

Droit des sociétés - Vennootschapsrecht 2023-2024

Henri Culot et/en Sarah De Geyter⁽¹⁾

Inhoud

I. Algemeen

Nieuwe wetgeving (nr. 1)

II. De vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid

Maatschapsovereenkomst (nr. 2)

III. Bepalingen gemeenschappelijk aan de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid

Organen en vertegenwoordiging

Organen (nr. 3)

Feitelijke bestuurder (nr. 4)

Bestuursopdrachten (nr. 5)

Beroepsverboden (nr. 6)

Nietigverklaring (nr. 7)

Transparantie en controle

De commissaris en de bedrijfsrevisor (nrs. 8-9)

Deskundigenonderzoek (nr. 10)

Ontbinding en vereffening

Algemeen (nr. 11)

Gerechtelijke ontbinding (nrs. 12-13)

Ontbinding met onmiddellijke sluiting van vereffening (nr. 14)

De vereffenaar (nr. 15)

Verlieslatende vereffening (nr. 16)

Passieve rechtspersoonlijkheid (nr. 17)

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid

Misbruik van vertrouwen (nr. 18)

Misbruik van vennootschapsgoederen (nr. 19)

Valsheid in geschrifte - omzeiling beroepsverbod (nr. 20)

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon (nr. 21)

Geschillen in de vennootschap

Verjaring (nr. 22)

Arbitrage (nr. 23)

Sommaire

I. Généralités

Nouvelle législation (n° 1)

II. La société sans personnalité juridique

Convention de société simple (n° 2)

III. Dispositions communes aux sociétés dotées de la personnalité juridique

Organes et représentation

Organes (n° 3)

Administrateur de fait (n° 4)

Mission de l'administrateur (n° 5)

Interdictions professionnelles (n° 6)

Nullité (n° 7)

Transparence et contrôle

Le commissaire et le réviseur d'entreprise (n° 8-9)

Expert-vérificateur (n° 10)

Dissolution et liquidation

Généralités (n° 11)

Dissolution judiciaire (n° 12-13)

Dissolution avec clôture immédiate de la liquidation (n° 14)

Le liquidateur (n° 15)

Liquidation déficitaire (n° 16)

Personnalité juridique passive (n° 17)

Responsabilité pénale (n° 29-31)

Abus de confiance (n° 18)

Abus de biens sociaux (n° 19)

Faux - contournement de l'interdiction professionnelle (n° 20)

Responsabilité pénale de la personne morale (n° 21)

Litiges dans la société

Prescription (n° 22)

Arbitrage (n° 23)

1. Na bijna dertig jaar neemt Dirk Van Gerven, wiens eerste bijdrage aan deze rubriek dateert van 1994, afscheid van de Kroniek vennootschapsrecht. De auteurs en de hele redactie bedanken hem voor zijn gewaardeerde bijdragen.

Optreden in rechte - mandaat *ad litem* (nr. 24)
Beperking bestuursbevoegdheid (nr. 25)

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

De vennootschap onder firma (VOF) (nrs. 26-27)
Faillissement van de vennoot van een VOF (nr. 28)
Commanditaire vennootschap op aandelen (nr. 29)

V. De besloten vennootschap (BV)

Oprichting (nr. 30)
Effecten
Aandelenregister (nr. 31)
Overdracht van niet-volgestorte aandelen (nr. 32)
Goedkeuring overdracht (nr. 33)
Koop-verkoop (nr. 34)
Bestuur
Belangenconflict (nr. 35)
Vermogen(sbescherming)
Winstuitkering (nr. 36)

VI. Coöperatieve vennootschap (CV en SCE)

Coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid (nr. 37)
Uittreding van rechtswege (nr. 38)

VII. Naamloze vennootschap (NV)

Algemeen (nr. 39)
Effecten (nrs. 40-45)
Bestuursorgaan
Statuut van bestuurder (nr. 46)
Werking van de raad van bestuur (nrs. 47-49)
Dagelijks bestuurder (nr. 50)
Algemene vergadering (nr. 51)
Kapitaal (nr. 52)

VIII. Aansprakelijkheid van oprichters, vennoten en bestuurders

Oprichtersaansprakelijkheid (nrs. 53-57)
Aansprakelijkheid van bestuurders en zaakvoerders
Algemeen (nrs. 58-59)
Bestuursfout (nr. 60)
Schending van het WVV en de statuten (nr. 61)
Kwijting (nrs. 62-63)
Kennelijk grove fout die tot het faillissement bijdraagt (nrs. 64-72)
Wrongful trading (nrs. 73-78)
Onrechtmatige daad (nrs. 79-80)
Aansprakelijkheid voor fiscale en sociale schulden (nrs. 81-89)
Schade en oorzakelijk verband (nrs. 90-93)
Aansprakelijkheid van vereffenaars (nrs. 94-95)

Action en justice - mandat *ad litem* (n° 24)
Limitation de la compétence de gestion (n° 25)

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

La société en nom collectif (SNC) (n° 26-27)
Faillite de l'associé d'une SNC (n° 28)
Société en commandite par actions (n° 29)

V. Société à responsabilité limitée (SRL)

Constitution (n° 30)
Titres
Registre des actions (n° 31)
Cession d'actions non libérées (n° 32)
Agrément (n° 33)
Cession d'actions (n° 34)
Administration
Conflit d'intérêts (n° 35)
(Maintien du) patrimoine
Distributions (n° 36)

VI. Société coopérative (SC et SCE)

Société coopérative à responsabilité illimitée (n° 37)
Démission de plein droit (n° 38)

VII. Société anonyme (SA)

Généralités (n° 39)
Titres (n° 40-45)
Organe d'administration
Statut de l'administrateur (n° 46)
Fonctionnement du conseil d'administration (n° 47-49)
Délégué à la gestion journalière (n° 50)
Assemblée générale (n° 51)
Capital (n° 52)

VIII. Responsabilité des fondateurs, des associés et des administrateurs

Responsabilité des fondateurs (n° 53-57)
Responsabilité des administrateurs et des gérants
Généralités (n° 58-59)
Faute de gestion (n° 60)
Violation du CSA et des statuts (n° 61)
Décharge (n° 62-63)
Faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite (n° 64-72)
Wrongful trading (n° 73-78)
Faute aquilienne (n° 79-80)
Responsabilité pour dettes fiscales et sociales (n° 81-89)
Dommage et lien causal (n° 90-93)
Responsabilité des liquidateurs (n° 94-95)

IX. Geschillenbeslechting

Algemeen (nrs. 96-104)
Gegronde redenen (nrs. 105-108)
Uitsluiting (nrs. 109-111)
Uittreding (nrs. 112-116)
Waardebepaling (nrs. 117-124)
Overdracht van aandelen en prijsbetaling
(nrs. 125-127)
Samenhangende geschillen (nrs. 128-130)

X. Herstructureringen

Fusies en splitsingen
Schuldeisersbescherming (nr. 131)

XI. Groepen van vennootschappen

Feitelijke controle (nr. 132)
Patronaatsverklaring (nr. 133)

IX. Résolution des conflits

Généralités (n° 96-104)
Justes motifs (n° 105-108)
Exclusion (n° 109-111)
Retrait (n° 112-116)
Évaluation des titres (n° 117-124)
Transfert des actions et paiement du prix
(n° 125-127)
Litiges connexes (n° 128-130)

X. Restructurations

Fusions et scissions
Protection des créanciers (n° 131)

XI. Groupes de sociétés

Contrôle de fait (n° 132)
Lettre de patronage (n° 133)

I. Algemeen

Nieuwe wetgeving

1. Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV)/Code des sociétés et des associations (CSA) is inmiddels al vier jaar oud. Het is dan ook tijd voor een evaluatie (zie o.a. D. BRULOOT en K. MARESCEAU, “Vier jaar Wetboek van vennootschappen en verenigingen”, *N/W* 2024, 332-339). Uiterlijk op 1 januari 2024 dienden de bestaande vennootschappen, verenigingen en stichtingen hun statuten te hebben aangepast aan de bepalingen van het WVV. De leden van het bestuursorgaan zijn persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk voor de schade geleden door de vennootschap, vereniging of stichting, of door derden ten gevolge van de niet-nakoming van deze verplichting (art. 39, § 1 van de wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *BS* 4 april 2019). Waar de aanpassing aanvankelijk traag op gang kwam, blijkt uit de gegevens van de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat (Fednot) dat in april 2024 reeds 76 % van de bestaande vennootschappen hun statuten hadden aangepast aan het WVV. De overgrote meerderheid (97,4 %) van de in de periode van 1 mei 2023 tot en met 30 april 2024 opgerichte vennootschappen namen de rechtsvorm aan van een besloten vennootschap, hetgeen ook de bedoeling was van de wetgever. Enkel grote en genoteerde bedrijven blijken nog te kiezen voor een naamloze vennootschap (zie *Fednot* 2024 (blog), www.fednot.be/nl/nieuws/ondernemersbarometer-aantal-nieuwe-vennootschappen-in-de-lift-drie-kwart-van-de-ondernemers-paste-statuten-aan).

De in de vorige kroniek (*TRV-RPS* 2023, 451, nr. 1) reeds besproken wet van 25 mei 2023 heeft de EU-Richtlijn 2019/2121 van 27 november 2019 tot wijziging van de Vennootschapsrichtlijn met betrekking tot de grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen omgezet in het Belgisch recht. Zij werkt een geharmoniseerde regeling uit voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen en brengt wijzigingen aan in de regeling voor grensoverschrijdende fusies die werd ingevoerd in uitvoering van de EU-Richtlijn van 26 oktober 2005 en opgenomen in boek 12 van het WVV. De in boek 14 opgenomen procedure voor de grensoverschrijdende omzetting werd aangepast aan de nieuwe regels opgenomen in de (gewijzigde) Vennootschapsrichtlijn die uniform gelden voor alle lidstaten. Deze nieuwe regelingen werden in het afgelopen jaar uitvoerig besproken in de rechtsleer (G. CAUWENBERGH en C. REABEL, “Wherever I May Roam : de wet tot implementatie van de EU-richtlijn met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen”, *TRV-RPS* 2023, 597-624; S. DE SCHEPPER, “Grensoverschrijdende fusies, splitsingen en omzettingen van vennootschappen na de Mobiliteitsrichtlijn (deel 1)”, *RW* 2023-2024, 1203-1217; S. DE SCHEPPER, “Grensoverschrijdende fusies, splitsingen en omzettingen van vennootschappen na de Mobiliteitsrichtlijn (deel 2)”, *RW* 2023-2024, 1242-1255; F. DOBBELAERE en C. CLOTTENS, “De Mobiliteitswet uitgelicht : een analyse van de belangrijkste wijzigingen aan Boek 12 en Boek 14 WVV met betrekking tot nationale en grensoverschrijdende herstructureringen en omzettingen naar aanleiding van de omzetting van de Mobiliteitsrichtlijn”, *TBH* 2024, 359-395; E.-J. NAVEZ en C. JOURDE, “Présentation et premiers commentaires de la directive (UE) 2019/2121 modifiant la

directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières”, *TBH* 2023, 570-585). Het KB van 26 november 2023, gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 11 december 2023, heeft een aantal technische wijzigingen aangebracht in de artikelen 3:19, 3:56, 3:57 en 3:78 van het KB van 29 april 2019 tot uitvoering van het WVV om de tekst betreffende de grensoverschrijdende fusies en splitsingen van vennootschappen in overeenstemming te brengen met het WVV.

Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen werd eveneens gewijzigd door de wet van 7 juni 2023 tot omzetting van de EU-Richtlijn 2019/1023 van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, om ze in lijn te brengen met de wijzigingen aan het insolventieregime opgenomen in het Wetboek van economisch recht (vorige kroniek *TRV-RPS* 2023, 151, nr. 1). Deze wet trad in werking op 1 september 2023. In de rechtsleer verschenen eveneens uitgebreide commentaren over deze nieuwe wet (F. DE LEO, “Het Belgische insolventierecht na de omzetting van de Europese Herstructureringsrichtlijn : een eerste overzicht”, *TRV-RPS* 2023, 391-448; F. DE LEO en W. GIELIS, “Het nieuwe insolventierecht. Na de omzetting van de Europese Herstructureringsrichtlijn”, *NJW* 2024, 254-267; F. GEORGE en B. INGHELS, “L’effacement et le régime des interdictions : toujours en quête d’un juste équilibre”, *JT* 2023, 551-556; N. OUCHINSKY en W. DAVID, “Premier commentaire des dispositions de la loi du 7 juin 2023 relatives à la procédure de réorganisation judiciaire publique”, *JT* 2023, 526-540; Z. PLETINCKX, “Les procédures de pre-pack au travers du livre XX à la suite de l’entrée en vigueur de la loi du 7 juin 2023”, *JT* 2023, 522-525; I. VEROUGSTRAETE, “Structuur van Boek X : begrippen en perspectieven na de wet van 7 juni 2023”, *TBH* 2023, 6-27).

De wet van 19 december 2023 houdende bepalingen inzake digitalisering van justitie en diverse bepalingen, gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 29 december 2023 en in werking getreden op 8 januari 2024, heeft de artikelen 2:7, 2:12 en 2:23 WVV over het dossier van de rechtspersoon gewijzigd. Het dossier van de rechtspersoon - zowel dat van de Belgische rechtspersoon, als dat van de buitenlandse rechtspersoon met een bijkantoor in België - heeft verschillende elektronische delen, meer bepaald de bijlagen bij het *Belgisch Staatsblad*, het rechtspersonenregister, de Balanscentrale van de Nationale Bank van België en het door Fednot beheerde elektronische databanksysteem. De wet van 19 december

2023 verduidelijkt de materiële bewaring in het door Fednot beheerde elektronische databanksysteem. Alle in het dossier van de rechtspersoon elektronisch neergelegde stukken, met uitzondering van de stukken neergelegd bij de Balanscentrale, worden bewaard in een elektronisch databanksysteem dat wordt beheerd door Fednot en deel uitmaakt van het dossier van de rechtspersoon. In het elektronische databanksysteem zullen de statuten en vertegenwoordigingsbevoegdheden vrij raadpleegbaar blijven voor het grote publiek. Andere gegevens zullen slechts door de betrokken personen en door bepaalde magistraten en ambtenaren kunnen worden geraadpleegd.

De wet van 8 januari 2024 tot wijziging van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen wat de openbaarmaking van informatie over de inkomstenbelasting door bepaalde vennootschappen en bijkantoren betreft, gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 26 januari 2024, beoogt belastingontwijking door multinationale ondernemingen te bestrijden. De wet zet de Richtlijn (EU) 2021/2101 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2021 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/ EU wat betreft de openbaarmaking van informatie over de winstbelasting door bepaalde ondernemingen en bijkantoren (“CBCR”) om in het Belgisch recht. De verplichting om een verslag inzake informatie over de inkomstenbelasting op te stellen en openbaar te maken, wordt ingevoerd voor Belgische vennootschappen die onderworpen zijn aan meerdere fiscale jurisdicties voor de inkomstenbelasting, alsook voor niet-Europese ondernemingen die in België economisch actief zijn via een dochtervennootschap of een bijkantoor en die daardoor onder het Belgische belastingstelsel vallen. Zij geldt enkel voor ondernemingen die het grensbedrag van 750 miljoen euro inkomsten overschrijden gedurende twee opeenvolgende boekjaren. Als gevolg van deze wet werden de nieuwe artikelen 1:31/1, 3:8/1 t.e.m. 3:8/4, 3:12/1, 3:20/1 t.e.m. 3:20/3, 3:34/1, 3:36/1, 3:45/1, 3:75, § 1, eerste lid, 10°/1 en 3:80, § 1, eerste lid, 6°/1 WVV ingevoerd. Zij zijn van toepassing vanaf de begindatum van het boekjaar van de betrokken ondernemingen dat op of na 22 juni 2024 van start gaat.

De wet van 9 februari 2024 houdende diverse bepalingen inzake economie, gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 21 maart 2024 en in werking getreden op 31 maart 2024, heeft een aantal verduidelijkingen aangebracht in artikel 3:13 WVV. De bedragen van de tarief toeslag die is verschuldigd in geval van laat-tijdige neerlegging van de jaarrekeningen, kunnen worden geïndexeerd; de nieuwe tarieven worden jaarlijks uiterlijk op 15 december bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad. De terugbetaling van de

tarief toeslag door de FOD Economie in geval van overmacht, is slechts mogelijk wanneer zij wordt gevraagd binnen de vervalttermijn van 18 maanden na afsluiting van het boekjaar.

De wet van 27 maart 2024 houdende bepalingen inzake digitalisering van justitie en diverse bepalingen Ibis, gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 29 maart 2024 en in werking getreden op 8 april 2024, heeft het WVV aangepast aan de gedelegeerde Richtlijn (EU) 2023/2775 van de Commissie van 17 oktober 2023 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de aanpassingen van de groottecriteria voor micro-ondernemingen, kleine, middelgrote en grote ondernemingen of groepen. De bedragen van het balans totaal en de jaaromzet om te bepalen of er sprake is van kleine vennootschappen (art. 1:24 WVV), microvennootschappen (art. 1:25 WVV) en groepen van beperkte omvang (art. 1:26 WVV), evenals kleine VZW's en IVZW's (art. 3:47, § 2 WVV) en kleine stichtingen (art. 3:51, § 2 WVV) werden verhoogd. De wet heeft ook een aantal belangrijke wijzigingen aangebracht aan de regels betreffende het bestuur van genoteerde vennootschappen en organisaties van openbaar belang. Bestuurders of kandidaat-bestuurders van genoteerde vennootschappen of organisaties van openbaar belang die werden veroordeeld wegens bepaalde ernstige misdrijven, zoals o.m. witwassen, misbruik van voorwetenschap en omkoping, krijgen een beroepsverbod opgelegd (art. 7:86 WVV). Dit geldt ook voor leden van de directieraad (art. 7:107, laatste lid WVV), personen belast met het dagelijks bestuur en de andere personen belast met de leiding van genoteerde vennootschappen (art. 7:121, eerste lid WVV). Een nieuw artikel 7:86/1 WVV verplicht genoteerde vennootschappen ertoe om drie onafhankelijke bestuurders te benoemen. Een onafhankelijke bestuurder wordt gedefinieerd als een bestuurder die “(...) met de vennootschap of met een belangrijke aandeelhouder ervan geen relatie onderhoudt die zijn onafhankelijkheid in het gedrang brengt” (art. 7:87, § 1 WVV). Voldoet de samenstelling van de raad van bestuur om welke reden dan ook niet of niet langer aan de vereiste van drie onafhankelijke bestuurders, dan stelt de eerstvolgende algemene vergadering een raad van bestuur samen die wel aan deze vereiste voldoet, zonder dat dit afbreuk doet aan de regelmatigheid van de samenstelling van de raad van bestuur tot op dat ogenblik. Elke andere benoeming is nietig. Zolang de raad van bestuur niet correct is samengesteld, wordt elk financieel of ander voordeel dat aan de bestuurders toekomt op grond van hun mandaat vanaf dat ogenblik geschorst, tot op het ogenblik waarop de samenstelling van de raad van bestuur terug in overeenstemming is met de wettelijke vereisten. Ten slotte werd in artikel 7:151/1

WVV de verplichting opgenomen om in genoteerde vennootschappen de overdracht van significante activa, d.w.z. drie vierde of meer van de activa, te laten goedkeuren door de algemene vergadering. Het bestuursorgaan van de genoteerde vennootschap dient de voorgestelde overdracht te verantwoorden in een omstandig verslag, dat is voorgeschreven op straffe van nietigheid van het besluit van de algemene vergadering. Het besluit van de algemene vergadering om drie vierde of meer van de activa over te dragen moet ook worden neergelegd en bekendgemaakt overeenkomstig de artikelen 2:8 en 2:14, 4° WVV. Volgens de wetgever wordt de goedkeuring door de aandeelhouders verantwoord doordat de verkoop van alle of een zeer groot deel van de activa voor de aandeelhouders een onvoorzienbare impact heeft op de toekomst en de activiteiten van de vennootschap. Omwille van het verspreide aandeelhouderschap en omwille van de openbare verhandeling van de effecten van de genoteerde vennootschap is bijkomende aandeelhoudersbescherming aangewezen (MvT, *Parl.St.* Kamer 2023-24, nr. 55-3728/001, 44). Tijdens de parlementaire voorbereiding zijn verschillende commentaren verschenen over het wetsontwerp die ook grotendeels werden verwerkt in de definitieve tekst (zie T. VOS, “t Amendement : De goedkeuring door de algemene vergadering van de overdracht van significante activa : opvulling van enkele leemtes”, *TRV-RPS* 2024, 194-199; zie ook de driedelige blog van S. DE DIER, T. VOS en M. WYCKAERT, “De goedkeuring door aandeelhouders van de overdracht van significante activa : stand van zaken en een paar puntjes op de ‘i’”, *Corporate Finance Lab* 2024 (blog), <https://corporatefinancelab.org/2024/03/12/de-goedkeuring-door-aandeelhouders-van-de-overdracht-van-significante-activa-stand-van-zaken-en-een-paar-puntjes-op-de-i>).

De wet van 21 april 2024 tot wijziging van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen wat betreft het invoeren van een gemeenrechtelijk verzetsrecht voor de vennoten van de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap, gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 12 juli 2024 en in werking getreden op 22 juli 2024, heeft geleid tot een aanpassing van de artikelen 4:14 en 4:26 WVV (zie hierna randnr. 27).

Op 3 mei 2024 werd de wet houdende instelling van een Nationale Raad voor de coöperatie en de sociale onderneming afgekondigd, en vervolgens gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 11 juni 2024. Deze wet regelt de oprichting van een nieuw adviesorgaan ter vervanging van de Nationale Raad voor de Coöperatie, die werd opgericht bij wet van 20 juli 1955 houdende instelling van een Nationale Raad voor Coöperatie, het Sociaal Ondernemerschap

en de Landbouwonderneming. De samenstelling en werking van wat thans de “Nationale Raad voor de coöperatie en de sociale onderneming” wordt genoemd, werd aangepast om de uitbreiding van de bevoegdheid van dit orgaan voor vennootschappen die erkend zijn als sociale ondernemingen uitwerking te geven. Voortaan heeft de Nationale Raad voor de coöperatie en de sociale onderneming een algemene vergadering en een algemene raad die de gemeenschappelijke organen zullen zijn voor zowel erkende coöperatieve vennootschappen als vennootschappen die erkend zijn als sociale ondernemingen. Ze bestaan uit vertegenwoordigers van deze twee soorten ondernemingen. Onder deze gezamenlijke koepel zijn er tevens twee onafhankelijke raden : de raad voor de coöperatie en de raad voor de sociale onderneming. De wet van 3 mei 2024 tot wijziging van de artikelen 8:4 en 8:5 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en tot wijziging van de wet van 20 juli 1955 houdende instelling van een Nationale Raad voor Coöperatie, het Sociaal Ondernemerschap en de Landbouwonderneming, eveneens gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 11 juni 2024, heeft de verwijzingen naar de oude wet in de artikelen 8:4 en 8:5 WVV aangepast naar de wet van 3 mei 2024.

Naar aanleiding van het academisch emeritaat van Koen Geens, werd de gevierde gehuldigd in dit tijdschrift (S. VAN CROMBRUGGE, D. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Editoriaal. Genegen en zeer hartelijk - N.a.v. het academisch emeritaat van Koen Geens” en J. VAN DYCK “Editoriaal. Hemelbestormer(s)”, *TRV-RPS* 2023, 387-389), maar ook in een uitgebreid feestschrift waarin onder meer diverse aspecten van het vennootschapsrecht, het rechtspersonenrecht en de vrije beroepen aan bod komen (M. WYCKAERT, V. COLAERT en S. COOLS (eds.), *Feestschrift voor Koen Geens*, Roeselare, Roularta Media Group, 2023, 759 p.)

II. De vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid

Maatschapsovereenkomst

2. Wanneer twee of meer personen iets inbrengen, zoals bijvoorbeeld samenwerken (door inbreng van hun nijverheid) om een onderneming gezamenlijk uit te baten met de bedoeling de winst die eruit voortvloeit te verdelen, vormen ze een maatschap. Dit kan blijken uit feitelijke vaststellingen; de maatschap kan zelfs ontstaan zonder dat de partijen deze bewust hebben willen creëren door het feit dat ze op die manier samenwerken, zoals bijvoorbeeld wanneer ze productiemiddelen inbrengen en een pool winsten

verwezenlijken. Dit laat een schuldeiser toe om zich te keren tot elke partij van de maatschap die hoofdelijk aansprakelijk is voor de verbintenissen aangegaan in het kader van de maatschap. Het bewijs van deze elementen moet natuurlijk zijn aangebracht (Orb. Hainaut (afd. Charleroi) 1 april 2022, *NJW* 2023, 451, noot F. MERTENS, “Ongewilde kwalificatie van een onbenoemd samenwerkingsverband als maatschap”; vorige kroniek *TRV-RPS* 2023, 453, nr. 4).

Er is geen vennootschap in geval van mede-eigendom zelfs indien deze vrijwillig is of overeengekomen. Bij een toebedeling van onroerende goederen aan de aandeelhouders in het kader van de vereffening, ontstaat tussen hen geen vennootschap, wel een onvrijwillige onverdeeldheid (Antwerpen 28 juni 2022, *Limb.Rechtsl.* 2023, 13; *T.Not.* 2023, 545; vorige kroniek *TRV-RPS* 2023, 453, nr. 4).

Een vennootschap of vereniging zonder rechtspersoonlijkheid kan als BTW-plichtige worden geregistreerd omdat ze een eigen boekhouding voert. Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid heeft tot gevolg dat de vennootschap geen afgescheiden vermogen heeft en dat de individuele vennoten met hun persoonlijke vermogen aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap (art. 4, § 1 BTW-Wetboek) (Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Gent) 15 oktober 2020, *RW* 2023-24, 1430). Heeft de vennootschap belasting-schulden, dan worden de vennoten van de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid als werkelijke belastingsschuldigen beschouwd voor wat betreft de belastingsschulden van de vennootschap. Deze problematiek werd reeds aangehaald in de vorige kroniek voor wat de vennoten van een VOF betreft (*TRV-RPS* 2023, 464, nr. 36 en hierna randnr. 27).

