

## Vennootschapsrecht - Droit des sociétés 2022-2023

Henri Culot en/et Dirk Van Gerven

### Inhoud

#### I. Algemeen

Nieuwe wetgeving (nrs. 1-3)

#### II. De vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid

Maatschapsovereenkomst (nr. 4)

#### III. Bepalingen gemeenschappelijk aan de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid

Vennootschapsbelang (nr. 5)

Professionele vennootschap (nrs. 6-7)

Organen en vertegenwoordiging

Organen (nr. 8)

Bestuursopdrachten (nrs. 9-12)

Beroepsverboden (nr. 13)

Transparantie en controle

De commissaris en de bedrijfsrevisor (nr. 14)

Jaarrekening (nrs. 15-16)

Onderzoeks- en controlebevoegdheid (nr. 17)

Deskundigenonderzoek (nrs. 18-19)

Ontbinding en vereffening

Gerechtelijke ontbinding van slapende vennootschappen (nr. 20)

Rechtspersoonlijkheid na ontbinding met onmiddellijke sluiting van vereffening (nr. 21)

De vereffenaar (nrs. 22-24)

Machtiging (nr. 25)

Verlieslatende vereffening (nrs. 26-27)

Passieve rechtspersoonlijkheid (nr. 28)

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid (nrs. 29-31)

Geschillen in de vennootschap

Arbitrage (nr. 32)

Geen inschrijving in de KBO (nr. 33)

Beperking bestuursbevoegdheid (nr. 34)

Toepasselijk recht (nr. 35)

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

De vennootschap onder firma (VOF) (nr. 36)

Faillissement van de vennoot van een VOF (nr. 37)

### Sommaire

#### I. Généralités

Nouvelle législation (n° 1-3)

#### II. La société sans personnalité juridique

Convention de société simple (n° 4)

#### III. Dispositions communes aux sociétés dotées de la personnalité juridique

Intérêt social (n° 5)

Société professionnelle (n° 6-7)

Organes et représentation

Organes (n° 8)

Mission de l'administrateur (n° 9-12)

Interdictions professionnelles (n° 13)

Transparence et contrôle

Le commissaire et le réviseur d'entreprise (n° 14)

Comptes annuels (n° 15-16)

Pouvoir d'investigation et de contrôle (n° 17)

Expert-vérificateur (n° 18-19)

Dissolution et liquidation

Dissolution judiciaire de sociétés inactives (n° 20)

Personnalité morale après la dissolution avec clôture immédiate de la liquidation (n° 21)

Liquidateur (n° 22-24)

Autorisation (n° 25)

Liquidation déficitaire (n° 26-27)

Personnalité passive (n° 28)

Responsabilité pénale (n° 29-31)

Litiges dans la société

Arbitrage (n° 32)

Absence d'inscription à la BCE (n° 33)

Limitation de la compétence de gestion (n° 34)

Droit applicable (n° 35)

#### 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° 36)

Faillite de l'associé d'une SNC (n° 37)

## **V. De besloten vennootschap (BV)**

Algemeen (nr. 38)

Oprichting (nrs. 39-40)

Effecten

Overdracht van niet-volgestorte aandelen (nr. 41)

Bestuur (nr. 42)

Vermogen(sbescherming)

Nieuwe inbrengen zonder uitgifte van nieuwe aandelen (nr. 43)

Winstuitkering (nrs. 44-45)

Uittreding (nr. 46)

## **VI. De coöperatieve vennootschap (CV en SCE)**

Algemeen (nr. 47)

Scheidingsaandeel (nr. 48)

Ontbinding van rechtswege (nr. 49)

## **VII. De naamloze vennootschap (NV)**

Kapitaal

Kapitaalsverhoging (nrs. 50-51)

Bestuursorgaan

Algemeen (nr. 52)

Statuut van bestuurder (nrs. 53-55)

Werking van de raad van bestuur (nr. 56)

Algemene vergadering (nrs. 57-58)

## **VIII. Aansprakelijkheid van oprichters, vennoten en bestuurders**

Oprichtersaansprakelijkheid (nrs. 59-60)

Aansprakelijkheid van bestuurders en zaakvoerders

Algemeen (nr. 61)

Bestuursfout (nrs. 62-65)

Kwijting (nr. 66)

Kennelijk grove fout die tot het faillissement bijdraagt (nrs. 67-78)

Onrechtmatige daad (nrs. 79-80)

Quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent en co-existentie van aansprakelijkheden (nrs. 81-82)

Aansprakelijkheid voor fiscale en sociale schulden (nrs. 83-84)

Schade en oorzakelijk verband (nrs. 85-90)

Minderheidsvordering en deskundigenonderzoek (nr. 91)

Aansprakelijkheid van vereffenaars (nr. 92)

## **IX. Geschillenbeslechting**

Algemeen (nrs. 93-95)

Uittreding (nr. 96)

Waardebepaling (nrs. 97-99)

Overdracht van aandelen en prijsbetaling (nrs. 100-101)

## **X. Herstructurerings**

Fusies en splitsingen

Schuldeisersbescherming (nr. 102)

Omzettingen (nr. 103)

## **XI. Groepen van vennootschappen (nr. 104)**

## **V. La société à responsabilité limitée (SRL)**

Généralités (n° 38)

Constitution (n° 39-40)

Titres

Cession d'actions non libérées (n° 41)

Administration (n° 42)

(Maintien du) patrimoine

Apports nouveaux sans émission d'actions nouvelles (n° 43)

Distribution des bénéfices (n° 44-45)

Démission (n° 46)

## **VI. La société coopérative (SC et SCE)**

Généralités (n° 47)

Part de retrait (n° 48)

Dissolution de plein droit (n° 49)

## **VII. La société anonyme (SA)**

Capital

Augmentation de capital (n° 50-51)

Organe d'administration

Généralités (n° 52)

Statut de l'administrateur (n° 53-55)

Fonctionnement du conseil d'administration (n° 56)

Assemblée générale (n° 57-58)

## **VIII. Responsabilité des fondateurs, des associés et des administrateurs**

Responsabilité des fondateurs (n° 59-60)

Responsabilité des administrateurs et des gérants

Généralités (n° 61)

Faute de gestion (n° 62-65)

Décharge (n° 66)

Faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite (n° 67-78)

Faute aquilienne (n° 79-80)

Quasi-immunité de l'agent d'exécution et coexistence de responsabilités (n° 81-82)

Responsabilité pour dettes fiscales et sociales (n° 83-84)

Dommage et lien causal (n° 85-90)

Action minoritaire et expert-vérificateur (n° 91)

Responsabilité des liquidateurs (n° 92)

## **IX. Résolution des conflits**

Généralités (n° 93-95)

Retrait (n° 96)

Évaluation des titres (n° 97-99)

Transfert des actions et paiement du prix (n° 100-101)

## **X. Restructurations**

Fusions et scissions

Protection des créanciers (n° 102)

Transformations (n° 103)

