deze werkwijze van appellanten komt niet bewezen voor.

De vennootschap heeft de handelszaak overgedragen via een makelaar voor een bedrag van 5.000.000 BEF. Geïntimeerden qq. maken niet aanneembaar dat de gerealiseerde verkoopprijs hoger zou geweest zijn indien zijzelf de handelszaak verkocht hadden. In de regel wint een restaurant niet aan waarde ingevolge de tussenkomst van een faillissement en is het interessanter om de zaak in going concern over te laten. De cliëntèle en handelsbenaming zijn voor een restaurant in de regel belangrijke bestanddelen, die gevoelig aan waarde inboeten ingevolge de tussenkomst van een faillissement.

Ook de aan E.B.-LEASE toebehorende goederen hebben appellanten optimaal te gelde gemaakt. E.B.-LEASE diende een schuldvordering in ten bedrage van 229.552 BEF, daar waar appellanten 289.256 BEF en 25.141 BEF (excl. B.T.W) recupereerden. Weze nog opgemerkt dat in de loop van de afhandeling van het faillissement appellanten de schuld aan E.B.-LEASE totaal hebben aangezuiverd (als borgen).

12.5 De betwistingen van de schuldvorderingen van de schuldeisers zijn afgehandeld. Het passief van het faillissement is definitief te begroten op een bedrag van 728.378 BEF als zijnde bevoorrecht en – rekening gehouden met de aanzuivering van de schuldvordering van E.B.-LEASE – een bedrag van 239.988 BEF als zijnde chirografair. Dit maakt samen een som van 968.366 BEF.

Geïntimeerden qq. trekken in twijfel dat appellanten met de opbrengst van de handelszaak enkel bevoorrechte schulden hebben voldaan, doch zij leveren niet het bewijs van het tegendeel. Deze bewijslast rust nochtans op hen gezien zij de aansprakelijkheidsvordering instelden. Nu zij over de gehele boekhouding van de vennootschap beschikken dienen zij hiertoe gemakkelijk in staat te zijn.

Het bewijs ligt niet voor dat de derden benadeeld zijn door de door appellanten uitgevoerde betalingen.

Het actief van het faillissement beloopt ongeveer 40.000 BEF (aangetroffen in de boedel – zie hierboven sub. 12.1) + 686.511 BEF (terug te betalen bezoldigingen en sociale lasten) = 726.511 BEF. Dit bedrag dekt omzeggens het totaal van het bevoorrecht passief. In acht genomen de gunstige tegeldemaking van de handelszaak wordt aangenomen dat zelfs rekening gehouden met de erelonen en kosten eigen aan het faillissement, de bevoorrechte schuldeisers niet benadeeld zijn. Voor de gewone schuldeisers verandert er niets: deze zouden sowieso geen dividend ontvangen.

13. Besluit:

De vordering van geïntimeerden qq. is toewijsbaar ten belope van 686.511 BEF, meer de rente.

OM DEZE REDENEN,
HET HOF,
(...)

Verklaart het hoofdberoep van appellanten ontvankelijk en ten dele gegrond,

Bevestigt het vonnis a quo in zijn beschikkingen, mits volgende wijziging:

– vermindert de hoofdsom waartoe appellanten veroordeeld werden van 1.263.157 BEF tot zeshonderdzesentachtigduizend vijfhonderdenelf frank (686.511 BEF).

(...)

---

GEDWONGEN OVERDRACHT VAN AANDELEN
CESSION FORCÉE D'ACTIONS

**HOF VAN BEROEP BRUSSEL (8° KAMER) 17 DECEMBER 2002**

A.R.: 2000/AR/2126
Zet.: de h. B. Lybeer, raadsheer
Adv.: Mr. H. Huybrechts loco J. Billiet en J. Vandenbulcke loco R. Peeters

VENNOOTSCHAPPEN – GEDWONGEN OVERDRACHT – GEGERONDE REDEN – BELANG VAN DE VENNOOTSCHAP

SOCIÉTÉS – CESSION FORCÉE – JUSTES MOTIFS – INTÉRÊT DE LA SOCIÉTÉ

*De gegronde reden voor een gedwongen overdracht op grond van art. 334 W.Venn. moet niet noodzakelijk bestaan uit een laakbaar gedrag, dat aan de verwerende partij kan worden verweten. De uitsluiting kan ook in het belang van de vennootschap worden bevolen indien er sprake is van een voldoende ernstige en duurzame onenigheid, die het voortbestaan van de vennootschap in het gedrang brengt of dreigt te brengen.*

*De vordering tot uitsluiting kan niet worden aangewend om elk geschil of elke onenigheid tussen vennoten op te lossen. De verwerende vennoot die zijn rechten opeist, moet daarom nog niet worden uitgesloten, zelfs niet indien hij zodoende aan de andere vennoten de indruk geeft dat zij zijn aanwezigheid niet langer kunnen dulden. Ook het opvragen van informatie en het uitoefenen van het individueel controlerecht door een vennoot maken op zich geen gegronde reden tot uitsluiting uit.*

*Les justes motifs pour une cession forcée sur base de l'art. 334 Code soc. ne doivent pas nécessairement être basés sur un comportement critiquable, imputable au défendeur. L'exclusion peut aussi être ordonnée dans l'intérêt de la société si l'on se trouve confronté à une mésentente sérieuse et durable, de nature à menacer la continuation de la société.*

*La demande d'exclusion ne peut être intentée pour résoudre n'importe quel différend ou mésentente entre les associés. L'associé défendeur qui exerce ses droits, ne doit pas pour autant être exclu, même si, ce faisant, il donne l'impression aux autres associés qu'ils ne peuvent plus tolérer sa présence. La demande d'information et l'exercice du droit de contrôle individuel d'un associé ne constituent pas en tant que tels de justes motifs pour l'exclusion.*

(M.J. D. t. M. en K. Den. en BVBA B.)

(...)

***Procedurevoorgaanden en voorwerp van het hoger beroep***

1. Op 15 september 1995 hebben Marie-Jeanne D., appellante, en de zusters Miranda en Kristien DEN., eerste en tweede geïntimeerden, de BVBA B., derde geïntimeerde, opgericht. Het geplaatste kapitaal bedroeg 750.000 BEF (18.592,01 euro) en was verdeeld in 750 gelijke aandelen met een nominale waarde van 1.000 BEF (24,79 euro) ieder. Appellante schreef in op 500 aandelen voor een bedrag van 500.000 BEF (12.394,68 euro) en eerste en tweede geïntimeerde elk op 125 aandelen voor een bedrag van 125.000 BEF (3.098,67 euro).

De zetel van deze BVBA werd gevestigd op de M. te H. en zij baatte een textielzaak uit.

Als zaakvoerder werd aanvankelijk eerste geïntimeerde aangesteld, en vanaf 15 december 1995 werd deze vervangen door Vera DEN., moeder van eerste en tweede geïntimeerden en enige zuster van appellante.

2. Op 3 juli 1998 lieten eerste en tweede geïntimeerden appellante en de BVBA B., derde geïntimeerde, dagvaarden voor de eerste rechter teneinde conform artikel 190ter Venn.W. (huidig artikel 334 W.Venn.) te horen zeggen voor recht dat er gegronde redenen waren tot de gedwongen overdracht van de aandelen op naam van appellante aan eerste en tweede geïntimeerden, te horen zeggen voor recht dat appellante de 500 aandelen die zij had op haar naam in de BVBA B. diende over te dragen aan eerste en tweede geïntimeerden op straffe van de verbeurte van een dwangsom van 10.000 BEF (247,89 euro) per dag vertraging, en de waarde van de aandelen te horen vaststellen op 500.000 BEF (12.394,68 euro).

In ondergeschikte orde vroegen zij dat een gerechtsdeskundige zou worden aangesteld om zijn advies te geven over de waarde van de aandelen en dat, in afwachting van de eventuele definitieve prijsbepaling van de aandelen, de aan deze aandelen verbonden rechten zouden worden geschorst, behoudens het recht op dividend.

Tenslotte vroegen zij dat voor recht zou worden gezegd

dat het tussen te komen vonnis zou gelden als titel voor het vervullen van de formaliteiten verbonden aan de overdracht en dat appellante zou worden veroordeeld in de kosten.

3. Appellante vroeg dat deze vordering als ontoelaatbaar of onontvankelijk en minstens als ongegrond zou worden afgewezen en dat eerste en tweede geïntimeerden zouden worden veroordeeld in de kosten.

In ondergeschikte orde vroeg zij dat een gerechtsdeskundige zou worden aangesteld teneinde de waarde van de aandelen te bepalen aan de hand van de gebruikelijke waarderingsmethodes, rekening houdend met de respectievelijke participaties van partijen in het totale aandelenpakket.

Zij stelde tevens een tegenvordering in die ertoe strekte eerste en tweede geïntimeerden hoofdelijk of in solidum te horen veroordelen tot het betalen van een bedrag van 50.000 BEF (1.239,47 euro) ten titel van schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding.

Eerste en tweede geïntimeerden vroegen dat deze tegeneis als ongegrond zou worden afgewezen.

4. In het bestreden vonnis d.d. 9 augustus 1999 werd het volgende beslist:

– de eerste rechter verklaarde de hoofdeis toelaatbaar en zegde voor recht dat de voorwaarden van artikel 190ter Venn.W., in het bijzonder de gegronde reden, vervuld waren en veroordeelde appellante dienvolgens tot de gedwongen overdracht van het geheel van de aandelen in haar bezit van de BVBA B. aan eerste en tweede geïntimeerden;

– aan appellante werd het verbod opgelegd het geheel van de in haar bezit zijnde aandelen te vervreemden of met zakelijke rechten te bezwaren en er werd bevolen dat de volgende rechten verbonden aan de over te dragen aandelen werden geschorst: het stemrecht, het recht om de algemene vergadering bij te wonen, het controlerecht en het voorkeurrecht van inschrijving;

– alvorens verder te statueren ten gronde stelde de eerste rechter gerechtsdeskundige van der HERTEN aan met als opdracht de prijs te bepalen van de over te dragen aandelen, waarbij tevens werd bevolen dat de BVBA B. deze deskundige diende te provisioneren;

– de tegeneis van appellante werd toelaatbaar doch ongegrond verklaard en de beslissing over de kosten werd aangehouden.

5. Voor het hof vroeg appellante aanvankelijk in hoofdorde dat dit vonnis teniet zou worden gedaan, dat de oorspronkelijke vordering van eerste en tweede geïntimeerden ongegrond zou worden verklaard en dat zij zouden worden veroordeeld in de kosten van beide aanleggen. Deze eis wordt door haar nog gehandhaafd.

Gelet op het feit dat de BVBA B. inmiddels failliet werd verklaard, erkent appellante dat de overige vorderingen die zij voor het hof heeft geformuleerd, hun belang hebben verloren.

Zij vroeg immers onder meer ook:

– dat geïntimeerden zouden worden gelast alle eventuele wijzigingen in het aandelenregister aangebracht sedert de datum van de inleiding van de zaak voor de eerste rechter, minstens sedert de datum van het bestreden vonnis, teniet te doen op straffe van de verbeurte van een dwangsom van 100.000 BEF (2.478,94 euro) per dag vertraging;

– dat in ondergeschikte orde, bij tussenarrest voor recht zou worden gezegd dat, na beoordeling van de gegronde reden in de zin van artikel 190quater Venn.W., eerste en tweede geïntimeerden gehouden waren tot de gedwongen overname van het geheel van de aandelen van appellante in de BVBA B. aan de door gerechtsdeskundige van der HERTEN vast te stellen prijs, dat deze overdracht van aandelen eerst kon plaatsvinden nadat de vastgestelde koopprijs was betaald en dat de aan de over te dragen aandelen verbonden rechten niet werden geschorst zolang geen integrale betaling had plaatsgevonden. In deze hypothese vroeg zij dat het bestreden vonnis zou worden bekrachtigd wat de bevolen onderzoeksmaatregel betreft en dat de zaak terug zou worden verwezen naar de eerste rechter.

Uiterst ondergeschikt vraagt zij dat het hof zou beslissen dat niet de BVBA B. maar eerste en tweede geïntimeerden de deskundige dienen te provisioneren.

6. Eerste en tweede geïntimeerden vragen dat het hoger beroep ontvankelijk zou worden verklaard doch als ongegrond zou worden afgewezen, dat de zaak voor verdere behandeling opnieuw zou worden verzonden naar de eerste rechter en dat appellante zou worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

***Bespreking***

7. Artikel 190ter Venn.W. (het huidige artikel 334 W.Venn.) bepaalt onder meer dat één of meer vennoten die gezamenlijk aandelen bezitten die 30% vertegenwoordigen van de stemmen verbonden aan het geheel van de bestaande aandelen, of aandelen waarvan de nominale waarde of de fractiewaarde 30% van het kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigt, om gegronde redenen in rechte kunnen vorderen dat een vennoot zijn aandelen aan de eiser(s) overdraagt.

Deze gegronde reden moet niet noodzakelijk bestaan uit een laakbaar gedrag, zoals misbruik of een tekortkoming, die aan de verwerende partij kan worden verweten.

De uitsluiting kan ook in het belang van de vennootschap worden bevolen indien er sprake is van een voldoende ernstige en duurzame onenigheid die het voortbestaan van de vennootschap in het gedrang brengt of dreigt te brengen.