III. Bepalingen gemeenschappelijk aan de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid

Organen en vertegenwoordiging

Organen

3. Rechtspersonen treden op in het rechtsverkeer door hun organen. Overeenkomstig artikel 44, § 1 van het KB van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren moet het indieningsrapport voor de offertes bij een overheidsopdracht worden ondertekend door de persoon of de personen die bevoegd of gemachtigd is of zijn om de inschrijver te verbinden. Voor vennootschappen moet de ondertekening gebeuren door de mandataris, natuurlijke persoon of rechtspersoon, die over de vertegenwoordigingsbevoegdheid beschikt om de vennootschap

tegenover derden te verbinden. Artikel 5:73, § 2 WVV bepaalt dat elke bestuurder, of, in geval van een collegiaal bestuursorgaan, het bestuursorgaan, de besloten vennootschap vertegenwoordigt jegens derden, met inbegrip van de vertegenwoordiging in rechte. Artikel 7:93, § 2 WVV bepaalt dat de raad van bestuur de naamloze vennootschap vertegenwoordigt jegens derden, met inbegrip van de vertegenwoordiging in rechte. Daarnaast kunnen de statuten van de BV en de NV aan een of meer bestuurders de bevoegdheid verlenen om de vennootschap alleen of gezamenlijk te vertegenwoordigen. De Raad van State stelt vast dat de statuten van een BV aan één van haar bestuurders de bevoegdheid verlenen om de vennootschap alleen te vertegenwoordigen. De offerte ingediend namens een NV werd ondertekend door een bestuurder op grond van een bijzondere volmacht verleend door de raad van bestuur. In beide gevallen heeft de persoon die de vennootschap vertegenwoordigt, de bevoegdheid om de ingediende offerte te ondertekenen en de overheidsopdracht te sluiten in naam en voor rekening van de inschrijvende vennootschap, die hij verbindt (RvS 23 februari 2023 (6e k.), nr. 255.896, SRL TAROS, SA TRBA / la ville de Charleroi, *APT* 2023, 735 (samenvatting); *OOO* 2023, 354 (samenvatting); zie hierna randnr. 47).

Feitelijke bestuurder

4. Een feitelijke bestuurder is een persoon die zonder wettelijke (i.e. een bestuursmandaat) of contractuele basis in volle onafhankelijkheid en soevereiniteit beslissingen neemt of kan nemen die als bestuursbeslissingen kunnen worden gekwalificeerd. Sedert de invoering van het WVV worden feitelijke bestuurders gedefinieerd als *'alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad'* en kunnen zij aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 2:56 WVV. In 2023 verscheen de doctoraats thesis van A. SNEYERS over dit onderwerp (A. SNEYERS, *Feitelijk bestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 504 p.; A. SNEYERS, "Feitelijk bestuur in vennootschappen en verenigingen en het WVV : een geslaagd huwelijk ?", *RW* 2023-24, 803-818). De aansprakelijkheid van feitelijke bestuurders komt hierna verder aan bod (zie randnrs. 58-59).

Bestuursopdrachten

5. Bestuurders zijn ondernemingen indien ze van de uitoefening van bestuursopdrachten een zelfstandige beroepsactiviteit maken. Het begrip 'onderneming' werd herschreven door de wet van 15 april 2018 en omvat elke natuurlijke persoon die zelfstandig een

beroepsactiviteit uitoefent (art. I.1, eerste lid, 1°, (a) WER). De rechtspraak loopt uiteen met betrekking tot de vraag wanneer een bestuurder die natuurlijke persoon is, ondernemer is, zoals blijkt uit de verschillende in de afgelopen jaren gepubliceerde beslissingen (besproken in de vorige kronieken, *TRV-RPS* 2023, 455, nr. 9; *TRV-RPS* 2022, 477, nr. 10; *TRV-RPS* 2021, 784, nr. 12; *TRV-RPS* 2020, 718, nr. 22; *TRV-RPS* 2019, 635, nr. 16).

In drie opeenvolgende en vaak bekritiseerde arresten heeft het Hof van Cassatie het standpunt ingenomen dat een onderneming een zekere organisatie veronderstelt, die moet bestaan uit een inrichting van materiele, financiële en menselijke middelen met het oog op de uitoefening van een zelfstandige beroepsactiviteit. De bestuurder-natuurlijke persoon die zonder enige organisatie zijn bestuursopdracht uitoefent, is geen onderneming en kan derhalve niet failliet worden verklaard.

In het arrest van 18 maart 2022 nam het Hof van Cassatie voor het eerst deze principiële beslissing (Cass. 18 maart 2022, *RCJB* 2023, 359, noot J. HENRI, "L'arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 2022 : l'organisation du dirigeant d'entreprise, un concept à l'agencement incertain"; *TBBR* 2023/1, 44; *TIBR* 2023, afl. 2, RS-163; vorige kronieken *TRV-RPS* 2023, 455, nr. 9; *TRV-RPS* 2022, 478, nr. 10). Zij gaf aanleiding tot twee prejudiciële vragen over de bestaanbaarheid van artikel I.1, lid 1, 1° en artikel XX.99 WER met de artikelen 10 en 11 Gw. aan het Grondwettelijk Hof, die evenwel niet werden beantwoord, omdat de vragen onduidelijk waren (GwH 16 maart 2023, *NJW* 2023, 698, noot G. VANDENBOSSCHE, "Kwalificatie bestuurders als onderneming : onduidelijke prejudiciële vragen zonder antwoord"; *REDI* 2023, 81, noot Z. PLETINCKX en C. ALTER, "Le dirigeant d'entreprise(s) est-il une entreprise ? Suite et pas fin"; *TIBR* 2023/2, RS-170; J. VANANROYE, "Grondwettelijk Hof spreekt over de kwalificatie van een bestuurder als onderneming; zegt niets", *Corporate Finance Lab* 2023 (blog), <https://corporatefinancelab.org/2023/03/17/grondwettelijk-hof-sprekt-over-de-kwalificatie-van-een-bestuurder-als-onderneming-zegt-niets>). Het daaropvolgende cassatiearrest van 9 februari 2023 lag in dezelfde lijn als het arrest van 18 maart 2022 (Cass. 9 februari 2023, *TIBR* 2023/2, RS-168; J. VANANROYE, "Cassatie over de bestuurder als onderneming : 'je persiste et signe'", *Corporate Finance Lab* 2023 (blog), <https://corporatefinancelab.org/2023/03/06/cassatie-over-de-bestuurder-als-onderneming-je-persiste-et-signe>; vorige kroniek *TRV-RPS* 2023, 455, nr. 9).

In zijn arrest van 23 november 2023 verbrak het Hof van Cassatie een arrest van het hof van beroep

te Antwerpen van 13 oktober 2022 (*TIBR* 2023/2, RS-179), waarin dat hof van beroep had geoordeeld dat noch uit de parlementaire voorbereidingen van de wet van 15 april 2018, noch uit het wetsartikel zelf blijkt dat de wetgever met de aanhef van artikel I.1, eerste lid, 1° WER de bedoeling had het ondernemersbegrip afhankelijk te stellen van het bestaan van een eigen organisatie. Het Hof van Cassatie herhaalde andermaal dat een natuurlijke persoon slechts als onderneming kan worden gekwalificeerd, wanneer hij aantoonde een organisatie te vormen, bestaande uit een geheel van eigen materiële, financiële of menselijke middelen samengebracht met het oog op het uitoefenen van een zelfstandige beroepsactiviteit. In de commentaren bij dit arrest valt te lezen dat een te gemakkelijke kwalificatie van natuurlijke personen-bestuurders als onderneming vanuit beleidsmatig oogpunt wellicht niet altijd wenselijk is, maar dat de door het Hof van Cassatie voorgestelde oplossing juridisch-technisch niet overtuigt. Sommige auteurs pleiten daarom voor een wetgevend ingrijpen door een aanpassing van artikel I.1, 1° WER en/of artikel XX.173 WER betreffende de kwijtschelding na faillissement (Cass. 23 november 2023, *TBH* 2024, 319, noot B. DEVOLDER en D. DEMAREZ, “De Bestuurder : onderneming mits organisatie”; *TIBR* 2023/2, RS-186; D. BRULOOT en G.VANDENBOSSCHE, “Bestuurders van rechtspersonen en het ondernemingsbegrip : poging tot synthese na drie cassatie-arresten”, *TIBR* 2023/2, RL-1 - RL-12; *TRV-RPS* 2024, 262, noot I. VANWALLEGHEM en N. APPERMONT, “De kwalificatie van bestuurders als onderneming : Errare humanum est, sed perseverare ...”; J. VANANROYE, “Enkel de georganiseerde natuurlijke persoon is een onderneming - Cassatie bevestigt eerdere rechtspraak”, *Corporate Finance Lab* 2023 (blog), <https://corporatefinancelab.org/2023/11/24/enkel-de-georganiseerde-natuurlijke-persoon-is-een-onderneming-cassatie-bevestigt-in-verenigde-kamers-eerdere-rechtspraak>).

In de rechtspraak van de hoven van beroep en de rechtbanken wordt het bestaan van een eigen organisatie niet altijd als criterium gebruikt om de bestuurder-natuurlijke persoon als een onderneming te kwalificeren. In lijn met de cassatierechtspraak oordeelde het hof van beroep te Brussel dat een natuurlijke persoon een onderneming is wanneer deze een organisatie vormt met het oog op het uitoefenen van een zelfstandige beroepsactiviteit. Een bestuurder vormt een organisatie wanneer hij over de nodige middelen beschikt om zijn mandaat uit te oefenen (bijvoorbeeld een gsm, een computer, eventueel een wagen, een kantoor ...), ongeacht de persoon die deze middelen heeft gekocht en/of ter beschikking heeft gesteld. Een bestuurder kan dus een organisatie zijn in de zin van artikel I.1, eerste lid, 1° WER

wanneer de vennootschap hem de nodige middelen ter beschikking stelt om het mandaat uit te oefenen (Brussel 11 oktober 2022, *TIBR* 2023/2, RS-173). De ondernemingsrechtbank te Antwerpen hanteert het winstoogmerk als aanknopingspunt : een zelfstandige beroepsactiviteit impliceert een duurzame activiteit die zelfstandig wordt ontwikkeld met het oogmerk om winst te behalen. Wat de bestuurder van een vennootschap betreft, moet de beroepsactiviteit hem in staat stellen om regelmatig inkomsten te verwerven om in de eigen levensbehoeften te kunnen voorzien. Een onbezoldigd bestuurder oefent m.a.w. geen duurzame activiteit uit met het oogmerk om er winst of inkomsten uit te halen. Hij kwalificeert bijgevolg niet als onderneming en kan dus niet worden failliet verklaard (Orb. Antwerpen (afd. Antwerpen) 26 september 2023, *TIBR* 2023/2, RS-9). Ook de ondernemingsrechtbank van Namen hanteert het bezoldigd karakter van het bestuursmandaat als criterium. Een natuurlijke persoon die op zelfstandige en bezoldigde basis de functie van bestuurder uitoefent in een vennootschap, die onderworpen is aan de sociale zekerheid voor zelfstandigen en een eenvoudige boekhouding bijhoudt waarin de vergoedingen voor de uitoefening van zijn bestuursmandaat als bron van professionele inkomsten zijn opgenomen, is een onderneming (Orb. Liège (afd. Namur) 14 april 2022, *TIBR* 2023/2, RS-166).

Beroepsverboden

6. Indien een kennelijke grove fout van de gefailleerde tot het faillissement heeft bijgedragen, kan de insolventierechtbank aan de betrokkene het verbod opleggen om persoonlijk of door een tussenpersoon een onderneming uit te baten (art. XX.229, § 1 WER) (zie ook randnr. 71). Dit verbod kan ook worden opgelegd aan de bestuurder van een failliet verklaarde rechtspersoon wiens ontslag geen jaar vóór de faillietverklaring is bekendgemaakt of aan de persoon die zonder aldus te zijn benoemd, in werkelijkheid de rechtspersoon bestuurde, in geval van een kennelijke grove fout die tot het faillissement van deze rechtspersoon heeft bijgedragen (art. XX.229, § 3 WER). Aan deze (feitelijke) bestuurder kan verder het verbod worden opgelegd om persoonlijk of door een tussenpersoon, enige opdracht die de bevoegdheid inhoudt om een rechtspersoon rechtsgeldig te verbinden, uit te oefenen (art. XX.229, § 4 WER). Het verbod moet beperkt zijn in de tijd en mag niet langer dan tien jaar lopen (art. XX.229, § 5 WER). De rechtbank kan het beroepsverbod voorwaardelijk opleggen voor een duur van drie jaar, of de uitspraak opschorten voor die duur (art. XX.229, § 6 WER).

Aangezien artikel 1 van het KB nr. 22 van 24 oktober 1934 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen niet verbonden is aan het insolventierecht, is het verantwoord dat de draagwijdte van het beroepsverbod van dit KB tot uitoefening van bepaalde functies uitgesproken door een strafrechter niet op de draagwijdte van het verbod opgenomen in artikel XX.229, § 4 is afgestemd (GwH 9 maart 2023, *DPE* 2023, 273; *JLMB* 2023, 1148; vorige kroniek *TRV-RPS* 2023, 456, nr. 13).

Nietigverklaring

7. De ondernemingsrechtbank spreekt de nietigheid van een besluit uit op verzoek van de rechtspersoon of een persoon die belang heeft bij de naleving van de rechtsregel die niet is nagekomen (art. 2:44 WVV, voorheen art. 178 W.Venn.). Een aandeelhouder die niet werd opgeroepen voor de algemene vergadering en vervolgens werd ontslagen als (gedelegeerd) bestuurder (zoals gepubliceerd in de bijlagen bij het *Belgisch Staatsblad*) werd rechtstreeks getroffen door de bestreden besluiten en de publicatie ervan en is een belanghebbende om de nietigheidsvorderingen te stellen en de publicatie te vorderen (Antwerpen 24 november 2022, *DAOR* 2023, 35).

In gevallen die hij spoedeisend acht, kan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank, op vordering van de rechtspersoon of een persoon die belang heeft bij de naleving van de niet nagekomen rechtsregel, in kort geding de opschorting van een besluit bevelen indien de aangevoerde middelen de nietigverklaring van het bestreden besluit *prima facie* kunnen verantwoorden (art. 2:46 WVV). De voorzitter van de ondernemingsrechtbank van Antwerpen diende te oordelen over de vordering tot opschorting van een besluit van de algemene vergadering van een naamloze vennootschap wegens onregelmatigheden in de besluitvorming op grond van artikel 2:42, 1° WVV. De voorzitter stelde vast dat de meerderheidsaandeelhouders de bijzondere algemene vergaderingen uitgebreid hadden voorbereid en het (nakende) ontslag van de eisende bestuurder vooraf onderling hadden besproken, ook met hun raadslieden. Hierbij werd een scenario afgesproken en uitgeschreven. Behoudens onregelmatigheden of bedrieglijk opzet, is daar op zich niets mis mee. Alle aandeelhouders waren aanwezig en de meerderheid kon regelmatig beslissen, zodat het niet ogenschijnlijk aannemelijk wordt gemaakt dat er onregelmatigheden waren die hetzij de beraadslaging of de stemming konden beïnvloeden (Voorz. Orb. Antwerpen (afd. Antwerpen) (KG) 29 september 2023, *TRV-RPS* 2024, 188). De

voorzitter van de ondernemingsrechtbank van Luik daarentegen, besliste tot opschorting van een besluit van de algemene vergadering waarbij bestuurders werden ontslagen wegens bedrog. De voorzitter oordeelde dat het bedrog in de zin van artikel 2:42 WVV *prima facie* vaststaat wanneer de vermeende auteurs van een publicatie in de bijlagen bij het *Belgisch Staatsblad*, die naar aanleiding van deze publicatie genomen besluiten betwisten, afdoende aantonen dat zij niet de auteurs zijn van de aan hen toegeschreven handtekeningen op de ter ondersteuning van de publicatie overgelegde documenten (Voorz. Orb. Liège (div. Liège) 23 augustus 2022, *TRV-RPS* 2023, 284, noot M. BORN, “Les publications frauduleuses aux annexes du Moniteur belge et la théorie de l’inexistence”).

Transparantie en controle

De commissaris en de bedrijfsrevisor

8. Artikel 3:59 WVV regelt de gerechtelijke benoeming van een commissaris. Als er geen commissarissen zijn of wanneer alle commissarissen zich in de onmogelijkheid bevinden om hun taak uit te voeren, dan wordt onmiddellijk in de benoeming of vervanging van de commissarissen voorzien. Bij gebreke hiervan, benoemt de voorzitter van de ondernemingsrechtbank, zitting houdend zoals in kort geding, bij verzoekschrift van iedere belanghebbende, een bedrijfsrevisor wiens honoraria hij vaststelt en die met de taak van commissaris wordt belast totdat op wettige wijze in zijn benoeming of vervanging is voorzien.

De commissaris van een genoteerde vennootschap weigerde zich kandidaat te stellen voor een volgend mandaat, omwille van een ‘schijnbaar’ onafhankelijkheidsprobleem. Er werden geen derde partijen gevonden die zich kandidaat stelden voor het commissarismandaat. Op vordering van de vennootschap stelde de voorzitter van de ondernemingsrechtbank te Leuven, zetelend zoals in kort geding, op 24 augustus 2022 het revisorenkantoor aan dat eerder het mandaat had uitgeoefend, maar dat omwille van de rotatieplicht verplicht was geweest om ontslag te nemen. Het kantoor had zich niet kandidaat gesteld voor een nieuw mandaat, omwille van bedrijfseconomische redenen verbonden aan de commissaris zelf. De voorzitter oordeelde evenwel dat de wettelijke aanstellingsplicht van een commissaris binnen genoteerde vennootschappen het algemeen belang dient. Bij de uitvoering van zijn taken neemt de commissaris niet alleen de belangen van de door hem gereviseerde vennootschap in acht, maar tevens die van onder meer individuele (minderheids)aan-

deelhouders, schuldeisers, werknemers, leveranciers, concurrenten en de Staat. Wanneer geen commissaris wordt aangesteld, kan onder meer geen wettelijke controle/certificatie van de jaarrekening(en) plaatsvinden, wordt geen verslag uitgebracht aan de algemene vergadering van aandeelhouders en kan de alarmbelprocedure bij continuïteitsproblemen niet worden uitgeoefend. Het algemeen belang dat erin bestaat dat een commissaris wordt benoemd voor een genoteerde vennootschap overstijgt het belang van (een) individuele bedrijfsrevisor(en) om, omwille van louter bedrijfseconomische redenen, geen mandaat als commissaris in de vennootschap te willen opnemen (Voorz. Orb. Leuven 30 augustus 2022, *TRV-RPS* 2023, 504). De gerechtelijk benoemde commissaris tekende derdenverzet aan tegen de beschikking, omdat hij reeds werd benoemd in 2022, terwijl de wettelijke afkoelingsperiode van vier jaar nog niet was verstreken en hij dus niet kon worden herbenoemd (art. 3:61, § 4 WVV). Daarop wordt de eerste beschikking vernietigd en benoemt de voorzitter een nieuwe commissaris. De voorzitter stelt ook de honoraria van de bedrijfsrevisor vast. De hoogte van de bezoldiging dient de commissaris in staat te stellen om effectief zijn revisorale taken te vervullen, mits naleving van de controlenormen van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren. Factoren die de vastgestelde bezoldiging beïnvloeden zijn onder meer een context waarin alle grote revisorenkantoren de opdracht eerder hebben geweigerd en er een nootore krapte is op de arbeidsmarkt, de arbeidsintensiviteit en complexiteit van het mandaat die de inschakeling van ervaren profielen vergen, alsook het feit dat het mandaat al drie kwartalen niet werd ingevuld zodat er onmiddellijke inspanningen dienen te worden geleverd (Voorz. Orb. Leuven 4 oktober 2022, *TRV-RPS* 2023, 511).

9. De verbintenis van de commissaris of de bedrijfsrevisor om controle uit te oefenen, is een inspanningsverbintenis en zijn fout kan bestaan uit een beslissing, gedraging, onvoorzichtigheid, verzuim, verwaarlozing of vergetelheid. Om te bepalen of de commissaris een tekortkoming in de uitoefening van zijn taak heeft begaan, zal de rechtbank nagaan of hij heeft gehandeld zoals een eerlijke, bekwame en zorgvuldige beroepsbeoefenaar die in dezelfde omstandigheden is geplaatst. Deze beoordeling maakt het voorwerp uit van een marginale toetsing door de rechtbank. Alleen het kennelijk onredelijk gedrag, rekening houdend met de concrete gang van zaken in ondernemingen, zal de persoonlijke aansprakelijkheid van de commissaris of de bedrijfsrevisor in het gedrang brengen. De controleopdracht bij een voorstel tot ontbinding beoogt na te gaan of de staat aan de aandeelhouders (en eventuele vereffenaars) een inzicht verschaft in de werkelijkheid

van het nettoactief op een bepaald ogenblik. De lopende verbintenissen van de vennootschap, zoals een putoptie-overeenkomst, die niet in de balans zijn opgenomen, moeten worden onderscheiden van de controle op de activa. De controle van verbintenissen die niet in de balans zijn opgenomen, verloopt steekproefsgewijs en vormt slechts een inspanningsverbintenis in hoofde van de revisor. Als de vennootschap geen enkele activiteit meer heeft, en als een revisor het bestaan van een optie niet redelijkerwijze kon vermoeden, kan hij bij zijn wettelijke controleopdracht enkel rekening houden met de verbintenissen die voortvloeien uit contracten die hem worden voorgelegd. Bijgevolg heeft de revisor geen fout begaan (Orb. Gent (afd. Dendermonde) 20 december 2020, *TRV-RPS* 2023, 369; ook aangehaald in randnr. 14).

Deskundigenonderzoek

10. Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen heeft voor de vermogensvennootschappen een regeling uitgewerkt die het de aandeelhouders die een minimaal percentage van aandelen bezitten, mogelijk maakt om zich, in geval van ernstig gevaar voor de vennootschap, tot de rechtbank te richten. Op verzoek van één of meer aandeelhouders die, in vermogensvennootschappen zonder kapitaal (BV en CV), ten minste 10 % vertegenwoordigen van het aantal uitgegeven aandelen of, in kapitaalvennootschappen, effecten bezitten die 1 % van het totaal aantal stemmen vertegenwoordigen of een gedeelte van het kapitaal gelijk aan ten minste 1.250.000 euro vertegenwoordigen, kan de ondernemingsrechtbank in dat geval één of meer deskundigen aanstellen om de boeken en de rekeningen van de vennootschap na te zien (art. 5:106, art. 6:91 en art. 7:160 WVV). Een vermoeden van fouten volstaat niet. Om een vennootschapsrechtelijke deskundige aan te stellen, moeten er aanwijzingen zijn van een ernstig dreigend gevaar voor de vennootschapsbelangen, wat een hogere maatstaf is, logisch voor een veel zwaardere maatregel dan de overlegging van stukken of een gewoon deskundigenonderzoek (Voorz. Orb. Antwerpen (afd. Antwerpen) 23 september 2022, *TBH* 2023, 655, noot M. CALUWAERTS “La désignation d’un expert vérificateur selon les nouvelles dispositions du CSA”; vorige kroniek *TRV-RPS* 2023, 457, nr. 18; Brussel 27 oktober 2020, *DAOR* 2023, 23; hierna randnr. 109). Het ernstig dreigende gevaar voor de vennootschapsbelangen moet niet noodzakelijk actueel zijn, voor zover de door de eiser aangevoerde aanwijzingen redelijkerwijze doen vrezen dat de vennootschapsbelangen kunnen worden aangetast (Voorz. Orb. Hainaut 24 juli 2020, *JDSA* 2021, 425; *JLMB* 2020, 1433; *TBH* 2023, 646, noot

M. CALUWAERTS “La désignation d'un expert vérificateur selon les nouvelles dispositions du CSA”). Indien noch de zorgwekkende financiële situatie van de vennootschap, die dateert uit een tijd waarin minderheidsaandeelhouders bestuurders waren, noch de onbewezen beschuldigingen van schending van de toepasselijke belangenconflictenprocedure, noch de voorwaarden voor de overdracht van de goodwill van de vennootschap, waarover door de eisers is onderhandeld, aanwijzingen vormen voor ernstige schade of risico op ernstige schade aan de belangen van de vennootschap, dan kan geen vennootschapsrechtelijke deskundige worden aangesteld (Brussel 19 september 2021, *TBH* 2023, 674, noot M. CALUWAERTS “La désignation d'un expert vérificateur selon les nouvelles dispositions du CSA”; *TRV-RPS* 2023, afl. 7, 572, noot C. FEIJEN, “Het deskundigenonderzoek op grond van artikel 7:160 WVV : toepassingsgevallen, -voorwaarden en procedure”).

De procedure is in kort geding; het deskundigenonderzoek is een voorlopige maatregel. Ook al is de rechter in kort geding bevoegd, toch moeten de eisende partijen niet bewijzen dat is voldaan aan de vereiste van spoedeisendheid. Wel moeten zij aantonen dat de vennootschapsbelangen op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen. De toepassingsvereisten van artikel 7:160 WVV sluiten dus bijzonder nauw aan bij de gemeenrechtelijke kortgedingvereiste van hoogdringendheid vermits er sprake is van urgentie in de zin van artikel 584 Ger.W. wanneer een onmiddellijke beslissing wenselijk is om schade van een bepaalde omvang of ernstige ongemakken te voorkomen (Antwerpen 17 november 2022, *TBH* 2023, 626, noot M. CALUWAERTS “La désignation d'un expert vérificateur selon les nouvelles dispositions du CSA”; *TRV-RPS* 2024, 42; vorige kroniek *TRV-RPS* 2023, 458, nr. 19). In het cassatieberoep tegen dit arrest bevestigde het Hof van Cassatie dat de voorzitter van de ondernemingsrechtbank enkel een deskundige aanstelt als de verzoekende aandeelhouders aantonen dat er aanwijzingen zijn dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen. Bij afwezigheid van zulke aanwijzingen, wijst de voorzitter het verzoek tot het vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek af. Bij de beoordeling van de gegrondheid van de vordering kan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank rekening houden met de verwachte kosten van het gevorderde deskundigenonderzoek. Op grond van artikel 875*bis*, eerste lid Ger.W. kiest de rechter de onderzoeksmaatregel en beperkt hij de inhoud van die maatregel tot wat volstaat om het geschil op te lossen, mede in het licht van de verhouding van de verwachte kosten van de maatregel tot de inzet van het geschil en waarbij de

meest eenvoudige, snelle en goedkope maatregel de voorkeur geniet. Hieruit volgt dat de voorzitter van de ondernemingsrechtbank bij de beoordeling van de vordering tot aanstelling van een vennootschapsrechtelijke deskundige rekening kan houden met de verwachte kosten van de expertise (Cass. 4 mei 2024, AR C.23.0128.N, onuitg., www.juportal.be).