## **XI. Groupes de sociétés (n° 104)**

# I. Algemeen

## Nieuwe wetgeving

1. Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV)/Code des sociétés et des associations (CSA) werd in de besproken periode gewijzigd door de wet van 25 mei 2023 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen, gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 6 juni 2023. Zij trad in werking op 16 juni 2023 en sommige bepalingen treden later in werking op 30 juni en op 15 december 2023. Deze wet zet de EU-Richtlijn 2019/2121 van 27 november 2019 tot wijziging van de Vennootschapsrichtlijn met betrekking tot de grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen om in het Belgisch recht. Zij werkt een geharmoniseerde regeling uit voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen en brengt wijzigingen aan de regeling voor grensoverschrijdende fusies aan die werd ingevoerd in uitvoering van de EU-Richtlijn van 26 oktober 2005 en opgenomen in boek 12 van het WVV. Het WVV bevatte reeds in boek 14 een procedure voor de grensoverschrijdende omzetting die door voormelde wet wordt aangepast aan de nieuwe regels opgenomen in de (gewijzigde) Vennootschapsrichtlijn en die uniform gelden voor alle lidstaten. Deze nieuwe regelingen zullen voorzeker uitvoerig aan bod komen in de rechtsleer in de komende maanden en jaren (zie nu al : E.-J. NAVEZ, “La transformation transfrontalière des sociétés dans le CSA. État des lieux après l’adoption de la directive 2019/2121 sur la mobilité des sociétés” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 947; M. ROELANTS, “Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen : aanpassing regels”, *Balans* 2023, nr. 914, 1 en “Mobilité transfrontalière des sociétés : modification des règles”, *Bilan* 2023, nr. 892, 1).

Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen werd tot slot nog 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, gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 7 juli 2023 (dit komt aan bod in randnr. 26), om ze in lijn te brengen met de wijzigingen die deze wet aanbrengt aan het insolventieregime opgenomen in het Wetboek van economisch recht. Deze wet trad in werking op 1 september 2023. Voor een eerste bespreking, zie C. ALTER, “Introduction aux nouveaux concepts issus de la directive sur les cadres préventifs de restructuration” in *Gouvernance et*

*responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 65.

Voor een bespreking van de rechtspraak inzake vennootschapsrecht kan men terecht bij het langverwachte overzicht van rechtspraak inzake vennootschappen en verenigingen (2012-2019) van de hand van C. CLOTTENS, S. COOLS, S. DE DIER, K. GEENS, Y. LE PAIGE, B. VAN BAELEN, J. VAN EETVELDE en M. WYCKAERT (*TPR* 2022, 1455).

2. De wet van 4 mei 2023 (gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 1 juni 2023) richt een Centraal register van bestuursverboden (*Registre central des interdictions de gérer*) op, in uitvoering van de EU-Richtlijn 2019/1151 van 20 juni 2019 tot wijziging van de EU-Richtlijn 2017/1132 met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht. In dit register kunnen derden informatie vinden over beslissingen betreffende personen aan wie een bestuursverbod is opgelegd. Deze wet treedt in werking op 1 augustus 2023. Het register moet het mogelijk maken voor overheidsdiensten en burgers om na te gaan of het bestuurders of kandidaten voor een bestuursfunctie niet is verboden om deze functies op te nemen. Het ziet op bestuurders, zaakvoerders, commissarissen, dagelijks bestuurders, leden van een directiecomité, directieraad of raad van toezicht of vereffenaars van een rechtspersoon, en de vertegenwoordigers voor de werkzaamheden van een bijkantoor (art. 5). Het gaat om de bestuursverboden uitgesproken in uitvoering van het KB nr. 22 van 24 oktober 1934 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde functies, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen, en van artikel XX.229 WER (art. 6). Bestuursverboden die de strafrechter oplegt, worden op geautomatiseerde wijze overgenomen uit het Centraal Strafregister (art. 8). Bepaalde informatie is via internet toegankelijk, met name de identiteit en de begin- en einddatum van het verbod (art. 9). De vragen over informatie over de bestuursverboden uit andere EU-lidstaten worden beantwoord via het *Business Registers Interconnection System* (BRIS) ingesteld door artikel 22 van de Vennootschapsrichtlijn (art. 12). De griffies zullen de neerlegging van de benoeming van een persoon die het voorwerp is van een bestuursverbod weigeren; hetzelfde geldt voor notarissen die benoemingen neerleggen via e-depot. Zij zullen daartoe het Centraal Register moeten raadplegen. Bovendien zal de griffie of de notaris een verklaring vragen dat er geen gelijkaardig bestuursverbod in een andere EU-lidstaat is opgelegd, en bij het ontbreken van deze verklaring wordt hiervan melding gemaakt aan de bevoegde kamer van inbesluidigingstelling (van de woonplaats van de

benoemde bestuurder, of bij gebreke aan woonplaats in België, van Brussel) die kan nagaan via het BRIS of de betrokkene wel de bestuursfunctie kan opnemen (art. 13). De kamer van inbeschuldigingstelling kan in geval van een bestuursverbod uitgesproken in het buitenland voor één van de misdrijven waarvoor het KB nr. 22 een bestuursverbod oplegt, zelf, na dagvaarding van de betrokkene en na te hebben nagegaan dat de veroordeling in kracht van gewijsde is gegaan, een bestuursverbod dat in België geldt uitspreken (art. 2 KB nr. 22).

3. Vermeldenswaard is verder de wet van 14 februari 2023 houdende instemming van het samenwerkingsakkoord van 30 november 2022 tussen de Federale Staat, het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap, de Duitstalige Gemeenschap, de Franse Gemeenschapscommissie en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie tot het invoeren van een mechanisme voor de screening van buitenlandse directe investeringen (gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 7 juni 2023). Krachtens het samenwerkingsakkoord moet elke buitenlandse investeerder die middels een investering of op passieve wijze zeggenschap gaat verwerven in één van de sectoren die overeenkomstig artikel 4, § 2 als in het nationaal belang wordt aangemerkt of daarbij rechtstreeks en/of onrechtstreeks cumulatief, naargelang het geval, 10 % of 25 % van de stemrechten binnen deze entiteit verwerft, dit op eigen initiatief melden, bij het secretariaat van de Interfederaal Screeningscommissie (ISC) na de sluiting en voor de tenuitvoerlegging van de overeenkomst, de openbaarmaking van het aanbod tot aankoop of ruil, of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming (art. 5, § 1). De activiteiten die raken aan vitale infrastructuur met betrekking tot allerlei vormen van vervoer, inclusief digitale infrastructuur, media, gegevensverwerking of opslag, lucht en ruimtevaart en defensie, verkiezingsinfrastructuur of financiële infrastructuur en gevoelige installaties en technologieën en grondstoffen die van essentieel belang zijn voor de veiligheid, de landsverdediging en de handhaving van de openbare orde of van strategisch belang zijn onder meer voor de biotechnologiesector, de voorziening van kritieke inputs en de toegang tot gevoelige informatie. Zij worden gescreend voor de tenuitvoerlegging van de investering. Met sluiting van de overeenkomst wordt verwezen naar de ondertekening van de overeenkomst. Er kan ook voor worden gekozen een ontwerpovereenkomst aan te melden, mits alle partijen uitdrukkelijk verklaren dat zij de intentie hebben om een overeenkomst te sluiten die op alle relevante punten niet merkbaar verschilt van het aangemelde ontwerp. In geval van een openbaar aanbod tot aankoop of ruil, kan eveneens een ontwerp worden

aangemeld wanneer de partijen bij de voorgenomen overeenkomst hun voornemen tot het doen van een dergelijk vrijwillig of verplicht bod publiekelijk hebben aangekondigd (art. 5, § 2). Voor de verwerving op de beurs van aandelenbelangen in een vennootschap die onder het toepassingsgebied van dit akkoord valt, geldt eveneens een aanmeldingsplicht, en dit uiterlijk op het moment van de verwerving. Met uitzondering van de financiële rechten, worden alle rechten verbonden aan deze verwerving van rechtswege geschorst tot en met een beslissing door de ISC ingevolge de aanmelding (art. 5, § 3).