De vordering tot uitsluiting kan niet worden aangewend om elk geschil of elke onenigheid tussen vennoten op te lossen. De verwerende vennoot die zijn rechten opeist moet daarom nog niet worden uitgesloten, zelfs niet indien hij zodoende aan de andere vennoten de indruk geeft dat zij zijn aanwezigheid niet langer kunnen dulden.

Ook het opvragen van informatie en het uitoefenen van het individueel controlerecht door een vennoot maken op zich geen gegronde reden tot uitsluiting uit.

8. De eerste rechter heeft terzake overwogen:

– dat uit het feitenrelaas voldoende blijkt dat er ingevolge de gedragingen van appellante geen animus societatis meer voorhanden was en dat bovendien iedere samenwer-

king met appellante uitgesloten was;

– dat zich daarenboven gegronde redenen voordeden waaruit bleek dat appellante, door haar gedragingen, de belangen van de BVBA B. op zo een ernstige wijze schaadde dat zij in redelijkheid niet langer als vennoot kon worden geduld.

9. Eerste en tweede geïntimeerden roepen onder meer in:

– dat voorafgaand aan de stichting van de BVBA B. werd overeengekomen dat appellante voor 500.000 BEF (12.394,68 euro) zou inschrijven op de aandelen van deze BVBA bij naamlening voor hun ouders Rigobert DEN. en Vera D. (schoonbroer en zuster van appellante), voor zover deze gelden haar ter beschikking werden gesteld door deze ouders;

– dat dit bedrag effectief op 18 augustus 1995 werd overgemaakt aan appellante, waarna de stichting van de BVBA B. volgde op 15 september 1995;

– dat appellante had beloofd dat zij op eerste verzoek van haar zuster en diens echtgenoot (ouders van eerste en tweede geïntimeerden) de aandelen aan hen zou overdragen of op naam zou plaatsen van de persoon die haar zuster zou aanduiden;

– dat appellante heeft geweigerd deze aandelen over te dragen.

Appellante betwist dat zij zich ertoe heeft verbonden de aandelen, waarop zij heeft ingeschreven, nadien over te dragen.

10. Het hof stelt vast dat eerste en tweede geïntimeerden hun beweringen niet staven.

Appellante betwist niet dat de ouders van eerste en tweede geïntimeerden haar 500.000 BEF (12.394,68 euro) hebben overgemaakt maar beweert dat dit gebeurde om een lening terug te betalen die zij hen in 1990 had toegekend en legt in dat verband een stuk voor.

In ieder geval bewijst deze storting niet dat appellante er zich toe zou hebben verbonden de aandelen over te dragen. Bovendien wordt niet aangetoond dat zij daartoe ooit in gebreke werd gesteld vooraleer huidige procedure werd ingeleid voor de eerste rechter.

Het niet respecteren van een verbintenis tot overdracht van aandelen maakt overigens op zich niet de gegronde reden uit die de uitsluiting van appellante zou rechtvaardigen.

11. Eerste en tweede geïntimeerden roepen eveneens in dat er vanaf 16 oktober 1997 – datum van het overlijden van de moeder van appellante en van Vera D. (hun grootmoeder) – spanningen zijn ontstaan tussen appellante en Vera D. (hun moeder) omtrent de verdeling van de goederen van de nalatenschap en omtrent een beweerd tegoed van appellante op Vera D., en dat er vervolgens een grote onenigheid is ontstaan over leningen met intrest die appellante, haar echtgenoot en hun zoon in het verleden hebben toegestaan aan de BVBA ELECTRO C. DEN., waarvan de vader van eerste en tweede geïntimeerden zaakvoerder was en die failliet was verklaard.

De feitelijke omstandigheden in verband met deze leningen zijn de volgende.

In 1993 hebben appellant en haar echtgenoot 1.000.000 BEF (24.789,35 euro) en hun zoon eveneens 1.000.000 BEF (24.789,35 euro) uitgeleend aan de BVBA ELECTRO C. DEN. Tot zekerheid van de terugbetaling van deze leningen en van nog een andere lening werd op 16 maart 1995 een hypotheek gevestigd op een woonhuis te Beersel, toebehorend aan en bewoond door Vera D., moeder van eerste en tweede geïntimeerden.

Op 27 september 1995, dit wil zeggen twaalf dagen na de oprichting van de BVBA B., verkocht Vera D. deze woning aan de BVBA B., vrij, zuiver en onbelast van alle hypotheken, met uitzondering van een hypotheek gevestigd op 18 april 1995 ten voordele van CERA en met uitzondering van voormelde hypotheek d.d. 16 maart 1995.

De notariële verkoopakte voorzag onder meer:

– dat de BVBA B. er zich toe verbond het huis te verhuren aan Vera D., die dit onroerend goed bewoonde, en dat deze BVBA het genot van het aangekochte goed zou bekomen onder de vorm van een maandelijkse huurvergoeding van 21.000 BEF (520,58 euro);

– dat de verkoopprijs 4.000.000 BEF (99.157,41 euro) bedroeg, te betalen binnen een termijn van één maand na de opheffing van de hypotheken en dat de BVBA B. vanaf 27 september 1995 tot de datum van de volledige betaling een intrest van 6,5% per jaar zou betalen op deze verkoopprijs, hetgeen 21.667 BEF (537,11 euro) per maand vertegenwoordigde;

– dat alle betalingen, zowel in hoofdsom als in intresten, zouden gebeuren in opdracht van Vera D., in handen van de hypothecaire schuldeisers en dit tot beloop van het bedrag van hun respectievelijke hypothecaire inschrijvingen, en op voorwaarde dat deze schuldeisers er zich op voorhand toe zouden verbinden opheffing te verlenen van voormelde inschrijvingen na ontvangst van hun respectievelijke bedragen.

Op 16 oktober 1998 lieten appellante, haar echtgenoot en hun zoon een bevel voorafgaand aan uitvoerend onroerend beslag betekenen en op 1 december 1998 gingen zij over tot het uitvoerend beslag op het in hypotheek gegeven woonhuis te Beersel.

Het verzet van de BVBA B. tegen dit beslag werd op 22 oktober 1999 ongegrond verklaard door de Beslagrechter in de rechtbank van eerste aanleg te Brussel. In dit vonnis werd het door de BVBA B. ingeroepen middel van de nietigheid van akte van hypotheekstelling d.d. 16 maart 1995 verworpen.

12. Aan de hand van de overgelegde stukken kan het hof niet vaststellen dat er aan appellante een tekortkoming kan worden verweten indien zij:

– zich vragen heeft gesteld omtrent voormelde aankoop die op 27 september 1995 heeft plaatsgevonden, hierover uitleg heeft gevraagd en zelfs om de bijeenroeping van een algemene vergadering heeft verzocht;

– heeft aangedrongen opdat het aangekochte onroerend goed te Beersel minstens door de BVBA B. zou worden gebruikt;

– uitleg heeft gevraagd over de balans van de BVBA B., over de waarde van de stock en het bewijs van de betaling van leveranciers en van de B.T.W. naar aanleiding van de goedkeuring van de jaarrekening d.d. 31 juli 1997 en de

kwijting die moest worden verleend aan de zaakvoerder enz., en desbetreffend eveneens heeft gevraagd dat een algemene vergadering zou worden samengeroepen;

– uiteindelijk stappen heeft ondernomen om terugbetaling te bekomen van leningen die zij en haar gezinsleden in 1993 hadden toegekend aan de BVBA ELECTRO C. DEN. via de uitwinning van het onroerend goed dat hiervoor in hypotheek was gegeven en door de BVBA B. niet werd gebruikt.

Voorts worden geen concrete elementen aangereikt die erop zouden wijzen dat appellante beschuldigingen en/of bedreigingen heeft geuit ten aanzien van Vera D., moeder van eerste en tweede geïntimeerden en zaakvoerder van de BVBA B., of dat appellante haar hoedanigheid van aandeelhouder zou hebben gebruikt om (zoveel mogelijk) schade toe te brengen aan haar zuster en schoonbroer en aan de BVBA B.

13. Zelfs indien er sprake was van een zware onenigheid tussen appellante, enerzijds, en eerste en tweede geïntimeerden en zaakvoerder Vera D., anderzijds, blijkt ook niet dat hierdoor het voortbestaan van de BVBA B. in het gedrang kwam of dreigde te komen en blijkt zelfs niet dat hierdoor het functioneren van deze vennootschap werd bemoeilijkt.

In dit verband moet worden gewezen op het feit dat de BVBA B. geen handelsactiviteit voerde in het woonhuis te Beersel waarop appellante beslag heeft laten leggen.

Voorts wordt niet bewezen dat appellante zou hebben aangedrongen op het herroepen van het mandaat van haar zuster Vera D. als zaakvoerder van de vennootschap, mandaat dat overigens ad nutum kon worden herroepen zonder dat dit noodzakelijkerwijze het voortbestaan van de BVBA B. in het gedrang diende te brengen.

Tenslotte wordt niet aangetoond dat de beweerde, doch niet bewezen onenigheid tussen appellante en haar zuster in het kader van de vereffening van de nalatenschap van hun moeder, enige invloed heeft gehad op het functioneren van de BVBA B.

14. Aangezien de aanwezigheid van de door de wet vereiste gegronde reden niet wordt aangetoond, past het dan ook de bestreden beslissing teniet te doen, de oorspronkelijke vordering van eerste en tweede geïntimeerden als ongegrond af te wijzen en hen te veroordelen in de kosten van beide aanleggen.

(...)

## CONSUMENTENBESCHERMING
## PROTECTION DU CONSOMMATEUR

HANDELSPRAKTIJKEN
PRATIQUES DU COMMERCE

### VOORZ. KH. KORTRIJK (VORDERING TOT STAKEN) 5 NOVEMBER 2001

I. INTERNATIONALE RECHTSMACHT – VERSCHIJNING VAN VERWEERDERS ZONDER DE INTERNATIONALE RECHTSMACHT VAN DE VOORZITTER TE BETWISTEN

I. COMPÉTENCE INTERNATIONALE – COMPARUTION DES DÉFENDEURS SANS CONTESTER LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE DU PRÉSIDENT

*Het feit dat de vordering steunt op de Handelspraktijkenwet laat niet toe af te wijken van de bepalingen in het EEX-Verdrag, aangezien deze wet geen specifieke regels inzake internationale rechtsmacht bevat. Personen die woonplaats hebben op het grondgebied van een verdragsluitende staat worden, krachtens art. 2 EEX-Verdrag, opgeroepen voor de gerechten van die staat. Krachtens art. 18 EEX-Verdrag is de rechter van een verdragsluitende staat, voor wie verweerder verschijnt, bevoegd, tenzij indien de verschijning uitsluitend tot doel heeft de bevoegdheid te betwisten of indien er een ander gerecht bestaat dat uitsluitend bevoegd is. Aangezien verweerders verschenen zijn voor een Belgische rechtbank, zonder de internationale rechtmacht van de voorzitter te betwisten, kan de Belgische rechter over het geschil oordelen op grond van art. 18 EEX-Verdrag.*

*Le fait que la demande est basée sur la loi sur les pratiques du commerce ne permet pas de déroger aux dispositions du traité de Bruxelles concernant la compétence, puisque cette loi ne contient pas de règles spécifiques en ce qui concerne la compétence internationale. En vertu de l'article 2 du traité, les personnes domiciliées sur le territoire d'un état contractant, sont citées devant les juridictions de ce pays. Le juge d'un état contractant devant lequel le défendeur a comparu, est compétent, sauf si la comparution ne vise qu'à contester la compétence ou s'il existe un autre tribunal doté d'une compétence exclusive. Puisque les défendeurs ont comparu devant un tribunal belge, sans contester la compétence internationale du président, le juge belge pourra juger du litige sur base de l'art. 18 du traité.*

II. EXCEPTIE VAN ONBEVOEGDHEID – IN TE ROEPEN VÓÓR ALLE EXCEPTIES OF VERWEER – VORDERING TOT STAKEN OP GROND VAN DE HANDELSPRAKTIJKENWET – TERRITORIALE BEVOEGDHEID

II. EXCEPTION D'INCOMPÉTENCE – DOIT ÊTRE SOULEVÉE AVANT TOUTE AUTRE EXCEPTION OU DÉFENSE – ACTION EN CESSATION BASÉE SUR LA LOI SUR LES PRATIQUES DU COMMERCE – COMPÉTENCE TERRITORIALE

*Het feit dat de exceptie van onbevoegdheid vóór alle exceptie of verweer moet worden ingeroepen, impliceert niet*

*dat de verwerende partij die ze inroept een bepaalde hiërarchie dient te respecteren bij het opsommen van haar excepties of verweermiddelen. Het is noodzakelijk maar voldoende dat deze exceptie wordt opgeworpen in de eerste akte van rechtspleging die de verwerende partij neerlegt, zodat van meet af aan blijkt dat ze de bevoegdheid betwist.*

*Rekening gehouden met art. 624 Ger.W. kan de stakingsvordering, behalve aan de rechter van de woonplaats van de verweerder, naar keuze van de eiser ook worden voorgelegd aan de rechter van de plaats of de plaatsen waar de handelspraktijk, waarvan de staking wordt gevraagd, is gesteld of gevolgen heeft gesorteerd, of de plaats of de plaatsen waar de verplichting tot staking is ontstaan. Wanneer de gewraakte daad is gesteld of gevolgen heeft gesorteerd in meerdere arrondissementen, kan de eiser vrij kiezen en zijn vordering brengen voor de rechter van één van deze arrondissementen.*