Ontbinding en vereffening

Algemeen

11. De ontbinding van een vennootschap en haar daaropvolgende vereffening, die geen stuiting van geding tot gevolg hebben, zijn in principe slechts tegenstelbaar aan derden vanaf de bekendmaking van de beslissing in het Belgisch Staatsblad (Mons 7 april 2022, *JLMB* 2023, 404 (samenvatting)).

Over de ontbinding en vereffening van vennootschappen werd de doctoraatsthesis gepubliceerd van J. VAN EETVELDE, *Ontbinding en vereffening van vennootschappen* in Jan Ronse Instituut (eds.), *Reeks Vennootschaps- en Financieel Recht*, nr. 29, Roeselare, Roularta Media Group, 2023, 595 p.

Gerechtelijke ontbinding

12. In principe heeft de gerechtelijke ontbinding een subsidiair karakter, zodat in de mate van het mogelijke voorrang moet worden gegeven aan een conflictoplossing die de continuïteit van de vennootschap waarborgt. De geschillenregeling en de ontbinding verhouden zich echter niet zo lineair tot elkaar als op het eerste gezicht mag lijken, terwijl ook geen enkele wetbepaling stelt dat de geschillenregeling altijd voorrang moet krijgen op een eis tot gerechtelijke ontbinding van de vennootschap. Het recht om de ontbinding te vorderen is in beginsel gelijkwaardig aan het recht om uit de vennootschap te treden krachtens de vennootschapsrechtelijke geschillenregeling. Deze gelijkwaardige rechten die van dwingend recht zijn, moeten concreet tegenover elkaar worden afgewogen. De ontbinding dringt zich op wanneer de vennootschap geen enkele activiteit meer ontwikkelt, de verhouding tussen de aandeelhouders duurzaam en onherstelbaar verstoord is, er geen enkel perspectief is om de vennootschap nieuw leven in te blazen, er geen algemene vergaderingen worden georganiseerd en de noodzakelijke *affectio societatis* bij geen van de aandeelhouders nog kan worden vastgesteld. (Voorz. Orb. Gent (afd. Gent) 29 september 2021, *DAOR* 2023, 135, ook aangehaald in randnr. 99).

13. De vennootschap die nalaat haar jaarrekening, samen met de nodige stukken opgesomd in artikel 3:12 WVV, bijtijds bij de Nationale Bank neer te leggen, kan op verzoek van iedere belanghebbende of het Openbaar Ministerie of na mededeling door de kamer voor ondernemingen in moeilijkheden worden ontbonden (art. 2:74, § 1 WVV). De kamer voor ondernemingen in moeilijkheden onderzoekt dossiers van deze vennootschappen en maakt het betrokken dossier met een gemotiveerde beslissing aan de ondernemingsrechtbank over met het oog op de ontbinding; deze beslissing deelt ze ook mee aan het Openbaar Ministerie (art. XX.29, § 2 WER). Indien de vennootschap bovendien gedurende drie opeenvolgende boekjaren geen jaarrekening neerlegt, wordt ze ambtshalve uit de Kruispuntbank van Ondernemingen uitgeschreven; ze wordt opnieuw ingeschreven zodra de neerlegging is gebeurd (art. III.42, § 1, 4° WER) (zie vorige kroniek *TRV-RPS* 2023, 458, nr. 20).

Een gerechtelijke ontbinding uitgesproken bij verstek op grond van de niet-neerlegging van de jaarrekeningen gedurende meerdere jaren, kan worden ingetrokken wegens regularisatie wanneer is aangetoond dat de betrokken jaarrekeningen ondertussen zijn neergelegd (Brussel 10 maart 2020, *TIBR* 2022/2, RS-110).

Ontbinding met onmiddellijke sluiting van vereffening

14. Eén van de voorwaarden om tot ontbinding en sluiting van de vereffening in één akte te kunnen overgaan, is dat alle schulden ten aanzien van vennoten of aandeelhouders, of derden zoals vermeld in de staat van activa en passiva, zijn terugbetaald of dat de nodige gelden om die te voldoen werden geconsigneerd (art. 2:80, eerste lid, 2° WVV). Zolang de vervaldag van een putoptie niet is verstreken, is het niet toegelaten een vennootschap te ontbinden en vereffenen in één akte zonder de nodige provisies aan te leggen voor het geval de putoptie zou worden gelicht. De bestuurders van een vennootschap kunnen aansprakelijk worden gesteld voor het feit dat zij de vennootschap van onvoldoende middelen voorzagen om deze toe te laten haar verbintenissen uit de putoptie na te komen. Hierbij is het niet relevant om na te gaan of de bestuurders voorafgaandelijk aan de ontbinding dienden te weten dat de putoptie zou worden gelicht (Orb. Gent (afd. Dendermonde) 20 december 2020, *TRV-RPS* 2023, 369; ook aangehaald in randnr. 9).

De vereffenaar

15. De vereffenaar wordt vergoed. In een vrijwillige vereffening beslist de algemene vergadering over de vergoeding. Een vereffenaar kende zichzelf in de loop van de vereffening op eigen initiatief een loon toe, in onduidelijke omstandigheden, terwijl het toe-vertouwde mandaat kosteloos werd uitgeoefend en terwijl niet werd aangetoond dat een beslissing van de algemene vergadering het mandaat zou gewijzigd hebben naar een bezoldigd mandaat. Daarbij liet de vereffenaar zijn persoonlijk belang primeren op dat van de vennootschap en de schuldeisers. Hij beging een fout in de zin van de artikelen 2:106 WVV en 1382 oud BW (Orb. Hainaut (afd. Tournai) 18 februari 2021, *REDI* 2023, 93; noot R. AYDOGDU, “L’apurement du passif d’une société en liquidation : liberté, égalité, responsabilité”; ook aangehaald in randnr. 94).

Een vennootschap die gedurende drie jaar haar jaarrekening niet had neergelegd, werd door de toenmalige rechtbank van koophandel te Veurne gerechtelijk ontbonden en er werd een vereffenaar aangesteld. In hoger beroep bevestigde het hof van beroep te Gent deze beslissing, maar stelde het een andere vereffenaar aan. Vervolgens diende het hof zich uit te spreken over een verzoek tot vervanging van de vereffenaar en over de begroting van de staat van kosten en ereloon van de vereffenaar. Het hof verklaart zich zonder rechtsmacht omdat de betwistingen die rijzen in het kader van een vereffeningprocedure in de ruime zin van het woord, zoals een faillissement of een gerechtelijke vereffening, aanleiding geven tot een nieuwe procedure die voor de bevoegde rechter in eerste aanleg moet worden beslecht. De devolutieve werking van het hoger beroep kan hieraan geen afbreuk doen en er dus niet voor zorgen dat het hof rechtsmacht verkrijgt indien het zijn rechtsmacht heeft uitgeput over alle aanhangige geschilpunten (Gent 30 mei 2022, *TGR* 2023, 76).

Verlieslatende vereffening

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

eisers. Indien de vereffening het vertrouwen heeft van alle of een zeer belangrijk deel van de schuldeisers en op een correcte en voor de schuldeisers transparante wijze zonder fraude wordt afgewikkeld - zodat hun vertrouwen niet wordt beschaamd - wankelt het krediet niet (zie vorige kroniek *TRV-RPS* 2023, 481, nr. 21).

Op 1 september 2023 trad de wet van 7 juni 2023 in werking die de EU-Richtlijn 2019/1023 van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, heeft omgezet in het Belgisch recht. De eerste commentaren bij deze wet kwamen in de vorige kroniek aan bod (*TRV-RPS* 2023, 451, nr. 1 en 460, nr. 26). Ook in deze periode werden een aantal commentaren gepubliceerd (J.-B. HUBIN en F. GEORGE, “La dissolution judiciaire des personnes morales en situation de faillite”, *JT* 2023, 544-550; zie ook hierboven randnr. 1). De wet van 7 juni 2023 bracht aan de faillissementswetgeving wijzigingen aan om het eenvoudiger te maken vennootschappen in bepaalde omstandigheden te vereffenen. Een vennootschap die vatbaar is voor ontbinding en vereffening en aangifte doet van haar faillissement, kan in de aangifte of op de daaropvolgende zitting vragen dat de rechtbank, na te hebben vastgesteld dat de faillissementsvoorwaarden zijn vervuld, de gerechtelijke ontbinding uitsprekt. De insolventie-rechtbank kan de gerechtelijke ontbinding uitspreken wanneer er geen significante activa voorhanden zijn en het algemeen belang dit vereist. De vereffening gebeurt overeenkomstig de artikelen 2:76 e.v. WVV (art. XX.100 WER). Daarbij zal de rechter rekening houden met het feit dat de kansen op een succesvolle aansprakelijkheidsvordering gering zijn (*Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 55-3231/001, 83). Deze gerechtelijke ontbinding wordt gelijkgesteld met een faillissement en er wordt dus melding van gemaakt in het insolventieregister (art. XX.107, § 2 WER).

Een vennootschap kan zich niet aan het faillissement onttrekken door zich te vereffenen, als blijkt dat de faillissementsvoorwaarden zijn vervuld. Een ontbonden rechtspersoon kan nog failliet worden verklaard tot zes maanden na het sluiten van de vereffening (art. 99, lid 4 WER). De schuldeiser hoeft geen bijzondere motieven op te geven waarom hij zijn dagvaarding in faillissement handhaaft, ondanks de verwijdering van de rechtspersoon uit het rechtsverkeer. Het faillissement biedt de schuldeiser meer mogelijkheden om eventueel zijn vordering alsnog geheel of gedeeltelijk in te vorderen en dus een betere bescherming (Orb. Gent (afd. Oudenaarde)

19 juli 2022, *TIBR* 2023/1, RS-53; vorige kroniek *TRV-RPS* 2023, 460, nr. 26).

Voor een recent overzicht van de actuele ontwikkelingen inzake de verlieslatende vereffening wordt verwezen naar J. VAN EETVELDE, “Actuele ontwikkelingen inzake de deficitaire vereffening van vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid” in M. STORME e.a. (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen VII*, Antwerpen, Intersentia, 2024, 59-90.

Passieve rechtspersoonlijkheid

17. Door de sluiting van de vereffening verdwijnt de vennootschap als rechtspersoon. Zij kan geen rechten meer verwerven noch verplichtingen aangaan. De vereffenaar heeft bij gebreke van opdrachtgever geen bevoegdheid meer om de vennootschap te vertegenwoordigen. Wel wordt aanvaard op grond van de vijfjarige verjaringstermijn uitgeschreven in artikel 2:143, § 1, vijfde streepje WVV, dat de vennootschap een passieve rechtspersoonlijkheid behoudt en nog via de vereffenaar kan worden aangesproken. De vordering moet dan wel worden ingesteld tegen de persoon van de vereffenaar in deze hoedanigheid of *qualitate qua*.

De vereffende vennootschap wordt geacht voort te bestaan om zich te verweren tegen vorderingen die de schuldeisers conform artikel 2:143, § 1 WVV tijdig hebben ingesteld tegen de vennootschap, alsook ten aanzien van vorderingen die reeds voor de sluiting van de vereffening tegen de vennootschap werden ingesteld. Dat geldt ook in geval van een onmiddellijke sluiting van de vereffening. Het passief voortbestaan, dat de bescherming beoogt van de schuldeisers van de vennootschap, laat de vereffende vennootschap toe om een rechtsmiddel in te stellen tegen een veroordelende rechterlijke beslissing gewezen na de sluiting van de vereffening in een procedure die nog lopende was ten tijde van de vereffening. Zij laat de vereffende vennootschap evenwel niet toe om een rechtsmiddel in te stellen tegen een rechterlijke beslissing, gewezen na de sluiting van de vereffening, op vordering van de vennootschap zelf (Cass. 15 februari 2024, *RABG* 2024, 191, noot A. DE SCHAMPHELEIRE, “De procesbekwaamheid van een ontbonden rechtspersoon, zonder aanstelling van een vereffenaar en waarvan de vereffening beëindigd werd”; het arrest *a quo* van het hof van beroep van Antwerpen van 26 september 2022 werd reeds vermeld in de vorige kroniek *TRV-RPS* 2023, 461, nr. 28).

De passieve rechtspersoonlijkheid laat evenmin toe dat de vereffende vennootschap een reeds voordien

bekomen vonnis nog zou kunnen laten betekenen of uitvoeren, en de vereffenaar is niet langer bevoegd om voor de vennootschap op te treden vermits zijn mandaat (in de regel) beëindigd is door de sluiting van de vereffening. Ook de gewezen vennoten hebben in principe niet de vereiste hoedanigheid om na de afsluiting van de vereffening de ten voordele van de vennootschap tussengekomen beslissingen te betekenen of uit te voeren. De vereffening van een vennootschap geldt als een rechtsopvolging onder bijzondere titel, zodat de gewezen vennoten niet kunnen worden beschouwd als de rechtsopvolgers onder algemene titel van de vereffende vennootschap. Wordt de vereffening voortijdig gesloten, in de wetenschap dat bepaalde activa nog niet zijn gerealiseerd of hangende gerechtelijke procedures nog niet zijn beslecht, dan belet zulks in de regel dat de gewezen vennoten hierop naderhand nog zouden kunnen terugkomen. Niets belet evenwel dat bij de sluiting van de vereffening uitdrukkelijk van deze afstand wordt afgeweken door te beslissen tot een overdracht van vorderingsrechten aan de gezamenlijke vennoten, op voorwaarde dat de vereffening niet deficitair is (Brussel 24 oktober 2019, *TBBR* 2023/1, 31).

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid

Misbruik van vertrouwen

18. Artikel 491 Sw. bepaalt dat “(h)ij die ten nadele van een ander goederen, gelden, koopwaren, biljetten, kwijtingen, geschriften van om het even welke aard, die een verbintenis of een schuldbevrijding inhouden of teveegbrengen en die hem overhandigd zijn onder verplichting om ze terug te geven of ze voor een bepaald doel te gebruiken of aan te wenden, bedrieglijk verduistert of verspilt, wordt gestraft met gevangenisstraf van een maand tot vijf jaar en met geldboete van zesentwintig [euro] tot vijfhonderd [euro]”. De constitutieve bestanddelen van het misdrijf misbruik van vertrouwen zijn de voorafgaande precaire afgifte, de verduistering of verspilling van een voorwerp zoals omschreven in artikel 491 Sw., een mogelijke benadeling en bedrieglijk opzet (A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 484-498). In een arrest van 21 maart 2023 oordeelde het Hof van Cassatie dat gelden van een vennootschap ter bede zijn toevertrouwd aan haar bestuurders, die deze gelden enkel mogen beheeren en besteden in het belang van de vennootschap. Het wanbedrijf misbruik van vertrouwen vereist als materieel constitutief bestanddeel een verduistering of een verspilling. Een verduistering zoals hier bedoeld is een wederrechtelijke toe-eigening van hetgeen ter bede is toevertrouwd. De verduistering kan aldus bestaan in het feit dat de

bestuurder van een vennootschap zich persoonlijk gelden van de vennootschap toe-eigent. Dat deze gelden ingevolge die toe-eigening in eigendom overgaan op die bestuurder, impliceert bijgevolg niet dat het materieel constitutief bestanddeel van het misbruik van vertrouwen niet is vervuld. Door zich persoonlijk gelden toe te eigenen van de vennootschap en deze te boeken in rekening-courant, wetende dat hij deze nooit zal terugbetalen, verduistert een bestuurder de gelden van de vennootschap met bedrieglijk opzet (Cass. 21 maart 2023, *TRV-RPS* 2023, 347, noot E. VAN HOOGHTE, “Misbruik van rekening-courant : misbruik van vertrouwen?”).

Misbruik van vennootschapsgoederen

19. Artikel 492bis Sw. straft bestuurders “die met bedrieglijk opzet en voor persoonlijke rechtstreekse of indirecte doeleinden gebruik hebben gemaakt van de goederen of van het krediet van de rechtspersoon, hoewel zij wisten dat zulks op betekenisvolle wijze in het nadeel was van de vermogensbelangen van de rechtspersoon en van die van zijn schuldeisers of vennoten” met een gevangenisstraf en een geldboete. De veroordeelde kan ook uit zijn politieke en andere rechten, omschreven in artikel 31 Sw., worden ontzet (art. 32 Sw.). Een bijzonder opzet is vereist dat bestaat in de bedrieglijke intentie om zich een onrechtmatig voordeel toe te kennen of met de bedoeling voor persoonlijke doeleinden vermogensgoederen af te wenden wetende dat hiermee belangrijke schade aan de vermogensbelangen van de vennootschap, haar schuldeisers en vennoten wordt toegebracht. Dit bijzonder opzet bestaat in handelen in strijd met het vennootschapsbelang met de kennis dat dit handelen belangrijke schade voor de vennootschap, haar schuldeisers en haar vennoten met zich meebrengt (vorige kroniek *TRV-RPS* 2022, 493, nr. 74).

Er is sprake van misbruik van vennootschapsgoederen wanneer een bestuurder gebruikmaakt van de goederen van de rechtspersoon op een wijze die betekenisvol in het nadeel is van de vermogensbelangen van de rechtspersoon en zijn schuldeisers, onder meer wanneer hij weet dat het objectieve, redelijk te verwachten gevolg van zijn gedraging erin bestaat dat de solvabiliteit van de rechtspersoon en de executiemogelijkheden van de schuldeisers op de activa van de rechtspersoon ernstig worden aangetast of dreigen te worden aangetast. Een bestuurder die, zonder zich te kunnen beroepen op een economische noodwendigheid, een naar verhouding belangrijke geldsom onttrekt aan het vermogen van de rechtspersoon, waarvan de solvabiliteit op dat moment reeds precair is, wordt geacht te weten dat hij op betekenisvolle wijze handelt in

het nadeel van de schuldeisers van de rechtspersoon. De rechter oordeelt onaantastbaar over de voor het misdrijf misbruik van vennootschapsgoederen vereiste kennis van de bestuurder (Cass. 7 mei 2024, AR P.23.1620.N/1, onuitg., www.juportal.be; A.VAN HOE, “Misbruik van vennootschapsgoederen : doe het niet - Cassatie 9 mei 2024”, *Corporate Finance Lab* 2024 (blog), <https://corporatefinancelab.org/2024/05/16/misbruik-van-vennootschapsgoederen-doe-het-niet-cassatie-9-mei-2024>).

Valsheid in geschrifte - omzeiling beroepsverbod

20. Indien bij een vervolging wegens valsheid in geschrifte en gebruik van valse stukken de aan een beklagde verweten waarheidsvermomming in de oprichtingsakte van een vennootschap erin bestaat dat hij zichzelf vermeldt als zaakvoerder om te verdoezelen dat een andere persoon de werkelijke leiding van de vennootschap heeft (wiens beroepsuitoefeningsverbod daardoor wordt omzeild), oordeelt de rechter onaantastbaar of de laatstvermelde persoon daadwerkelijk de enige zaakvoerder van de vennootschap was (Cass. 7 november 2023, RW 2023-24, 1676 (verkort), noot).

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon

21. De rechtspersoon is strafrechtelijk verantwoordelijk voor misdrijven die een intrinsiek verband hebben met de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen of die, zoals blijkt uit de concrete omstandigheden van de zaak, voor zijn rekening zijn gepleegd (art. 5 Sw.). Dit is een autonome strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor de rechtspersoon die losstaat van die van de natuurlijke persoon die de handelingen, die de strafbare inbreuk vormen, heeft gesteld. Bijgevolg moeten, om de vennootschap te kunnen vervolgen voor een bepaald misdrijf, zowel het materieel als het moreel bestanddeel van dat misdrijf in hoofde van de vennootschap worden aangetoond. Bij de beoordeling wordt rekening gehouden met de kennis en de gedragingen van de natuurlijke personen die de strafbare handelingen hebben gesteld, als maar het moreel bestanddeel in hoofde van de vennootschap wordt ontwaard en vastgesteld. Indien blijkt dat de handelingen van een rechtspersoon volledig worden bepaald door de enige zaakvoerder of bestuurder-natuurlijke persoon van die rechtspersoon, kan de rechter zich bij de beoordeling van de aanwezigheid van het moreel misdrijfbestanddeel op het niveau van de rechtspersoon en dus bij de vaststelling dat dit bestanddeel op dit niveau is aangetoond, laten leiden door het

gedrag van die ene zaakvoerder of bestuurder, en dit houdt geen miskenning in van het vermoeden van onschuld (art. 5 Sw. en art. 6.2 EVRM) (Cass. 27 juni 2023, RW 2023-24, 1107 (samenvatting), noot; T.*Strafr.* 2023, 371; VAV 2023, 55; vorige kroniek TRV-RPS 2023, 461, nr. 29).

Geschillen in de vennootschap

Verjaring

22. Artikel 2:143, § 1, tweede streepje WVV (voorheen art. 198, § 1, eerste streepje W.Venn.) bepaalt dat alle rechtsvorderingen tegen vennoten verjaren door verloop van vijf jaren, te rekenen van de bekendmaking hetzij van hun uittrekking, hetzij van de akte van ontbinding van de vennootschap, of te rekenen van het verstrijken van de overeengekomen duur. Een voorbeeld van een dergelijke vordering is de vordering tegen een aandeelhouder tot volstorting van zijn aandelen. Artikel 2:143, § 1, vierde streepje WVV (voorheen art. 198, § 1, vierde streepje W.Venn.), bepaalt dat alle rechtsvorderingen tegen zaakvoerders, bestuurders, leden van de directieraad, leden van de raad van toezicht, commissarissen, vereffenaars (hierna gezamenlijk aangeduid als “de bestuurders”), wegens verrichtingen in verband met hun taak, ook verjaren na verloop van vijf jaren. Er zijn echter twee mogelijke aanvangspunten voor de verjaring, met name de verrichting zelf of, indien ze met opzet verborgen is gehouden, de ontdekking ervan. De vordering inzake bestuursaansprakelijkheid is een voorbeeld van een dergelijke vordering.

In antwoord op een prejudiciële vraag van het Hof van Cassatie (Cass. 10 maart 2023, AR C.22.0362.N, concl. E. HERREGODTS, onuitg., www.juportal.be), oordeelde het Grondwettelijk Hof in een arrest van 1 februari 2024 dat het verschil in de verjaring van rechtsvorderingen ten aanzien van vennoten en ten aanzien van bestuurders een schending uitmaakt van de artikelen 10 en 11 Grondwet en artikel 6.1 EVRM. Het Grondwettelijk Hof wijst erop dat de wetgever, door een van het gemeen recht afwijkende verjaringstermijn op te leggen voor vennoten en bestuurders, de privébelangen van de schuldeisers ondergeschikt gemaakt heeft aan de hogere belangen van het handelsverkeer. Het Grondwettelijk Hof aanvaardt dat de verschillen tussen de vennoten en de bestuurders, wat zowel hun rol in de vennootschap als hun aansprakelijkheid betreft, kunnen verantwoorden dat de vijfjarige verjaringstermijn voor rechtsvorderingen tegen de vennoten begint te lopen vanaf het verlies van hun hoedanigheid, terwijl de vijfjarige verjaringstermijn voor rechtsvorderingen tegen de bestuurders, wegens verrichtingen in verband met

hun taak, begint te lopen vanaf die verrichtingen. Het is evenwel niet redelijk verantwoord dat enkel voor de rechtsvorderingen tegen de bestuurders is voorzien in een uitzondering op het absolute karakter van de verjaringstermijn ingeval de schadeverwekkende verrichtingen met opzet verborgen zijn gehouden, terwijl er voor rechtsvorderingen tegen vennoten niet is voorzien in een uitzondering op het absolute karakter van de verjaringstermijn ingeval de verjaring tot stand is gekomen door het opzettelijk verbergen van verrichtingen door een of meerdere vennoten (GwH 1 februari 2024, *RW* 2023-24, 1240 (samenvatting); *RW* 2023-24, 1627 (samenvatting), noot; J. VAN EETVELDE, “Verjaringstermijn voor rechtsvorderingen tegen vennoten strijdig met art. 10 en 11 van de Grondwet”, *Corporate Finance Lab* 2024 (blog), <https://corporatefinancelab.org/2024/03/01/verjaringstermijn-voor-rechtsvorderingen-tegen-vennoten-strijdig-met-art-10-en-11-van-de-grondwet>).

Artikel 2:143, § 1, vierde streepje WVV wijkt af van het gemeen recht doordat het aanvangspunt van de vijfjarige verjaringstermijn verschilt, aangezien artikel 2262*bis*, § 1, tweede lid oud BW bepaalt dat “*alle rechtsvorderingen tot vergoeding van schade op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid [verjaren] door verloop van vijf jaar vanaf de dag volgend op die waarop de benadeelde kennis heeft gekregen van de schade of van de verzwarende ervan en van de identiteit van de daarvoor aansprakelijke persoon*”. In een arrest van het hof van beroep te Luik werd geoordeeld dat artikel 2:143 WVV van toepassing is ongeacht de grondslag voor de bestuurdersaansprakelijkheid, zelfs als die grondslag buiten het WVV ligt (in dit geval de buitencontractuele aansprakelijkheid op grond van art. 1382 oud BW). Het hof oordeelde dat de aansprakelijkheidsvordering was verjaard, omdat deze meer dan vijf jaar na de feiten werd ingesteld, ook al werd zij ingesteld door de curator van de vennootschap, die pas kennis had gekregen van de schade nadat hij zijn functie opnam. Tegen dit arrest werd cassatieberoep aangetekend, waarbij de curator aanvoerde dat de door het hof van beroep toegepaste regel in strijd is met de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie. Geconfronteerd met dit argument heeft het Hof van Cassatie een prejudiciële vraag gesteld aan het Grondwettelijk Hof (Cass. 26 april 2024, C.23.0433.F, concl. B. INGHELS, onuitg., www.juportal.be).