De aanmelding moet gebeuren voor alle overeenkomsten gesloten vanaf 1 juli 2023. Zij moet gebeuren voor de tenuitvoerlegging van de overeenkomst. Het samenwerkingsakkoord bevat een procedure met termijnen. Als er geen reactie komt binnen de termijnen wordt de directe investering geacht te zijn goedgekeurd (art. 23). Zolang de procedure niet is afgelopen, kan de overeenkomst niet ten uitvoer worden gelegd. De melding aan en de screening door de ISC worden dus best opgenomen als een opschortende voorwaarde in de overeenkomst.

Het ingediende dossier wordt binnen de dertig dagen onderzocht. Indien één van de bevoegde leden van de ISC concrete aanwijzingen heeft dat er mogelijk een gevaar voor de openbare orde, de nationale veiligheid of de strategische belangen kan ontstaan bij de tenuitvoerlegging van desbetreffende aangemelde buitenlandse directe investering, wordt een screeningsprocedure geopend (art. 17). De ISC kan bijsturende maatregelen voorstellen met het oog op een goedkeuring van de verwerving van de participatie (art. 21).

Buitenlandse investeerders zijn de volgende personen : (1) elke natuurlijke persoon met hoofdverblijfplaats buiten de Europese Unie; (2) elke onderneming uit een derde land, zijnde een naar het recht van een derde niet EU-lidstaat opgerichte of anderszins georganiseerde onderneming waarbij de statutaire zetel van de onderneming of de hoofdactiviteit zich in een staat buiten de Europese Unie bevindt; of (3) elke onderneming waarbij een van de uiteindelijke begunstigen in toepassing van de artikelen 1:33-1:36 WvV alsook overeenkomstig de wet van 18 september 2017 tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten zijn hoofdverblijfplaats buiten de Europese Unie heeft.

Voor een bespreking, zie L. BRECKPOT, "Belgian and European regulatory chronicle", *EJC&I* 2022, 37; T. VAN GERVEN, "New FDI rules in the Benelux : a brief analysis from a Law and Economics perspective", *Corporate Finance Lab*, 28 maart 2023.

## II. De vennootschap zonder rechts-persoonlijkheid

### Maatschapsovereenkomst

4. 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 zelf ontstaan zonder dat de partijen dit 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 1 april 2022, *TBH* 2022, 663, noot E. POTTIER, “Les différentes sociétés appartenant à un même groupe peuvent-elles être considérées comme ayant constitué entre elles une société simple, permettant ainsi au créancier de la société simple de se prévaloir de la solidarité entre associés pour recouvrer sa créance ?”).

Dit is ook het geval voor een overeenkomst tussen een promotor en de eigenaar die in het kader van de commercialisering bij wijze van vergoeding een deel van het gebouw krijgt toebedeeld (Rb. Brabant wallon 16 januari 2023, *JT* 2023, 205; zie ook F. VAN DEN BOSCH, “Les partenariats sous forme de société interne et promotion immobilière”, *JURIM* 2023, 271).

Er is geen vennootschap in geval van mede-eigendom zelfs indien deze vrijwillig is of overeengekomen. Hierin worden partijen onverdeelde eigenaars of mede-eigenaars uit noodzaak, zelfs bij een vrijwillige mede-eigendom wanneer ze beslissen iets samen in onverdeeldheid aan te kopen. Zie voor een vergelijking, B. ALAIME, “Le nouveau régime de la copropriété volontaire, une alternative à la société simple?”, *JURIM* 2022, 435. Bij een toebedeling van onroerende goederen in het kader van de vereffening aan de aandeelhouders, ontstaat tussen hen geen vennootschap, wel een onverdeelde onvrijwillig is (Antwerpen 28 juni 2022, *RW* 2022-23, 631).

## III. Bepalingen gemeenschappelijk aan de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid

### Vennootschapsbelang

5. Twee stromingen staan tegenover elkaar wat de invulling van het vennootschapsbelang betreft. Volgens de ene, daarbij geruggesteund door een cassatiearrest van 28 november 2013 (*TRV* 2014, 286) en artikel 4:1 WVV wat de personenvennootschappen betreft, is het vennootschapsbelang te herleiden tot het belang van alle aandeelhouders in de verwezenlijking van het statutair voorwerp, waarbij rekening wordt gehouden met het belang van de huidige en toekomstige aandeelhouders. De andere stroming meent dat het bestuur ook rekening moet houden met de onderneming waaraan de vennootschap gestalte geeft. In deze opvatting worden de belangen van werknemers, klanten, leveranciers en schuldeisers in het vennootschapsbelang meegenomen (KG Kh. Liège 26 november 2013, *TRV* 2014, 319, noot N. COOREMAN, “Opschorting van een besluit van de algemene vergadering en contractuele compensatie : overdadig eigenbelang duurt nooit lang”; Y. DE CORDT, “La boussole et le cardinal” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 324; A. VAN HOE, “Het vennootschapsbelang in het kader van duurzame *corporate governance*” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 1237; M. WYCKAERT en J. VAN EETVELDE, “De ‘bestuurder met een achterban’ in de genoteerde vennootschap : geprangd tussen het vennootschapsbelang en de belangen van de controlerende aandeelhouder ?” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 1315; en m.b.t. de sociale onderneming in vennootschapsvorm, M. VERHEYDEN, “L’intérêt social des entreprises sociales agréées” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 1274). Beide opvattingen leunen bij elkaar aan. Ook in de eerst besproken opvatting van het vennootschapsbelang liggen de belangen van deze derden op een onrechtstreekse wijze besloten in het vennootschapsbelang : de vennootschap baat een onderneming uit met de bedoeling om winst te verwezenlijken. Bij de uitbating van deze onderneming houden de vennootschapsorganen met de werknemers, schuldeisers en andere belanghebbenden rekening. Aldus mag van het bestuur worden verlangd dat het een beleid gericht op diversiteit en inclusie voert waardoor het de beste mensen - en die komen uit alle lagen van de bevolking - aantrekt voor het bedrijf (D. VAN GERVEN, “Diversité du genre en *corporate governance*” in

Bij dit alles is de vraag of de vennootschap als rechtspersoon die belangrijke middelen beheert en veel mensen tewerkstelt ook niet rekening moet houden met de ruimere belangen van de maatschappij, zoals onder meer het klimaat (A. FRANÇOIS, “All we need is... purpose?”, *TRV-RPS* 2023, 3; zie ook randnr. 104). Deze auteur vestigt de aandacht op een verslag van de *British Academy* over de toekomst van de vennootschap (terug te vinden op de website van deze academie), waarin erop wordt gewezen dat de vennootschap moet worden heruitgevonden als een maatschappelijk verantwoorde entiteit die winstgevende oplossingen moet zoeken voor de moeilijkheden van mensen: “*the purpose of business is ‘producing profitable solutions for the problems of people and planet, and not profiting from creating problems’*”. Vennootschappen en ondernemingen moeten als taak hebben oplossingen te vinden voor de moeilijkheden waarmee mens en maatschappij worden geconfronteerd. Daarmee wordt aansluiting gezocht bij de morele en, via de onrechtmatige daad, juridische verplichting voor vennootschappen om maatschappelijk verantwoord te handelen (W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel. Veertig jaar later* in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Kluwer, Mechelen, I, 2010, 488-489).