*La circonstance que l'exception d'incompétence doit être soulevée avant toute autre exception ou défense, n'implique pas que la partie défenderesse qui la soulève, doive respecter une hiérarchie dans l'exposé de ses exceptions ou moyens de défense. Il est nécessaire mais suffisant que cette exception soit soulevée dans le premier acte de procédure que la partie défenderesse dépose, de sorte qu'il apparaisse dès le début qu'elle décline la compétence.*

*Compte tenu de l'art. 624 code jud., l'action en cessation, pourra être soumise non seulement au juge du domicile du défendeur, mais, également au choix du demandeur, au juge du ou des lieux où la pratique commerciale dont la cessation est demandée, a eu lieu ou a sorti ses effets, ou du ou des lieux où l'obligation de cessation est née. Si l'acte critiqué a été posé ou a sorti des effets dans plusieurs arrondissements, le demandeur est libre de choisir et il peut soumettre son action au juge d'un de ces arrondissements.*

III. TAALWIJZIGING – ART. 7 § 1 W. 15 JUNI 1935

III. CHANGEMENT DE LANGUE – ART. 7 § 1 L. 15 JUIN 1935

*Voor de rechtbanken te Kortrijk kan een taalwijziging enkel verkregen worden op grond van art. 7 § 1 W. 15 juni 1935, wat impliceert dat partijen dit eenstemmig vragen.*

*En vertu de l'art. 7 L. 15 juin 1935, le changement de langue de la procédure ne peut être obtenu devant les juridictions de Courtrai que si les parties le demandent à l'unanimité.*

IV. TOELAATBAATHEID VAN DE VORDERING – BELANG

IV. ADMISSIBILITÉ DE LA DEMANDE – INTÉRÊT À AGIR

*De vraag of een reclame strijdig is met de Handelspraktijkenwet en eiser er belang bij heeft deze te doen staken, houdt verband met de vraag of hij werkelijk over het recht beschikt waarop hij zich beroept. Dit betreft niet de toelaatbaarheid, maar de grond van de zaak. Voor de toelaatbaarheid van de vordering volstaat het dat eiser de feiten aanvoert, waarop zijn eis steunt, maar niet dat hij het bestaan van het recht bewijst.*

*La question de savoir si une publicité commerciale enfreint la loi sur les pratiques du commerce et si le demandeur dispose d'un intérêt pour la faire cesser, se rapporte à la question de savoir s'il dispose réellement du droit dont il se prévaut. Cette question ne concerne pas l'admissibilité, mais le fond de l'affaire. Il suffit, pour l'admissibilité de la demande, que le demandeur expose les faits qui fondent sa demande, sans qu'il doive prouver l'existence du droit.*

V. HANDELSPRAKTIJKENWET – TERRITORIALE UITWERKING

V. LOI SUR LES PRATIQUES DU COMMERCE – PORTÉE TERRITORIALE

*De Handelspraktijkenwet heeft in beginsel slechts nationaal territoriale uitwerking, doch is van toepassing zodra ofwel de gedragingen die door deze wet worden geviseerd of de gevolgen ervan gelokaliseerd zijn op het Belgische territorium.*

*En principe, la loi sur les pratiques du commerce n'a qu'une portée territoriale nationale, mais elle s'appliquera dès que le comportement visé par elle ou les conséquences de ce comportement sont localisés sur le territoire belge.*

VI. MISLEIDENDE RECLAME – MISLEIDINGSGEVAAR – CRITERIUM

VI. PUBLICITÉ TROMPEUSE – RISQUE DE TROMPERIE – CRITÈRE

*Reclame is misleidend wanneer ze een verkeerde voorstelling opwekt. Daarbij moet uitgegaan worden van de globale indruk die ze maakt. Het gevaar van misleiding moet worden beoordeeld vanuit het standpunt van de consument met een gemiddeld onderscheidingsvermogen in de aangesproken doelgroep. Van belang is niet of de reclameboodschap in haar expliciete formulering juist of onjuist is. Het gaat erom of deze boodschap, ongeacht haar objectief waarheidsgehalte, door de doorsneeconsument al dan niet juist begrepen wordt.*

*Une publicité sera trompeuse si elle suscite une image erronée. Pour en juger, il faut partir de l'impression globale qu'elle suscite. Le risque de tromperie devra être jugé du point de vue du consommateur faisant partie de la cible et qui s'avère doté d'un pouvoir de discernement moyen. Il est sans pertinence de savoir si le message publicitaire est exact ou non dans sa formulation expresse. Il s'agit de déterminer si ce message est compris correctement par le*

*consommateur moyen, sans qu'il faille tenir compte de sa vérité objective.*

VII. MISLEIDENDE RECLAME – MISKENNING VAN ART. 93 HANDELSPRAKTIJKENWET

VII. PUBLICITÉ TROMPEUSE – INFRACTION À L'ART. 93 LOI SUR LES PRATIQUES DU COMMERCE

*De miskenning van een wettelijke bepaling, die opgenomen is in de Handelspraktijkenwet, kan tevens een inbreuk uitmaken op artikel 93 van deze wet, wanneer zij van die aard is dat zij de beroepsbelangen van een of meer andere verkopers kan schaden.*

*La méconnaissance d'une disposition légale reprise dans la loi sur les pratiques du commerce peut constituer une infraction à l'article 93 de cette loi, si elle est de nature à nuire aux intérêts professionnels d'un ou de plusieurs autres vendeurs.*

(...)

***Voorwerp van de vorderingen***

1. Met dagvaarding, betekend op 30 mei 2001 door gerechtsdeurwaarder Jan van Niel Schuuren te Kortrijk, vordert eiseres dat wij zouden zeggen voor recht dat verweerders zich schuldig maken aan misleidende reclame en handelingen die strijdig zijn met de eerlijke handelspraktijken door volgende publiciteit te maken:

"AZAP, convertisseur de la commission Européenne"

"Droits de brevet pour tous pays d'Europe – nous poursuivons les contrefaçons"

of, vrij vertaald:

"AZAP omrekenkaartjes van de Europese Commissie" "Octrooirechten voor alle landen van Europa – wij vervolgen namaak".

Bovendien vordert eiseres dat wij ten laste van verweerders de staking zouden bevelen van iedere daad waarbij zij publiciteit maken voor *"AZAP convertisseur de la Commission Européenne"* (vrij vertaald: AZAP omrekenkaartjes van de Europese Commissie) alsook van de reclame waarbij beweerd wordt dat dit omrekenkaartje van Euro naar een nationale munt en omgekeerd gebrevetteerd is in alle landen van Europa.

Eiseres vordert verder dat wij verweerders verbod zouden opleggen de kwestieuze publiciteit nog te gebruiken onder verbeurte van een dwangsom van één miljoen frank per inbreuk vanaf de betekening van het vonnis, en dat wij verweerders *in solidum* zouden veroordelen om het beschikkend gedeelte van het vonnis binnen vijf dagen na de betekening te publiceren in twee Nederlandstalige en twee Franstalige kranten in België op kosten van verweerders onder verbeurte van een dwangsom van één miljoen frank per dag vertraging. Voor het geval dat daaraan niet voldaan wordt, vordert eiseres gemachtigd te worden om over te gaan tot de gevraagde publicatie, op kosten van verweerders, invorderbaar op eenvoudig vertoon van de facturen.

Tenslotte vordert eiseres dat wij verweerders in solidum veroordelen tot de kosten van het geding.

2. In hun conclusie, ter griffie neergelegd op 26 juli 2001, stelden verweerders een tegenvordering in. Deze strekt er in eerste instantie toe eiseres te horen veroordelen tot betaling van een schadevergoeding van 25.000 BEF wegens tergend en roekeloos geding.

Bovendien vorderen verweerders dat wij aan eiseres alle handelingen van namaak, of die strijdig zijn met de eerlijke handelsgebruiken, zouden verbieden, en namelijk de vervaardiging, verkoop, de aanbieding met het oog op de verkoop en de distributie van AZAP *"convertors"* frank/euro, die een namaak van het uitvindingsoctrooi van de heer de Canecaude tot gevolg hebben. Voorts vorderen verweerders dat wij eiseres zouden veroordelen tot betaling van 1.000.000 BEF schadevergoeding, onder voorbehoud van vermeerdering of van vermindering in de loop van het geding, en subsidiair van één frank ten provisionele titel op de commerciële en professionele schade van verweerders, die later zal begroot worden.

Tenslotte vorderen verweerders dat eiseres zou veroordeeld worden tot de kosten van het geding.

***Relevante feitelijke gegevens – standpunt van de partijen***

3. Eiseres zet uiteen dat zij een drukkerij uitbaat, die gespecialiseerd is in het drukken op synthetische materialen. Zij stelt dat zij ervaring heeft in zogenaamd driedimensionaal drukwerk, waarbij men een wisselend beeld ziet op de drager waarop wordt gedrukt, naargelang van de gezichtshoek van waaruit men deze drager bekijkt. Zij legt een factuur d.d. 30 juni 1999 voor, evenals een voorbeeld van dergelijk drukwerk (stukken 1 van eiseres).

Verweerders houden voor dat tweede verweerder, die zijn beroepsactiviteiten ofwel in eigen naam uitoefent, ofwel als zaakvoerder van eerste verweerster, titularis is van een uitvinding, die hij beweert op 31 maart 1998 neergelegd te hebben bij het *"INPI"*, (het Franse *"Institut National de la Propriété Industrielle"*) met het oog op intellectueelrechtelijke bescherming. Het betreft een zogenaamde *"convertor AZAP franken / euro"* volgens het *"Fresnelsyteem in 3 D"*. Meer bepaald gaat het om een kaartje waarop men, naar gelang van de gezichtshoek van waaruit men het bekijkt, afwisselend bedragen in een bepaalde munt ziet en de daarmee overeenstemmende bedragen in euro (stuk 2 van verweerders).

Verweerders leggen kopie voor van een document, dat zij in de inventaris van hun overtuigingsstukken omschrijven als het *"octrooi nr. 98.2005"* (stuk 1 van verweerders). Tevens leggen zij een overeenkomst voor, getiteld *"contrat de concession de licence"*, tussen tweede verweerder, handelend in eigen naam en voor rekening van de S.A.R.L. Vocalpub enerzijds, en de Belgische vennootschap MCM anderzijds. In deze overeenkomst, die dateert van 20 februari 1999, wordt uiteengezet dat tweede verweerder de uitvinder is van de voornoemde *omrekenkaart*, die op de markt gebracht wordt onder de merknaam AZAP en die beschermd is door een octrooiaanvraag van 10 maart

1998 onder nummer 9802916, aangevuld door een octrooiaanvraag nr. 9808877 van 10 juli 1998. Verder wordt in deze overeenkomst uiteengezet dat tweede verweerder de internationale uitbreiding van *"dit octrooi"* zou vragen vóór 10 maart 1999. Met de overeenkomst van 20 februari 1999 vertrouwden verweerders de distributie van de AZAP omrekenkaart in België en Luxemburg toe aan MCM (stuk 3 van verweerders).

4. Uit briefwisseling, die dateert van november 1999, blijkt dat onderhandelingen plaats vonden met het oog op een eventuele overeenkomst, waarbij eiseres op exclusieve basis omrekenkaartjes zou maken voor verweerders (stukken 5 en 6 van verweerders). Klaarblijkelijk kwam het evenwel niet tot een akkoord tussen partijen.

Uit de kopie van een aangetekende ingebrekestelling d.d. 30 december 2000, die verweerders eveneens voorleggen, blijkt dat bovendien voortijdig een einde kwam aan de overeenkomst tussen laatstgenoemden en MCM (stuk 4 van verweerders). Verweerders verweten MCM dat zij, met medewerking van eiseres, op grote schaal de namaak van AZAP-omrekenkaartjes zou organiseren, in strijd met hun intellectuele rechten.

5. In het nummer van mei-juni 2001 van het tijdschrift *"Media Marketing"* werd publiciteit gevoerd voor de AZAP-omrekenkaartjes. Deze publiciteit vermeldde onder meer hetgeen onder randnummer 1 van dit vonnis werd aangehaald.

Eiseres wijst er op dat verweerders geen titularis zijn van een Europees octrooi. Zij hebben daartoe weliswaar een aanvraag ingediend op 10 maart 1999 (stuk 5, bijlage 1 van eiseres), doch tot op heden werd volgens eiseres nog geen octrooi verleend. Verwijzend naar een advies dat zij heeft ingewonnen bij K.O.B. (Het Kortrijks Octrooibureau), stelt eiseres dat de bewuste omrekenkaart niet voor octrooieerbaarheid in aanmerking komt, aangezien ze geen nieuwe uitvinding betreft, doch slechts een van de vele toepassingen is van de 3-D kaartjes. Zij wijst er op dat het procédé van de veranderende beelden, afhankelijk van de gezichtshoek waaruit men een dergelijke 3D-kaart bekijkt, reeds teruggaat tot de jaren 30 van de vorige eeuw en dat men sedert de jaren 50 ontelbare toepassingen aantreft van deze techniek. Eiseres legt in dit verband ook kopie voor van een schrijven van derden, waarbij opmerkingen werden geformuleerd bij de octrooiaanvraag (stuk 5, bijlage 8 van eiseres).