Artikel 198 W.Venn. (huidig art. 2:143 WVV) is van toepassing op elke rechtsvordering tegen bestuurders en aandeelhouders of vennoten, ongeacht de aard van de vordering of de hoedanigheid van de eiser, maar omwille van de hoedanigheid van bestuurder of vennoot van de verweerder. De curatoren van een failliete vennootschap hadden een vordering inge-

steld tegen de gewezen aandeelhouder en bestuurder tot terugbetaling van diens schuld in rekening-courant. Volgens de gewezen aandeelhouder was de vordering verjaard. Het hof van beroep te Luik oordeelt dat de verplichting om de opgenomen sommen terug te betalen niet voortvloeit uit de hoedanigheid als aandeelhouder of bestuurder van de betrokken persoon. Het gaat immers niet om een vordering in bestuurdersaansprakelijkheid of een vordering tot nakoming van verplichtingen als aandeelhouder. Het gaat over een persoonlijke vordering die onder het regime van artikel 2262*bis* oud BW valt, en bijgevolg is de tienjarige verjaringstermijn van toepassing (Liège 28 november 2023, *JLMB* 2024, afl. 2, 76; *REDI* 2024/News, 13, samenvatting E. VANHOVE; *TBH* 2024, 444, noot J.-F. GOFFIN, “Remboursement de compte courant d’associé et prescription”; Orb. Liège 26 januari 2023, *TBH* 2024, 440).

Arbitrage

23. In het algemeen kunnen alle geschillen die, hetzij vermogensrechtelijk van aard zijn, hetzij dat niet zijn, maar wel vatbaar voor een dading zijn, aan arbitrage worden onderworpen (art. 1676 Ger.W.). De Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel diende te oordelen over een vordering tot nietigverklaring van een arbitrale uitspraak waarin een voormalige zaakvoerder en een voormalige aandeelhouder van een BVBA, na de vereffening van deze laatste, werden veroordeeld tot het betalen van openstaande facturen. Eisers wierpen onder meer op dat de medecontractant de vennootschap had moeten aanspreken en dat zij nooit akkoord waren gegaan met een arbitrageclausule. Volgens de rechtbank heeft de vereffening en ontbinding van de vennootschap op zich geen enkele impact op de rechtsgeldigheid van voorheen door de vennootschap gesloten overeenkomsten. Dit houdt in dat de arbitrageclausule eveneens zijn geldigheid behoudt en dat bijgevolg de geschillen voortvloeiend uit die overeenkomst onderworpen zijn aan arbitrage door het daarin aangeduide arbitraal college. Aangezien de vereffening al was afgesloten, worden de eisers niet aangesproken als rechtstreekse schuldenaars van de facturen, maar wel in hun hoedanigheid van voormalige zaakvoerder, en dus van rechtsweg vereffenaar (art. 2:79 WVV), en als voormalig aandeelhouder aansprakelijk voor de schulden van de ontbonden vennootschap die niet uiterlijk bij de sluiting van de vereffening werden betaald (art. 2:104 WVV) (Rb. Brussel (NL.) 28 januari 2022, *b-Arbitra* 2023/2, 589; evenals het ruimer overzichtsartikel van I. CLAEYS en H. VAN CAUWENBERGHE, “Over de geldigheid van arbitrageclausules in algemene voorwaarden of toetredingscontracten”, *b-Arbitra* 2023/2, 423-446).

Optreden in rechte - mandaat *ad litem*

24. De vennootschap wordt in rechte vertegenwoordigd door een advocaat of haar organen (art. 703, § 1, eerste lid Ger.W.). Zij moet in dagvaarding en in elke akte van rechtspleging haar naam, rechtsvorm en adres van de zetel vermelden; daarmee wordt ze voldoende geïdentificeerd.

De advocaat vertegenwoordigt de vennootschap voor de rechter zonder dat hij het bewijs van een volmacht moet leveren, behoudens in de gevallen waarin de wet een bijzondere volmacht voorschrijft (art. 440, tweede lid en art. 479 Ger.W.). Voor dit mandaat *ad litem* volstaat het dat de advocaat de vennootschap die hij vertegenwoordigt voldoende identificeert door de opgave van de vennootschapsnaam, de rechtsvorm en het adres van de vennootschapszetel. Het is aan de tegenpartij om aan te tonen dat de advocaat geen mandaat heeft om de vennootschap te vertegenwoordigen (art. 848 *in fine* Ger.W.; vorige kroniek *TRV-RPS* 2019, 641, nr. 36).

Uit artikel 440, lid 2 van het Ger.W. volgt dat, behoudens in het geval dat de wet een bijzondere volmacht voorschrijft, een advocaat die voor een burgerlijke rechtbank een proceshandeling stelt en enkel verklaart dat hij optreedt in naam van een rechtspersoon die duidelijk geïdentificeerd is wat betreft de naam, de rechtsvorm en de statutaire zetel, wettelijk vermoed wordt hiervoor een rechtmatige volmacht te hebben gekregen vanwege het bevoegde orgaan van deze rechtspersoon. Dit vermoeden is niet onweerlegbaar. Een partij kan aanvoeren dat de beslissing om een proceshandeling te stellen niet werd goedgekeurd door de organen van de rechtspersoon en niet van deze laatste uitgaat, maar de bewijslast ligt bij deze partij. Volgens het Hof van Cassatie kan de afgevaardigde dagelijks bestuurder van een vennootschap een fiscaal beroep instellen voor zover het geschil kan worden geacht binnen het toepassingsgebied van het dagelijks beheer te vallen. Hieruit volgt dat de partij, die beweert dat de beslissing van de afgevaardigde bestuurder van een vennootschap om een fiscaal beroep in te stellen niet werd goedgekeurd door de organen van de vennootschap en niet van deze laatste uitgaat, moet aantonen dat het geschil niet binnen het toepassingsgebied van dit beheer valt (Cass. 29 september 2023, *F/JF* 2024, 6, noot).

De 'beslissing' om een vordering in rechte in te leiden in naam en voor rekening van een vennootschap werd niet genomen door de raad van bestuur, regelmatig samengesteld en opgeroepen, maar door een persoon, die het verboden werd om functies als bestuurder van de vennootschap uit te oefenen en

die werd veroordeeld wegens valsheid in geschrifte. Bijgevolg was de 'beslissing' om een vordering in rechte in te leiden slechts het gevolg van handelingen die strafrechtelijk worden gesanctioneerd. Een dergelijke manier van handelen is strijdig met de openbare orde en de vordering in rechte is onontvankelijk (Vred. St.-Jans-Molenbeek 19 januari 2022, *T.Vred.* 2023, 89).

Beperking bestuursbevoegdheid

25. De rechter in kortgeding kan als dringende en voorlopige maatregel een voorlopig bewindvoerder of een lasthebber *ad hoc* aanstellen met het oog op het stellen van een of meer handelingen van bestuur, in naam en voor rekening van een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, onder meer in het geval dat de werking van het bestuursorgaan van de vennootschap geblokkeerd is. Gezien het ernstige ingrijpen in het bestuur van de vennootschap is dit een uitzonderlijke maatregel die terughoudendheid vanwege de rechter behoeft (Voorz. Orb. Antwerpen (afd. Antwerpen) (KG) 12 mei 2023, *TRV-RPS* 2023, 265; vorige kroniek *TRV-RPS* 2023, 463, nr. 34).

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

De vennootschap onder firma (VOF)

26. In een VOF zijn alle vennoten hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap (art. 4:22, tweede lid WvV). Het feit dat slechts één vennoot voor een VOF verbintenis is aangegaan, belet niet dat de andere vennoot hiervoor hoofdelijk aansprakelijk is. De uittreding van een vennoot uit een VOF is slechts tegenstelbaar aan de schuldeisers vanaf de bekendmaking in de bijlagen bij het *Belgisch Staatsblad*. De aansprakelijkheid van de uitgetreden vennoot is beperkt tot de verbintenissen van de VOF die zijn aangegaan vóór de publicatie van de aandelenoverdracht. De uitgetreden vennoot kan evenwel ook worden aangesproken voor de schulden die daarna zijn ontstaan indien deze betrekking hebben op verbintenissen die voordien zijn aangegaan namens de VOF en dit tot vijf jaar na de bekendmaking van zijn uittreding (Orb. Antwerpen (afd. Antwerpen) 28 oktober 2021, *TIBR* 2022/2, RS-27).

27. De problematiek van de vennoten van een VOF die als werkelijke belastingschuldigen worden

beschouwd voor wat betreft de belastingschulden van de vennootschap, werd reeds aangehaald in de vorige kroniek (*TRV-RPS* 2023, 464, nr. 36). De vennoot wordt niet onderscheiden van de VOF omwille van zijn onbeperkte en hoofdelijke aansprakelijkheid. Aangezien de vennoot geen derde is, kan hij geen derdenverzet instellen tegen een veroordeling van de VOF. Hij kan trouwens ook geen verzet aantekenen, want hij is geen partij in het geschil (K. GEENS, “De vennoten van een maatschap, een VOF en een CommV zijn geen derde”, *TRV-RPS* 2023, 148-149). Dit werd verholpen door de wet van 21 april 2024 tot wijziging van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen wat betreft het invoeren van een gemeenrechtelijk verzetsrecht voor de vennoten van de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap (zie hiervoor randnr. 1). Zowel in artikel 4:14 WVV betreffende de maatschap, als in artikel 4:26 WVV betreffende de VOF en de CommV werd een lid ingevoerd dat bepaalt dat tegen de vennoot die niet op de hoogte is gebracht of geen kennis heeft gekregen van het geding waarbij de maatschap, respectievelijk de vennootschap tot nakoming van een dergelijke verbintenis is veroordeeld, de beslissing alleen kan worden uitgevoerd mits zij hem wordt betekend. De vennoot kan verzet doen op de wijze en binnen de termijn bepaald in het Gerechtelijk Wetboek, zelfs indien de beslissing voor hoger beroep vatbaar is.

Faillissement van de vennoot van een VOF

28. Om de vennoot van een VOF failliet te verklaren moet de insolventierechter nagaan of de faillissementsvoorwaarden in hoofde van de vennoot zijn voldaan. De afzonderlijke faillietverklaring van de vennoot is vereist. Eenmaal failliet verklaard zal de curator instaan voor de vereffening van de persoonlijke boedel van de vennoot. De curator van de VOF kan hiermee worden belast (art. XX.14 WER). Indien de vennoot gehuwd is, zal de huwelijksgemeenschap deel zijn van de failliete boedel. Indien de vennoot echter uit de echt is gescheiden, is de datum waarop het faillissement werd uitgesproken cruciaal. Wordt het faillissement van de vennoot uitgesproken vooraleer de echtscheiding gevolgen heeft ten aanzien van derden, dan omvat de faillissementsboedel naast het eigen vermogen van de gefailleerde ook de volledige huwelijksgemeenschap en de tot de huwelijksgemeenschap behorende goederen en kunnen deze door de curator te gelde worden gemaakt ten behoeve van de faillissementsschuldeisers. Wordt het faillissement daarentegen uitgesproken na het ogenblik waarop de echtscheiding gevolgen heeft ten aanzien van derden, dan dient eerst de huwelijksgemeenschap te worden vereffend en verdeeld,

waarna het nettoaandeel van de gefailleerde echtgenoot aan de curator moet worden overgemaakt (Cass. 22 januari 2021, *NJW* 2021, 450 en Orb. Gent (afd. Dendermonde) 22 augustus 2022, *T.Not.* 2023/3, 238, reeds aangehaald in de vorige kroniek *TRV-RPS* 2023, 464, nr. 37).

Commanditaire vennootschap op aandelen

29. De commanditaire vennootschap op aandelen beschikt niet over het recht om tegen de vennoten een vordering tot betaling in te stellen voor de vennootschapsschulden.

Deze actie komt enkel toe aan de schuldeisers van de vennootschap. De vereffenaar kan bijgevolg geen rechtsovereenkomst instellen tegen de hoofdelijk gehouden vennoten voor de aanzuivering van de schulden van de ontbonden vennootschap (Cass. 26 november 2021, *TIBR* 2/2022, RS 20). De commanditaire vennootschap op aandelen werd niet behouden in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen. Commanditaire vennootschappen op aandelen die op 1 januari 2024 nog niet waren omgezet in een andere rechtsvorm, werden op die datum van rechtswege omgezet in een naamloze vennootschap met een enige bestuurder. Het aangehaalde arrest van het Hof van Cassatie is derhalve enkel nog relevant voor de commanditaire vennootschappen die worden geregeld in boek IV (zie ook art. 4:24 WVV).

V. De besloten vennootschap (BV)

Oprichting

30. Om in te schrijven op aandelen van een BV, dient men een inbreng te doen. Dit kan een inbreng zijn in geld, in natura of in nijverheid. Een BV werd opgericht door drie personen en volgens de notariële oprichtingsakte doet slechts een van hen een inbreng in ruil waarvoor hij aandelen ontvangt. Hoewel de andere twee oprichters niets inbrengen, ontvangen zij de meerderheid van de aandelen. De ondernemingsrechtbank te Antwerpen verklaart de toekenning van de aandelen aan de oprichters die niets hebben ingebracht, nietig. De nietigheid van deze deelneming brengt niet de nietigheid van de vennootschap mee, maar heeft wel als gevolg dat de oprichter die als enige een inbreng heeft verricht alleen aandeelhouder wordt (Orb. Antwerpen (afd. Antwerpen) 1 december 2022, *T.Not.* 2023, 539, noot L. WEYTS “Inbreng van arbeid volstaat nu bij een BV”).

Effecten

Aandelenregister

31. De inschrijving in het aandelenregister verschaft een aandeelhouder geen materiële eigendomstitel. De overdracht van aandelen op naam gebeurt *solo consensu* waardoor een loutere wilsovereenstemming volstaat. Het aandelenregister heeft evenwel een belangrijke functie als bewijsmiddel. De inschrijving in het aandelenregister is echter geen exclusief bewijsmiddel en het tegenbewijs kan met alle bewijsmiddelen toegelaten onder het gemeen recht worden geleverd. Deze principes gelden overigens zowel voor als na de nieuwe vennootschapswetgeving. In zoverre de vermelding in het aandelenregister een begin van bewijs door geschrift uitmaakt, kan ze worden aangevuld met vermoedens, zoals de aanwezigheidslijsten van de algemene vergaderingen, diverse dividendenuitkeringen en de boekhouding van de vennootschap (Gent 8 december 2022, *T.Not.* 2023, 545).

Overdracht van niet-volgestorte aandelen

32. Het Hof van Cassatie heeft nogmaals bevestigd dat het oude artikel 250 W.Venn., dat bepaalde dat de overdracht ten aanzien van de vennootschap en van derden eerst gebeurt vanaf de inschrijving in het aandelenregister, dient te worden uitgelegd in de zin dat de overdrager van niet-volgestorte aandelen niet tot volstorting kan worden aangesproken om bij te dragen in de na die inschrijving ontstane vennootschapsschulden. Hij kan enkel worden aangesproken tot beloop van de voordien ontstane vennootschapsschulden (Cass. 2 september 2022, *RW* 2022-23, 618 (verkort), noot; *TBIH* 2023, 609, noot K. MARESCEAU en V. VAN EESSEL, “Ook na het cassatiearrest van 2 september 2022 blijft de mate van gehoudenheid van de overdrager tot volstorting van de overgedragen BV(BA)-aandelen de gemoederen beroeren”; *TRV-RPS* 2023, 176, noot A. STEENO, “Overdracht van niet-volgestorte aandelen in de BVBA : het Hof van Cassatie bevestigt zijn arrest van 9 oktober 2020 en de keuze voor partiële gehoudenheid van de overdrager”).

Onder het nieuwe WVV zijn, na de inschrijving van de overdracht in het aandelenregister, overdrager en overnemer hoofdelijk aansprakelijk tot volstorting (art. 5:66 WVV). Daarbij speelt niet mee of deze storting zal dienen voor de betaling van oude of nieuwe vennootschapsschulden. Deze nieuwe regeling is van dwingend recht en dus van toepassing op bestaande vennootschappen vanaf 1 januari 2020, ongeacht of de statuten van deze vennootschappen al werden

aangepast aan het WVV (zie bespreking in de vorige kronieken *TRV-RPS* 2023, 465, nr. 41; *TRV-RPS* 2022, 484, nr. 31).

Over de intertemporele werking van de hoofdelijke volstortingsplicht bestaat evenwel onduidelijkheid. Het aanknopingscriterium voor de werking in de tijd van artikel 5:66 WVV wordt anders ingevuld door het hof van beroep te Gent in een arrest van 4 april 2022 en door de ondernemingsrechtbank te Brussel in een vonnis van 29 april 2022. In beide gevallen was de vennootschap onder het oude recht opgericht als een BVBA en had één van de oprichters zijn aandelen nadien overgedragen. De aandelenoverdrachten vonden beide plaats vóór 1 januari 2020. In het ene geval werd de vennootschap failliet verklaard in 2019, in het andere geval in de loop van 2020. Beide rechtscolleges verklaren het oud W.Venn. van toepassing op het geschil, maar hanteren hiervoor een ander aanknopingscriterium. Het hof van beroep te Gent baseert zich op het fixatiebeginsel en kent de faillissementsdatum een doorslaggevende rol toe (in diezelfde zin Orb. Gent (afd. Gent) 1 december 2020, *TRV-RPS* 2021, 956, noot T. VAN COMPERNOLLE, “De intertemporele toepassing van het WVV (in het bijzonder van zijn artikel 5:66, eerste lid) op bestaande vennootschappen”). De ondernemingsrechtbank te Brussel kiest de datum van de aandelenoverdracht als doorslaggevend criterium en argumenteert dat het aanknopingscriterium moet worden bepaald in functie van de rechtmatige verwachtingen van de rechtszoekenden die nadeel hebben bij de wetswijziging, in dit geval de overdragers van niet-volgestorte aandelen. Het vertrouwensbeginsel verzet zich tegen de nadelige aantasting van de rechtmatige verwachtingen van de rechtszoekenden. Vindt het zogenaamde ‘kantelmoment’ voor deze rechtszoekenden plaats vóór de zogenaamde ‘cesuur’, d.i. de inwerkingtreding van de nieuwe wet (in dit geval 1 januari 2020), dan is in principe de oude wet van toepassing, tenzij dit in strijd zou zijn met de openbare orde. Na het sluiten van de overeenkomst heeft de overdrager geen mogelijkheid meer om zijn gedrag aan te passen aan de nieuwe regel, en is hij gerechtigd te verwachten dat de oude wet van toepassing zal blijven (Gent 4 april 2022, *TIBR* 2022, RS-155 en Orb. Brussel (Nl.) 29 april 2022, *TIBR* 2022, RS-159, noot F. MERTENS, “De intertemporele werking van de hoofdelijke volstortingsplicht na de overdracht van aandelen : gezond verstand troef”).

Goedkeuring overdracht

33. Bij testament liet een man zijn volledige vermogen, inclusief 25 % van de aandelen van een BV, na aan de kleinzonen van zijn broer. Aangezien het een

overgang van aandelen in de zijlijn betrof, dienden de legatarissen als aandeelhouder te worden goedgekeurd door de bestaande aandeelhouders (art. 5:63, § 1 WVV). De bestaande aandeelhouders weigerden hen toe te laten en derhalve hadden de legatarissen recht op de waarde van de overgegangene aandelen, ten laste van de aandeelhouders die zich tegen de toelating hadden verzet (art. 5:65 WVV). Voor het hof van beroep te Antwerpen draaide de discussie nog rond de waarde van de aandelen, die werd vastgesteld op basis van een statutaire clause. Aan de verplichting tot uitkoop kan een dwangsom worden gekoppeld. Het is de bedoeling om te vermijden dat erfgenamen gevangen worden van hun aandeel (Antwerpen 13 oktober 2022, *TBH* 2023, 699, noot H. CULOT, “Non-agrément des héritiers et rachat des actions”).

Koop-verkoop

34. Een koop-verkoop is een overeenkomst die vatbaar is voor nietigverklaring overeenkomstig het gemeen recht zoals in geval van bedrog in de zin van artikel 1116 oud BW. Dit doet zich voor als een verkoper opzettelijk kunstgrepen aanwendt om de koper ertoe aan te zetten de overeenkomst te sluiten. Er bestaat in hoofde van de verkoper geen algemene spreekplicht waarin hij ertoe gehouden is actief na te gaan wat de bedoelingen van de koper zijn, en in functie daarvan informatie geeft. Wel kan een spreekplicht voortvloeien uit de concrete omstandigheden, zoals wanneer partijen overeenkomen dat de koper een onderzoek van de boeken verricht (zie vorige kroniek 2022, *TRV-RPS* 2022, 484, nr. 32). De koper van aandelen heeft de verplichting om zichzelf te informeren over de vennootschap waarvan hij de aandelen verwerft (gemeenzaam aangeduid als een ‘due diligence’) en kan zich daarbij laten bijstaan door deskundigen. Aan de hand van een dergelijk onderzoek kan, bijvoorbeeld aan de hand van reeds publiekelijk beschikbare jaarrekeningen, de schuldenlast van de vennootschap waarvan de aandelen worden overgenomen, door de koper in kaart worden gebracht. De gemeenrechtelijke verplichting voor de verkoper om de koper te vrijwaren voor verborgen gebreken (art. 1641 oud BW) - en het daaraan verbonden recht om zich desgevallend een deel van de prijs te doen terugbetalen (art. 1644 oud BW) - heeft uitsluitend betrekking op de aandelen zelf en meer bepaald op de rechten die zij verlenen. De activa en passiva van de vennootschap maken niet het voorwerp uit van die bescherming. Een minwaarde van het vermogen van de vennootschap is niet voldoende om over een verborgen gebrek (in de zin van art. 1641 oud BW) van de overgedragen aandelen te spreken, aangezien de aandelen van een vennootschap niet samenvallen met de activa van die

vennootschap en het vermogen van de koper zich onderscheidt van dat van die vennootschap (Orb. Leuven 27 september 2021, *TRV-RPS* 2024, 100; ook aangehaald in randnr. 44).

Bestuur

Belangenconflict

35. De niet-naleving van de procedure inzake belangenconflicten kan een grond zijn tot bestuurdersaansprakelijkheid. Een niet-statutaire bestuurder van een BV had zonder overleg met zijn medebestuurders facturen van zijn managementvennootschap betaald, waarvan het voorwerp en de opeisbaarheid ter discussie lagen. De facturen werden geprotesteerd door de vennootschap, die de betaling terugvordert van de bestuurder ten titel van schadevergoeding uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Door in zijn hoedanigheid van bestuurder zelf de betalingen van facturen uit te voeren, terwijl er een strijdig belang was van vermogensrechtelijke aard tussen hemzelf en de vennootschap had de bestuurder artikel 5:76, § 1 WVV miskend (mededeling aan de andere bestuurders die de verrichting dienen uit te voeren). De schade bestond uit de ten onrechte uitgevoerde betalingen (Antwerpen 6 april 2023, *Limb.Rechtsl.* 2023, 214).

Vermogen(sbescherming)

Winstuitkering

36. Uitkeringen aan de aandeelhouders zijn onderworpen aan twee tests : de solvabiliteitstest en de liquiditeitstest. De solvabiliteitstest wil verzekeren dat het eigen vermogen ingevolge de uitkering niet negatief wordt (art. 5:142 WVV) en de liquiditeitstest dat de vennootschap na de uitkering haar opeisbare schulden nog kan betalen (art. 5:143 WVV). Deze regeling geldt voor een gewone winstuitkering aan aandeelhouders ter gelegenheid van de goedkeuring van de jaarrekening of op een ander ogenblik, alsmede voor tantièmes die aan bestuurders worden toegekend. Zij geldt verder ook voor elke uitkering aan aandeelhouders, en dus ook in geval van terugbetaling van vermogen dat is gevormd door hun inbrengen of vrijstelling van de volstortingsverplichting (zie bespreking in de vorige kroniek *TRV-RPS* 2023, 466, nr. 44 en nr. 45).

Wanneer de algemene vergadering van een BVBA beslist heeft om, naar aanleiding van de afschaffing van het kapitaal door de wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen,

aan een aandeelhouder vrijstelling te verlenen van volstorting van het nog niet volgestorte gedeelte van het kapitaal, dan moet deze vrijstellingsbeslissing als een uitkering worden beschouwd. Bijgevolg had het bestuur van de BV naar aanleiding van de statutenwijziging waarbij vrijstelling van volstorting werd verleend, de nettoactietest en de liquiditeitstest uit de artikelen 5:142 en 5:143 WVV moeten toepassen. Wanneer dit niet is gebeurd, is de vrijstelling van volstorting als een onrechtmatige uitkering te behandelen, die door de curatoren van de inmiddels failliete vennootschap van de aandeelhouder kan worden teruggevorderd op basis van artikel 5:144, lid 2 WVV (Antwerpen 15 december 2022, *TBH* 2023, 709, noot H. DE WULF; *TIBR* 2023/2, RS-119; *TRV-RPS* 2023, 561, noot F. MERTENS en L. VAN MARCKE, “Dubbele uitkeringstest in de BV geldt ook voor de vrijstelling van volstorting”).

VI. De coöperatieve vennootschap (CV en SCE)

Coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid

37. De wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen heeft de coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid (CVOA) afgeschaft. Bij wijze van overgangsmaatregel bepaalde artikel 39, § 1 van de wet dat bestaande vennootschappen door middel van een *opt-in* konden beslissen om hun statuten aan te passen aan het WVV vóór 1 januari 2020. In elk geval dienden de bestaande vennootschappen hun statuten in overeenstemming te brengen met het WVV ter gelegenheid van de eerstvolgende statutenwijziging na 1 januari 2020, tenzij deze statutenwijziging voortvloeide uit de toepassing van het toegestane kapitaal, de uitoefening van inschrijvingsrechten of de conversie van converteerbare obligaties. Uiterlijk op 1 januari 2024 moesten de statuten met de bepalingen van het WVV in overeenstemming worden gebracht. In aanvulling op deze algemene overgangsregel bepaalde artikel 41, § 1 dat rechtspersonen die de rechtsvorm hadden van een coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid tot hun omzetting in een andere rechtsvorm beheerst bleven door het Wetboek van vennootschappen, en dat bovendien de dwingende bepalingen van hetzelfde Wetboek betreffende de vennootschap onder firma toepasselijk werden op de coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid.

Een coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid werd failliet verklaard op 26 oktober

2019 en had op dat ogenblik haar statuten nog niet aangepast aan het WVV. De artikelen 352 en 371 W.Venn. waren dus nog van toepassing. Artikel 352 W.Venn. bepaalt dat de vennoten van een coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap. Volgens artikel 371 W.Venn. blijven vennoten die zijn uitgesloten, uitgetreden of gedeeltelijk hun aandelen hebben teruggenomen, gedurende vijf jaar, binnen de grenzen van hun verbintenis als vennoot, persoonlijk instaan voor alle verbintenissen door de vennootschap aangegaan vóór het einde van het jaar waarin de uitsluiting, uittreding of gedeeltelijke terugnemering zich heeft voorgedaan. Op deze gronden werden twee vennoten die reeds in 2018 waren uitgetreden, gehouden tot de verbintenissen aangegaan door de vennootschap tussen 2016 - zijnde vijf jaar voor de datum van het instellen van de aansprakelijkheidsvordering - en 31 december 2018 (Orb. Brussel (Fr.) 27 februari 2023, *JLMB* 2024, 85).