## Professionele vennootschap

6. Sinds jaar en dag oefenen vrije beroepers die deel zijn van een gereguleerd beroep, dit beroep via vennootschappen uit, ook al heeft deze vennootschap niet de beroepstitel. Het wordt aangenomen dat het beroep door deze natuurlijke personen die de titel dragen, voor rekening van de vennootschap wordt uitgeoefend. Het beroep wordt door de advocatenvennootschap uitgeoefend. Dit houdt in dat de erelonen die zijn verschuldigd voor het werk verricht door de vrije beroeper aan de vennootschap zijn verschuldigd en enkel door haar kunnen worden ingevorderd. De vrije beroeper heeft in eigen naam hiertoe geen belang (zie de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2022, 476, nr. 6). Is de advocaat ondertussen van kantoor veranderd en is duidelijk dat de cliënt stilzwijgend ermee heeft ingestemd om zijn zaak verder door deze advocaat te laten behandelen, kunnen de erelonen door de nieuwe advocatenvennootschap worden ingevorderd. Deze instemming kan worden afgeleid uit het feit dat de cliënt zonder protest verder met de advocaat na opname in het nieuwe kantoor heeft gewerkt (Rb. Luxembourg (afd. Marche-en-Famenne) 4 augustus 2016, *Ius & Actores* 2022, 261).

7. Het gebruik van een professionele vennootschap brengt met zich mee dat de fouten die worden gemaakt in de praktijk in beginsel voor rekening van de vennootschap zijn. Derden, zoals klanten van de vennootschap, die schade lijden door de fouten van de vrije beroeper in de vennootschapspraktijk, richten zich tot de vennootschap. Wel kan de vrije beroeper persoonlijk worden aangesproken in geval van een onrechtmatige daad als de derde schade, veroorzaakt door deze onrechtmatige daad, aantoonde die anders is dan diegene die uit de foutieve uitvoering van de overeenkomst voortvloeit (Cass. 7 november 1997, *TRV* 1998, 284, noot I. CLAEYS, “Het bestuursorgaan als uitvoeringsagent: een verregaande beperking van aansprakelijkheid?”). In geval van een strafbare inbreuk is de vrije beroeper altijd aansprakelijk, voor zover schade kan worden aangetoond die door deze inbreuk is veroorzaakt (Cass. 26 oktober 1990, *RCJB* 1992, 497, noot R.O. DALCQ, “Restrictions à l’immunité de responsabilité de l’agent d’exécution”). In bepaalde gevallen zal de wetgever voor ernstige fouten een hoofdelijke aansprakelijkheid met de vennootschap inbouwen. Dit is zo voor de notarisvennootschap. Notarissen kunnen hun beroep uitoefenen in een besloten vennootschap (art. 50, 1 Wet op het notarisambt) en zijn derhalve enkel aansprakelijk ten belope van hun inbreng. Verder blijven ze hoe dan ook krachtens de wet hoofdelijk aansprakelijk met de vennootschap voor de overtredingen die ze in de uitoefening van het notarisberoep begaan met bedrieglijk oogmerk of met het doel om schade te berokkenen. In dat geval zijn ze samen met de notarissenvennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die hieruit voortvloeit ongeacht of de aansprakelijkheid van contractuele of buitencontractuele aard is. Als de cliënt die rechtstreeks de notaris aanspreekt niet kan aantonen dat deze laatste met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden handelde, wordt zijn vordering tot schadevergoeding tegen de notaris afgewezen. Deze dubbele beperking geldt niet voor andere fouten die de notaris maakt, zoals in zijn hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap; dan gelden de regels van het WVV (Antwerpen 14 februari 2022, *N/W* 2022, 900, noot B. VERHEYE, “Buitencontractuele aansprakelijkheid notaris”; zie ook de parlementaire voorbereiding, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3149/1, 118).

## Organen en vertegenwoordiging

### Organen

8. Bestuurders moeten aangeven dat ze namens de vennootschap optreden. Als hierover onduidelijkheid bestaat, werpt de tegenpartij dit op en vraagt deze dat dit wordt verduidelijkt. De verhuurder die wist

dat een persoon bij vergissing in zijn hoedanigheid van bestuurder namens de vennootschap handelt in het kader van een handelshuurovereenkomst die eerder door deze vennootschap, als huurder, aan deze persoon werd overgedragen en die vervolgens de huur in eigen naam verderzette, begaat rechtsmisbruik als de verhuurder dit niet tijdig laat weten zodat de huurder het verzoek tot huurhernieuwing niet tijdig in eigen naam kan aanvragen. De sanctie is dat de huurder opnieuw de wettelijke termijn geniet om de verlenging van de huur aan te vragen (Vred. Wavre 3 augustus 2021, *REJ* 2022, 5).

## Bestuursopdrachten

9. 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, 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* 2022, 477, nr. 10; *TRV-RPS* 2021, 784, nr. 12; *TRV-RPS* 2020, 718, nr. 22; *TRV-RPS* 2019, 635, nr. 16).

Het cassatiearrest van 18 maart 2022 dat reeds in de vorige kroniek aan bod kwam (*TRV-RPS* 2022, 478, nr. 10) geeft aan dat een onderneming een zekere organisatie veronderstelt (nu ook gepubliceerd in *JDSA* 2022, 83, concl. Adv. Gen. DE KOSTER en noot), die moet bestaan uit een inrichting van materiële, financiële en menselijke middelen met het oog op de uitoefening van een professionele activiteit als zelfstandige (aldus Cass. 9 februari 2023, *JLMB* 2023, 564; Brussel 25 oktober 2022, *JLMB* 2023, 569). De bestuurder-natuurlijke persoon die zonder enige organisatie zijn bestuursopdracht uitoefent is geen onderneming en kan derhalve niet failliet worden verklaard (Cass. 18 maart 2022, *TRV-RPS* 2022, 495, met kritische noot van N. APPERMONT en I. VANWALLEGHEM, “Cassatie over de kwalificatie van vennootschapsbestuurders als onderneming : the saga continues”; Arrondrb. Antwerpen 14 juni 2022, *TRV-RPS* 2022, 508, noot). Voor kritiek op de interpretatie door het Hof van Cassatie van een duidelijke tekst, leze men N. THIRION, “Un texte de loi est-il vraiment un texte?”, *TRV-RPS* 2022, 639). Bovendien moet de bestuurder dit beroep als zelfstandige uitoefenen om te kunnen kwalificeren als onderneming. In voormeld vonnis van 14 juni 2022 oordeelde de rechter dat de vereiste van een organisatie besloten ligt in de wettelijke omschrijving van onderneming

(zoals opgenomen in art. I.1, 1° WER) en dus niets toevoegt aan de wet. De wet vereist wel niet dat de bestuurder minstens bestuursopdrachten in twee verschillende rechtspersonen opneemt (ten onrechte, Orb. Mons (afd. Mons) 21 februari 2022, *JLMB* 2022, 1710).