Eiseres besluit derhalve dat er, *"als uitvinding"* niets nieuws is aan de octrooiaanvraag van verweerders. Volgens haar blijkt trouwens dat een aantal realisaties die vergelijkbaar zijn met deze van verweerders, hun *"uitvinding"* in de tijd voorafgaan en hen bijgevolg tegenstelbaar zijn (stuk 5, bijlage 3 van eiseres). Wel erkent eiseres dat verweerders over twee Franse octrooien beschikken (aanvragen FR 9802916 en FR 9808876), doch het betreffen volgens haar octrooien *"SGDG"* ("sans garantie du gouvernement quant à la valeur des revendications" of vertaald: *"zonder waarborg van de overheid wat betreft de waarde van de aanspraken"*).

Volgens eiseres is de reclame van verweerders, waarin zij beweren over octrooirechten in geheel Europa te beschikken en waarin zij ermee dreigen namakers te zullen vervolgen, misleidend in de zin van artikel 23,1° van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (hierna: WHPC). Bovendien betreft het volgens eiseres een oneerlijke handelspraktijk, waardoor zij schade lijdt, omdat potentiële klanten afgeschrikt worden om op haar een beroep te doen voor de aanschaf van omrekenkaartjes. Dezelfde reclame is volgens eiseres ook misleidend omdat verweerders hun product voorstellen als *"de omrekenkaartjes van de Europese commissie"*, terwijl zij geenszins aantonen dat zij over enige officiële of exclusieve opdracht van de Europese commissie beschikken voor de productie en/of levering van de bewuste kaartjes.

***Beoordeling***

**A. De hoofdeis**

6. Verweerders vragen in het dispositief van hun conclusie dat wij *ons territoriaal onbevoegd* zouden verklaren en de vordering onontvankelijk zouden verklaren. Tevens vragen zij dat de zaak zou verwezen worden naar de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel of naar de voorzitter van een andere rechtbank van koophandel, gelegen in een gerechtelijk arrondissement, dat minder ver is, en voor wie de procedure in de Franse taal zal voortgezet worden. In ondergeschikte orde besluiten verweerders tot de ongegrondheid van de hoofdeis.

*Rechtsmacht*

7. De vraag welke rechter kan oordelen over het geding tussen eiseres, een handelsvennootschap naar Belgisch recht met maatschappelijke zetel in België en verweerders, waarvan de ene een handelsvennootschap naar Frans recht met maatschappelijke zetel in Frankrijk is en de andere zijn woonplaats heeft in Frankrijk, betreft onze internationale *rechtsmacht* (cfr. Laenens, J., Overzicht van rechtspraak, De bevoegdheid (1979-1992), T.P.R., 1993, nr. 1, p. 1484).

Deze vraag dient beslecht te worden volgens de regels van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (het EEX-verdrag), zoals gewijzigd door het Verdrag van San Sebastian van 26 mei 1989 (cfr. artikel 1 van dit verdrag). Het feit dat de vordering steunt op de WHPC laat niet toe daarvan af te wijken, aangezien deze wet geen specifieke regels inzake internationale rechtsmacht bevat (cfr. Pertégas Sender, M., L'application de la loi sur les pratiques du commerce à la concurrence déloyale transfrontalière, T.B.H., 2001, p. 246).

Volgens de algemene bepaling van artikel 2 EEX-verdrag worden zij, die woonplaats hebben op het grondgebied van een verdragsluitende staat, opgeroepen voor de gerechten van die staat. Krachtens artikel 18 EEX-verdrag is de rechter van een verdragsluitende staat, voor wie de verweerder verschijnt, evenwel bevoegd, tenzij indien de verschijning uitsluitend ten doel heeft de bevoegdheid te

betwisten, of indien er een ander gerecht bestaat dat krachtens artikel 16 EEX-verdrag bij uitsluiting bevoegd is.

Verweerders vragen weliswaar dat wij ons *"territoriaal onbevoegd"* verklaren, doch deze exceptie betreft niet de *rechtsmacht van de Belgische rechtbanken*, maar wel de vraag *welke Belgische rechtbank* territoriaal bevoegd is. Verweerders besluiten meer bepaald tot de bevoegdheid van de Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel. Zij steunen daarvoor op de bewering dat de meeste klanten van eiseres in het Brusselse gevestigd zijn, op het feit dat de relaties tussen de partijen in het Frans verliepen en op de stelling dat eiseres zich in het gerechtelijk arrondissement Brussel schuldig zou gemaakt hebben aan namaak.

Aangezien verweerders aldus verschenen zijn voor een Belgische rechtbank, zonder de *internationale rechtsmacht* van de Belgische rechtbanken te betwisten, kan de Belgische stakingsrechter over dit geschil oordelen op grond van artikel 18 EEX-verdrag (cfr. Vz. Kh. Hasselt, 17 oktober 1997, Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging, 1997, 635).

*Territoriale bevoegdheid*

8. Uit de overwegingen in de conclusie van verweerders komt naar voor dat zij onder de titel *"taalwijziging"* enerzijds de verzending vorderen naar de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel, op grond van artikel 4, alinea 3 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken en anderzijds onze territoriale onbevoegdheid inroepen op basis van het feit dat eiseres in gebreke zou blijven om aan te tonen dat de litigieuze reclame verspreid werd in het gerechtelijk arrondissement Kortrijk.

9. In de mate dat verweerders de territoriale onbevoegdheid opwerpen, is hun exceptie slechts ontvankelijk wanneer zij *vóór elk ander verweer* wordt opgeworpen, behalve wanneer zij van openbare orde is. Bovendien moet zij aanduiden welke rechter volgens verweerders bevoegd is (cfr. art. 854 en 855 Ger.W.; Cass. 11 juni 1976, R.W., 1976-77, 178). Volgens eiseres dient de exceptie van onbevoegdheid in het voorliggend geval als *onontvankelijk* te worden afgewezen, omdat verweerders ze niet *"in limine litis"* hebben opgeworpen.

Het feit dat de exceptie van onbevoegdheid *"vóór alle exceptie of verweer"* moet ingeroepen worden, impliceert niet dat de verwerende partij die ze inroept een bepaalde hiërarchie dient te respecteren bij het opsommen van haar excepties en verweermiddelen. Het is noodzakelijk maar voldoende dat deze exceptie wordt opgeworpen in de eerste akte van rechtspleging die de verwerende partij neerlegt, zodat *van meet af aan* blijkt dat zij de bevoegdheid betwist (Gutt, E. en Linsmeau, J., Droit Judiciaire Privé, Examen de Jurisprudence (1971-1978), R.C.J.B., 1983, p. 287; cfr. Bergen, 15 oktober 1991, Pas. 1991, II, 191; Kh. Brussel, 2 mei 1974, J.T., 1975, 82; Arb. Hof Brussel, 12 mei 1971, Pas., 1971, II, 265). Aan deze voorwaarde is in het voorliggend geval voldaan. Het beschikkend gedeelte van de eerste – en enige – conclusie die verweerders neerlegden, vangt aan met de woorden: *"Zich territoriaal onbevoegd te verklaren en de vordering onontvankelijk te verklaren; De zaak naar de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel van Brussel, of naar de Voorzitter van een andere Rechtbank van Koophandel, gelegen in een gerechtelijk arrondissement dat minder ver is, te verwijzen, voor wie de procedure in de Franse taal zal voortgezet worden"*. Het feit dat verweerders deze exceptie van onbevoegdheid *in het motiverend gedeelte* van hun conclusie bespreken samen met hun verzoek tot taalwijziging, doet geen afbreuk aan de vaststelling dat zij van meet af aan, dit is van bij de eerste akte van rechtspleging, de onbevoegdheid van de rechtbank hebben opgeworpen en bovendien de volgens hen bevoegde rechtbank hebben aangewezen. De exceptie van territoriale onbevoegdheid is bijgevolg toelaatbaar.

Aangezien eiseres, op deze door verweerders voorgedragen exceptie van territoriale onbevoegdheid, geen verwijzing gevorderd heeft naar de arrondissementsrechtbank, dient de rechtbank zelf uitspraak te doen over het opgeworpen middel (art. 639, derde lid Ger.W.).

10. Vermits er geen specifieke bepalingen bestaan inzake territoriale bevoegdheid met betrekking tot een vordering tot staking op grond van de WHPC, zijn overeenkomstig artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek, de gemeenrechtelijke regels van toepassing.

Overeenkomstig artikel 624 Ger.W., kan de zaak, naar keuze van de eiser, gebracht worden voor de rechter van de woonplaats van de verweerder of van één van de verweerders, voor de rechter van de plaats, waar de verbintenissen, waarover het geschil loopt, of een ervan, zijn ontstaan of waar zij worden, zijn of moeten worden uitgevoerd, voor de rechter van de plaats gekozen voor de uitvoering van de akte, of voor de rechter van de plaats waar de gerechtsdeurwaarder heeft gesproken tot de verweerder in persoon, indien noch de verweerder, noch, in voorkomend geval, een van de verweerders een woonplaats heeft in België of in het buitenland. Rekening gehouden daarmee kan de stakingsvordering, behalve aan de rechter van de woonplaats van de verweerder, naar keuze van de eiser ook worden voorgelegd aan de rechter van de plaats of de plaatsen waar de handelspraktijk, waarvan de staking wordt gevraagd, is gesteld of gevolgen heeft gesorteerd, of van de plaats of de plaatsen waar de verplichting tot staking is ontstaan. Wanneer de betwiste daad gesteld is of gevolgen sorteert in meerdere arrondissementen, kan de eiser vrij kiezen en zijn vordering brengen voor de rechter van één van deze arrondissementen (Vz. Kh. Namen, 27 september 1999, Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging, 1999, 245).

Het tijdschrift waarin de gewraakte reclame werd gepubliceerd, heeft blijkens een verklaring van de uitgever een oplage van 8.000 exemplaren, waarvan 4.000 Nederlandstalige en 4.000 Franstalige en is verkrijgbaar in de belangrijkste boekhandels, waaronder ook in Kortrijk (stuk 3 van eiseres) (cfr. Vz. Kh. Hasselt, 28 oktober 1988, Jaarboek Handelspraktijken, 1988, 279). Eiseres blijkt bovendien geabonneerd te zijn op dit tijdschrift.

Aangezien het tijdschrift waarin de volgens eiseres met de WHPC strijdige publiciteit is opgenomen, verspreid werd in het gerechtelijk arrondissement Kortrijk, is de

beweerde inbreuk in ons rechtsgebied begaan en kunnen de direct nadelige gevolgen van de bestreden handeling zich daar voordoen. Wij zijn derhalve territoriaal bevoegd om te oordelen over de stakingsvordering van eiseres (cfr. Laenens, J., De vordering tot staking herbezocht, in: Stuyck, J. en Wytinck, P. (eds.), De nieuwe wet handelspraktijken, p. 159, nr. 16; Vz. Kh. Brussel, 3 juni 1992, Jaarboek Handelspraktijken, 1992, 131; Vz. Kh. Brussel, 3 september 1997, Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging, 1997, 113).

11. In hun conclusie vorderen verweerders bovendien de *"taalwijziging"*. Zij beroepen zich op het feit dat tweede verweerder de Franse nationaliteit bezit en geen kennis heeft van de Nederlandse taal, dat zijn beroepsactiviteiten uitsluitend in het Frans worden gevoerd en dat de partijen in hun relaties eveneens uitsluitend de Franse taal hebben gebruikt. Bovendien zou de cliënteel van eiseres in het Brusselse zijn gevestigd en zou de namaak door eiseres, op grond waarvan een tegenvordering werd ingesteld, in Brussel bewezen zijn. Dit zou volgens verweerders een verzending van de zaak naar de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel, zetelend in de Franse taal, rechtvaardigen op grond van artikel 4, alinea 3 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

Voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Kortrijk wordt de rechtspleging in betwiste zaken in het Nederlands gevoerd (artikel 2 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken). Het artikel 4 van de wet van 15 juni 1935, waarop verweerders steunen om *"de taalwijziging"* toe te staan, betreft de zaken die worden ingeleid voor de gerechten van eerste aanleg waarvan de zetel in het arrondissement Brussel gelegen is, en is in het voorliggend geval derhalve niet van toepassing.

Voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Kortrijk zou de taalwijziging enkel kunnen verkregen worden op grond van artikel 7 § 1 van de wet van 15 juni 1935. Volgens deze bepaling kan de zaak verwezen worden naar het meest nabij gelegen gerecht van dezelfde rang in een ander taalgebied, wanneer de partijen dit eenstemmig vragen. Los van het feit dat op grond van deze bepaling de zaak niet zou kunnen verwezen worden naar de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel, zoals door verweerders wordt gevraagd, is aan de voorwaarden voor de toepassing van deze bepaling niet voldaan, aangezien eiseres niet instemt met een dergelijke verwijzing.

Het door verweerders geformuleerde verzoek tot taalwijziging is derhalve niet toelaatbaar (Lindemans, L. en Van Reybrouck, M., Gerechtelijk Recht, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van Rechtspraak en Rechtsteer, Wet Talen Gerechtszaken, artikel 4, p. 6).