Uittreding van rechtswege

38. In een arrest van 2 december 2022 oordeelde het Hof van Cassatie dat de statuten van een coöperatieve vennootschap kunnen bepalen dat een vennoot die niet langer aan de voorwaarden voldoet om vennoot te zijn, wordt geacht van rechtswege uit te treden. Overeenkomstig artikel 375 W.Venn., zoals van toepassing, hebben in geval van overlijden, faillissement, kennelijk onvermogen of onbekwaamverklaring van een vennoot, zijn erfgenamen, schuldeisers of vertegenwoordigers recht op uitkering van de waarde van zijn aandeel. Deze wetsbepaling noch enige andere bepaling verzetten zich ertegen dat de statuten van een coöperatieve vennootschap bepalen dat een vennoot van rechtswege ophoudt vennoot te zijn indien hij niet langer aan een statutair bepaald vereiste voldoet (Cass. 2 december 2022, *TRV-RPS* 2023, 258, concl. E. HERREGODTS, noot O. ROODHOOFT, “De flinterdunne lijn tussen uittreding en uitsluiting : de uittreding van rechtswege wegens verlies van hoedanigheid in CV(BA) en BV”). Terwijl het Wetboek van vennootschappen deze mogelijkheid niet uitdrukkelijk voorzag, vermelden zowel artikel 5:156, § 2 WVV (BV), als artikel 6:122 WVV (CV) nu dat de statuten kunnen bepalen dat de aandeelhouder die niet langer beantwoordt aan de statutaire vereisten om aandeelhouder te worden, wordt geacht op dat ogenblik van rechtswege uit te treden. In zijn noot bij het arrest wijst ROODHOOFT erop dat aandeelhouders minder bescherming hebben in geval van automatische uittreding, doordat de procedurele waarborgen van de uitsluiting niet gelden : er is o.a. geen hoorrecht voor de uittre-

dende aandeelhouder en de vennootschap moet geen gemotiveerde beslissing nemen. Ook bestaat er een risico op manipulatie van de uittredingsgrond, bijvoorbeeld wanneer een beëindiging van een bestuursmandaat of de beëindiging van een operationele hoedanigheid als een verlies van hoedanigheid van aandeelhouder zou worden beschouwd.

VII. Société anonyme (SA)

Généralités

39. Les articles 147 à 163 de la loi du 27 mars 2024 portant dispositions en matière de digitalisation de la justice et dispositions diverses Ibis (*MB* 29 mars 2024, 38622) modifient les critères de taille des sociétés, des associations et des fondations. Ils imposent la désignation d'au moins trois administrateurs indépendants dans les sociétés cotées et interdisent, dans ces sociétés et dans certaines entités d'intérêt public, de nommer comme administrateurs des personnes condamnées du chef de certaines infractions pénales. En outre, une décision de l'assemblée générale est désormais exigée pour approuver la cession, par une société cotée, d'actifs "significatifs", définis comme des actifs équivalant aux trois quarts des actifs de la société (à ce sujet, voy. les réflexions de T. VOS, "De goedkeuring door de algemene vergadering van de overdracht van significante activa : opvulling van enkele leemtes", *RPS-TRV* 2024, 194; voir aussi n° 1).

Titres

40. L'inscription dans le registre des actions fait présumer la titularité des titres (art. 7:34, al. 1 CSA). Lorsque la dépossession est exigée, comme c'est le cas pour le gage sur instruments financiers régi par la loi du 15 décembre 2004, une inscription du gage dans le registre des actions est requise pour opérer la dépossession (Mons 27 avril 2000, *DAOR* 2022/4, 36, note C. STANDAERT, "Un gage sur actions nominatives n'ayant pas fait l'objet d'une inscription dans le registre des actions peut-il bénéficier du régime prévu par la loi sur les sûretés financières ?").

41. L'article 7:49 du CSA permet de procéder à des regroupements d'actions. Cette opération réduit le nombre d'actions émises par la société en remplaçant plusieurs actions anciennes par une action nouvelle. Elle suppose une modification des statuts, mais ne nécessite pas d'autorisation statutaire préalable. Le risque de création de rompus est inhérent au mécanisme, et ce risque est d'autant plus important que le regroupement se fait selon un rapport de conversion élevé. En l'espèce, la société avait émis plus de

7 milliards d'actions, dont la valeur oscillait autour de 0,0002 euro; la décision prise par l'assemblée générale consistait à échanger 50.000 actions anciennes pour une action nouvelle. Le président du tribunal, siégeant en référé, estime que l'opération est *prima facie* régulière et qu'elle ne semble pas, dans les circonstances de l'espèce, constituer un abus (TE Hainaut (réf.) 2 décembre 2022, *RDC-TBH* 2023, 745).

42. Les cessions d'actions sont des contrats de vente en principe soumis au droit commun des obligations et de la vente. Aussi le régime de ces contrats est-il influencé par la promulgation du Livre 5 du (nouveau) Code civil (E. POTTIER et V. POKORNY, "Le devoir d'information des parties dans le cadre de la négociation d'une convention de cession d'actions à l'aune du nouveau Code civil", *RDC-TBH* 2023, 586). La donation de titres fait aussi l'objet d'une étude intéressante (C. MATHIEU, "La donation indirecte de titres nominatifs : validité, conséquences et implications dans la pratique notariale", *Rev. not.* 2024, 407). La cybersécurité devient un thème majeur à considérer lors de l'acquisition d'actions (J. FILBICHE et A. KOUTRA, "M&A et cybersécurité : quelques considérations pratiques", *RDC-TBH* 2024, 341).

43. La liberté contractuelle implique qu'en principe, personne n'est obligé de conclure de convention, en l'espèce un projet de convention de cession d'actions. Toutefois, les parties doivent se comporter de bonne foi lors de la négociation du contrat. La Cour d'appel de Bruxelles met en balance ces deux principes pour décider que, vu les circonstances de l'espèce, la rupture des négociations par les parties vendeuses n'était pas fautive, même si les négociations étaient déjà bien avancées. L'existence d'un désaccord authentique sur un élément substantiel de la convention (il ne s'agissait toutefois pas d'un élément essentiel) semble avoir été déterminante. La note d'observations envisage l'incidence qu'aurait le (nouveau) Code civil à ce sujet, quoiqu'il ne fût pas applicable en l'espèce (Bruxelles 1er avril 2022, *RPS-TRV* 2023, 356, note O. CAPRASSE et M. LECROMPE, "Du droit de rompre la négociation de l'acquisition de titres de société : avant et après la réforme du Code civil").

44. Lors d'une vente d'actions, la garantie des vices cachés ne porte en principe que sur les vices affectant les actions, et non sur la consistance des actifs ou des passifs de la société. En outre, l'acquéreur a l'obligation de s'informer au sujet de la société, grâce à une *due diligence*; il peut, le cas échéant, prévoir des garanties contractuelles. L'existence de dettes de la société, qui n'auraient (prétendument) pas été envisagées lors de la cession des actions, ne constitue donc pas un vice affectant ces dernières (TE Leuven 27 septembre 2021, *RPS-TRV* 2024, 100; voir aussi n° 34).

45. En doctrine, le droit de vote double ou multiple continue à susciter des questionnements : T. MONNENS, “Bereikt het loyauteitsstemrecht de doelstellingen van de Belgische wetgever ? Empirisch onderzoek naar de Belgische praktijk”, *RPS-TRV* 2023, 625 (lauréat du prix RPS-TRV 2022); C. CLOTTENS, “Meervoudig stemrecht in genoteerde vennootschappen - een kwestie van tijd ?”, *RPS-TRV* 2023, 525.

Il en va de même pour les classes d’actions : M. STUYTS, “Aandelenuitgiften en soorten : over zachte heelmeeesters, stinkende wonden en spoedeisende revalidaties”, *RPS-TRV* 2024, 145; T. VOS et R. VOS, “Uitgifte van aandelen in geval van aandelensoorten : problemen voor private equity en venture capital”, *RPS-TRV* 2024, 205.

Organe d’administration

Statut de l’administrateur

46. Il est assez rare qu’un tribunal soit saisi d’un litige au sujet des règles spécifiques applicables à la rémunération des administrateurs de sociétés cotées. Dans son jugement du 20 janvier 2022, le tribunal de l’entreprise de Bruxelles estime que, lorsqu’une rémunération variable est prévue, les objectifs à atteindre ne doivent pas nécessairement avoir été fixés dans la convention, qui peut prévoir qu’ils pourront être déterminés annuellement par le conseil d’administration. Rien n’oblige toutefois le conseil d’administration à fixer de tels objectifs ni, dès lors, à attribuer une rémunération variable. Si l’indemnité de départ (parfois appelée “parachute doré”) dont le montant est supérieur à douze mois de rémunération doit en principe être approuvée par l’assemblée générale (art. 7:92 CSA), tel n’est pas le cas si elle stipulée dans un contrat conclu avant que la société soit cotée (TE Bruxelles 20 janvier 2022, *RDC-TBH* 2023, 1009, note T. L’HOMME et J. GRANADO ARANZANA, “Réflexions sur la rémunération variable et l’indemnité de départ des dirigeants de sociétés cotées”).

Fonctionnement du conseil d’administration

47. Un contentieux important existe dans le domaine des marchés publics, au sujet de la régularité d’offres qui n’auraient pas été signées par l’organe compétent de la société soumissionnaire. Dans un arrêt du 23 février 2023, le Conseil d’État, sur requête en suspension, motive de manière détaillée son application des règles en matière de représentation de la société anonyme (art. 7:93, § 2 CSA), y compris lorsque le représentant est un administrateur personne morale qui a désigné un représentant permanent (art. 2:55

CSA). Il suspend la décision du pouvoir adjudicateur, qui, de son côté, ne semblait pas les avoir bien comprises (CE 23 février 2023, n° 255.896, *APT* 2023, 735 (sommaire); *Marchés & Contrats Publics* 2023, 354; voy. également le n° 3).

48. Quoique le conseil d’administration perde son pouvoir par l’effet du jugement de faillite, il reste compétent pour interjeter appel contre ce jugement. Encore faut-il, pour prendre valablement la décision d’introduire ce recours, que le conseil d’administration soit composé conformément à la loi. Tel n’est pas le cas lorsque deux des trois administrateurs ont eux-mêmes été déclarés en faillite, de sorte qu’ils ne peuvent plus exercer leur fonction d’administrateur (Gent 25 octobre 2021, *TIBR* 2022, RS-121, note S. DE GEYTER, “De vertegenwoordiging in rechte van een naamloze vennootschap met een onregelmatig samengestelde raad van bestuur”).

49. La procédure de conflit d’intérêts de l’article 7:96 CSA (ancien art. 523 C. Soc.) ne s’applique qu’aux décisions relevant de la compétence de l’organe d’administration. Une autorisation d’acquérir des actions propres (art. 7:215 CSA) relève de la compétence de l’assemblée générale et n’est donc pas soumise à cette procédure. Les règles relatives au fonctionnement de l’assemblée générale protègent adéquatement les actionnaires. Dès lors, un contrat d’acquisition d’actions propres ne peut pas être annulé au motif qu’il aurait été conclu sans respecter la procédure de conflit d’intérêts (Antwerpen 24 novembre 2022, *RPS-TRV* 2023, 481, note T. VOS, “Kan de belangenconflictprocedure van toepassing zijn op de inkoop van eigen aandelen ?”).

Délégué à la gestion journalière

50. L’article 7:121, alinéa 2 CSA indique que “[l]a gestion journalière de la société comprend tous les actes et les décisions qui n’excèdent pas les besoins de la vie quotidienne de la société ainsi que les actes et les décisions qui en raison de l’intérêt mineur qu’ils représentent ou en raison de leur caractère urgent ne justifient pas l’intervention [de l’organe d’administration]”. Cette définition est inspirée de la jurisprudence antérieure à la promulgation du Code des sociétés et des associations, à la différence près que les conditions d’intérêt mineur et d’urgence étaient alors cumulatives et non alternatives.

Tant l’ancienne que la nouvelle version de la définition sont construites sur une alternative entre les actes relevant des besoins de la vie quotidienne et les actes ne justifiant par l’intervention de l’organe d’administration. Pour décider qu’un acte ne relève

pas de la gestion journalière, il ne suffit donc pas d'examiner la seconde branche de l'alternative (comportant elle-même les deux composants de l'intérêt mineur et de l'urgence, cumulatifs ou alternatifs selon l'application *ratione temporis*), mais il faut en outre vérifier que l'acte n'entre pas dans la première branche de l'alternative, à savoir les besoins de la vie quotidienne de la société.

C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans un arrêt du 29 septembre 2023, qui garde toute sa pertinence même s'il est prononcé sur le visa de l'article 525 du Code des sociétés, aujourd'hui abrogé (Cass. 29 septembre 2023, F.22.0107.F, concl. conf. B. INGHELS, *FJF* 2024/1, 6-7 (sommaire)).

Assemblée générale

51. Même si la loi du 22 février 1998 la dote d'un statut spécial largement dérogatoire au droit commun, la Banque nationale de Belgique reste une société anonyme. La demande en annulation de la décision de la Banque nationale relative à l'approbation des comptes annuels et à la distribution d'un dividende relève de la juridiction du tribunal de l'entreprise et non de celle du Conseil d'État. La juridiction du Conseil d'État est en effet doublement limitée : d'une part, il ne peut (sauf exception) statuer sur des contestations au sujet de droits subjectifs (art. 144 et 145 Const.) et d'autre part, sa compétence est subsidiaire au sens où elle s'efface lorsque la loi confie le litige à une autre juridiction (CE 20 décembre 2021, n° 252.483, *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht* 2023, 270).

Capital

52. Après qu'un créancier a pratiqué une saisie sur des actions appartenant à son débiteur, la société émettrice des actions réalise une augmentation de capital qui dilue la participation du débiteur-saisi. Le créancier saisissant estime que l'opération est faite en fraude de ses droits et introduit une action paulienne pour que l'opération lui soit déclarée inopposable. La Cour d'appel rejette la demande et la Cour de cassation rejette le pourvoi contre cet arrêt. En effet, la Cour de cassation rappelle qu'en matière d'action paulienne, "lorsque l'acte a un caractère anormal, la fraude suppose que le débiteur ait agi sachant que les créanciers seraient préjudiciés. Cette seule connaissance ne suffit pas à établir la fraude lorsque l'acte a un caractère normal". Or, la Cour d'appel avait considéré que l'augmentation de capital pouvait s'expliquer dans les circonstances de l'espèce car la société avait besoin de fonds pour poursuivre son

activité. La valorisation adoptée pour réaliser l'opération n'apparaissait pas anormale non plus (Cass. 10 juin 2022, *RDC-TBH* 2024, 423, note S. SZEMPLINSKI, "Action paulienne et opérations propres au droit des sociétés - Augmentations de capital et réorganisations").

VIII. Responsabilité des fondateurs, des associés et des administrateurs

Responsabilité des fondateurs

53. La responsabilité des fondateurs pour capital ou capitaux propres de départ manifestement insuffisants reste fréquemment invoquée devant les tribunaux. À cette occasion est examiné le plan financier rédigé par les fondateurs, qui devrait les aider à se défendre en démontrant qu'ils avaient prévu un financement adéquat pour assurer l'exercice normal des activités de la société pendant les deux premières années. Face à un plan financier totalement irréaliste, qui prouve au contraire l'insuffisance manifeste des capitaux propres de départ, le juge retient la responsabilité des fondateurs sans avoir à examiner l'existence d'un lien de causalité entre cette insuffisance et la faillite ou entre l'insuffisance des capitaux propres et l'insuffisance de l'actif (Bruxelles 30 novembre 2023, *JLMB* 2024, 79).

54. Dans une autre affaire déjà présentée l'an dernier, le tribunal de l'entreprise de Gand estime aussi que le plan financier démontre en réalité que le capital de départ était nettement insuffisant. Il fait usage de son pouvoir modérateur en limitant la condamnation des fondateurs à un montant de 100.000 euros. Si les fondateurs sont solidairement tenus vis-à-vis du curateur, le tribunal répartit entre eux la charge de cette condamnation en tenant compte du rôle prépondérant joué par l'un d'eux (qui deviendrait d'ailleurs l'administrateur de la société) dans les opérations de constitution. Le tribunal admet aussi l'action en garantie introduite par les fondateurs contre le professionnel du chiffre qui les avait aidés à rédiger le plan financier : ce professionnel n'a peut-être pas la responsabilité de vérifier l'exactitude des informations qui lui sont communiquées par les fondateurs mais s'il constate que le plan financier démontre que la société court vers des difficultés financières, il doit attirer l'attention de ses clients, qui pourraient alors renoncer à leur projet ou prévoir des sources de financement supplémentaires (TE Gent (div. Dendermonde) 18 octobre 2021, *RPS-TRV* 2022, 327, note F. MERTENS, "Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend aanvangsvermogen : kan de cijferberoeper als zondebok dienen ?", *RDC-TBH* 2022, 812, note B. DE BOCK,

“Oprichtersaansprakelijkheid : ook de cijferberoeper in het vizier”, *RABG* 2023, 784, note S. CNUDDÉ, “De controle- en adviesplicht van beoefenaars van cijferberoepen bij het opstellen van een financieel plan : voorzichtigheid geboden !”, cette chronique 2023, *RPS-TRV* 2023, 470, n° 59).

En matière de responsabilité des fondateurs, on voit se multiplier les actions contre ceux qui les ont accompagnés dans la constitution de la société. La responsabilité des professionnels du chiffre fait l’objet d’une étude publiée dans *Tax, Audit & Accountancy* 2023, n° 79, 24.

55. La Cour d’appel de Bruxelles retient aussi la responsabilité extracontractuelle du notaire envers les créanciers (représentés par le curateur) pour manquement à son devoir de conseil au fondateur, lorsque le notaire a accepté de constituer la société sur la base d’un plan financier totalement lacunaire et incohérent. Elle estime que le notaire aurait dû refuser de passer l’acte constitutif ou renvoyer le fondateur vers un professionnel qui aurait établi un plan financier plus cohérent (ou l’aurait convaincu de ne pas constituer la société, en lui faisant prendre conscience du montant réel des capitaux propres nécessaires à sa viabilité). La Cour rejette en outre l’action en garantie du notaire contre le fondateur, estimant que les fautes de l’un et de l’autre sont de gravité égale et qu’il convient en conséquence de les condamner chacun à la moitié de l’insuffisance de l’actif (Bruxelles 30 novembre 2023, *JLMB* 2024, 79).

56. La Cour d’appel d’Anvers rappelle que l’insuffisance du capital s’apprécie au moment de la constitution de la société. On ne peut reprocher aux fondateurs la non-exécution (ou la mauvaise exécution) du plan financier, ni les fautes de gestion, ni les circonstances ultérieures imprévisibles. En revanche, la Cour estime que le plan financier doit être suffisamment réaliste pour être réalisable, de sorte que ne pas y inclure des charges pourtant majeures et prévisibles entraîne la responsabilité. Dans les termes employés, la Cour semble tomber dans le travers (encore fréquent) de fonder la responsabilité sur un plan financier déficient plutôt que sur l’insuffisance du capital. Derrière les mots, on peut toutefois percevoir qu’en n’incluant pas certaines charges dans le plan financier, on surestime le résultat et on est (vraisemblablement) amené à sous-estimer les fonds propres nécessaires à l’exercice de l’activité. L’arrêt est aussi intéressant en ce qu’il articule la responsabilité des fondateurs avec celle de l’administrateur en estimant, en substance, que le dommage réparé par la condamnation des fondateurs est identique à celui qui serait causé par la faute de l’administrateur. Aussi ce dernier (qui était un des fondateurs) n’est pas

condamné en qualité d’administrateur (Antwerpen 2 septembre 2021, *RABG* 2023, 769).

57. Même sous l’ancien Code des sociétés, il fallait tenir compte de toutes les sources de financement (emprunts, subsides...) et pas seulement du capital. Les avances en compte courant n’ont certes pas les mêmes caractéristiques que le capital, mais elles permettent néanmoins de financer l’activité de la société (Antwerpen 23 décembre 2021, *RABG* 2023, 774).

Responsabilité des administrateurs et des gérants

Généralités

58. L’administrateur de fait est celui qui, sans base légale ou contractuelle, prend en toute indépendance des décisions de gestion (voy. également le n° 4). Il faut montrer qu’il exerce des pouvoirs qui déterminent le sort de la société, par exemple qu’il conclut des contrats au nom de la société. Un manager qui exécute un contrat de prestations de services conclu avec la société, sans dévier des tâches que ce contrat lui confie, n’est pas un administrateur de fait (TE Antwerpen (div. Hasselt) 30 septembre 2022, *Limb. Rechtsl.* 2023, 336). De même, le simple fait d’avoir une créance en compte courant contre la société n’implique pas la qualité d’administrateur de fait (Antwerpen 17 mars 2022, *TIBR* 2022/2, RS-139). Voyez aussi A. SNYERS, “Managementovereenkomsten. Feitelijk bestuur uitgesloten ... Of toch niet?”, *NJW* 2024, 502-511.

59. Il revient au curateur (ou plus généralement, au demandeur en responsabilité) de prouver la qualité d’administrateur de fait. Il ne suffit pas, à cet égard, de faire état de déclarations de tiers sans les vérifier ou d’alléguer des suppositions. Le curateur lui-même ne semblait pas parfaitement convaincu, puisqu’il avait indiqué en conclusions qu’il “se pose la question de la gérance de fait” dans le chef du défendeur (Liège 4 avril 2023, *JLMB* 2023, 1161, *REDI* 2023, news 7, note F. GEORGE, “Action en comblement de passif et démarches proactives à effectuer par le curateur”).

Faute de gestion

60. Lorsqu’un administrateur ne paie pas ses cotisations sociales personnelles, la société en est solidairement responsable. La création d’une telle dette dans le chef de la société est parfois considérée comme une faute de gestion (TE Gent (div. Gent) 28 mars 2023, *TIBR* 2023, RS-83, note I. VAN DE MIEROP,

C. SAS et E. VAN HOOGHTEEN, “De toepassing van ‘wrongful trading’ uit artikel XX.227 WER in de lagere rechtspraak”), ce qui n’est pas évident car le comportement fautif n’est pas posé en tant qu’administrateur de la société, mais plutôt à titre personnel.

Violation du CSA et des statuts

61. Lorsque les conditions de la sonnette d’alarme sont remplies (art. 332 C. Soc., art. 5:153 CSA), l’organe d’administration doit, en substance, rédiger un rapport spécial et convoquer une assemblée générale qui doit se réunir dans un délai de deux mois. Rien n’impose qu’il s’agisse d’une assemblée générale spécifiquement consacrée à cette question; ce peut être l’assemblée générale ordinaire, pour autant bien entendu que le délai de deux mois soit respecté, en fonction du moment auquel l’organe d’administration a eu connaissance du niveau de l’actif net (Antwerpen 24 juin 2021, *RABG* 2023, 795). Plus étonnante est la suite de cet arrêt, consacrée au rapport spécial. En l’espèce, les administrateurs n’avaient pas rédigé de rapport spécial séparé, mais avaient traité les questions relatives à la sonnette d’alarme et proposé des mesures pour assurer la continuité dans le rapport de gestion. La Cour estime qu’il n’existe donc pas de rapport spécial, ce qui entraîne la nullité de l’assemblée générale (même si personne ne l’avait demandée) et la faute des administrateurs au motif que l’assemblée générale est dès lors censée n’avoir pas été *convoquée*. On sait qu’alors le lien causal entre cette faute et le dommage des tiers est présumé. Cependant, comme l’assemblée générale s’est quand même réunie et a adopté les mesures proposées par l’organe d’administration, les administrateurs parviennent à renverser la présomption en prouvant que le dommage des tiers ne trouve pas sa cause dans la non-convocation de l’assemblée générale, mais dans une autre cause, que l’arrêt n’identifie d’ailleurs pas. Si le résultat final paraît correct, le raisonnement laisse songeur. Il aurait été préférable de mieux distinguer les obligations et les conséquences attachées à leur violation : en l’absence de rapport spécial, l’assemblée générale est annulée si un intéressé le demande, et en l’absence de convocation de l’assemblée générale, la présomption de lien causal s’applique. Mais ni la nullité ni l’annulation d’une assemblée générale n’impliquent qu’elle n’a pas été convoquée.

Décharge

62. La décharge constitue une renonciation de la société à engager la responsabilité des administrateurs, ce qui signifie *a contrario* que les tiers, qui

n’ont pas accordé cette décharge, peuvent toujours agir en responsabilité. En cas de faillite, le curateur peut agir tant au nom de la société faillie qu’au nom de la masse de ses créanciers. Dans le second cas, la décharge votée par l’assemblée générale ne lui est pas opposable. Pour obtenir gain de cause, le curateur doit faire valoir une faute consistant en la violation du CSA ou des statuts. Ces principes sont rappelés par la Cour de cassation, qui casse l’arrêt déboutant le curateur au motif que les administrateurs avaient reçu la décharge, alors que le curateur agissait en tant que représentant de la masse (Cass. 18 juin 2021, *RPS-TRV* 2022, 92, note S. DE GEYTER, “De vordering in bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement en de kwijting”, *NjW* 2021, 831, noot S. DE GEYTER, “Kwijting niet tegenwerpelijk aan de curator die optreedt namens de boedel”, *JDSA* 2022, 132, obs. D. DUFOUR et D. LIKHATCHEVA, “Le curateur et l’inopposabilité de la décharge”, *TIBR* 2022/2, RS-69, cette chronique 2022, *RPS-TRV* 2022, 490, n° 58, cette chronique 2023, *RPS-TRV* 2023, 471, n° 66. Voy. aussi TE Antwerpen (div. Antwerpen) 4 mai 2022, *TIBR* 2023/2, 73, note I. VAN DE MIEROP, C. SAS et E. VAN HOOGHTEEN, “De toepassing van ‘wrongful trading’ uit artikel XX.227 WER in de lagere rechtspraak”).

Lorsqu’il agit en comblement de passif (art. XX.225 CDE), le curateur représente la masse (donc, les créanciers) et la décharge ne lui est pas opposable (Antwerpen 8 février 2024, *RPS-TRV* 2024, 386, note O. ROODHOOFT, “Overwaardering van voorraad kwalificeert als kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement”).