De bestuurder die alleen de vennootschap bestuurt en een boekhouding heeft waaruit blijkt dat hij enkel bestuursvergoedingen als inkomsten heeft, voert een onderneming (Orb. Liège (afd. Namur) 24 mei 2022, *JLMB* 2022, 1713). Dit is eveneens het geval voor de bestuurder die een bestuursvergoeding ontvangt, een boekhouding voert, zich borg stelt voor kredieten onderschreven door de vennootschap, is verbonden aan een sociale verzekeringskas voor zelfstandigen en geniet gewestelijke subsidies voor de oprichting van een onderneming (Orb. Brabant wallon 16 mei 2022, *JDSA* 2022, 87, noot; Orb. Liège (afd. Namur) 24 mei 2022, *JDSA* 2022, 91, noot J.P. RENARD en V. GHAZOUANI, “Les administrateurs d’une société déclarée en faillite peuvent-ils être déclarés en faillite (Suite et non fin...)”; *JLMB* 2022, 1713; *JT* 2022, 456). Wanneer geen vergoeding wordt betaald, er geen organisatie is en geen boekhouding wordt gevoerd, is er geen onderneming (Orb. Brabant wallon 27 juni 2022, *JDSA* 2022, 88, noot).

De bestuurder die zich borg heeft gesteld voor de vennootschapsschulden en niet als ondernemer kwalificeert, is een consument die de bescherming kan genieten die wordt geboden door de wet van 20 december 2002 betreffende de minnelijke invordering van schulden van de consument (Rb. Hainaut (afd. Tournai) 15 juni 2022, *Ius & Actores* 2022, 641).

10. De bestuurder verbindt zich niet persoonlijk voor de verbintenissen die hij namens de vennootschap aangaat (art. 2:49 WVV). Een vonnis gewezen tegen de vennootschap kan niet worden uitgevoerd tegen de bestuurder van de vennootschap; dat vonnis heeft geen gezag van gewijsde ten aanzien van hem. Het heeft wel een bewijswaarde ten aanzien van derden en dus ook ten aanzien van de bestuurder die het proces tegen de vennootschap heeft gevolgd en dus kent (Rb. Hainaut (afd. Charleroi) 21 maart 2023, *JT* 2023, 272).

Het einde of de opschorting van de bestuursopdracht verhindert de bestuurder niet in persoonlijke naam de verbintenis aan te gaan vennootschapsschulden te betalen (Vred. Beveren 8 februari 2022, *RW* 2022-2023, 159).

11. De aanvaarding van een bestuursopdracht, zonder de bedoeling die uit te oefenen, om de achterman toe te laten strafbare feiten te plegen kan uitmonden

in een veroordeling als mededader of medeplichtige als is aangetoond dat de betrokkene zelf strafbare feiten heeft gepleegd of dat hij zich bewust was van de strafbare feiten van de achterman (Brussel 28 juni 2022, *Dr.pén.ent.* 2023, 135).

12. Een bestuurder moet zich loyaal gedragen ten aanzien van de vennootschap. In geval van miskenning van deze loyaliteitsverplichting handelt hij foutief en kan hij worden aangesproken voor de schade die voor de vennootschap hieruit voortvloeit. Hij mag geen opportuniteiten of ondernemingskansen die de vennootschap heeft, naar zich ombuigen om ze voor zichzelf te ontwikkelen. Dit verbod geldt enkel voor zaken die hij voor zich aanwendt terwijl ze opportuniteiten zijn voor de vennootschap (Antwerpen 24 maart 2022, *TRV-RPS* 2022, 609, noot K. DEWAELE, “Ondernemingskansenleer naar Belgisch recht : dood, begraven en herrezen”). In zijn noot laat de annotator zich kritisch uit over de principiële afwijzing door het hof van de opportuniteitenleer, maar komt hij tot het besluit dat het hof ervan uitgaat dat de bestuurder foutief handelt als hij een zaak aankoopt waarvan hij mocht verwachten dat de vennootschap hiervoor belangstelling had.

## Beroepsverboden

13. Indien een kennelijke grove fout van de gefailleerde tot het faillissement heeft bijgedragen, kan de insolventierechtbank aan de betrokkene het verbod opleggen persoonlijk of door een tussenpersoon een onderneming uit te baten (art. XX.229, § 1 WER). 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 bestuurt, 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, *RW* 2022-23, 1520; ook aangehaald in randnr. 78).

Het beroepsverbod is geen automatisme; de rechter beoordeelt aan de hand van de omstandigheden van de zaak of het verbod verantwoord is (Brussel 7 april 2022, *JLMB* 2022, 1161, *TRV-RPS* 2023, 196, noot Y. ALSTEENS, “La faute interdite : développements jurisprudentiels en matière d’interdiction professionnelle”; vorige kroniek, *TRV-RPS* 2022, 491, nr. 64; ook aangehaald in randnr. 74). Hij kan rekening houden met de betrokkenheid in een eerder faillissement als daaruit blijkt dat de bestuurder nog beter op de hoogte moet zijn van de ernst van zijn handelen (Orb. Liège (afd. Liège) 13 oktober 2021, *JLMB* 2022, 1169; ook aangehaald in randnr. 75). Om het beroepsverbod op te leggen volstaat dat is aangetoond dat de bestuurder een kennelijke grove fout heeft gepleegd die heeft bijgedragen tot het faillissement. Het is niet nodig dat daarvoor wordt aangetoond dat het actief van het faillissement ontoereikend is (Gent 20 september 2021, *TGR* 2023, 14; ook aangehaald in randnr. 76).

Vanaf 1 augustus 2023 kan men de beroepsverboden raadplegen in het Centraal register van bestuursverboden (randnr. 2).

## Transparantie en controle

### De commissaris en de bedrijfsrevisor

14. De bedrijfsrevisor geniet een wettelijk beroepsgeheim beschermd door artikel 458 Sw. (art. 86 van de wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren). Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor omvat alle feiten en informatie van vertrouwelijke aard waarvan de bedrijfsrevisor kennis heeft uit hoofde van zijn beroep of naar aanleiding van de uitoefening ervan. Dit is het geval voor informatie betreffende een vennootschap waarbij hij de opdracht van commissaris waarneemt. De uitzondering op de verplichting van het beroepsgeheim met betrekking tot de mededeling van attesten of bevestigingen machtigt de bedrijfsrevisor niet om dergelijke informatie aan derden over te maken, maar enkel om de juistheid te garanderen van informatie die reeds in het bezit is van de bestemming. De toelating om bepaalde informatie te attesteren of te bevestigen heeft enkel betrekking op de informatie die beoogd wordt door

het schriftelijk akkoord gegeven door de betrokken onderneming, met uitsluiting van enige andere informatie (Cass. 28 januari 2021, *TRV-RPS* 2022, 422, noot D. VAN GERVEN en D. MULDER, “Het beroepsgeheim van de commissaris : een geheimhoudingsplicht *sui generis*”; reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2022, 479, nr. 14).

## Jaarrekening

15. Eenmaal goedgekeurd, verbindt de jaarrekening de vennootschap als een rechtshandeling die van haar uitgaat. Zij verbindt, als besluit van een bevoegd vennootschapsorgaan, de andere organen, zoals het bestuur en ook de vennoten.