*Toelaatbaarheid van de vordering*

12. In hun conclusie vragen verweerders dat de vordering van eiseres *onontvankelijk* zou verklaard worden. Zij motiveren deze exceptie evenwel niet.

De vereisten voor de *toelaatbaarheid* van de eis zijn het belang en de hoedanigheid in hoofde van de eisende partij (art. 17 en 18 Ger.W., cfr. Fettweis, A., Manuel de Procédure civile, p. 36 e.v., nr. 26 e.v.).

Aangezien eiseres zelf *verkoper* is van een product dat concurrerend is met datgene waarvoor verweerders volgens eiseres publiciteit voeren die in strijd is met de WHPC, bezit zij de vereiste *hoedanigheid* om een vordering in te stellen tegen verweerders (cfr. Van Compernolle, J. en Closset-Marchal, G., Examen de Jurisprudence, Droit Judiciaire Privé (1985-1996), R.C.J.B., 1997, nr. 33, p. 516).

Onder *belang* in de zin van de artikelen 17 en 18 Ger.W. dient begrepen te worden elk daadwerkelijk materieel of moreel voordeel dat de eiser kan putten uit zijn vordering op het ogenblik dat hij ze instelt (Van Compernolle, J. en Closset-Marchal, G., a.w., nr. 25). Eiseres heeft er ongetwijfeld belang bij dat deze reclame, waarvan zij voorhoudt dat ze schadelijk voor haar is, zou worden verboden. Of eiseres al dan niet aantoont dat deze reclame strijdig is met de WHPC, houdt verband met de vraag of zij werkelijk over het materieel recht beschikt waarop zij zich beroept. Deze aangelegenheid betreft evenwel niet de toelaatbaarheid, maar de grond van de zaak. Voor de toelaatbaarheid van de vordering is het immers noodzakelijk, maar voldoende dat de eiser de feiten aanvoert, waarop zijn eis steunt, doch niet dat hij het bestaan van het materieel recht bewijst (De Corte, R., Hoe autonoom is het procesrecht?, T.P.R., 1980, p. 8).

*Schending van de WHPC*

13. Er wordt aangenomen dat de WHPC een politiewet is in de zin van artikel 3, lid 1 B.W. (cfr. Van Houtte, H., De toepassing van de wet betreffende de handelspraktijken op transnationale gevallen van oneerlijke mededinging, Liber Amicorum Paul De Vroede, p. 1408, nr. 4). De WHPC heeft in beginsel slechts nationaal territoriale uitwerking doch is van toepassing zodra ofwel de gedragingen die door deze wet worden geviseerd ofwel de gevolgen ervan gelokaliseerd zijn op het Belgisch territorium (Brussel, 22 december 1999, Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging, 1999, 801). In de mate dat de volgens eiseres verboden reclame verspreid werd in België, is zij aan de WHPC onderworpen (Stuyck, J., De nieuwe wet handelspraktijken, p. 30, nr. 52).

*Misleidende reclame*

14. Volgens eiseres maakt de gewraakte reclame een schending uit van artikel 23,1° WHPC, dat reclame verbiedt, die beweringen, gegevens of voorstellingen bevat die kunnen misleiden omtrent de identiteit, de aard, de samenstelling, de oorsprong, de hoeveelheid, de beschikbaarheid, de wijze en de datum van vervaardiging, of de kenmerken van een product of de gevolgen voor het leefmilieu.

Voor de toepassing van de WHPC wordt als *reclame* beschouwd elke mededeling die rechtstreeks of onrechtstreeks ten doel heeft de verkoop van producten te bevorderen, ongeacht de plaats of de aangewende communicatiemiddelen (art. 22 WHPC). Een verkoopbevorderende bedoeling wordt vermoed wanneer een mededeling uitgaat van een verkoper in de zin van de WHPC (Straet-

mans, G., De vernieuwde reclamereglementering uit de WHPC herbezocht aan de hand van markante rechtspraak, in: Handelspraktijken Anno 1996, Stuyck, J. (ed.), p. 33, met verwijzing naar Stuyck, J. en Van Gerven, W., Handels- en Economisch Recht, Deel II, Mededingingsrecht, A, Handelspraktijken, p. 108, nr. 112).

De gewraakte advertentie, gepubliceerd in een vaktijdschrift voor media en marketing, waarin gesteld wordt dat het door verweerders aangeboden product de omrekenkaart is van de Europese commissie en dat zij over octrooirechten beschikken voor alle Europese landen, heeft ongetwijfeld een verkoopbevorderende bedoeling. De betreffende advertentie is derhalve reclame in de zin van artikel 22 WHPC (De Bauw, H., De adverteerder van reclame, Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1998, p. 71; cfr. Cass. 12 november 1999, J.L.M.B., 2000, p. 268; T.B.H. 2000, p. 144 (samenvatting)).

15. Reclame is misleidend wanneer ze *"een verkeerde voorstelling opwekt"*. Daarbij moet uitgegaan worden van de totale indruk die wordt gewekt, rekening houdend met alle elementen van de reclame samen, m.a.w. met de globale indruk die ze maakt (Brussel, 13 oktober 1995, J.T., 1996, 27-29; cfr. Straetmans, G., a.w., p. 36-37). Het gevaar van misleiding moet worden beoordeeld vanuit het standpunt van de referentieconsument, dit is de consument met een gemiddeld onderscheidingsvermogen in de aangesproken doelgroep (cfr. Stuyck, J., Van Gerven, W., Handelspraktijken, 1985, nr. 123; De Vroede, P., en Ballon, G.L., Handelspraktijken, 1986, nr. 441 e.v.; De Caluwé, A., Delcorde, A.C. en Leurquin, X., Les pratiques du commerce, nr. 11.21.2; Vz. Kh. Mechelen, 28 maart 1991, Jaarboek Handelspraktijken, 1991, 1992, 70). Het volstaat dat er een risico op misleiding bestaat (*"die kunnen misleiden"*).

16. Door in de advertentie in het tijdschrift *"Media Marketing"* tot tweemaal toe te vermelden *"octrooirechten voor alle Europese landen"* en aan één van deze vermeldingen toe te voegen: *"Wij vervolgen namaak"*, wekken verweerders de indruk dat hen een octrooi verleend is in geheel Europa. Blijkens de gegevens die eiseres als stukken 5 voorleggen, werd op naam van tweede verweerder weliswaar een Europese octrooi*aanvraag* ingediend, doch werd tot op heden nog geen octrooi verleend. Verweerders hebben dit niet weerlegd, terwijl zij evenmin enig stuk voorleggen waaruit het tegendeel zou blijken.

Verweerders drukken in de advertentie kopie af van een *"formulier"*, waarop de stempel voorkomt van de *"WIPO"* (World Intellectual Property Organization). Tevens wordt daarin melding gemaakt van de datum van de octrooiaanvraag, van de datum van voorrang op basis van de eerder in Frankrijk ingediende aanvragen, van de datum van publicatie van de aanvraag en van de landen waarop de aanvraag betrekking heeft. Bovendien wordt ook een beschrijving van de uitvinding gegeven. Het feit dat deze vermeldingen als zodanig correct zijn, neemt niet weg dat het afdrukken van dit document in de reclame bij de gemiddelde lezer van deze publiciteit, die geen specialist is in intellectuele eigendomsrechten, de indruk dat aan verweerders daadwerkelijk een octrooirecht werd verleend, eerder versterkt, dan verzwakt. Ook objectief juiste reclameuitingen kunnen trouwens misleidend zijn wanneer ze bij een niet onbelangrijke groep consumenten een onjuiste voorstelling van de werkelijkheid oproepen. Van belang is immers niet of de reclameboodschap in haar expliciete formulering juist of onjuist is. Het gaat erom of deze boodschap, ongeacht haar objectief waarheidsgehalte, door de doorsnee consument al dan niet juist *begrepen wordt* (Van den Bergh, R., Misleidende juiste reclame, Liber Amicorum Paul De Vroede, p. 1345-136). De indruk dat het Europees octrooi is verleend wordt door het afdrukken van het formulier des te meer versterkt, gelet op de toevoeging door verweerders van de woorden *"octrooirechten voor alle Europese landen"*.

Door in hun publiciteit niet enkel te stellen dat zij octrooirechten hebben in alle Europese landen, maar bovendien *dat zij namakers zullen vervolgen*, ontraden verweerders potentiële klanten sterk om gelijkaardige producten aan te kopen bij een concurrent.

Dergelijke bewering is onjuist en misleidend omtrent de aard en de kenmerken van het product. De aanvrager van een Europees octrooi geniet in België immers geenszins – zelfs niet voorlopig – van de bescherming die degene aan wie een octrooi is verleend, kan laten gelden. Hij zou enkel, onder bepaalde voorwaarden, aanspraak kunnen maken op de betaling van een redelijke vergoeding door degene die de uitvinding exploiteert (art. 3, § 3 van de Wet van 8 juli 1977 houdende goedkeuring van o.m. het Europees Octrooiverdrag).

17. Wanneer verweerders in dezelfde reclame verklaren: *"AZAP, omrekenkaart van de Europese commissie"*, wekken zij de indruk dat zij door de Europese commissie zijn aangesteld om deze omrekenkaarten te maken of dat zij de exclusieve leverancier van dergelijke kaartjes aan de Europese commissie zijn. Gelet op het feit dat het product waarop de publiciteit betrekking heeft, een hulpmiddel is voor de omrekening van een nationale munt naar de Euro, hoeft het geen betoog dat verweerders een belangrijk concurrentievoordeel kunnen halen uit het feit dat zij zich voordoen als door de Europese commissie uitverkozen leverancier van het betreffende product.

Ook deze vermelding is evenwel misleidend. Verweerders beweren, doch bewijzen niet dat zij opdrachten hebben ontvangen van de Europese Commissie. Doch zelfs indien dit juist zou zijn, tonen zij daarmee nog niet aan dat zij de exclusieve leverancier van dergelijke kaartjes voor de Europese Commissie zouden zijn.

*Schending van artikel 93 WHPC*

18. Volgens eiseres vormen de als misleidend beschouwde vermeldingen in de reclame handelingen die strijdig zijn met de eerlijke handelsgebruiken. De miskenning van een wettelijke bepaling, die opgenomen is in de WHPC, kan tevens een inbreuk uitmaken op artikel 93 van dezelfde wet, wanneer zij van die aard is dat zij de beroepsbelangen van een of meer andere verkopers kan schaden (cfr. Verougstraete, I., Praktijken strijdig met de eerlijke ge-

bruiken, in: Stuyck, J. en Wytinck, P., De nieuwe wet handelspraktijken, nr. 15, p. 139).

Wij zijn van oordeel dat dit risico op schade in het voorliggend geval aanwezig is. Met de misleidende passages uit de reclame profileren verweerders zich als verkopers die geen rechtmatige concurrenten hebben (alle gelijkaardige omrekenkaartjes in Europa zijn namaak) en bovendien door de Europese Commissie als zodanig erkend of aangesteld zijn. Eiseres, die eveneens omrekenkaartjes op de markt brengt, kan daardoor geschaad worden in haar beroepsbelangen.

*Bevel tot staken*

19. Gelet op de bewezen overtreding van de artikelen 23, 1° en 93 WHPC dient, overeenkomstig artikel 95 WHPC, aan verweerders de staking bevolen te worden van de vastgestelde inbreuken.

(...)

**B. De tegeneis**

*Vordering om alle handelingen van namaak of strijdig met de eerlijke handelsgebruiken te horen verbieden*

23. Verweerders vorderen dat wij aan eiseres verbod zouden opleggen om *"alle handelingen van namaak of strijdig met de eerlijke handelsgebruiken"* te stellen, *"en namelijk de vervaardiging, de verkoop, de aanbieding met het oog op de verkoop en de distributie van AZAP convertors frank/euro, die een namaak van het uitvindingsoctrooi van de heer de Canecaude tot gevolg hebben"*.

Artikel 96 WHPC sluit de mogelijkheid uit om op grond van artikel 95 van dezelfde wet een stakingsvordering in te stellen wegens daden van namaking die vallen onder de wetten op de uitvindingsoctrooien. Samenloop tussen de specifieke bescherming verleend door de octrooiwet en de vordering tot staking wegens onrechtmatige mededinging is derhalve uitgesloten (Stuyck, J., Vrijheid van mededinging en intellectuele rechten: Praktische problemen in de grijze zone tussen verboden nabootsing en toegelaten kopie, in Merken en Mededinging, p. 35).

In de mate dat het voorwerp van de vordering van verweerders gekwalificeerd wordt als een daad van namaking (*"alle handelingen van namaak (...) verbieden"*) moeten wij ons derhalve onbevoegd verklaren (Stuyck, J., De vordering tot staking: samenloopregels en uitvoering van het bevel tot staking, in: Handelspraktijken anno 1996, p. 243, nr. 25). Vorderingen wegens inbreuk op een octrooi dienen gebracht te worden voor de rechtbank van eerste aanleg van de zetel van het Hof van Beroep in wiens rechtsgebied de inbreuk is gepleegd (art. 73 van de octrooiwet van 28 maart 1984).