63. La formulation des dispositions concernant la décharge dans la SA et la SRL est analysée par M. ROELANTS, qui compare les textes du Code des sociétés et du Code des sociétés et des associations, en français et en néerlandais, pour les deux formes sociales (“De kwijting van bestuurders in het WVV bij de BV en NV - anders maar toch hetzelfde?”, *RPS-TRV* 2023, 538).

Faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite

64. Le récent arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 2024 risque d’avoir un certain retentissement dans le domaine de la responsabilité des dirigeants. Les faits se déroulent sous l’empire du Code des sociétés et sont, en résumé, les suivants : une SPRL en situation financière médiocre enregistre dans ses comptes une plus-value de réévaluation, d’une manière non conforme aux règles comptables. Cela conduit à un bénéfice de l’exercice, permettant au gérant,

qui est aussi l'actionnaire majoritaire, de proposer à l'assemblée générale la distribution d'un important dividende, dans le respect du test de solvabilité (art. 320 C. Soc.). L'assemblée générale approuve la distribution, l'actionnaire reçoit le dividende et le reverse immédiatement à la société en remboursement partiel de son compte courant. La société est ensuite déclarée en faillite et, sur demande du curateur, le gérant est condamné, en raison de l'ensemble des comportements résumés ci-dessus (qualifié de "construction"), pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite. L'arrêt faisant l'objet du pourvoi en cassation est publié séparément; on y trouve un exposé des faits plus détaillé (Gent 26 septembre 2022, *TIBR* 2023/2, RS-109).

Pour répondre au moyen, la Cour de cassation énonce deux attendus qui précisent la portée de la faute grave et caractérisée. D'une part, le fait que la distribution proposée par le gérant respectait le test de solvabilité n'empêche pas que faire cette proposition constitue une faute grave et caractérisée. On remarque en passant que la distribution litigieuse n'avait pas eu d'incidence significative sur la liquidité de la société, puisque le montant reçu par l'actionnaire avait été immédiatement reversé à la société. D'autre part, le fait que le gérant se limite (conformément à ses pouvoirs) à faire une proposition à l'assemblée générale, laquelle a, seule, le pouvoir de décision, n'exclut pas non plus une faute grave et caractérisée du gérant (Cass. 23 mai 2024, C.23.0088.N).

Cet arrêt semble dès lors porter deux enseignements. D'une part, le respect du test de solvabilité n'est pas une garantie d'absence de faute dans la distribution des dividendes. Certains le croient encore, et cette croyance est d'ailleurs - paraît-il - une des dernières raisons qui subsistent pour faire le choix de la SA (dans laquelle le dividende n'est subordonné qu'à un test de solvabilité) et non de la SRL (qui connaît aujourd'hui le système du double test). D'autre part, le simple fait de faire une proposition peut être une faute, même si son effet ne peut se produire qu'en raison de la décision subséquente de l'assemblée générale. En l'espèce, il est vrai que le gérant était aussi l'actionnaire majoritaire, ce qui permet à la Cour d'appel d'affirmer qu'il savait que l'assemblée générale approuverait sa proposition. Il reste qu'on en arrive, indirectement, à une sorte de responsabilité de l'actionnaire...

Le style très concis de la Cour de cassation occulte cependant une considération qui paraît primordiale dans le raisonnement de la Cour d'appel : la distribution était basée sur un bilan flatté grâce à une plus-value de réévaluation que, selon l'analyse de la

Cour d'appel, le droit comptable ne permettait pas de comptabiliser. Sans cette plus-value (et donc en imaginant ce qu'auraient été des comptes régulièrement établis), la distribution du dividende ne satisfaisait en réalité pas au test de solvabilité. En outre, la faute grave et caractérisée reprochée à l'administrateur comprend comme souvent un ensemble d'éléments, dont le fait d'élaborer cette "construction" et, dans ce cadre, d'arrêter des comptes non conformes au droit comptable, ce qui relève bien des pouvoirs de l'administrateur.

Dans l'attente de commentaires doctrinaux plus approfondis, on remarquera encore que, selon l'article 5:142 CSA, la partie non amortie des plus-values de réévaluation n'est pas distribuable. Si la même situation avait été régie par le nouveau droit, la distribution proposée n'aurait donc pas satisfait au test de solvabilité.

65. L'existence d'une faute grave et caractérisée, ainsi que la contribution de cette faute à la faillite, s'apprécient en fait, et donc souverainement, par le juge du fond. La Cour de cassation peut toutefois vérifier que la notion de faute grave et caractérisée n'a pas été méconnue. En l'espèce, la Cour d'appel avait retenu comme faute grave et caractérisée une violation de l'intérêt social et du principe de spécialité à l'occasion d'une opération d'abandon de créance en compte courant au bénéfice d'une société du groupe. Cette méconnaissance avait conduit au refus de l'homologation d'un plan de PRJ, ce qui constitue une contribution à la faillite de la société (Cass. 13 janvier 2022, *RW* 2022-23, 623, *RABG* 2023, 802, cette chronique 2023, *RPS-TRV* 2023, 472, n° 67).

66. Le plus souvent, les tribunaux décrivent un complexe de fautes interconnectées, aux effets délétères cumulatifs sur la société. Ne pas tenir la comptabilité de la société en fait souvent partie. S'y ajoutent parfois la conclusion d'opérations en conflit d'intérêts, l'absence de convocation de l'assemblée générale, le désintéressement des affaires de la société (par exemple, l'omission de payer ou de contester les factures reçues par la société) et l'absence de démarches pour tenter de redresser la société (Liège 21 juin 2022, *RDC-TBH*, 2023, 617, note H. CULOT, "Action en comblement de passif : aussi dans les ASBL"; TE Bruxelles 23 mai 2023, *JLMB* 2024, 70).

De même, la Cour d'appel d'Anvers condamne un administrateur concurremment sur la base des articles XX.225 et XX.227 CDE pour, pendant les deux ans ayant précédé la faillite, ne pas s'être tenu suffisamment informé de la situation financière de la société, alors qu'elle avait des dettes, et ne pas avoir cherché à redresser la situation, alors qu'il aurait dû savoir

que, sans mesures de redressement, la faillite de la société serait déclarée. Les faits, tels qu'on peut les comprendre à la lecture de la décision, paraissent moins caractérisés que dans la plupart des autres cas de condamnation (Antwerpen 24 novembre 2022, *RABG* 2023, 829).

Il en va de même lorsque la société accumule d'énormes dettes envers la TVA, ne tient pas une comptabilité régulière, ne publie pas ses comptes et n'active pas la sonnette d'alarme. Le fait que la situation financière de la société fût déjà précaire lorsque le défendeur a été désigné comme administrateur ne permet pas d'échapper à la responsabilité, car l'administrateur nouvellement nommé est tenu de régulariser la situation (TE Gent (div. Gent) 28 mars 2023, *TIBR* 2023, RS-83, note I. VAN DE MIEROP, C. SAS et E. VAN HOOGHTEN, "De toepassing van 'wrongful trading' uit artikel XX.227 WER in de lagere rechtspraak").

La surévaluation massive et apparemment intentionnelle des stocks liée au non-respect de l'obligation d'inventaire, et sa conséquence, à savoir la publication de comptes faux trompant les créanciers notamment bancaires, est aussi retenue comme une faute grave et caractérisée. La Cour d'appel modère cependant fortement le montant de la condamnation, dès lors qu'en exécution de sûretés qu'ils avaient consenties, les administrateurs ont par ailleurs assumé une grande partie des dettes bancaires de la société (Antwerpen 8 février 2024, *RPS-TRV* 2024, 386, note O. ROODHOOFT, "Overwaardering van voorraad kwalificeert als kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement").

La Cour d'appel de Mons retient quant à elle la conclusion d'opérations en conflit d'intérêts et l'engagement de "dépenses inconsidérées sans proportion avec les capacités financières de la société". En revanche, une simple erreur d'appréciation et des tentatives malhabiles pour sauver l'entreprise ne sont pas jugées suffisamment graves et caractérisées (Mons 26 juin 2023, *RPS-TRV* 2024, 400).

67. La cession du fonds de commerce exploité de la société, sans contrepartie, à une société détenue par l'administrateur, tout en laissant toutes les dettes dans la société cédante, est considérée comme une faute grave et caractérisée (Antwerpen 22 décembre 2022, *RABG* 2023, 806).

De même, constitue une faute grave et caractérisée le fait, pour un gérant d'une société active dans le commerce de diamants, de vendre, entre la citation en faillite et le jugement de faillite, tout le stock de diamants, pour un prix équivalant à environ un cin-

quième de leur valeur, à deux sociétés appartenant à son frère établies à Dubaï et en Inde, et qui étaient justement créancières de la société pour le montant du prix de vente. Cette circonstance principale s'accompagnait d'autres éléments (siège fictif, etc.) (Antwerpen 19 mai 2022, *RABG* 2023, 812).

Se désintéresser de la société, ne plus tenir la comptabilité pendant deux exercices et abandonner toute activité dans la société constitue une faute grave et caractérisée. Cependant, la Cour d'appel de Liège estime pouvoir statuer "en équité" quant au montant de la condamnation, et se montre bienveillante à cet égard dans le cas d'administrateurs dépressifs d'une société active dans l'horeca, qui a subi de plein fouet les effets de la crise du Covid (Liège 9 janvier 2024, *REDI* 2024 news 15, note J.-F. GOFFIN, "Action en comblement de passif et Covid-19 : la clémence de la cour").

Ces décisions sont autant d'exemples du fait que les curateurs et les magistrats préfèrent fonder la responsabilité sur l'article XX.225 CDE, dont les conditions d'application sont souples (notion de faute grave et caractérisée assez large, appréciée en fait, pas d'obligation de démontrer l'ampleur du dommage et liberté totale du juge quant au *quantum*). L'action paulienne ou la responsabilité pour violation des règles en matière de conflits d'intérêts étaient des sanctions spécifiquement adaptées au comportement de l'administrateur, mais il est plus difficile de démontrer que leurs conditions d'application sont réunies.

68. Cependant, l'allégation de faute grave et caractérisée est parfois rejetée, notamment lorsque les fautes sont relativement mineures ou anciennes (TE Gent (div. Brugge) 18 juillet 2019, *TIBR* 2022/2, RS-43). On comprend de la décision que le demandeur avait cherché à rassembler toutes les violations qu'il pouvait trouver, même si elles n'avaient guère de lien avec la faillite ni avec son dommage.

69. Le concept de faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite figure aussi à l'article XX.173 CDE, comme critère de refus de l'effacement. La jurisprudence relative à cet article est donc riche d'enseignements sur la notion de faute grave et caractérisée. La Cour d'appel de Liège retient la tardiveté de l'aveu de faillite ayant entraîné une aggravation du passif ainsi que la non-tenue de la comptabilité, comme faute grave et caractérisée. Elle ne tient pas compte, cependant, des actes du failli postérieurs à la faillite (notamment plusieurs tentatives de détourner les actifs de la faillite et, plus généralement, une mauvaise collaboration avec le curateur) car ces comportements sont postérieurs à la faillite et n'ont donc pas pu y contribuer (Liège

20 décembre 2022, *JLMB* 2024, 63; aussi TE Brussel 24 mai 2022, *TIBR* 2022/2, RS-190). La poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire, sans payer ses impôts et cotisations ni chercher à redresser la situation, est aussi retenue comme faute grave et caractérisée au sens de l'article XX.173 CDE (Antwerpen 2 juin 2022, *TIBR* 2022/2, RS-194).

Dépenser l'argent de la société en commandite dont on est le gérant, à concurrence de plusieurs dizaines de milliers d'euros, sur des sites de paris en ligne, constitue une faute grave et caractérisée qui contribue à la faillite. Que ceci s'explique par une dépendance au jeu n'a pas valeur d'excuse (TE Gent (div. Brugge) 4 avril 2022, *TIBR* 2022/2, RS-204).

70. Il faut parfois rappeler dans ce contexte que faire aveu de faillite lorsqu'il devient patent qu'on ne pourra pas payer ses dettes, même avec l'objectif de bénéficier de l'effacement, n'est pas en soi une faute grave et caractérisée (TE Bruxelles 27 juin 2023, *JLMB* 2024, 74).

Prélever des montants en compte courant dans une société qu'on dirige augmente le patrimoine (ou, au moins, les liquidités disponibles) du dirigeant et ne peut donc pas contribuer à sa faillite personnelle (TE Brussel 24 mai 2022, *TIBR* 2022/2, RS-190). On peut évidemment voir la chose différemment lorsqu'on examine la responsabilité de l'administrateur.

71. Le concept de faute grave et caractérisée apparaît encore à l'article XX.229 CDE, comme condition de l'interdiction faite à un failli d'exploiter une entreprise. À cet égard, on ne peut pas tenir compte des fautes commises avant l'entrée en vigueur de cet article, ni des actes, même éventuellement fautifs ou abusifs, posés après le prononcé de la faillite qui, par hypothèse, n'ont pas pu y contribuer. Les autres fautes alléguées sont considérées comme n'ayant pas contribué à la faillite, de sorte que la mesure d'interdiction est réformée (Bruxelles 22 juin 2023, RG n° 2023/AR/449, *REDI* 2023 news 8, note E. VANHOVE, "Interdiction professionnelle : les fautes commises durant une période antérieure à l'activité ne sauraient avoir contribué à la faillite").

Dans le même sens, il est relevé que l'article XX.229 CDE porte une sanction de nature pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui empêche de l'appliquer à des actes antérieurs à son entrée en vigueur (TE Liège (div. Namur) 18 avril 2019, *TIBR* 2022/2, RS-34).

72. L'article XX.225 CDE prévoit la responsabilité des administrateurs en cas de faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite, mais exempté en

son paragraphe 2 les dirigeants d'entreprises dont le chiffre d'affaires et le total du bilan ne dépassent pas certains plafonds. Dans un arrêt déjà évoqué en 2022 et en 2023, la Cour de cassation a précisé que la charge de la preuve de ces conditions de non-application de l'article XX.225 CDE repose sur l'administrateur dont la responsabilité est invoquée (Cass. 2 décembre 2021, *RDC-TBH* 2022, 135, *RPS-TRV* 2023, 37, note L. DE BRAUWER, "Uitsluiting van de bijzondere aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout voor bestuurders van kleine ondernemingen : wie draagt de bewijslast ?", *JDSA* 2022, 166, *TIBR* 2022/2, RS-21, *RABG* 2023, 804, cette chronique, *RPS-TRV* 2022, 491, n° 60, cette chronique 2023, *RPS-TRV* 2023, 472, n° 70; aussi Antwerpen 17 mars 2022, *TIBR* 2022/2, RS-139; TE Liège (div. Liège) 27 avril 2022, *JDSA* 2022, 140, obs. D. DUFOUR et D. LIKHATCHEVA, "Qu'est-ce qu'un dirigeant de fait ?"; TE Bruxelles 23 mai 2023, *JLMB* 2024, 70).

Dans un arrêt plus récent déjà présenté l'an dernier, la Cour de cassation dut examiner la légalité d'un arrêt de la Cour d'appel de Liège qui avait considéré que la preuve des conditions de l'exemption passe (nécessairement) par la production de la comptabilité régulière de la personne morale concernée. En l'absence de comptes annuels réguliers approuvés par l'assemblée générale avant la faillite, les administrateurs avaient proposé de produire les déclarations à la TVA, vraisemblablement afin de démontrer le montant du chiffre d'affaires. La Cour ne censure pas l'arrêt attaqué, qui, dans le résumé qu'elle en donne, "considère que l'application de l'article XX.225, § 2, précité suppose la tenue d'une comptabilité régulière et que tel n'était pas le cas de la comptabilité [de la personne morale concernée]" (Cass. 1er juin 2023, C.22.0468.F, *JLMB* 2024, 52, concl. B. INGHELS, *REDI* 2024, 16, note J.-F. GOFFIN, "Petite société et comptabilité régulière : le formalisme du CSA prime !", *REDI* 2023, news 8, note J.-F. GOFFIN "Gare à une comptabilité défaillante !"; J. DENGLER, "Bestuurders van kleine(re) ondernemingen kunnen slechts aan de toepassing van de aansprakelijkheidsregeling in XX.225 WER ontsnappen middels een regelmatige boekhouding", *RDC-TBC* 7 juillet 2023, cette chronique 2023, *RPS-TRV* 2023, 472, n° 70). On peut comprendre la réticence à accorder aux administrateurs une exonération de la responsabilité pour faute grave et caractérisée alors qu'ils ont méconnu une de leurs obligations fondamentales, à savoir de tenir ou faire tenir une comptabilité régulière. D'un autre côté, la position de la Cour d'appel de Liège et de la Cour de cassation semble établir un système de preuve réglementée, basée uniquement sur la comptabilité régulière de la personne morale, alors que l'article XX.225 CDE ne prévoit aucune restriction sur le plan probatoire et prévoit qu'on peut en principe prouver

un fait juridique par tous modes de preuve (art. 8.8 C. Civ.). Pour un autre arrêt de la Cour d'appel de Liège, exigeant une comptabilité régulière pour faire valoir l'exception de l'article XX.225, § 2 CDE, mais cette fois en cause d'une ASBL, voyez Liège 21 juin 2022, *RDC-TBH*, 2023, 617, note H. CULOT, "Action en comblement de passif : aussi dans les ASBL". Dans un arrêt ultérieur, la Cour d'appel de Liège se réfère à l'arrêt précité de la Cour de cassation : à défaut d'approbation et de publication des derniers comptes annuels, le bénéfice de l'exception n'est pas accordé (Liège 9 janvier 2024, *REDI*, 2024 news 15, note J.-F. GOFFIN, "Action en comblement de passif et Covid-19 : la clémence de la cour").

Wrongful trading

73. Dans les conditions de l'article XX.227 CDE, l'administrateur peut être condamné à combler le passif s'il ne se comporte pas de manière prudente alors "qu'il n'y avait manifestement pas de perspective raisonnable pour préserver l'entreprise ou ses activités et d'éviter une faillite". En doctrine, voyez l'étude approfondie de B. TILLEMANN et F. POLLEFEYT, "De aansprakelijkheid van bestuurders voor wrongful trading (art. XX.227 WER)" in M.-E. STORME et al. (ed.), *Curatoren en vereffenaars : actuele ontwikkelingen VII*, Bruxelles, Intersentia, 2024, 139-211.

74. Placer la société en procédure de réorganisation judiciaire ne permet pas d'éviter cette responsabilité. L'administrateur est condamné dans un cas où il a introduit trois PRJ successives, alors que les dettes continuaient d'augmenter et qu'il finançait la poursuite des activités en ne payant pas les créanciers institutionnels (précompte professionnel et TVA), et que son attention avait été spécialement attirée par ces créanciers et par le tribunal de l'insolvabilité. Le tribunal refuse en outre d'appliquer la limitation de responsabilité prévue par l'article 2:57 CSA car il estime que la faute, à la supposer légère, n'est pas accidentelle. De toute manière, le montant de la condamnation était, par hasard, égal à celui du plafond (TE Leuven 9 février 2023, *RABG* 2023, 833).

L'octroi d'une PRJ par le tribunal de l'insolvabilité ou la prolongation du sursis n'immunise pas de la responsabilité prévue par l'article XX.227 CDE. Lorsque le passif ne cesse pas d'augmenter pendant la PRJ, le dirigeant devrait comprendre que la société ne pourra pas éviter la faillite (TE Gent (div. Dendermonde) 16 novembre 2020, *TIBR* 2023/2, RS-25).

La responsabilité est parfois déduite du montant des dettes, qui est tellement élevé que tout dirigeant comprendrait qu'il sera impossible de les apurer. En l'es-

pèce, un repreneur s'était présenté, mais avait ensuite renoncé, ce qui confirme, selon le tribunal, qu'il avait vu ce que tout le monde aurait dû voir (TE Gent (div. Dendermonde) 7 novembre 2022, *TIBR* 2023/2, RS-79, note I. VAN DE MIEROP, C. SAS et E. VAN HOOGHTEEN, "De toepassing van 'wrongful trading' uit artikel XX.227 WER in de lagere rechtspraak").

75. Avoir acquis les actions de la société sans être informé de toutes les dettes de celle-ci, et être en litige à ce sujet avec le vendeur des actions, ne permet pas d'échapper à la responsabilité pour *wrongful trading*. Le confinement consécutif à l'épidémie de Covid, pour une activité relevant de l'horeca, n'est pas davantage une excuse. Il suffit, selon le tribunal de l'entreprise de Louvain, d'avoir omis de faire aveu de faillite et d'avoir poursuivi l'activité en sachant que celle-ci générerait des dettes qui ne pourraient jamais être payées (TE Leuven 22 septembre 2022, *RABG* 2023, 841).

76. Le juge doit se garder d'adopter un point de vue *a posteriori* : il doit statuer sur la base de ce que l'administrateur savait ou devait savoir au moment des faits. On ne peut pas déduire des seuls faits que la société n'a jamais réalisé de bénéfices et que ses capitaux propres étaient négatifs qu'elle n'avait aucun espoir d'éviter la faillite, d'autant que la société a correctement appliqué la procédure de sonnette d'alarme, que son capital a été augmenté et qu'elle a connu des périodes d'amélioration sur le plan financier (TE Gent (div. Kortrijk) 16 février 2021, *TIBR* 2022/2, RS-61).

77. Il est aussi des cas où le tribunal estime que les conditions du *wrongful trading* ne sont pas réunies. Un actionnaire et administrateur avait prélevé des montants et créé un important compte courant dans sa société. Le tribunal remarque que ce comportement n'est pas un modèle de bonne gestion. Ensuite, il avait cédé les actions de la société moyennant l'engagement du cessionnaire de reprendre également le compte courant, donc la dette vis-à-vis de la société, tout en sachant (d'après le curateur) que le cessionnaire serait incapable de la rembourser. Mais les comptes de la société étaient globalement bons : elle avait des réserves, elle faisait des bénéfices, elle disposait de liquidités et d'un portefeuille de clients. Dans ce cas, on ne peut pas affirmer qu'il n'y avait aucune perspective raisonnable d'éviter la faillite (TE Leuven 8 septembre 2022, *RABG* 2023, 846).

De même, recevoir deux premières contraintes de l'administration fiscale, alors que les banques conservent leur confiance, ne signifie pas que la faillite est inévitable (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 4 mai 2022, *TIBR* 2023/2, 73, note I. VAN DE MIEROP,

C. SAS et E. VAN HOOGHTEEN, “De toepassing van ‘wrongful trading’ uit artikel XX.227 WER in de lagere rechtspraak”).

78. La poursuite déraisonnable d’une activité déficitaire peut aussi entraîner la responsabilité sur la base du droit commun (art. 1382 ancien C. Civ.), mais encore faut-il que l’administrateur ait agi d’une manière fautive, compte tenu également du comportement et des connaissances de la victime, à savoir en l’espèce un fournisseur impayé (TE Gent (div. Brugge) 18 juillet 2019, *TIBR* 2022/2, RS-43).

Faute aquilienne

79. Constitue une faute aquilienne pour un administrateur de société le fait de faire payer des acomptes aux clients de la société alors qu’il sait que cette dernière est en état de cessation de paiement et qu’elle ne pourra donc pas exécuter le contrat. Ce comportement crée artificiellement un crédit fictif dans le chef de la société, ce qui constitue un préjudice collectif dont le curateur peut demander la réparation (TE Gent (div. Dendermonde) 18 octobre 2021, *RPS-TRV* 2022, 327, note F. MERTENS, “Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend aanvangsvermogen : kan de cijferberoepers als zondebok dienen?”, *RDC-TBH* 2022, 812, note B. DE BOCK, “Oprichtersaansprakelijkheid : ook de cijferberoepers in het vizier”, *RABG* 2023, 784, note S. CNUDDÉ, “De controle- en adviesplicht van beoefenaars van cijferberoepen bij het opstellen van een financieel plan : voorzichtigheid geboden !”, cette chronique 2023, *RPS-TRV* 2023, 474, n° 79; sur le préjudice collectif, R. VERHEYEN, *Collectieve en individuele schade*, Intersentia, 2023).

80. Organiser l’insolvabilité de la société constitue également une faute extracontractuelle, même si les conditions de l’action paulienne ne sont pas réunies. En l’espèce, les administrateurs avaient remboursé un prêt subordonné dont les conditions contractuelles prévoyaient qu’il ne pourrait être remboursé que si cela ne mettait pas la société en danger, alors qu’un créancier de la société lui réclamait en justice le paiement de deux factures, que la société contestait. Lorsque le créancier obtint gain de cause, la société n’avait plus d’argent pour le payer (Antwerpen 17 mars 2022, *TIBR* 2022/2, RS-139).

Responsabilité pour dettes fiscales et sociales

81. Le non-paiement répété de la TVA est présumé constituer une faute de l’administrateur chargé de la gestion journalière. Si cet administrateur est une

personne morale, son représentant permanent est solidairement tenu de la dette de responsabilité (art. 61 C. Soc., art. 2:55 CSA) (Bruxelles 21 septembre 2021, *JDSA* 2022, 158, *RGCF* 2022, 219, note G. DE SAUVAGE et L. VAN DEN ABEELE, “Responsabilité des dirigeants en matière fiscale : présomption de faute et renversement de la charge de la preuve : une jurisprudence bien établie”; Gent 22 novembre 2022, *FJF* 2023, 365 (sommaire)). Cette présomption de faute peut être renversée si le non-paiement de la TVA résulte des difficultés financières de la société qui ont conduit à sa faillite ou à sa PRJ. Si les factures sortantes ont été payées, cela signifie que la société a perçu le montant de la TVA, qu’elle devait reverser à l’État et ne pouvait pas, selon l’arrêt de la Cour d’appel de Gand, considérer comme un moyen de financement de ses activités. Dans ces conditions, la présomption n’est pas renversée.

Le dirigeant doit prouver non seulement l’existence de difficultés financières ayant conduit à une procédure d’insolvabilité, mais aussi le fait que ces difficultés expliquent le non-paiement des dettes fiscales. Si la présomption de faute ne s’applique pas, l’administration doit prouver que le dirigeant ne s’est pas comporté de manière prudente et diligente (Bruxelles 2 février 2023, *RPS-TRV* 2024, 156, note C. CLINQUART, “Responsabilité solidaire des dirigeants pour dettes fiscales de l’entreprise : la présomption de faute de gestion face aux difficultés financières”). Il ne suffit pas qu’une procédure d’insolvabilité ait été entamée pour que la présomption cesse de s’appliquer (Antwerpen 2 septembre 2021, *RABG* 2023, 861; Antwerpen 28 octobre 2021, *RABG* 2023, 871).