De jaarrekening kan vanaf de openbaarmaking door de vennootschap aan derden worden tegengeworpen (art. 2:18 WVV); derden kunnen niet voorhouden dat de jaarrekening niet bestaat en niet beweren dat ze de inhoud ervan niet kennen. Maar de jaarrekening verbindt hen niet; dit geldt voor de oud-bestuurder of voormalige aandeelhouder voor nadien uitgevoerde boekingen (Gent 28 maart 2022, *TGR* 2022, 174, noot). De derde moet enkel het bestaan van de jaarrekening als feit erkennen, en kan zelf het bestaan ervan in zijn voordeel inroepen (art. 5:103 BW). De derde kan door de jaarrekening zijn gebonden als hij die heeft aanvaard. Dit is het geval voor de oud-vennoot die de betaling van zijn scheidingsaandeel vordert dat verplicht wordt berekend aan de hand van de jaarrekening. Door zijn toetreding tot de vennootschap heeft hij aanvaard dat de waardering van het scheidingsaandeel bij zijn vertrek overeenkomstig de jaarrekening gebeurt. In dat geval kan hij, overeenkomstig het gemeen recht, de toepassing van de jaarrekening betwisten in geval van bedrog (Orb. Gent (afd. Brugge) 14 juni 2022, *RW* 2022-23, 635; ook aangehaald in randnr. 17 en 48). Verder kan hij binnen de zesmaandelijkse vervaltermijn de nietigverklaring aanvechten als die zijn verworven rechten aantast (Gent 5 december 1934, *Pas.* 1935, II, 113).

16. De goedgekeurde jaarrekening die fouten bevat, kan worden gecorrigeerd niet alleen in geval van materiële fouten, valse of dubbel geboekte posten, maar ook in geval van dwaling in rechte of in feite, met inbegrip van een dwaling in de waardering van een post of een inbreuk op het boekhoudrecht. Zij moet trouwens worden gecorrigeerd indien de verrichte boeking een inbreuk op het boekhoudrecht impliceert, waardoor de jaarrekening geen getrouw beeld geeft van het vermogen, de financiële toestand en het resultaat van de vennootschap (art. 3:19 WVV). Hiermee sluit de wetgever aan bij hetgeen reeds lang werd aanvaard in de rechtspraak en rechtsleer. Zie

voor een bespreking, J.P. VINCKE, “La rectification de comptes annuels approuvés et déposés : enfin un cadre légal”, *TBH* 2022, 606.

## Onderzoeks- en controlebevoegdheid

17. Indien de vennootschap geen commissaris moet benoemen en er geen benoemt, dan beschikt iedere aandeelhouder, ongeacht het aantal aandelen dat deze aandeelhouder aanhoudt, over de onderzoeks- en controlebevoegdheid van een commissaris. De statuten kunnen dat recht niet ontnemen (art. 3:101 WVV). Een gewezen aandeelhouder van een coöperatieve vennootschap kan hierop geen aanspraak maken, ook niet als hij belang heeft bij een correcte boekhouding zoals wanneer hij een vordering op een scheidingsaandeel heeft. De gewezen aandeelhouder neemt zijn toevlucht tot de gewone middelen waarover schuldeisers beschikken (Orb. Gent (afd. Brugge) 14 juni 2022, *RW* 2022-23, 635; ook besproken in randnr. 15 en 48).

## Deskundigenonderzoek

18. 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 (Voorz. Orb. Antwerpen (afd. Antwerpen) 23 september 2022, *TRV-RPS* 2022, 684).

De vordering tot aanstelling van een deskundige moet nuttig zijn. Dit wil zeggen dat de resultaten van het bevolen onderzoek kunnen worden aangewend. In de praktijk betekent dit dat het deskundigenonderzoek kadert in een bestaand geschil waarin de eisende partij met de bekomen informatie een vordering ten gronde instelt, zoals een minderheidsvordering namens de vennootschap tegen haar bestuurders of een vordering tot uittreding. Dit is nodig opdat de eiser belang kan aantonen. Indien ze een prelude is

van de minderheidsvordering kan ze enkel worden ingesteld door de aandeelhouders die voor de feiten van het boekjaar dat men aan het onderzoek wil onderwerpen een minderheidsvordering kunnen instellen. Dat kunnen ze enkel indien ze voor dat boekjaar de drempel hebben gehaald die nodig is om de minderheidsvordering in te stellen. De verwerende partij kan vragen dat de eisers het bewijs aanbrengen dat ze aan deze drempel voldoen gedurende het betrokken boekjaar (Voorz. Orb. Antwerpen (afd. Antwerpen), 2 juli 2021, *TRV-RPS* 2022, 438, noot; Voorz. Orb. Antwerpen (afd. Antwerpen) 9 november 2021, *TRV-RPS* 2022, 447, noot en *TBH* 2022, 648, noot (beide uitspraken ook aangehaald in randnr. 91)).

19. De procedure is in kort geding; het deskundigenonderzoek is een voorlopige maatregel. Het vereist hoogdringendheid die wordt aangetoond doordat de vennootschapsbelangen op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen. In hoger beroep werd de beschikking van 30 oktober 2020, aangehaald in de vorige kroniek (*TRV-RPS* 2022, 480, nr. 15) en ondertussen ook gepubliceerd in *TBH* 2021, 347, noot, bevestigd op dit punt (Antwerpen 17 november 2022, RG 2020/RK/35, 2020/RK/38 en 2022/AR/177; zie ook T. SION, “L’expertise minoritaire et l’urgence”, *TRV-RPS* 2023, 17).

Voor een geactualiseerd overzicht van deze materie, zie M. ROELANTS, “Specifieke kwesties in het vennootschapsrecht”, *Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek*, Mechelen Kluwer, losbl., december 2022, IV.4-1 t.e.m. IV.4-50.

## Ontbinding en vereffening

### Gerechtelijke ontbinding van slapende vennootschappen

20. 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 Onder-

nemingen uitgeschreven; ze wordt opnieuw ingeschreven zodra ze terug in orde is (art. III.42, § 1, 4° WER).

De gerechtelijke ontbinding is in dat geval geen sanctie, maar een deel van een schoonmaakoperatie. Men gaat ervan uit dat de vennootschap niet meer actief is, en dat niemand naar haar omkijkt. Ze wordt dan best ontbonden. Oorspronkelijk was de niet-neerlegging gedurende drie opeenvolgende jaren van de jaarrekening een indicatie van deze inactiviteit. Om misbruik van deze vennootschappen aan te pakken, meende de wetgever dat het gerecht sneller moet kunnen optreden. Nalaten één jaarrekening neer te leggen volstaat, maar het moet wel duidelijk zijn dat de vennootschap kennelijk niet meer actief is (*Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 1940/1, 4).

Als de vennootschap tijdens het proces een jaarrekening neerlegt, kan de ontbinding niet meer worden uitgesproken. Dit is ook het geval als de jaarrekening onregelmatigheden vertoont (Antwerpen 31 maart 2022, *DAOR* 2022/143, 53 en 70).

De gerechtelijke ontbinding kan bovendien enkel maar op mededeling van de kamer voor ondernemingen in moeilijkheden worden uitgesproken in de drie volgende gevallen : (1) wanneer de vennootschap ambtshalve door de KBO werd geschrapt in toepassing van artikel III.42, § 1, eerste lid, 5° WER; (2) indien de vennootschap niet voor de kamer voor ondernemingen in moeilijkheden verschijnt na twee oproepingen met dertig dagen tussentijd waarvan de laatste per gerechtsbrief; en (3) indien de bestuurders niet over de fundamentele beheersvaardigheden of niet over de beroepsbekwaamheden beschikken die krachtens de wet voor de uitoefening van de vennootschapsactiviteit zijn vereist (art. 2:74, § 2 WVV). Het dossier wordt door de kamer voor ondernemingen in moeilijkheden aan de voorzitter van de rechtbank overgemaakt die het onderzoekt en vervolgens beslist of het dossier voldoende volledig is om het voor behandeling aan de ondernemingsrechtbank voor te leggen (art. 2:74, § 3 WVV). Het bewijs dat de vennootschap zich in één van deze toestanden bevindt, moet blijken uit het dossier (Antwerpen 31 maart 2022, *DAOR* 2022/143, 53 en 70).