24. In zover de vordering van verweerders daarentegen *"alle handelingen (...) strijdig met de eerlijke handelsgebruiken"* tot voorwerp heeft, zijn wij wel bevoegd. De bevoegdheid wordt immers bepaald naar het voorwerp van de vordering, zoals het wordt geformuleerd in de akte waarmee ze wordt ingesteld (art. 9 Ger.W.; cfr. Brussel, 2 oktober 1996, Jaarboek Handelspraktijken, 1996, 465). De vraag of de door verweerders als oneerlijke handelspraktijken omschreven daden onder het toepassingsgebied van artikel 96 WHPC vallen, betreft dan de gegrondheid van de vordering (Stuyck, J., Handels- en economisch recht, commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, W. 14 juli 1991, art. 96, p. 2).

De namaak zelf kan niet bestreden worden door een stakingsvordering op grond van artikel 95 WHPC. Dit sluit evenwel niet uit dat de staking kan gevorderd worden van omstandigheden die de namaak begeleiden, doch die daarvan te onderscheiden zijn, zoals bijvoorbeeld misleidende of ten aanzien van een concurrent denigrerende verklaringen in reclame voor het nagemaakte product (cfr. Brussel, 17 september 1997, Jaarboek H.P., 1997, 583).

In het voorliggend geval beroepen verweerders zich niet op het bestaan van dergelijke begeleidende omstandigheden, doch beperken zij zich ertoe te stellen dat de beweerde daden van namaking tevens daden van oneerlijke mededinging zijn, die op ernstige wijze hun commerciële beroepsbelangen schaden. Hun stakingsvordering wegens beweerde schending van de WHPC is bijgevolg ongegrond.

*Vordering tot het bekomen van schadevergoeding*

25. Verweerders vorderen een schadevergoeding van 1.000.000 BEF, minstens een provisie van 1 BEF voor *"commerciële en professionele"* schade.

Uit de limitatief omschreven bevoegdheden van de stakingsrechter, vloeit voort dat hij geen schadevergoeding kan toekennen (cfr. Stuyck, J., De vordering tot staking, in: Handelspraktijken anno 1996, nr. 64, p. 259; De Vroede, P., Overzicht van rechtspraak, Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming, (1992-1997), T.P.R., 1999, nr. 356, p. 307; Vz. Kh. Luik, 8 november 1992, Jaarboek Handelspraktijken, 1992, 398). Ook voor dit deel van de tegenvordering zijn wij bijgevolg niet bevoegd.

(...)

---

**GENT (26° KAMER), 17 DECEMBER 2002**

A.R.: 2001/AR/1498
Zet.: G. Macours, H. Heyndrickx en E. Carnewal, plvv. raadsheren
Adv.: Mrs. J.B. Petitat en R. Depla

I. MAKELAARSOVEREENKOMST – BEMIDDELING BIJ VERKOOP ONROEREND GOED – OPDRACHT VANWEGE DE ECHTGENOOT DIE GEEN EIGENAAR IS – GEZINSWONING

I. CONTRAT DE COURTAGE – INTERVENTION EN VUE DE LA VENTE D'UN IMMEUBLE – ORDRE ÉMANANT DE L'ÉPOUX QUI N'EST PAS PROPRIÉTAIRE DU BIEN – LOGEMENT PRINCIPAL DE LA FAMILLE

*De echtgenoot die geen eigenaar is van een onroerend goed en desondanks opdracht geeft aan een vastgoedmakelaar om te bemiddelen bij de verkoop ervan, kan zich niet op de regeling van de bescherming van de gezinswoning beroepen indien het niet gaat om een effectieve gezinswoning en de makelaar niet de bevoegdheid had om de verkoopovereenkomst te sluiten.*

*L'époux qui n'est pas le propriétaire d'un immeuble, mais qui charge néanmoins un courtier d 'intervenir en vue de la vente de celui-ci, ne peut se prévaloir de la protection accordée au logement principal de la famille, s'il ne s'agit pas du logement principal de la famille effectif et que le courtier n'avait aucun pouvoir de conclure le contrat de vente.*

II. HANDELSPRAKTIJKENWET – BEZWARENDE BEDINGEN – VERKOPER – VASTGOEDMAKELAAR

II. LOI SUR LES PRATIQUES DU COMMERCE – CLAUSES ABUSIVES – VENDEUR – COURTIER DE BIENS IMMOBILIERS

*De activiteit van een immobiliënmakelaar is een objectieve daad van koophandel, zodat hij een verkoper is in de zin van art. 1, 6° Handelspraktijkenwet. De W. 3 april 1997 is slechts van toepassing op zelfstandige activiteiten van dienstverlening of levering van goederen die geen daden van koophandel zijn of een ambachtelijke bedrijvigheid.*

*Les activités d'un courtier immobilier constituent un acte objectif de commerce, de sorte qu'il est un vendeur dans le sens de l'art. 1, 6° loi sur les pratiques du commerce. La loi du 3 avril 1997 ne s'applique qu'à des activités indépendantes de service ou de livraison de biens qui ne constituent pas un acte de commerce ou une activité artisanale.*

III. HANDELSPRAKTIJKENWET – BEZWARENDE BEDINGEN – ART. 32, 15° – GEEN AANSPRAAK OP SCHADELOOSSTELLING TEN GUNSTE VAN MAKELAAR

III. LOI SUR LES PRATIQUES DU COMMERCE – ART. 32, 15° – EXCLUSION DU DROIT À DES DOMMAGES-INTÉRÊTS DANS LE CHEF DU COURTIER

*Indien een vergoeding bij wanprestatie enkel gestipuleerd werd ten nadele van de consument en de wederkerigheid inzake de conventionele schadevergoeding voor een vergelijkbare tekortkoming van de makelaar geheel ontbreekt, terwijl niets aan een wederkerig beding in de weg stond, strijdt dit beding met art. 32, 15° Handelspraktijkenwet.*

*Est contraire à l'art. 32, 15° loi sur les pratiques du commerce, la clause qui ne stipule des dommages-intérêts qu'en cas d'inexécution fautive du contrat par le consommateur et qui ne fait pas état de réciprocité en matière de dédommagement prévu conventionnellement pour une faute comparable dans le chef du courtier, alors que rien n'empêchait une clause réciproque.*

IV. MAKELAARSOVEREENKOMST – BEMIDDELING BIJ VERKOOP ONROEREND GOED – TOEPASSING ART. 1794 B.W.

IV. CONTRAT DE COURTAGE – INTERVENTION EN VUE DE LA VENTE D'UN IMMEUBLE – ART. 1794 C.C.

*Art. 1794 B.W. is niet toepasselijk indien contractueel werd bedongen dat de opdrachtgever het contract steeds kan beëindigen zonder vergoeding voor de gemaakte kosten en de gewraakte handeling niet de eenzijdige opzegging, maar een contractuele wanprestatie betreft.*

*L'art. 1794 C.C. n'est pas applicable s'il est stipulé que le donneur d'ordre peut toujours renoncer au contrat sans être redevable d'une rémunération pour les frais exposés et que le comportement critiqué ne concerne pas la renonciation unilatérale, mais une faute contractuelle.*

V. MAKELAARSOVEREENKOMST – BEMIDDELING BIJ VERKOOP ONROEREND GOED – WANPRESTATIE DOOR DE OPDRACHTGEVER – SCHADELOOSSTELLING

V. CONTRAT DE COURTAGE – INTERVENTION EN VUE DE LA VENTE D'UN IMMEUBLE – RÉSILIATION PAR LE DONNEUR D'ORDRE – DOMMAGES-INTÉRÊTS

*De contractuele wanprestatie van de opdrachtgever kan gesanctioneerd worden op grond van het gemeen recht. De schadeloosstelling kan slechts de vergoeding van de gemaakte kosten en het verlies van een kans om het goed te verkopen omvatten.*

*L'inexécution fautive par le donneur d'ordre peut être sanctionnée sur base du droit commun. Les dommages-intérêts ne comprendront que la restitution des frais exposés et une compensation pour la perte de la chance de vendre le bien.*

(...)

***Feiten en retroacten***

Na op 16.11.1995 daartoe voorafgaandelijk te zijn ontboden, sloot Jo V. met mevr. A. B. "zich sterk makend voor de mede-eigenaars indien nodig" een exclusiviteitsovereenkomst af tot bemiddeling bij de verkoop van een onroerend goed gelegen te Brugge voor een bedrag van

5.700.000 BEF. Inzoverre mevr. A. B. het goed niet meer wenste te verkopen, was de overeenkomst ten allen tijde opzegbaar bij aangetekend schrijven: "hij (opdrachtgever) is dan geen vergoeding verschuldigd voor kosten die Jo V. maakte." Het commissieloon werd bepaald op 4% op bovenvermelde verkoopprijs met een minimum van 100.000 BEF (+ BTW).

De overeenkomst, betiteld als "Verkoopopdracht. Verhuur van werk" bepaalde verder dat "het ereloon verschuldigd blijft als de opdrachtgever zelf of via een derde een koper heeft of zo het eigendomsrecht aan een derde wordt overgedragen om welke reden of welke wijze ook. De opdrachtgever zal niet zelf verkopen en verbindt zich ertoe geen andere personen met deze verkoop te gelasten."

In een aangetekend schrijven d.d. 27.11.1995 meldde Jo V. aan Mevr. B. zijn vaststelling dat, in strijd met de exclusiviteit van de haar gegeven opdracht, derden eveneens waren ingeschakeld teneinde tot de verkoop van de woning over te gaan: een notariële affiche was op het goed aangebracht.

Hetzelfde herhaalde Jo V. in het aangetekend schrijven d.d. 19.12.1995 en in dat van 28.02.1996.

In een volgend aangetekend schrijven d.d. 09.09.1996 stelt Jo V. vast dat insgelijks nog een andere makelaar, namelijk Broker, was ingeschakeld (tegen 5.200.000 BEF).

Mevr. B. reageert op geen enkel schrijven van de makelaar.

De BVBA Jo V. interpreteert de handelwijze van mevr. A. B., waarvoor zij op voldoende wijze heeft ingebreke gesteld, als een eenzijdige verbreking van de overeenkomst, en meent gerechtigd te zijn op de conventionele schadevergoeding gelijk aan het bedongen ereloon.

Bij dagvaarding d.d. 03.12.1996 vordert de BVBA Jo V. dan ook de veroordeling van mevr. A. B. tot betaling, in hoofdsom, van 228.000 BEF (= 4% van 5.700.000 BEF), als gerechtigd op de conventionele schadevergoeding gelijk aan het bedongen ereloon.

Verweerster betwist integraal de vordering.

- Eiseres zou geweten hebben dat het ging om een eigen goed van de echtgenoot van verweerster, dat daarenboven diende als gezinswoning zodat verweerster zich niet contractueel kon verbinden en waarbij tegelijkertijd wordt gewezen op de toepassing van art. 215 § 1 B.W. (bescherming van de gezinswoning).
- De overeenkomst is nietig wegens schending van diverse bepalingen uit de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument – voortaan afgekort als WHPC.
  - Art. 88 in fine: het ontbreken van de clausule van zeven werkdagen bij verkoop ten huize van consument.
  - Art. 32, 16°7: het ontbreken van een duidelijke termijn.
  - Art. 32, 15°: het ontbreken van een gelijkwaardige vergoeding ten bate van de koper/consument bij wanprestatie vanwege de tegenpartij.
  - Art. 32, 4° en 8°.
- De overeenkomst is nietig bij gebrek aan schriftelijke vastlegging van de duur van de opdracht.

In zijn vonnis d.d. 20.02.2001 kent de eerste rechter eiseres een schadevergoeding toe, ex aequo et bono begroot op 60.000 BEF; "Toch heeft eiseres op grond van art. 1794 B.W. recht op een schadeloosstelling, gelet op de eenzijdige verbreking van het contract door verweerster, rekening houdend met het feit dat eiseres reeds na zeer korte termijn op de hoogte was dat verweerster zich niet hield aan de afspraken."

In zijn overwegend gedeelte stelde de eerste rechter:

- dat verweerster de schijn had gewekt eigenares te zijn, en dat de gewekte schijn niet tegen eiseres kan worden gebruikt;
- dat art. 215 §1 B.W. niet van toepassing is nu het gaat om een aannemingscontract;
- dat de WHPC van toepassing is;
- dat het beding waarop eiseres haar vordering steunt ("De opdrachtgever zal zelf niet verkopen en verbindt zich ertoe geen andere personen met deze verkoop te gelasten. Als de opdrachtgever de kandidaat niet aanvaardt of als hij de verkoop door enige handeling, beslissing of nalatigheid bemoeilijkt, zal hij Jo V. op het eerste verzoek een forfaitaire schadevergoeding betalen, gelijk aan het commissieloon.") strijdig is met art. 32, 15° WHPC en derhalve dient nietig verklaard in toepassing van art. 33, §2 van genoemde wet.
- dat verweerster zich ten onrechte beroept op art. 86, § 1 van genoemde wet (verkoop aan huis) teneinde aanspraak te kunnen maken op de consumentenbescherming zoals voorzien in art. 88. Onder die regeling valt de verkoop tot stand gebracht ten huize van de consument, doch zulks als dit gebeurt zonder voorafgaandelijke en uitdrukkelijke uitnodiging vanwege de consument. Welnu, aldus de eerste rechter, uit de bewoordingen van het contract zelf blijkt dat de overeenkomst tot stand is gekomen ingevolge een bezoek van de makelaar, die door verweerder voorafgaandelijk en uitdrukkelijk werd gevraagd, met de bedoeling te onderhandelen over de eventuele totstandkoming van het contract. Derhalve is de uitzonderingsregel vervat in art. 87a van toepassing;
- dat de opmerking van verweerster m.b.t. de duur niet kan weerhouden worden, nu verweerster het recht had om het contract ten allen tijde op te zeggen.