82. L’administrateur délégué d’une SA est considéré comme chargé de la gestion journalière au sens de cette disposition. Tel n’est pas le cas, en revanche, de simples administrateurs qui ont une procuration sur le compte bancaire de la société (TE Brussel 8 février 2022, *TIBR* 2023/1, RS-43). Le dirigeant qui entre en fonction est aussi responsable, le cas échéant, des dettes fiscales nées avant sa désignation, car un dirigeant prudent doit faire le nécessaire pour apurer les dettes institutionnelles du passé (Antwerpen 2 septembre 2021, *RABG* 2023, 861).

83. La présomption de faute ne cesse pas de s’appliquer à partir du moment où la société se trouve en procédure de réorganisation judiciaire (Cass. 21 avril 2022, *RABG* 2023, 850, *TIBR* 2023/1, RS-51; TE Brussel 8 février 2022, *TIBR* 2023/1, RS-43). Du raisonnement de la Cour d’appel, tel que résumé par la Cour de cassation, on perçoit que la présomption n’est pas renversée lorsque le non-paiement des dettes fiscales ne résulte pas d’un manque de liquidités qui a conduit à la procédure d’insolvabilité, mais

plutôt d'un choix fait par le dirigeant de payer prioritairement d'autres dettes que les dettes fiscales (voy. aussi TE Brussel 8 février 2022, *TIBR* 2023/1, RS-43). Parfois, le comportement fautif est décrit comme le non-paiement des dettes fiscales afin d'obtenir un crédit complémentaire et artificiel à charge du fisc (Antwerpen 2 septembre 2021, *RABG* 2023, 861).

Le dirigeant peut tenter de renverser la présomption quelle que soit la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, c'est-à-dire même si elle survient après que l'administration a fait valoir la responsabilité solidaire du dirigeant (Bruxelles 2 février 2023, *RPS-TRV* 2024, 156, note C. CLINQUART, "Responsabilité solidaire des dirigeants pour dettes fiscales de l'entreprise : la présomption de faute de gestion face aux difficultés financières"). Pour renverser la présomption, le dirigeant doit montrer qu'il a fait le nécessaire pour tenter de sauver l'entreprise suffisamment rapidement (Antwerpen 28 octobre 2021, *RABG* 2023, 871). À cette condition, on peut éventuellement tolérer un petit retard dans le paiement des dettes fiscales (Antwerpen 2 septembre 2021, *RABG* 2023, 861).

84. Selon le tribunal de l'entreprise de Bruxelles, c'est l'envoi de l'avertissement par l'administration fiscale qui fait courir le délai de prescription quinquennal de l'article 198 C. Soc. (art. 2:143 CSA). Il importe peu que la procédure judiciaire ait été introduite après l'ouverture de la procédure de faillite, pour autant qu'un mois au moins se soit écoulé depuis l'envoi de cet avertissement (TE Brussel 8 février 2022, *TIBR* 2023/1, RS-43).

85. Selon la Cour d'appel d'Anvers, ce n'est pas parce que la société a bénéficié d'un abattement de sa dette fiscale par l'effet d'une PRJ que le montant dont le dirigeant est responsable serait également diminué d'autant. Il s'agit en effet d'une responsabilité qui résulte de sa faute personnelle. L'objectif de la PRJ est de permettre la continuité de l'entreprise, ce qui ne nécessite pas de réduire la dette de responsabilité du dirigeant solidairement responsable (Antwerpen 23 avril 2020, *RABG* 2023, 854).

86. La réparation du dommage qui n'est pas visé par les dispositions fiscales pertinentes peut être obtenue sur la base du droit commun de la responsabilité civile (Antwerpen 2 septembre 2021, *RABG* 2023, 861).

87. Une responsabilité du même type existe en faveur de l'ONSS (ancien art. 530, § 2 C. Soc., actuellement art. XX.226 CDE), à charge des dirigeants qui "ont été impliqués dans au moins deux faillites ou liquidations d'entreprises" au cours des cinq années pré-

cédant la faillite. Cette "implication" se déduit de la seule qualité d'administrateur ou de gérant, de droit ou de fait, au moment de la faillite de l'entreprise concernée, sans qu'on doive examiner le rôle exact que le dirigeant a joué dans la survenance de la faillite ou dans le non-paiement des dettes sociales (Cass. 16 février 2023, *RPS-TRV* 2023, 353, note S. DE DIER, *JLMB* 2023, 1152, *NjW* 2023, 450, note S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid bestuurder wegens onbetaalde socialezekerheidsbijdragen na faillissement", *DPE* 2023, 279, concl. B. INGHELS).

88. Cette responsabilité suppose l'implication comme administrateur dans trois faillites ou liquidations avec des dettes envers l'ONSS au cours d'une période de cinq ans. Il s'agit de faillites d'entités juridiques distinctes, même si elles font partie d'un même ensemble économique. En d'autres termes, la responsabilité s'appliquera si trois sociétés d'un même groupe sont déclarées en faillite au cours de la période. La bonne foi de l'administrateur - entendue en l'espèce comme le fait qu'il n'a pas cherché à financer son entreprise aux dépens de l'ONSS, mais que la dette envers celui-ci est née assez involontairement à la suite d'erreurs quant à la commission paritaire - ne permet pas d'échapper à la responsabilité, du moins sur le principe. Cependant, le juge peut librement moduler le montant de la condamnation, puisque la loi vise "la totalité ou une partie des cotisations sociales". Devant une situation qui, manifestement, lui paraît injuste, la Cour d'appel limite la condamnation à un euro, plus les intérêts judiciaires sur ce montant (Antwerpen 20 juin 2019, *RABG* 2023, 819, note S. CNUDDE, "De aansprakelijkheid van bestuurders voor RSZ-schulden : goede trouw wordt beloond maar wanneer en hoe ?").

89. L'article 458 du CIR 1992 prévoit que "[l]es personnes qui auront été condamnées comme auteurs ou complices d'infractions visées aux articles 449 à 452 [du même Code], seront solidairement tenues au paiement de l'impôt élué et des intérêts dus par le redevable au nom duquel l'impôt a été enrôlé". Cette disposition ne s'applique pas au prévenu qui bénéficie d'une transaction pénale (Corr. Bruxelles 20 octobre 2022, *REDI* 2023, 107, note G. DE SAUVAGE et L. VAN DEN ABEELE, "La conclusion d'une transaction pénale par les dirigeants d'une société faillie : quand l'administration fiscale s'en mêle").

Dommage et lien causal

90. Une des conditions du dommage réparable est son caractère personnel : c'est la victime ayant subi le dommage qui peut en demander la réparation. En

cas de faillite, la réparation du dommage collectif, consistant en une augmentation du passif ou une diminution de l'actif, ne peut être demandée que par le curateur (Brussel 9 octobre 2023, *RW* 2023-2024, 1473). Le créancier individuel ne peut réclamer que la réparation de son dommage personnel, qui doit donc être indépendant de la perte de sa créance et des fautes qui ont causé le préjudice collectif (Antwerpen 23 décembre 2021, *RABG* 2023, 774).

91. Lorsqu'une faute de gestion ou une violation du Code ou des statuts est invoquée, la responsabilité suppose aussi la démonstration d'un lien causal entre cette faute et le dommage. La demande est rejetée lorsque le tribunal estime que, sans les fautes alléguées, le dommage se serait néanmoins produit de la même manière (TE Gent (div. Brugge) 18 juillet 2019, *TIBR* 2022/2, RS-43).

92. Lorsque les administrateurs omettent de publier les comptes annuels dans le délai légal, le dommage subi par les tiers est présumé résulter de cette absence de publication. Seuls peuvent faire valoir un dommage en lien causal avec cette faute les créanciers qui ont pu choisir de contracter ou de ne pas contracter avec la société, ou de terminer leur relation contractuelle avec elle. Le tribunal de l'entreprise de Bruxelles décide toutefois en sens contraire, laissant le fisc bénéficier de cette présomption. Il ne semble pas que l'argument avait été invoqué (TE Brussel 8 février 2022, *TIBR* 2023/1, RS-43).

93. Une présomption de lien causal s'applique aussi lorsqu'en présence de pertes importantes, les administrateurs n'ont pas activé la sonnette d'alarme. Cette présomption ne porte pas sur le dommage. Dans le cas d'un créancier impayé de la société, le dommage s'identifie au non-paiement de la créance; à peine de méconnaître la présomption, on ne peut exiger du demandeur qu'il démontre une aggravation du passif ou une diminution de l'actif après le moment où l'assemblée générale aurait dû être convoquée (Cass. 8 mars 2024, C.23.0295.F).

Responsabilité des liquidateurs

94. Le liquidateur doit, dans l'exercice de sa fonction, tenir compte des intérêts des créanciers de la société, et notamment du fisc. En vertu de l'article 192 C. Soc., le liquidateur était responsable de sa gestion tant envers les associés qu'envers les tiers. Aujourd'hui, l'article 2:106 CSA prévoit que "[l]es liquidateurs sont responsables envers la société et ses créanciers des fautes commises dans l'accomplissement de leur mission. Il en va de même envers les autres tiers pour autant que la faute commise pré-

sente un caractère extracontractuel". En l'espèce, la faute du liquidateur consiste à avoir créé des dettes de masse injustifiées, notamment par la conclusion d'un contrat de bail afférent à un immeuble dont il était propriétaire et dont la société en liquidation n'avait pas besoin, en soumettant au tribunal un plan de répartition incomplet, voire faux, en s'attribuant une rémunération sans autorisation de l'assemblée générale, en ne déposant pas les rapports légalement obligatoires et en manquant de transparence à l'égard des créanciers. Le dommage du créancier résulte du fait que, sans les fautes, la liquidation n'aurait pas été déficitaire (ou l'aurait été moins) et qu'un dividende aurait été versé aux créanciers (TE Hainaut (div. Tournai) 18 février 2021, *REDI* 2023, 93). Encore faut-il calculer le montant supplémentaire auquel le créancier agissant aurait eu droit, compte tenu des créances et du rang des autres créanciers (TE Hainaut (div. Tournai) 2 décembre 2021, *REDI* 2023, 98, note R. AYDOGDU, "L'apurement du passif d'une société en liquidation : liberté, égalité, responsabilité"; voy. également le n° 15).

95. La Cour d'appel de Gand retient la faute contractuelle d'un liquidateur d'une ASBL qui, pendant plusieurs années, en dehors de son mandat, a transféré des fonds de l'ASBL sur son compte personnel pour acquérir des titres qui ont perdu presque toute leur valeur, en cachant le tout au moyen de faux bilans et de faux en écritures. L'ASBL n'est pas liée par ces actes posés par son liquidateur en dehors de son mandat. On sera attentif au fait que le litige est tranché sur la base des règles applicables avant l'entrée en vigueur du CSA (Gent 19 décembre 2022, *TIBR* 2023/2, RS-46).

IX. Résolution des conflits

Généralités

96. En marge des dispositions légales, il est aussi possible d'organiser conventionnellement une procédure d'exclusion ou de retrait. Dans l'affaire soumise au tribunal de l'entreprise de Louvain, une convention d'actionnaires prévoyait, en cas de désaccord sérieux et durable entre ceux-ci, l'application d'une clause de "shoot-out" ou "shotgun" : un actionnaire offre à l'autre d'acquérir ses actions à un certain prix; l'autre peut soit accepter l'offre, soit proposer lui-même d'acquérir les actions du premier pour un prix au moins 5 % supérieur à celui initialement proposé. Les enchères se poursuivent par paliers de 5 %, jusqu'à ce qu'un des protagonistes ne surenchérisse plus et donc accepte de vendre au dernier prix proposé. Le tribunal remarque que, notamment parce qu'on ne sait pas *a priori* qui

achètera et qui vendra, cette procédure empêche en principe une vente à un prix inférieur à la valeur des actions. La procédure ne peut évidemment être mise en œuvre que lorsque les conditions prévues contractuellement sont réunies (TE Leuven 21 février 2023, *RPS-TRV* 2024, 279).

97. Les procédures de résolution des conflits sont conçues comme un *ultimum remedium*, et doivent donc recevoir une application subsidiaire par rapport à d'autres mécanismes prévus pour résoudre les conflits entre actionnaires (Gent 6 décembre 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 51). Encore faut-il que les mécanismes contractuels ou statutaires aient été prévus dans un tel objectif. Tel n'est pas nécessairement le cas de clauses dites de *leaver*, c'est-à-dire d'options d'achat ou de vente qui sont parfois consenties à d'autres fins, par exemple pour adapter la participation des actionnaires au niveau de leur activité dans la société. Si le litige prend une forme que les clauses de *leaver* n'étaient pas destinées à régler, un retrait judiciaire peut être accordé (Antwerpen 2 juin 2022, *RDC-TBH* 2023, 953, note F. VAN DEN ABEELE, "Leave it to the parties ? Leaver-bepalingen en de wettelijke geschillenregeling").

Depuis l'entrée en vigueur du Code des sociétés et des associations, l'appréciation de ce caractère doit aussi tenir compte de l'existence éventuelle de mécanismes statutaires de démission ou d'exclusion. Ainsi, une demande en retrait peut être déclarée non fondée si son auteur n'a pas cherché à faire usage du mécanisme de démission prévu par les statuts, même si la valorisation des titres dans ce cadre n'était pas la plus avantageuse pour lui (TE Antwerpen (div. Tongeren) 23 mars 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 93).

98. Toujours à propos du caractère subsidiaire des mécanismes de règlement des conflits, le tribunal de l'entreprise d'Anvers a décidé, sous l'empire du Code des sociétés, que la dissolution judiciaire de la société ne rend pas l'action en exclusion irrecevable. Il l'estime néanmoins non fondée, car la dissolution lui semble être la meilleure solution dans les circonstances de l'espèce : aucun actionnaire n'avait l'intention de poursuivre les activités de la société, la liquidation n'allait pas réduire significativement la valeur de la société ou de ses actifs et l'intervention d'un liquidateur judiciaire était utile pour apaiser la situation et mener sereinement les opérations de liquidation (TE Antwerpen (div. Tongeren) 7 juillet 2017, *DAOR* 2023/3, n° 147, 149).

99. Si la dissolution judiciaire pour justes motifs est généralement présentée comme plus subsidiaire encore que l'exclusion ou le retrait, le tribunal de l'entreprise de Gand rappelle qu'une telle hiérarchie

n'est pas explicitement affirmée dans le Code et que le droit de demander la dissolution est tout aussi impératif que celui de demander l'exclusion ou le retrait. Aussi le tribunal estime-t-il qu'il faut mettre en balance les différentes possibilités. Il opte pour la dissolution dans le cas d'espèce où, notamment, la société n'a plus d'activité depuis plusieurs années (TE Gent (div. Gent) 29 septembre 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 135).

100. Seuls les actionnaires peuvent introduire une procédure en règlement des conflits. S'il résulte du registre des actions que le demandeur a cédé toutes ses actions avant l'introduction de la demande, cette dernière est irrecevable (TE Leuven 10 septembre 2020, *DAOR* 2023/3, n° 147, 153).

101. Les procédures de règlement des conflits sont impératives; on ne peut exclure leur application dans les statuts ni par convention. En l'espèce, il s'agissait d'un acte de donation des actions, qui contenait une clause d'inaliénabilité (Gent 6 décembre 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 51). Depuis l'entrée en vigueur du CSA, cette question est régie par les articles 2:66, al. 2 et 3 et 2:68, al. 4.

102. Avant de statuer sur la demande, le président peut ordonner une médiation, avec l'accord des parties (art. 1734 C. Jud.; TE Leuven 11 septembre 2018, *RDC-TBH* 2023, 985). Il homologue ensuite l'accord éventuellement conclu lors de la médiation; en l'espèce, cet accord opérait notamment un transfert des actions, soit un effet similaire à celui du retrait demandé dans l'acte introductif d'instance. L'intérêt d'un accord de médiation est de permettre aux parties de régler d'autres questions simultanément et comme elles l'entendent (en l'espèce, occupation d'un immeuble, véhicules, cartes d'essence, etc.) (TE Leuven 18 mars 2021, *RDC-TBH* 2023, 987, note A. BOES, "Bemiddeling als alternatief voor de wettelijke geschillenregeling"). On observera que le processus de médiation a néanmoins duré deux ans et demi, ce qui relativise l'avantage de célérité que ses promoteurs aiment associer à ce mode de règlement des différends.

103. En cas d'actions croisées en exclusion et en retrait, les parties sont d'accord sur le principe du transfert et sur le sens de celui-ci. Le tribunal vérifie toutefois que ce transfert n'est pas contraire à l'intérêt de la société. Constatant que le défendeur en retrait a adopté un comportement inadmissible, il déclare fondée la demande en retrait (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 27 juillet 2021, *RDC-TBH* 2023, 1000, note N. HALLEMEESCH, "Prijsbepalingsafspraken bij geschillenregeling in statuten, overeenkomst of intern reglement ?", *DAOR* 2023/3, n° 147, 97).

104. Un autre problème, qui n'est pas rare dans le cadre des actions en exclusion ou en retrait, est illustré par une décision du tribunal de l'entreprise de Gand (TE Gent (div. Gent) 5 octobre 2022, *RPS-TRV* 2023, 168, note D. DEFERME et M. VERHULST, "Geen afstand van rechtsvordering mogelijk na eindbeslissing over uitsluiting", *RDC-TBH* 2023, 715, note G.-J. HENDRIX, "Caveat actor : geen recht op inkeer na het bekomen van een (gunstig) vonnis tot uitsluiting", *DAOR* 2023/1, n° 143, 50, cette chronique 2023, *RPS-TRV* 2023, 477, n° 95). À la demande d'une partie, le président, dans une première décision, prononce l'exclusion d'un actionnaire et ordonne une expertise en vue de fixer le prix de transfert. Après l'expertise, la partie demanderesse se désiste de sa demande en exclusion et formule par conclusions une nouvelle demande, cette fois-ci en retrait. Ses priorités personnelles ayant changé, elle préfère désormais vendre ses actions à acheter celles de son ancien associé. Si l'on peut, à certaines conditions, se désister d'une action ou d'une instance pendante, on ne peut cependant plus se désister après que le juge a statué définitivement sur la demande. Or le jugement qui ordonne l'exclusion est, sur cette question litigieuse, un jugement définitif (dans le même sens, Antwerpen 29 octobre 2020, *JDSA* 2022, 247, obs. I. CORBISIER, "Fixation du prix de cession dans le cadre d'une procédure d'exclusion-retrait et question de la décote d'illiquidité", *NjW* 2021, 877, note S. DE GEYTER, "Waardering van aandelen in de geschillenregeling"). Ceci conduit le tribunal à déclarer le désistement irrecevable. On remarque que la demanderesse n'aurait pas non plus pu interjeter un appel recevable contre cette décision, qui faisait droit à sa demande. Le choix entre la demande d'exclusion et la demande de retrait comporte donc un risque procédural que le demandeur doit assumer, comme le remarque le tribunal.

Justes motifs

105. Lorsqu'une société est détenue à parts égales par deux actionnaires en couple, la désunion ou le divorce ne constitue pas automatiquement un juste motif permettant une exclusion ou un retrait (Bruxelles 26 novembre 2018, *DAOR* 2023/3, n° 147, 21; TE Gent (div. Brugge) 17 septembre 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 125).

Cependant, si la mésentente entre les conjoints se manifeste également dans leurs relations d'actionnaires, conduit au non-respect des droits d'actionnaire d'un des protagonistes ou ne permet pas d'envisager raisonnablement qu'ils restent actionnaires de la même société, l'existence d'un juste motif est reconnue (Antwerpen 22 avril 2021, *DAOR* 2023/3,

n° 147, 18; Antwerpen 12 mai 2022, *DAOR* 2023/3, n° 147, 32).

En revanche, l'action en retrait ne peut pas être utilisée pour tenter d'influencer la liquidation du régime matrimonial ou en transposant artificiellement dans la sphère sociale des griefs qui ont essentiellement trait aux relations financières privées entre les parties (Bruxelles 26 novembre 2018, *DAOR* 2023/3, n° 147, 21).

106. L'existence d'un juste motif a été reconnue dans un cas où, lorsqu'un des actionnaires, qui avait cofondé la société et qui y avait toujours été actif, a annoncé qu'il comptait prendre sa retraite, les autres actionnaires l'avaient immédiatement révoqué de sa fonction d'administrateur et avaient rompu le contrat de prestation de services qui le liait à la société, commettant ainsi un abus de majorité (TE Gent (div. Kortrijk) 27 mai 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 126).

107. Pour déterminer l'existence de justes motifs, le juge peut aussi se baser sur des faits qui, en soi, ne sont pas liés à la société dont on demande à se retirer (TE Brussel 2 décembre 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 113). En l'espèce, il s'agissait notamment du fait que la dégradation de la relation entre les parties avait conduit à la dissolution d'une autre société dont elles étaient actionnaires.

La position selon laquelle seuls pourraient être retenus comme justes motifs des comportements adoptés en qualité d'actionnaire, et non d'autres adoptés en tant qu'administrateur de la société (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 6 février 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 73), apparaît très minoritaire. Dans un sens similaire, dans le cas d'une société détenue à égalité par deux actionnaires qui en sont également les gérants, le tribunal de l'entreprise de Louvain estime que le comportement problématique d'un des gérants (alcoolisme entraînant des réactions inappropriées vis-à-vis des clients et des fournisseurs, prélèvement des fonds de la société à des fins privées) peut être réglé d'une autre manière (TE Leuven 9 novembre 2020, *DAOR* 2023/3, n° 147, 151).

108. L'expertise basée sur l'article 7:160 du CSA suppose "des indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société". Elle se conçoit donc dans l'intérêt de la société et ne peut pas être utilisée pour conforter les intérêts personnels d'un actionnaire, ce qui est le cas d'une expertise visant à établir les justes motifs dans le cadre d'une action en retrait (Bruxelles 27 octobre 2020, *DAOR* 2023/3, n° 147, 23; voy. également le n° 10).

Exclusion

109. L'exclusion se conçoit principalement dans l'intérêt de la société (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 27 juin 2018, *DAOR* 2023/3, n° 147, 68; TE Antwerpen (div. Antwerpen) 20 novembre 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 75; Gent 7 septembre 2020, *DAOR* 2023/3, n° 147, 43). Il ne suffit donc pas de montrer qu'une mésentente existe entre actionnaires : il faut aussi qu'elle empêche la société de fonctionner convenablement, ce qui ne se réduit pas à une paralysie des organes sociaux (TE Gent (div. Brugge) 17 septembre 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 125; TE Antwerpen (div. Antwerpen) 11 décembre 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 82). Dans les circonstances de l'espèce, la Cour d'appel d'Anvers estime, contrairement au juge *a quo*, que l'exclusion d'un actionnaire n'est pas justifiée lorsqu'il ne possède qu'environ 10 % des actions, que des décisions peuvent être prises sans son accord et que, malgré la mésentente, son comportement ne démontre pas un refus complet de contribuer à l'intérêt social (Antwerpen 14 juillet 2020, *DAOR* 2023/3, n° 147, 15).

110. Le fait que l'exclusion s'apprécie dans l'intérêt de la société signifie qu'en cas d'actions croisées en exclusion, lorsque de justes motifs d'une ampleur relativement égale sont imputables aux deux parties ou lorsque les justes motifs ne sont pas constitutifs de fautes, le juge doit choisir d'exclure la partie qui offre le moins de garanties pour la poursuite des activités de la société. Ce principe conduit souvent à préférer l'actionnaire qui a été ou qui s'est chargé de la gestion opérationnelle de la société (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 20 novembre 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 75; Gent 7 septembre 2020, *DAOR* 2023/3, n° 147, 43; voy. aussi, en cas de retrait, TE Antwerpen (div. Antwerpen) 12 avril 2017, *DAOR* 2023/3, n° 147, 65 (voy. n° 116 ci-dessous)) ou celui qui s'est montré le plus assidu à promouvoir l'intérêt de la société (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 27 juin 2018, *DAOR* 2023/3, n° 147, 68).

D'autres décisions résolvent la question en accueillant la demande de l'actionnaire qui n'est pas à l'origine des justes motifs, l'autre n'étant pas admis à s'appuyer sur des motifs dont il est lui-même responsable (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 11 décembre 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 82; TE Antwerpen (div. Antwerpen) 15 janvier 2020, *DAOR* 2023/3, n° 147, 86).

À tout le moins, l'existence d'actions croisées en exclusion démontre la mésentente entre actionnaires (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 27 juin 2018, *DAOR* 2023/3, n° 147, 68).

111. Au vu du caractère subsidiaire des procédures de règlement des conflits, la demande d'exclusion formulée par un actionnaire minoritaire n'est pas admise facilement, car le demandeur doit démontrer qu'il n'y a pas d'autre solution moins attentatoire. Le tribunal est attentif à ce que la procédure d'exclusion ne devienne pas une espèce de *squeeze-out* permettant à un actionnaire de mettre la main sur la société et sur ses actifs (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 6 février 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 73).

Retrait

112. Le retrait est prévu dans l'intérêt de l'actionnaire, généralement minoritaire, lorsqu'existent de justes motifs imputables au défendeur. Le demandeur doit montrer qu'il est sérieusement attenté à ses intérêts et qu'on ne pourrait raisonnablement exiger qu'il reste dans la société (TE Gent (div. Kortrijk) 27 mai 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 126; TE Leuven 9 mars 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 143; Gent 6 décembre 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 51); le retrait n'a en revanche pas pour objectif de permettre à un actionnaire de sortir de la société simplement parce qu'il est en désaccord avec la gestion menée par les dirigeants (Bruxelles 9 mars 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 25), encore moins parce que la société enregistre de mauvais résultats (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 18 novembre 2015, *DAOR* 2023/3, n° 147, 61; TE Gent (div. Kortrijk) 27 mai 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 126) ou n'offre pas le rendement attendu (TE Antwerpen (div. Tongeren) 30 novembre 2022, *DAOR* 2023/3, n° 147, 105).

La procédure de retrait a été prévue pour que la dissolution ne soit pas la seule solution possible à un désaccord entre actionnaires dans une société qui présente des perspectives favorables pour l'avenir. Inversement, si la continuité de la société est menacée, le retrait ne peut pas être utilisé par les actionnaires qui souhaitent s'en retirer avant l'issue fatale (TE Antwerpen (div. Tongeren) 30 novembre 2022, *DAOR* 2023/3, n° 147, 105). Pour la même raison, un retrait d'une société en faillite n'est pas admis, sauf si la faillite a été provoquée artificiellement pour empêcher le retrait (TE Leuven 9 mars 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 143).