Zie ook, J.-P. LEBEAU en G. WESE, “Le rôle de la chambre des entreprises en difficulté dans la protection des entreprises, dans celle des créanciers, des consommateurs et de l’État de droit” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 753 e.v.

## Rechtspersoonlijkheid na ontbinding met onmiddellijke sluiting van vereffening

21. Artikel 2:76 WVV bepaalt dat de vennootschap wordt geacht na ontbinding voort te bestaan voor haar vereffening tot aan de sluiting daarvan. Ze blijft haar rechtspersoonlijkheid behouden. Overeenkomsten lopen, behoudens andersluidende afspraak, door. Dit is ook het geval voor de huurovereenkomst. Pas bij sluiting van de vereffening komt een eind aan de huurovereenkomst door het verdwijnen van de huurder of verhuurder. De financiële gevolgen hiervan worden geregeld overeenkomstig de bepalingen van de overeenkomst. De vereffenaar zorgt ervoor dat dit wordt geregeld voor de sluiting van de vereffening (M. LEMAL, “Clôture de la liquidation et bail en cours”, noot onder Vred. Sint-Pieters-Woluwe 19 maart 2021, *JDSA* 2022, 304-305). Volgens het geannoteerde vonnis komt aan de huurovereenkomst geen einde door de ontbinding van de rechtspersoon-verhuurder of huurder in toepassing van artikel 1742 oud BW dat bepaalt dat de huurovereenkomst geen eind neemt bij overlijden van de verhuurder noch door dat van de huurder (ook al is in casu de vereffening onmiddellijk gesloten en dus de rechtspersoon verdwenen) (Vred. Sint-Pieters-Woluwe 19 maart 2021, *JDSA* 2022, 303-304 en *T.Vred.* 2021, 359).

M. LEMAL verwijst naar de geldende opvatting dat de ontbinding gelijk wordt gesteld met het overlijden van een natuurlijke persoon, maar wijst op een belangrijk verschil, met name dat de rechtspersoon anders dan de natuurlijke persoon geen erfgenamen heeft waarop de huurovereenkomst kan overgaan. Volgens hem gaat de huurovereenkomst teniet ingevolge een verval van het voorwerp omdat enerzijds de verhuurder niet meer in staat is om de gehuurde lokalen ter beschikking te stellen van een vennootschap-huurder die niet meer bestaat, en anderzijds de vennootschap de huur niet meer kan betalen.

### De vereffenaar

22. De vereffenaar vervangt het bestuur als het nieuwe bestuursorgaan. Hij vertegenwoordigt de vennootschap als orgaan, ook al is hij door de rechter aangesteld. Zelfs al is hij orgaan en handelt hij in het belang van de vennootschap, moet hij ook de belangen van de schuldeisers behartigen. Maar dit betekent niet dat hij de schuldeisers vertegenwoordigt of namens hen kan optreden. De vennootschap kan zich niet keren tegen de onbeperkt aansprakelijke vennoten. Zij zijn immers enkel hoofdelijk aansprakelijk ten aanzien van derden, en niet ten aanzien van de vennootschap. De vordering tegen

de vennoten komt bijgevolg uitsluitend de vennootschapsschuldeisers toe; en dus kan de vereffenaar op grond hiervan de vennoten ook niet aanspreken (Cass. 26 november 2021, *TRV-RPS* 2022, 414, noot F. MOURLON-BEERNAERT, “Curateur et liquidateur : deux fonctions (bien) différentes”). Dit standpunt wordt al lang in de rechtspraak bijgetreden (Brussel 2 december 1902, *Pas.* 1903, II, 105; Brussel 25 juni 1885, *Pas.* 1885, II, 403).

De vereffenaar beslist vanaf de ontbinding alleen over het instellen van de vennootschapsvordering tegen de bestuurder zonder dat hij hiervoor de toestemming van de algemene vergadering nodig heeft (Mons 9 november 2021, *JDSA* 2022, 45, noot J.-F. GOFFIN, “Réflexions sur la portée de la décharge et sur l'intentement de l'actio mandati en cas de liquidation” en *JDSA* 2022, 263, reeds aangehaald in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2022, 481, nr. 21).

23. De vereffenaar oefent de vorderingen namens de vennootschap uit en kan schadevergoeding vorderen voor schade veroorzaakt aan het vermogen van de vennootschap. Een aandeelhouder kan dat niet; hij is geen schuldeiser als hij geen schuldvordering ten laste van de vennootschap heeft. Een aandeelhouder kan dan ook niet ageren tegen een schuldenaar van de vennootschap via de zijdelingse vordering (Cass. 11 december 2020, *TBH* 2022, 615, noot A. HOUET en M. DE MOFFARTS, “Atteinte au patrimoine d'une société en liquidation et inaction du liquidateur : l'actionnaire majoritaire est-il recevable à intenter l'action sociale, l'action oblique ou l'action minoritaire ?”; ook aangehaald in randnr. 85).

24. De vereffenaar wordt vergoed. In een vrijwillige vereffening beslist de algemene vergadering over de vergoeding. In geval van een gerechtelijke ontbinding komt het aan de rechtbank toe de vergoeding van de vereffenaar te bepalen bij zijn aanwijzing, en deze vergoeding te taxeren bij de sluiting van de vereffening. Daarbij zoekt de rechter inspiratie in het KB van 26 april 2018 houdende vaststelling van de regels en barema's tot bepaling van de kosten en het ereloon van de insolventiefunctionarissen (J.-P. LEBEAU en D. GOL, “La dissolution et la liquidation des personnes morales”, *TBH* 2018, 1169). Zie voor een toepassing, Orb. Hainaut (afd. Charleroi) 25 mei 2021, *JDSA* 2022, 266, noot M. LEMAL, “Imputation des frais et honoraires du liquidateur en cas de vente d'un immeuble grevé d'une hypothèque ou d'un privilège”). In dit vonnis wordt erop gewezen dat de schuldeisers niet gehouden zijn tot betaling van deze vergoeding. Wel kunnen, indien er niet voldoende gelden zijn om de vereffenaar te betalen, deze laatsten het algemeen voorrecht van de gerechtskosten inroepen in toepassing van artikel 17 van de

Hypotheekwet op de verwezenlijking van goederen in de vereffening. De gerechtskosten gaan boven alle schuldvorderingen ten behoeve waarvan ze zijn gemaakt (art. 21 Hyp.W.). Dat zijn dus alle schuldvorderingen ten laste van de vereffening, met uitzondering van de schuldvorderingen die zijn gewaarborgd door een bijzonder voorrecht of een hypotheek.

## Machtiging

25. Bepaalde handelingen kan de vereffenaar slechts stellen met machtiging. Dit is het geval voor (1) de voortzetting van het bedrijf tot de tegeldemaking van de activa; (2) kredieten aangaan voor de betaling van de schulden van de vennootschap; (3) de goederen van de vennootschap hypotheekeren of in pand geven; (4) de openbare verkoop van de onroerende goederen van de vennootschap, indien de vereffenaars deze niet nodig achten voor de betaling van de schulden van de vennootschap; (5) de verkoop uit de hand van de onroerende goederen van de vennootschap, ongeacht of de vereffenaar deze nodig acht voor de betaling van de schulden van de vennootschap; en (6) de inbreng van een vermogensbestanddeel in andere vennootschappen (art. 2:88 WVV).