Geen van beide partijen kan zich verzoenen met dat vonnis.

In haar verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie van dit Hof d.d. 28.06.2001, vraagt appellante de afwijzing van de oorspronkelijke vordering.

Haar argumentatie, zoals ontwikkeld in navolgende beroepsbesluiten, is ten dele een herhaling van het in eerste aanleg gevoerde verweer: toepassing van artikel 215 B.W., toepassing van de WHPC (art. 88 in fine), 32, 15° en 16°.

Zij stelt nu met meer nadruk dat geen schadevergoeding verschuldigd is op grond van artikel 1794 B.W.: "het desbetreffende beding is nietig op grond van de WHPC, die als lex specialis de toepassing van art. 1794 B.W. onmogelijk maakt. Dat laatste artikel zou daarenboven slechts toepasselijk zijn op een aanneming van een werk dat door zijn voorwerp of door een uitdrukkelijke tijdsduur bepaald is. *In casu* ontbreekt een uitdrukkelijke tijdsduur, zodat artikel 1794 B.W. niet kan toegepast worden.

In ondergeschikte orde kan bij toepassing van art. 1794, gelet op de zeer geringe inspanningen geleverd door de

makelaar, slechts een vergoeding van 123,95 euro (5.000 BEF) worden toegekend.

Uit de omstandigheden meent appellante te kunnen afleiden dat geïntimeerde te kwader trouw zou hebben gehandeld bij het aangaan en uitvoeren van het contract.

Geïntimeerde van haar kant concludeert tot afwijzing van het hoger beroep, maar stelt tegelijkertijd een incidenteel beroep in tot toekenning van haar oorspronkelijke vordering.

Geïntimeerde herhaalt voorheen ingenomen standpunten: niet toepassing van art. 215 B.W., van WHPC want beoefenaar van een vrij beroep, met verwijzing naar K.B. van 06.09.1993 en wet van 03.04.1997.

Zelfs bij toepassing van de WHPC blijft de overeenkomst geldig, want niet strijdig met art. 32, 16° en 15°: het betwiste beding is geen onrechtmatig beding; "de conventioneel bedongen verbrekingsvergoeding is de loutere tegenpool van het recht van de opdrachtgever om eenzijdig en onmiddellijk een einde te maken aan de tussen partijen gesloten overeenkomst (art. 1794)." Conform art. 1794 B.W. gaat het hier om een onherleidbaar opzeggingsbeding. De eerste rechter vermocht niet de conventioneel bedongen verbrekingsvergoeding te matigen.

Geïntimeerde besluit dat zij, gelet op het "kans" karakter van het makelaarscontract gerechtigd is op de vergoeding voor haar uitgaven en arbeid en hetgeen zij bij de aanneming had kunnen winnen, *in casu* het commissieloon.

***Beoordeling door het hof***

Met betrekking tot de beweerde onmogelijkheid tot contractuele verbinding in hoofde van appellante en het door haar opgeworpen karakter van gezinswoning van het kwestieuze goed

Overwegende dat de eerste rechter zeer terecht heeft gesteld dat appellante minstens liet uitschijnen dat zij eigenares was van het te koop gestelde goed, wat reeds blijkt uit het algeheel ontbreken van enige reactie van harentwege op de ingebrekestellingen van geïntimeerde, waarvan de ontvangst niet wordt betwist;

Overwegende dat de bewering omtrent het karakter gezinswoning van het kwestieuze goed minstens voor twijfel vatbaar is nu de door appellante voorgelegde historiek van woonplaatsen, louter alleen op naam van appellante zonder melding van haar gezinsgenoten, de facto wordt tegengesproken door de niet betwiste verzending en ontvangst van de ingebrekestellingen op een ander adres en nu in een van die ingebrekestellingen sprake is, wat evenmin door appellante in *illo tempore* werd tegengesproken, van de verhuring van het kwestieuze goed, zodat aan de vereiste van een effectieve, in de zin van daadwerkelijke gezinswoning niet lijkt voldaan (zie J. Gerlo, Huwelijksvermogensrecht, 2, 2001, n° 60, p. 41; G. Baeteman, Het primair huwelijksstelsel, in *TPR* 1978, n° 83, p. 226; P. Tobback, Commentaar bij art. 215, n° 13 en 11);

dat de eerste rechter overigens terecht de toepassing van art. 215 heeft afgewezen, nu de makelaarsopdracht tot bemiddeling slechts een aannemingsovereenkomst is, waarbij de geïntimeerde makelaar niet de bevoegdheid had tot het sluiten van rechtshandelingen (zie G. Baeteman, De bescherming van de gezinswoning, in *TPR* 1985, n° 18: "op het mandaat dat aan een makelaar gegeven wordt om het goed – gezinswoning te *verkopen*" (cursief van het Hof); Gent 19.04.1994, in *R.W.* 1996-97, p. 392);

**Met betrekking tot de al dan niet toepasselijkheid van WHPC**

Overwegende dat de eerste rechter terecht heeft gesteld dat de activiteiten van een immobiliënmakelaar, *in casu* meer bepaald makelarij, zijnde bemiddeling bij verkoop van onroerende goederen, conform artikel 2, 8° van het Wetboek van Koophandel, een objectieve daad van koophandel is, en dat het verkopersbegrip in de zin van art. 1, 6° van WHPC, iedere persoon of rechtspersoon is die in het kader van zijn beroepsactiviteit of ter verwezenlijking van zijn maatschappelijk doel, diensten aanbiedt of verkoopt tegen betaling;

dat het verkopersbegrip uit de wet van 14 juli 1991 elke commerciële, financiële of industriële activiteit omvat (Rb. Brussel 19.02.1997, in *AJT* 1996-97, 366 met noot G. Straetmans);

dat de eerste rechter daaruit, met een nadere omschrijving van de begrippen "verkoop van diensten" en "consument" bepaald binnen de wet van 14 juli 1991, terecht besloot tot de toepasselijkheid van genoemde wet op de tussen partijen gesloten overeenkomst (zie ook: P. De Vroede, De wet betreffende de handelspraktijken toegepast in de dienstensector, in *Handels- Economisch en Financieel Recht*, Postuniversitaire cyclus W. Delva, 1994-95, 1995, p. 521, n° 2; J. Stuyck – P. Wytinck, Handelspraktijken anno 1996. Het toepassingsgebied. Overzicht van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer, n° 11, p. 7; Rb. Brugge 27.09.1999 in *R.W.* 2000-2001, 951 e.v. met noot van E. Ballon, De toepassing van de WHPC op de activiteiten van vastgoedmakelaars);

Overwegende dat de verwijzing naar de bepalingen van het K.B. van 6 september 1993 met betrekking tot het uitoefenen van het beroep van vastgoedmakelaar en naar de wet van 3 april 1997 niet dienend is;

dat deze laatste wet immers slechts van toepassing is ten aanzien van zelfstandige activiteiten die dienstverlening of levering van goederen omvatten welke geen daden van koophandel zijn of ambachtsbedrijvigheden (I. Demuynck, De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing, in *R.W.* 1997-98, 1319);

dat zoals hierboven reeds bepaald, makelaarsverrichtingen als daden van koophandel zijn te beschouwen en de wet van 3 april 1997 derhalve geen toepassing kan vinden;

dat in de rechtsleer wordt aangenomen dat het vastgoedmakelaarsberoep tegelijk een vrij en commercieel beroep is;

dat het artikel 3 van het Reglement van de Plichtenleer van het beroepsinstituut van vastgoedmakelaars (B.I.V.) bevestigt dat de WHPC dient nageleefd;

dat derhalve verrichtingen met betrekking tot onroerende goederen, die daden van koophandel uitmaken, niet uit het toepassingsveld van de wet van 14 juli 1991 zijn uit-

gesloten (R. Timmermans, De nieuwe deontologie van de vastgoedmakelaars, 1999, n° 12.1, p. 71);

Overwegende dat de eerste rechter terecht de uitzonderingsregel van art. 87a WHPC toepaste om de door de appellante ingeroepen nietigheid voortvloeiend uit art. 88 af te wijzen, zie supra;

Overwegende dat de eerste rechter terecht de opmerking van appellante inzake de duur van het contract niet weerhield;

Overwegende dat de eerste rechter terecht het forfaitair schadevergoedingsbeding, zoals hierboven weergegeven, waarop geïntimeerde haar vordering steunde, strijdig bevond met art. 32, 15° van de WHPC;

dat het art. 32, 15° van de WHPC als onrechtmatig bestempelt een beding waarbij het bedrag wordt vastgelegd van de vergoeding die is verschuldigd door de consument die zijn verplichting niet nakomt, zonder in een gelijkwaardige vergoeding te voorzien ten laste van de verkoper die in gebreke blijft;

dat *in casu* vergoeding bij wanprestatie enkel werd gestipuleerd ten nadele van de consument, en de wederkerigheid inzake de conventionele schadevergoeding voor een vergelijkbare tekortkoming van de makelaar geheel ontbreekt, terwijl niets aan een wederkerig beding in de weg stond (zie P. De Vroede, Y. Merchiers en I. Demuynck, Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, Handelspraktijken en consumentenbescherming (1992-97), in *TPR* 1999, p. 487-491, n° 615 en Brussel 12.02.2001, in *R.W.* 2002-2003, p. 266-67);

dat het *in casu* wel degelijk gaat om een schadebeding, nu de toepassing ervan wordt ingeroepen uit hoofde van de niet naleving door appellante van de exclusiviteit die conventioneel aan de opdracht van geïntimeerde was gehecht;

dat de eerste rechter dan ook terecht het beding kon nietig verklaren in toepassing van artikel 33 §2 van de WHPC;

dat geïntimeerde dan ook niet vermag zijn vordering tot schadeloosstelling te gronden op het krachtens de WHPC nietig bevonden schadebeding;

**Met betrekking tot de al dan niet toepasselijkheid van artikel 1794 B.W.**

Overwegende dat geïntimeerde stelt dat artikel 1794 B.W. "in ieder geval" "sowieso" van toepassing is;

Overwegende dat het artikel 1794 B.W. het recht voorziet, voorbehouden aan de opdrachtgever, om, maar goeddunken, eenzijdig de overeenkomst op te zeggen, mits hij de aannemer schadeloos stelt;

dat *in casu* die bepaling met betrekking tot die schadeloosstelling door partijen werd weg bedongen in het voordeel van de aanbesteder, nu het contract vermeldt: "Als de opdrachtgever het goed niet meer wil verkopen zal hij Jo V. hiervan per aangetekende brief verwittigen. Hij is dan geen vergoeding verschuldigd voor kosten die Jo V. maakte." (Commissie is dan nog wel verschuldigd bij verkoop binnen het jaar na opzegging);

Overwegende dat het *in casu* niet gaat om een eenzijdige opzegging in de zin van art. 1794 B.W. (wat wel het geval was in de door appellante voorgelegde uitspraken, stuk 17 en 18) maar om een contractuele wanprestatie vanwege appellante, weze de schending door appellante van de exclusiviteit die conventioneel aan de opdracht van geïntimeerde was gehecht, zoals hierboven werd uiteengezet;

dat derhalve geïntimeerde niet vermag zijn vordering tot schadeloosstelling te gronden op art. 1794 B.W.;

Overwegende dat geïntimeerde zijn vordering tot schadevergoeding niet kan gronden op het krachtens WHPC nietig bevonden schadebeding en evenmin op grond van artikel 1794 B.W., zijnde een *in casu* niet toepasselijke hypothese;

dat dat gestelde evenwel niet de hele overeenkomst/verkoopopdracht nietig maakt;

dat de overeenkomst bindend blijft voor de partijen, nu zij zonder onrechtmatige bedingen kan blijven voortbestaan;

Overwegende dat de contractuele wanprestatie in hoofde van appellante wel degelijk vaststaat, nu zij duidelijk de exclusiviteit bedongen in het voordeel van geïntimeerde heeft geschonden;

Overwegende dat geïntimeerde met haar verwijzing naar het conventioneel schadevergoedingsbeding "een forfaitaire vergoeding voor de schade geleden ten gevolge van de wanprestatie" (o.a. in samenvattende besluiten, d.d. 12.06.2002, p. 10) minstens impliciet haar vordering mede steunt op de door appellante gepleegde contractuele wanprestatie;

dat de te begroten schadevergoeding bestaat in het verlies dat geïntimeerde heeft geleden en de winst die zij heeft moeten derven;

Overwegende dat door het louter sluiten van de overeenkomst tussen partijen geïntimeerde geen aanspraak kan maken op het bedongen commissieloon;

dat geïntimeerde daarop enkel recht heeft ingeval het goed werd verkocht;

dat geïntimeerde niet bewijst dat hij het goed in elk geval zou hebben kunnen verkopen;

dat geïntimeerde dan ook in de gegeven omstandigheden naast vergoeding voor de gedane kosten slechts aanspraak kan maken op vergoeding voor het verlies van de kans om het goed te verkopen;

Overwegende dat geïntimeerde bewijst dat zij, in weerwil van de vrij snel gebleken schending van de exclusiviteit door appellante die verder geïntimeerde in het ongewisse liet, toch enige tijd pogingen heeft ondernomen om het goed te verkopen en daarbij kosten heeft gemaakt (o.a. publiciteit);

dat in die omstandigheden de door de eerste rechter, weze het op een andere rechtsgrond – die hierboven werd rechtgezet – toegekende schadeloosstelling, *ex aequo et bono* begroot op 60.000 BEF, kan behouden blijven;

Overwegende dat, in tegenstelling tot wat appellante voorhoudt, uit de omstandigheden niet kan worden afgeleid dat geïntimeerde te kwader trouw zou hebben gehandeld bij het aangaan en het uitvoeren van het contract;

(...)