113. Le demandeur qui est lui-même à l'origine de la mésentente ne peut ensuite l'invoquer pour obtenir son retrait (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 18 novembre 2015, *DAOR* 2023/3, n° 147, 61; Bruxelles 26 novembre 2018, *DAOR* 2023/3, n° 147, 21; Bruxelles 9 mars 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 25). Tel est par exemple le cas d'un actionnaire qui se plaint que la société ne fasse pas droit à ses demandes si

celles-ci sont abusives ou dépassent les limites de ses droits d'actionnaire (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 2 mars 2022, *DAOR* 2023/3, n° 147, 108). Dans ce jugement, le tribunal remarque que l'actionnaire minoritaire doit en principe se plier aux décisions de la majorité, et que l'action en retrait ne peut pas devenir un équivalent du droit de sortir d'indivision tel que prévu par l'article 815 de l'ancien Code civil (art. 3.75 C. Civ.).

114. Le caractère subsidiaire du règlement des conflits implique que l'actionnaire doit, si possible, faire valoir ses droits et ses intérêts au moyen d'autres techniques disponibles et moins attentatoires : demande de convocation ou d'annulation d'une assemblée générale, utilisation de ses pouvoirs d'investigation et de contrôle (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 18 novembre 2015, *DAOR* 2023/3, n° 147, 61; TE Brussel 3 juin 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 119; TE Antwerpen (div. Antwerpen) 2 mars 2022, *DAOR* 2023/3, n° 147, 108), voire démission à charge du patrimoine social (TE Antwerpen (div. Tongeren) 23 mars 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 93). Tout dépend des circonstances de fait, mais celui qui n'a jamais protesté et qui demande tout d'un coup son retrait risque de se voir opposer son inaction et de s'entendre rappeler que l'action en retrait n'est pas prévue pour faire pression sur un actionnaire majoritaire afin qu'il achète les actions d'un actionnaire minoritaire qui a simplement envie de les vendre (Gent 8 janvier 2018, *DAOR* 2023/3, n° 147, 58; aussi, en cas de demande d'exclusion : TE Antwerpen (div. Antwerpen) 6 février 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 73).

Encore faut-il qu'il soit imaginable que l'exercice de ses droits par l'actionnaire ait pu changer quelque chose à la situation : à défaut, on ne peut pas lui opposer le non-exercice de ses droits pour lui refuser le retrait (TE Brussel 2 décembre 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 113). Par exemple, la possibilité de demander l'annulation de l'assemblée générale n'est pas une solution lorsque les relations entre les deux actionnaires sont telles qu'il est prévisible qu'une telle demande serait introduite chaque année (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 20 novembre 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 75). L'annulation d'une assemblée générale ne constitue pas nécessairement une solution au conflit entre les actionnaires (TE Gent (div. Kortrijk) 27 mai 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 126).

115. Même si le retrait vise en principe à protéger l'intérêt de l'actionnaire demandeur, il peut aussi s'apprécier en fonction de l'intérêt de la société. Il en va ainsi lorsque le président est saisi de deux demandes (une principale et une reconventionnelle) en retrait. L'existence de demandes de retrait réciproques ne signifie pas nécessairement que tous les actionnaires

se désintéressent de la société et qu'il faut donc opter pour la dissolution, même si cela peut parfois être le cas (TE Antwerpen (div. Tongeren) 23 mars 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 93). En réalité, même dans le cas d'une demande en retrait, l'intérêt social joue un certain rôle dans l'appréciation du juge, qui doit toutefois accorder plus de poids à l'intérêt individuel de l'actionnaire demandeur (TE Gent (div. Kortrijk) 27 mai 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 126).

S'il ne dissout pas la société, le juge décide quel actionnaire doit reprendre les actions de l'autre en maintenant dans la société celui qui offre le plus de perspectives pour sa continuité. Dans ce litige, l'actionnaire qui obtient son retrait est une PRICAF privée, à qui la loi interdit de détenir une participation permettant d'exercer une influence sur la gestion : on ne pouvait donc pas la condamner à acquérir les actions des autres actionnaires, car une telle décision aurait été contraire à cette norme d'ordre public (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 12 avril 2017, *DAOR* 2023/3, n° 147, 65).

116. On ne peut pas non plus admettre une situation où, pour échapper à son obligation d'acheter les actions, l'actionnaire à l'origine des justes motifs invoque ces derniers pour demander la dissolution de la société (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 24 novembre 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 102).

Évaluation des titres

117. La chronique de l'an dernier présentait un arrêt dans lequel la Cour de cassation, après avoir rappelé sa jurisprudence constante selon laquelle la date de référence est en principe celle à laquelle le juge ordonne le transfert de propriété des actions, ajoute qu'il ne peut fixer une autre date de référence que s'il constate *in concreto* que les circonstances ayant conduit à l'introduction de la demande en retrait ou le comportement des parties à la suite de cette demande ont influencé la valeur des actions. Cet arrêt a manifestement attiré l'attention, à en juger par le nombre de publications et de commentaires (Cass. 31 mars 2023, C.22.0278.N, concl. S. RAVYSE, *RW* 2023-24, 339, note F. PARREIN, "De verschuiving van de peildatum als instrument om verwijtbare gedragingen te remediëren"; *RDC-TBH* 2023, 878, note O. ROODHOOFT, "Cassatie over verschuiving van de peildatum bij de geschillenregeling en de rol van een verwijtbare gedraging"; *RPS-TRV* 2023, 545, note W. VAN DE PUTTE, "De peildatum verschuiven bij de geschillenregeling in vennootschappen : Cassatie verduidelijkt de voorwaarden"; cette chronique 2023, *RPS-TRV* 2023, 478, n° 98; voy. aussi F. PARREIN, "De peildatum in het kader van de vennootschaps-

rechtelijke geschillenregeling : een aanknopingspunt voor enkele bedenkingen omtrent de dialoog tussen het Hof van Cassatie, de doctrine en de wetgever” in R. MORTIER et al. (ed.), *La Cour de cassation en dialogue/Het Hof van Cassatie in dialoog*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, 829-850).

Plusieurs décisions de fond fixent la date de référence à la date de transfert des actions : TE Antwerpen (div. Antwerpen) 27 juin 2018, *DAOR* 2023/3, n° 147, 68; TE Gent (div. Kortrijk) 27 mai 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 126; Antwerpen 12 mai 2022, *DAOR* 2023/3, n° 147, 32; Antwerpen 11 mai 2023, *RDC-TBH* 2023, 971, note W. VAN DE PUTTE, “Opportuniteit van het gerechtelijk deskundigenonderzoek bij de geschillenregeling in vennootschappen : creatieve benadering in de rechtspraak”. En cas d’appel, il s’agit de la date du jugement d’instance qui a prononcé l’exclusion ou le retrait et qui est par hypothèse confirmée, ou de la date de l’arrêt s’il réforme un jugement n’ayant pas prononcé l’exclusion ou le retrait (pour un exemple du second cas : Gent 6 décembre 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 51).

D’autres choisissent une autre date, par exemple celle de la dégradation des relations entre les parties (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 15 janvier 2020, *DAOR* 2023/3, n° 147, 86).

118. On restera attentif au fait que l’arrêt de cassation précité est basé sur les dispositions de l’ancien Code des sociétés. Aujourd’hui, les articles 2:67 et 2:69 du CSA balisent davantage le pouvoir du juge en matière de valorisation des actions.

Plusieurs décisions se réfèrent désormais à ces articles : TE Antwerpen (div. Antwerpen) 27 juillet 2021, *RDC-TBH* 2023, 1000, note N. HALLEMEESCH, “Prijsbepalingsafspraken bij geschillenregeling in statuten, overeenkomst of intern reglement ?”, *DAOR* 2023/3, n° 147, 97; Antwerpen 2 juin 2022, *RDC-TBH* 2023, 953, note F. VAN DEN ABEELE, “Leave it to the parties ? Leaver-bepalingen en de wettelijke geschillenregeling”.

Certaines fixent une date de référence différente du jour du transfert des actions. Par exemple, lorsque la société avait deux implantations et que, au cours des deux ans qui ont précédé le jugement, chacun des deux actionnaires en conflit a géré une implantation indépendamment de l’autre, il convient de faire abstraction de cette période de gestion “dissociée” (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 20 novembre 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 75).

119. Dans un arrêt déjà présenté l’an dernier, la Cour d’appel de Bruxelles rappelle que la date de

référence est en principe la date du transfert, tout en confirmant le jugement de première instance qui avait fixé la date de référence au jour de la citation introductive d’instance (et non au jour du jugement ordonnant le transfert des actions). L’objectif, selon la Cour, est de ne pas tenir compte des conséquences du conflit entre actionnaires sur la valeur des actions. Deux ans après le commencement de la procédure, 100 % des actions de la société avaient été vendues à un tiers : on disposait donc d’un prix de marché pour ces actions. La Cour refuse toutefois d’en tenir compte car cela contreviendrait aux principes applicables. Notamment, on tiendrait compte (même involontairement) d’éléments d’information qui n’étaient pas connus à la date de référence (Brussel 11 octobre 2022, *DAOR* 2023, n° 143, 28; *RPS-TRV* 2023, 695, note S. DE GEYTER, “Waardering van aandelen na gedwongen uittreding”, cette chronique 2023, *RPS-TRV* 2023, 477, n° 97).

120. Sous l’ancien Code des sociétés, la possibilité d’appliquer les clauses statutaires de fixation du prix des actions dans le cadre de la résolution judiciaire des conflits était discutée. La Cour d’appel de Gand estime que ces clauses ne la lient pas car elles ne s’appliquent qu’en cas de cession volontaire. Aujourd’hui, ces clauses contractuelles ou statutaires lient le juge “pour autant [qu’elles] se rapportent spécifiquement à l’hypothèse d’un retrait judiciaire et [qu’elles] ne donnent pas lieu à un prix manifestement déraisonnable” (art. 2:67, al. 2 et art. 2:69, al. 2 CSA). L’expert désigné par la Cour peut utiliser plusieurs méthodes de valorisation et proposer une pondération entre elles, en fonction des circonstances de l’espèce (Gent 21 février 2022, *RDC-TBH* 2023, 946, note A. GUTERMANN, “Waardering van ondernemingen bij gedwongen uittreding/uitsluiting : een gewogen gemiddelde van meerdere waarderingmethoden : is dat niet de beste aanpak ?”).

Plusieurs décisions basées sur le CSA rejettent l’application de clauses de prix qui ne sont pas prévues spécifiquement pour une exclusion ou un retrait judiciaire : TE Antwerpen (div. Antwerpen) 27 juillet 2021, *RDC-TBH* 2023, 1000, note N. HALLEMEESCH, “Prijsbepalingsafspraken bij geschillenregeling in statuten, overeenkomst of intern reglement ?”, *DAOR* 2023/3, n° 147, 97; Antwerpen 2 juin 2022, *RDC-TBH* 2023, 953, note F. VAN DEN ABEELE, “Leave it to the parties ? Leaver-bepalingen en de wettelijke geschillenregeling”.

Il en va de même de celles qui conduiraient à fixer un prix manifestement déraisonnable : Antwerpen 2 juin 2022, *RDC-TBH* 2023, 953, note F. VAN DEN ABEELE, “Leave it to the parties ? Leaver-bepalingen en de wettelijke geschillenregeling”.

121. Lorsqu'il estime que "la valeur des titres au moment où il ordonne leur reprise [...] conduit à un résultat manifestement déraisonnable, [le juge] peut, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, décider d'une augmentation ou d'une réduction de prix équitable" (art. 2:67, al. 3 et art. 2:69, al. 3). Certaines décisions font usage de cette faculté (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 24 novembre 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 102).

122. La jurisprudence est parfois créative, et il faut s'en réjouir. Que faire lorsque les parties divergent sur le prix des actions, mais que l'enjeu du litige est trop faible pour qu'il se justifie d'exposer les frais d'une expertise, alors que l'article 875*bis* du Code judiciaire prévoit que "[l]e juge limite le choix de la mesure d'instruction et le contenu de cette mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, à la lumière de la proportionnalité entre les coûts attendus de la mesure et l'enjeu du litige et en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse" ? Le président du tribunal de l'entreprise d'Anvers décide de déterminer lui-même la valeur des actions et opte pour le prix proposé par le demandeur en exclusion, augmenté de 10 %. Ensuite, il condamne le demandeur au paiement de ce montant à titre provisionnel, et ordonne une expertise que la partie la plus diligente pourra mettre en œuvre (en payant elle-même la provision de l'expert) si elle estime que la valeur réelle des actions est supérieure ou inférieure d'au moins 10 % à la valeur fixée par le président (TE Antwerpen (div. Tongeren) 1er juin 2021, *RDC-TBH* 2023, 966). Voilà qui limite la querulence.

D'autres condamnent au paiement d'une provision, tout en insistant sur le fait que le prix définitif pourrait être plus haut ou plus bas et en conseillant vivement aux parties de transiger pour éviter une expertise longue et coûteuse (TE Gent (div. Dendermonde) 3 mars 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 139).

Certaines juridictions ordonnent une expertise limitée, aboutissant à un simple rapport oral de l'expert (Antwerpen 11 mai 2023, *RDC-TBH* 2023, 971, note W. VAN DE PUTTE, "Opportuniteit van het gerechtelijk deskundigenonderzoek bij de geschillenregeling in vennootschappen : creatieve benadering in de rechtspraak").

Toujours dans le même esprit, on n'ordonne pas une expertise visant à fixer la valeur des titres en tant que mesure avant-dire-droit (art. 19, al. 3 C. Jud.) si l'on n'est pas sûr que le retrait sera prononcé (Gent 6 décembre 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 51).

123. Le recours à un expert n'est pas une obligation. Le juge peut aussi déterminer lui-même la valeur des actions, par exemple en se basant sur une ou plusieurs valorisations acceptées par le défendeur avant ou pendant la procédure (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 11 décembre 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 82; Antwerpen 22 avril 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 18; TE Antwerpen (div. Antwerpen) 27 juillet 2021, *RDC-TBH* 2023, 1000, note N. HALLEMEESCH, "Prijsbepalingsafspraken bij geschillenregeling in statuten, overeenkomst of intern reglement ?", *DAOR* 2023/3, n° 147, 97).

124. En matière de valorisation des actions, il est fréquent qu'une partie demande l'application d'une décote, par exemple pour tenir compte de l'illiquidité des actions ou du caractère minoritaire de la participation transférée. Sur ce dernier point, on peut considérer la question du point de vue du cédant (qui transfère une participation minoritaire) ou de celui du ou des acquéreurs, qui, souvent, renforcent leur participation majoritaire. Le tribunal de l'entreprise de Gand adopte le second point de vue et conclut qu'il ne faut pas appliquer une décote de minorité (TE Gent (div. Kortrijk) 27 mai 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 126).

Transfert des actions et paiement du prix

125. Lorsqu'il déclare fondée une action en exclusion ou en retrait, le juge condamne une partie à transférer les actions et l'autre, à en payer le prix. Seule la seconde condamnation porte sur une somme d'argent. Il s'ensuit qu'en cas d'appel et d'exécution provisoire de la décision, la partie condamnée au paiement du prix peut cantonner le montant de la condamnation, alors que l'autre partie doit transférer immédiatement la propriété des actions. Il y a certes là une forme d'asymétrie qui s'installe dans la relation entre les parties, mais cette solution est la conséquence de l'application des règles relatives à l'exécution des jugements (Brussel 15 décembre 2020, *RPS-TRV* 2022, 675, note W. VAN DE PUTTE, "De geschillenregeling en het recht op kantonnement").

Cette asymétrie est encore renforcée par le fait que la condamnation à transférer les actions peut être assortie d'une astreinte (Gent 6 mai 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 35), ce qui n'est pas le cas de la condamnation à payer une somme d'argent (art. 1385*bis*, al. 1 C. Jud.).

126. Il est souvent préférable que le transfert des actions ait lieu le plus tôt possible, ce qui implique de l'ordonner avant le calcul et le paiement du prix. Ceci permet de sauvegarder au mieux les intérêts de

la société. Dans ce cas, le paiement d'une provision à valoir sur le prix est souvent ordonné (TE Gent (div. Kortrijk) 27 mai 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 126; TE Antwerpen (div. Antwerpen) 20 novembre 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 75).

127. Si le juge ordonne le transfert immédiat des actions et une expertise pour en déterminer le prix, il est normal que le cédant obtienne une forme d'assurance que le prix sera effectivement payé lorsqu'il aura été fixé. La Cour d'appel de Gand confirme la condamnation à payer une provision et ordonne l'octroi d'une garantie bancaire pour un montant supplémentaire, mais rejette la demande d'une série d'autres sûretés (réserve de propriété, gage de premier rang sur les actions, maintien des droits économiques liés aux actions dans le chef du cédant) (Gent 6 mai 2019, *DAOR* 2023/3, n° 147, 35).

Litiges connexes

128. L'article 2:62, § 3 CSA permet au juge de "trancher tous les litiges connexes portant sur les relations financières entre les parties et la société ou avec les sociétés ou personnes qui y sont liées, notamment les litiges concernant les prêts, les comptes courants et les sûretés et portant sur les clauses de non-concurrence".

Quoique l'énumération soit exemplative, cette disposition doit s'entendre raisonnablement. Elle ne permet pas de réexaminer toutes les opérations de la société pendant plusieurs exercices, surtout si l'actionnaire qui le demande à l'occasion de son exclusion a approuvé les comptes annuels et n'a jamais fait usage de son pouvoir individuel d'investigation et de contrôle (art. 3:100 CSA) (Antwerpen 12 mai 2022, *DAOR* 2023/3, n° 147, 32).

129. Le caractère non exhaustif de l'énumération qui figure à l'article précité ne doit pas non plus faire oublier que les actions en résolution des conflits sont tranchées par le président du tribunal de l'entreprise, qui exerce une compétence d'exception. Ainsi, cet article ne lui permet pas de trancher une demande en annulation d'une décision d'assemblée générale, qui relève de la compétence du tribunal lui-même et non de son président. En l'espèce, la décision litigieuse avait une influence sur l'action en exclusion, car il s'agissait d'une augmentation du capital qui avait eu pour effet, d'une part, de permettre au demandeur d'atteindre le seuil de 30 % et, d'autre part, de réduire drastiquement le pourcentage de participation des défendeurs dans la société. S'estimant incompétent pour trancher la demande en annulation de l'assemblée générale, le président renvoie l'affaire au rôle

dans l'attente d'une décision du tribunal sur cette question (TE Antwerpen (div. Antwerpen) 8 avril 2020, *DAOR* 2023/3, n° 147, 90).

Sont aussi cités comme ne relevant pas des pouvoirs du président aux termes de cette disposition, la demande de restitution d'un nom de domaine (qui ne concerne pas les relations financières) ou de matériel, la désignation d'un administrateur provisoire et la suspension de décisions de l'organe d'administration (TE Gent (div. Dendermonde) 3 mars 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 139).

130. En revanche, le président du tribunal de l'entreprise de Louvain admet sa compétence dans le cas suivant. Un actionnaire demande son retrait. La société introduit contre lui une demande en annulation de la vente d'un immeuble, par la société à cet actionnaire, fondée sur la violation des règles de conflits d'intérêts. Le tribunal estime que les deux litiges sont connexes au sens de l'article 30 du Code judiciaire, et que le second concerne les relations financières entre les parties et la société, dès lors que le prix de vente avait fait l'objet d'une inscription dans le compte courant de l'actionnaire (TE Leuven 19 janvier 2021, *DAOR* 2023/3, n° 147, 141). Le tribunal note que l'annulation ne vise pas la décision d'un organe, mais la vente elle-même.

X. Herstructureren

Fusies en splitsingen

Schuldeisersbescherming

131. Bij splitsing blijven op grond van artikel 12:17 WvV de verkrijgende vennootschappen hoofdelijk gehouden tot betaling van de zekere en opeisbare schulden die bestaan op de dag dat de akten houdende vaststelling van het besluit tot deelneming aan de splitsing in de bijlagen bij het *Belgisch Staatsblad* worden bekendgemaakt en die overgaan op een andere vennootschap die door de splitsing tot stand is gekomen, evenals van de schulden waarvoor de schuldeiser een vordering in rechte of via arbitrage heeft ingesteld vóór de akte houdende vaststelling van de splitsing. Voornoemde aansprakelijkheid is beperkt tot het nettoactief dat aan ieder van die vennootschappen wordt toegekend. Artikel 12:100 WvV bevat een vergelijkbare bepaling voor wat betreft de hoofdelijke aansprakelijkheid van de inbrengende vennootschap in geval van inbreng van een bedrijfstak of een algemeenheid.

J. VANANROYE en J. VAN EETVELDE menen dat de voorwaarden voor de hoofdelijke aansprakelijkheid

uit artikel 12:17 WVV onnodig beperkend zijn en pleiten voor de afschaffing van de vereiste dat de schulden zeker en opeisbaar moeten zijn op het ogenblik van de (publicatie van de) reorganisatie. Volgens de auteurs is enkel de anterioriteit van de schuldvordering relevant voor de hoofdelijkheidsremedie. De vereiste dat de schuldeiser een eis in rechte heeft ingesteld voor de herstructurering moet eveneens worden afgeschaft (J. VANANROYE en J. VAN EETVELDE, “t Amendement : De huidige voorwaarden voor hoofdelijke aansprakelijkheid na splitsing zijn onnodig beperkend”, *TRV-RPS* 2023, 515-522). Dit standpunt wordt ondersteund door een recent arrest van het Europese Hof van Justitie van 29 juli 2024 (HvJ 29 juli 2024, nr. C-713/22, ECLI:EU:C:2024:642, LivaNova plc., J. VANANROYE, “Hoofdelijke aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschappen na splitsing - HvJ 29 juli 2024 en de lessen voor het Belgisch recht”, *Corporate Finance Lab* 2024 (blog), <https://corporatefinancelab.org/2024/08/02/hoofdelijke-aansprakelijkheid-van-de-verkrijgende-vennootschappen-na-splitsing-hvj-29-juli-2024-en-de-lessen-voor-het-belgisch-recht>). V. SIMONART stelt aanpassingen voor aan artikel 12:100 WVV betreffende de inbreng van een bedrijfstak of een algemeenheid die ertoe strekken het tijdstip van de inbreng te verduidelijken door de datum van publicatie van de akten in de bijlagen bij het *Belgisch Staatsblad* als uitgangspunt te nemen, de aansprakelijkheid van de inbrengende vennootschap niet langer te beperken tot het bedrag van het nettoactief dat deze heeft behouden en tevens een hoofdelijke aansprakelijkheid in te voeren voor de verkrijgende vennootschappen (V. SIMONART, “L’Amendement : Apports d’universalité ou de branche d’activité et responsabilité”, *TRV-RPS* 2023, 713-717).

XI. Groepen van vennootschappen

Feitelijke controle

132. Onder ‘controle’ over een vennootschap wordt verstaan, de bevoegdheid in rechte of in feite om een beslissende invloed uit te oefenen op de aanstelling van de meerderheid van bestuurders of zaakvoerders of op de oriëntatie van het beleid (art. 1:14, § 1 WVV). Volgens de fiscale administratie stond een Belgische KMO ‘in feite’ onder controle van een Duitse vennootschap. Zij leidde dat af uit het feit dat de Duitse vennootschap mee de Belgische vennootschap had opgericht en 50 % van de aandelen bezat. Bovendien bestond er tussen beide vennootschappen een overeenkomst die in een ‘doorgedreven samenwerking’ voorzag. Volgens het hof van beroep te Antwerpen kon echter noch uit de oprichtingsakte, noch uit de samenwerkingsovereenkomst worden afgeleid dat

de Duitse vennootschap een beslissende invloed kon uitoefenen op het beleid van de Belgische vennootschap, in de zin dat zij de macht zou hebben om het financiële en operationele beleid van de Belgische vennootschap te sturen teneinde voordelen uit haar activiteiten te verwerven (Antwerpen 19 december 2023, *Fiscoloog* 2024/1828, 12 (samenvatting)).

Patronaatsverklaring

133. Om schuldeisers over de financiële draagkracht van een groepsvennootschap gerust te stellen, overhandigt de moedervennootschap een brief waarin ze de belangrijke schuldeisers van de kredietwaardigheid van de dochtervennootschap verzekert. Deze gaat door het leven als patronaatsverklaring (*comfort letter*). Er bestaat meer dan eens onduidelijkheid over de juridische waarde van deze brief. Daarbij zijn de bewoordingen van belang. Ook de omstandigheden waarin de brief wordt geschreven, worden mee in rekening gebracht in de beoordeling van de gebondenheid van de moedervennootschap als de dochter in financiële moeilijkheden verkeert. Indien uit de brief blijkt dat de moedervennootschap haar financiële steun verleent aan haar dochter, dan neemt ze een resultaatsverbintenis op. De overdracht van de aandelenparticipatie in de dochter stelt niet omwille van deze reden alleen een einde aan deze verbintenis (zie vorige kroniek *TRV-RPS* 2020, 740, nr. 117). In die zin oordeelde het hof van beroep te Brussel dat het einde van de deelneming van de moedervennootschap in haar dochtervennootschap niet het verval tot gevolg heeft van de door haar uitgegeven patronaatsverklaring omdat zij zonder voorwerp zou zijn. De uitvoering van de verbintenis van de moedervennootschap, die moet worden geïnterpreteerd als een verbintenis om ervoor te zorgen dat de gesteunde vennootschap in staat is de schuldeiser terug te betalen ten gunste van wie de patronaatsverklaring werd uitgegeven, wordt door de beëindiging van de deelneming moeilijker, maar niet onmogelijk (Brussel 23 maart 2023, *JT* 2024, 207, noot; *TBH* 2024, 90). Indien daarentegen de ondertekenaar van de patronaatsverklaring zich ertoe verbonden heeft om ‘alles in het werk te stellen’ met het oog op de terugbetaling van de lening door de gepatroneerde vennootschap, dan is hij zelf geen verbintenis tot terugbetaling aangegaan. Het faillissement van de gepatroneerde vennootschap heeft dan het verval van de patronaatsverklaring als gevolg (Brussel 8 februari 2024, *TBH* 2024, 98, noot J.-P. BUYLE, “Caducité d’une lettre de patronage pour cause d’insolvabilité du débiteur patronné”).