# Troisième partie – Derde gedeelte

## Livres – Boeken

## Communications – Mededelingen

**D.-B. Floor, La Société Momentanée, *Répertoire Notarial*, Tome XII, Livre V/5, Brussel, Larcier, 2002, 286 p., 136 euro en D.-B. Floor, Formulaire – La Société Momentanée, Brussel, Larcier, 2003, 54 p., 32 euro.**

Hoewel zij geen rechtspersoonlijkheid heeft en bijgevolg ook geen afgescheiden vermogen, noch een wettelijk voorgeschreven organieke structuur, is de tijdelijke handelsvennootschap wel degelijk een vennootschap. Toch kan niet ontkend worden dat zij meer gelijkenis vertoont met een benoemde overeenkomst dan met een venootschap met rechtspersoonlijkheid. Tengevolge van dit hybride karakter wordt de tijdelijke handelsvennootschap in de rechtsliteratuur meestal stiefmoederlijk behandeld, en dit ondanks de belangrijke plaats die zij inneemt in de economische werkelijkheid. De besproken monografie zorgt op uitmuntende wijze voor eerherstel.

Valérie Simonart (*L'association Momentanée*, Brussel, Creadif, 1989, 249 p.) is Denis-Bruno Floor op voortreffelijke wijze voorgegaan, maar sedertdien hebben de opeenvolgende wijzigingen van de vennootschapswetgeving ook (of : zelfs) weerslag gehad op de figuur van de tijdelijke handelsvennootschap, zij het enkel onrechtstreeks. De voornaamste invloed gaat uit van de Wet 13 april 1995, meer bepaald de nieuwe regel dat een vennootschap met handelsdoel die – zonder een vennootschap met rechtspersoonlijkheid in oprichting te zijn – niet is opgezet als een tijdelijke handelsvennootschap of een stille handelsvennootschap uit kracht van de wet een *commerciële maatschap* is (art. 2, § 4 W. Venn.). Vermits de maatschap aldus het Wetboek Vennootschappen een nog grotere contractuele vrijheid laat aan de oprichters en vennoten van een maatschap dan aan de oprichters en vennoten van een tijdelijke handelsvennootschap (al was het maar omdat de maatschap niet beperkt hoeft te zijn tot één of meer bepaalde projecten), is bij enkele auteurs de vraag gerezen of de tijdelijke handelsvennootschap nog wel bestaansreden heeft. Denis-Bruno Floor gaat hier begrijpelijkerwijze uitgebreid op in, vooreerst door verwijzing naar de talloze bepalingen van positief recht die specifiek gelden voor de tijdelijke handelsvennootschap, met haar lange staat van dienst, stevig ingeburgerd is in de sector van de private aannemingen en de overheidsopdrachten van bouwwerken. Hij meent dan ook dat de tijdelijke handelsvennootschap wel degelijk tegemoetkomt aan een behoefte en met een lijst van recent opgerichte tijdelijke handelsvennootschappen toont hij aan dat de figuur nog steeds springlevend is.

Na een algemene beschrijving gaat de monografie in opeenvolgende hoofdstukken in op de inhoudelijke en formele oprichtingsvoorwaarden, de werkingsregels, de aansprakelijkheid van de vennoten en de ontbinding, vereffening en verdeling van de tijdelijke vennootschap. In dit laatste hoofdstuk wordt een interessant overzicht gegeven van statutaire clausules waarmede de vennoten zich min of meer kunnen beschermen tegen de kwalijke gevolgen van het faillissement van één van hen. Men zal zich herinneren dat de belangstelling voor de tijdelijke handelsvennootschap in de rechtsleer een kortstondig hoogtepunt kende naar aanleding van het arrest van het Hof van cassatie van 28 februari 1985 waarin beslist werd dat niet alleen het bestaan van een tijdelijke handelsvennootschap tegenstelbaar is aan derden, maar ook een statutaire clausule van schuldvergelijking na faillissement van één van de vennoten indien de noodzakelijke samenhang tussen vorderingen en schulden voorhanden is.

Afzonderlijke hoofdstukken worden vervolgens gewijd aan het fiscaal en boekhoudrecht, aan het Europees en Belgisch mededingingsrecht en aan het internationaal privaatrecht.

De monografie van Denis-Bruno Floor is niet alleen theoretisch perfect onderbouwd (ten getuige waarvan de overvloedige en uitgewerkte referenties in voetnoot), maar ook de praktische aspecten waarmede de tijdelijke handelsvennootschap geconfronteerd wordt in het kader van een aanneming of aanbesteding van bouwwerken, worden allerminst uit de weg gegaan. Zo bijvoorbeeld vindt men er uitweidingen over de ter beschikking stelling van personeel, de aannemersregistratie, de anti-koppelbazenwetgeving, de erkenning als annemer van werken en de Wet Breyne.

In bijlage is een vergelijkende tabel met de kenmerken van de tijdelijke handelsvennootschap, het economisch samenwerkingsverband en het Europees economisch samenwerkingsverband opgenomen. Het werk sluit af met een aantal wetgevende teksten inzake, onder meer, sociale zekerheid, fiscaliteit en overheidsopdrachten.

Doorheen de monografie put de auteur uit zijn rijke ervaring als bedrijfsjurist. Dit levert unieke inzichten op, zoals het onderscheid tussen de geïntegreerde en de niet-geïntegreerde tijdelijke handelsvennootschap (die vroeger blijkbaar werden aangeduid als de perfecte en de imperfecte tijdelijke vereniging). In de niet-geïntegreerde tijdelijke handelsvennootschap hebben de vennoten geen verdeling van de globale winst van een project op het oog, maar betrachten zij wel de verschillende loten van een aanneming of overheidsopdracht onder elkaar te verdelen, waarbij elk de winst (of het verlies) neemt dat betrekking heeft op zijn onderdeel. Ook al wordt in een niet-geïntegreerde tijdelijke handelsvennootschap heel weinig in gemeenschap gebracht, toch blijft ook hier het oogmerk de vennoten een « *rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen* » in de zin van art. 1, lid 1 W.Venn. Zoals Denis-Bruno Floor terecht opmerkt mag het gezamenlijk winstoogmerkt ruim worden opgevat en kan het ook bestaan uit de vermogensvoordelen (kostenbesparingen) die de vennoten rechtstreeks of onrechtstreeks uit de vennootschap halen.

Naar goede traditie van het *Répertoire Notarial* worden doorheen de tekst van de monografie ook regelmatig modelbepalingen voorgedragen, in het Nederlands zowel als in het Frans. Bij de monografie hoort daarenboven ook een modellenverzameling die in principe voorbehouden is voor de abonnees van het *Répertoire Notarial* maar die de uitgever dit jaar afzonderlijk te koop heeft gesteld. Deze tweetalige modellen omvatten onder meer een voorlopige en een definitieve overeenkomst van een tijdelijke handelsvennootschap, een volmacht voor het beheer van de bankrekening, een bankwaarborg en een proces-verbaal van de Raad van bestuur waarbij beslist wordt een proce-

dure voor de Raad van State in te stellen.

De monografie van Denis-Bruno Floor zal zonder twijfel gedurende vele jaren het niet te miskennen referentiewerk inzake tijdelijke handelsvennootschappen blijven. Indien tenminste de tijdelijke handelsvennootschap zelf blijft bestaan...

Marc DALLE

## RAPPORT 2001 SUR LE FONCTIONNEMENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE BRUXELLES

L'Assemblée générale du Tribunal de commerce de Bruxelles a approuvé le 12 décembre 2002 son Rapport sur le fonctionnement de la juridiction, couvrant l'année 2001. Ce rapport rélève des informations qui intéressent tout praticien qui côtoie régulièrement cette juridiction.

### *Chiffres et évolution du contentieux*

C'est au total 20.438 affaires nouvelles qui ont été introduites devant le Tribunal de commerce de Bruxelles en 2001, hors les créances contestées dans le cadre des procédures de faillite (au nombre de 14.813). On assiste à une légère augmentation par rapport à l'année 2000.

Le contentieux en matière de droit des sociétés continue à se développer compte tenu de l'accroissement des compétences confiées au Tribunal de commerce et à son président en la matière (action des minoritaires, rachat forcé d'actions, dissolution des sociétés,...).

### *Les enquêtes commerciales et les concordats*

Le Service d'enquêtes commerciales recueille de nombreuses données concernant des entreprises susceptibles d'être en difficulté. 443 dossiers ont été envoyés au Parquet qui a lancé 361 citations en faillite à partir de dossiers transmis par les chambres d'enquête commerciale. Le Rapport conclue que la mission de prévention exercée par le Département de l'enquête commerciale se poursuit favorablement.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire et jusqu'au 31 décembre 2001, 86 requêtes en concordat ont été introduites au Tribunal de commerce. Il ressort de ces chiffres selon le Rapport que le recours à la procédure de concordat reste marginal et trop tardif.

### *Les faillites*

Le Tribunal de commerce a prononcé un total de 1.543 faillites au cours de l'année 2001. Il s'agit d'une augmentation de 7 % par rapport au nombre de faillites prononcées en 2000, sans atteindre cependant le niveau de 1999 (1.682 faillites). Dans près de la moitié des cas, c'est l'entreprise elle-même qui fait l'aveu de sa faillite. Dans les autres cas, la faillite est l'aboutissement d'une citation par des fournisseurs, par des instances officielles ou par le ministère public.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le curateur est choisi par le Tribunal parmi les membres d'une liste établie par l'Assemblée générale du Tribunal. A l'issue de l'Assemblée générale du 15 juin 2001, il y avait 67 avocats inscrits sur cette liste. Au premier janvier 2001, les différents curateurs bruxellois géraient 3. 598 faillites.

La même loi de 1997 a fait du juge-commissaire l'organe clé de la surveillance des faillites. A Bruxelles, le choix du juge-commissaire se porte systématiquement sur un juge consulaire. Afin d'aider celui-ci à mieux exercer en toute indépendance leur fonction, le Tribunal a décidé en 2001 de mettre sur pied une formation en interne destinée aux juges consulaires appelables aux fonctions de juge-commissaire.

### *Jugements et ordonnances (pas d'arriéré judiciaire!)*

Ce sont 13.441 jugements et ordonnances définitifs et 7.854 jugements et ordonnances avant dire droit qui ont été prononcés, ainsi que 864 ordonnances et jugements rendus sur requête non inscrites au rôle des requêtes, soit un total de 22.139, ce qui représente une légère augmentation par rapport à 2000.

L'article 19 du code judiciaire qui permet au juge du fond, avant dire droit, non seulement d'ordonner une mesure préalable destinée à instruire la demande (par exemple désigner une expert) mais également de régler provisoirement la situation des parties, reste toujours peu utilisée par les parties.

Le rapport précise qu'il n'existe pas d'arriéré judiciaire au Tribunal de commerce de Bruxelles. Le délai entre les demandes conjointes de plaidoirie et la fixation pour plaidoiries, tant en ce qui concerne les affaires du rôle français que les affaires du rôle néerlandais, est de deux mois à trois mois.

Frédéric d'ANGELO
Legal Advisor
Laga & Philippe
Marc GOUDEN
Avocat au Barreau de Bruxelles
Laga & Philippe

# MÉLANGES OFFERTS AU PROFESSEUR MARCEL FONTAINE

Le 20 mai 2003, les Mélanges offerts à Monsieur Marcel FONTAINE, Professeur à la Faculté du droit de l'Université Catholique de Louvain-la-Neuve, lui seront remis au cours d'une cérémonie qui se tiendra aux auditoires Montesquieu 10, à Louvain-la-Neuve.

La cérémonie se déroulera comme suit :

16h Allocution de bienvenue, par H. BOSLY, doyen de la Faculté de droit de l'U.C.L.

16h15 Introduction par B. DUBUISSON, professeur à la Faculté de droit de l'U.C.L., Directeur du Centre de Droit des Obligations et par D. PHILIPPE, professeur à la Faculté de droit de l'U.C.L., avocat aux barreaux de Bruxelles et de Luxembourg

16h45 *En guise d'hommage*, par H. LESGUILLONS, professeur émérite de l'Université de Paris X

17h15 *Evolution ou mutation de l'absence de cause au sens de l'article 1131 du Code civil dans la jurisprudence française récente*, par J. GHESTIN, professeur émérite de l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne

17h45 *Le droit et l'assurance*, par Y. LAMBERT-FAIVRE, professeur émérite de l'Université Jean Moulin – Lyon III, directeur honoraire de l'Institut des Assurances de Lyon

18h15 Allocution de clôture par M. CROCHET, Recteur de l'U.C.L.

Les Mélanges sont publiés aux éditions Larcier.