Bij een gerechtelijke ontbinding wordt de machtiging verleend door de bevoegde ondernemingsrechtbank (art. 2:88, § 4 WVV). De algemene vergadering komt dan niet tussen (Gent 5 oktober 2020, *JDSA* 2022, 275, noot M. LEMAL, “Liquidateur judiciaire et actes soumis à autorisation”; *TIBR* 2021, 197).

## Verlieslatende vereffening

26. 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 houdend met de houding van de schuldeisers. Indien de vereffening het vertrouwen heeft van alle of een zeer belangrijk deel van de schuldeisers en op een correcte en voor de schuldeisers transparante wijze zonder fraude wordt afgewikkeld - zodat hun vertrouwen niet wordt beschaamd - wankelt het krediet niet (zie de kroniek 2018, *TRV-RPS* 2018, 511, nr. 32 en *TRV-RPS* 2022, 481, nr. 21). In die omstandigheden is de vereffening een volwaardig alternatief

voor het faillissement. Veel ondernemingsrechtbanken onderkennen dit. Maar een wettelijk kader zou aangewezen zijn, eventueel als onderdeel van de wet die de EU-Richtlijn 2019/1023 van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende de kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld omzet (D. GOL, “La dissolution des sociétés insolubles : la fin de l’opprobre ?”, *TRV-RPS* 2023, 69).

Ondertussen werd de voormelde richtlijn omgezet in het Belgisch recht 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, gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 7 juli 2023 (na de afloop van de hier besproken periode). Zie voor een eerste bespreking, C. ALTER, “Introduction aux nouveaux concepts issus de la directive sur les cadres préventifs de restructuration” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 65; F. DE LEO, “Het Belgische insolventierecht na de omzetting van de Europese Herstructureringsrichtlijn : een eerste overzicht”, *TRV-RPS* 2023, 391-448. Deze wet bracht aan de faillissementswetgeving wijzigingen aan om het eenvoudiger te maken vennootschappen in bepaalde omstandigheden te vereffenen. Deze wet zal zonder twijfel uitvoerig aan bod komen in de rechtsleer die zal worden besproken in de volgende kroniek. Nu reeds kan melding worden gemaakt dat de vennootschap die vatbaar is voor ontbinding en vereffening en aangifte doet van haar faillissement, in de aangifte of op de daaropvolgende zitting kan vragen dat de rechtbank, na te hebben vastgesteld dat de faillissementsvoorwaarden zijn vervuld, de gerechtelijke ontbinding uitsprekt. De insolventierechtbank kan dan de gerechtelijke ontbinding uitspreken wanneer er geen significante activa voorhanden zijn en het algemeen belang dit vereist. De vereffening gebeurt overeenkomstig de bepalingen van het WVV (art. XX.100 WER, zoals gewijzigd). Daarbij zal de rechter rekening houden met het feit dat de kansen op een succesvolle aansprakelijkheidsvordering gering zijn (*Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 3231/1, 83). Deze gerechtelijke ontbinding wordt gelijkgesteld met een faillissement en er wordt dus melding van gemaakt in het insolventie-register (art. XX.107 WER, zoals gewijzigd).

De vereffening mag, buiten het kader door voormelde wet ingericht, niet als alternatief voor faillissement

worden gezien; een vennootschap kan zich niet aan het faillissement onttrekken door zich te vereffenen, als blijkt dat de faillissementsvoorwaarden zijn vervuld. Het faillissement biedt de schuldeiser immers meer mogelijkheden en dus een betere bescherming (Orb. Gent (afd. Oudenaarde) 19 juli 2022, *TGR* 2022, 236).

27. De vennootschap in vereffening kan de opening van gerechtelijke reorganisatie aanvragen. Dit is wel enkel mogelijk als de vennootschap voldoet aan de voorwaarden voor een gerechtelijke reorganisatie, wat onder meer inhoudt dat er nog een onderneming kan worden gered of, anders gezegd, er een noemenswaardige economische activiteit bestaat met een minimum aan levensvatbaarheid. Dit is niet meer het geval als de activiteit werd stopgezet (Brussel 16 november 2021, *TRV-RPS* 2022, 511, noot A.-P. ANDRE-DUMONT, “Trois actionnaires dans une société coopérative : un passé bien présent, mais édulcoré à défaut d’oser en départir” (ook aangehaald en besproken in randnr. 49). Zie ook, Gent 7 september 2020, *TGR* 2023, 17).

### Passieve rechtspersoonlijkheid

28. Ingevolge 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 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*. Als de vordering wordt ingesteld tegen de vennootschap moet ze worden afgewezen (Arrondrb. Hainaut (afd. Charleroi) 23 mei 2022, *Ius & Actores* 2022, 455). Een inkohiering door de belastingsadministratie ten laste van de vennootschap is niet meer mogelijk en nietig, ze moet worden gedaan ten laste van de vereffenaar in die hoedanigheid (Antwerpen 16 februari 2021, *JDSA* 2022, 283 en *Fiscoloog* 2021/1718, 14; Liège 17 februari 2021, *JDSA* 2022, 290 en *FJF* 2021, 262; Gent 29 juni 2021, *JDSA* en *Fiscoloog* 2021/1718, 14, noot M. LEMAL, “L’enrôlement de cotisations au nom de sociétés liquidées”).

De vennootschap wordt na de sluiting van de vereffening aangesproken via de vereffenaar in die hoedanigheid of *qualitate qua*. De curator wordt niet persoonlijk gevisieerd, maar via hem de vennootschap. Op die manier kan de schuldeiser aanspraak

maken op de eventueel overblijvende activa die niet zijn verdeeld of, in vennootschappen met hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten, deze laatsten aanspreken. In beide gevallen moet eerst vaststaan dat de vennootschap (toen ze nog bestond) aansprakelijk zou zijn, wat vereist dat ze moet worden veroordeeld. Indien geen vereffenaar is aangesteld, richt de schuldeiser zijn vordering tegen de gewezen bestuurders die worden aangemerkt als vereffenaar (art. 2:79 WVV). De schuldeiser dagvaardt ze in die hoedanigheid en dus niet in persoonlijke naam. Dat is in de personenvennootschap de zaakvoerder of de vennoot die is belast met het bestuur (Vred. Sint-Pieters-Woluwe 19 maart 2021, *JDSA* 2022, 301, noot M. LEMAL, “Clôture de la liquidation et bail en cours” en *T.Vred.* 2021, 359).

De vennootschap moet zich kunnen verdedigen en bij een veroordeling (na de sluiting) hiertegen, bij monde van haar vereffenaars, hoger beroep, derdenverzet of cassatie kunnen instellen indien zij in het ongelijk wordt gesteld. Daarbij speelt het geen rol of de veroordeling voor of na de sluiting van de vereffening werd uitgesproken (Antwerpen 26 september 2022, *RW* 2022-23, 630).

### Strafrechtelijke verantwoordelijkheid

29. De vennootschap is strafrechtelijk verantwoordelijk voor misdrijven die een intrinsiek verband hebben met de verwezenlijking van haar doel of de waarneming van haar belangen of die, zoals blijkt uit de concrete omstandigheden van de zaak, voor haar 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. Dit kan het gedrag zijn van één enkele persoon als zijn handelen het gedrag van de rechtspersoon volledig beheerst (Cass. 24 mei 2022, *TRV-RPS* 2023, 127, noot S. DEVROE, “Rechtspersonen met een oogmerk : toerekening van kennis in het Strafwetboek”).

De strafrechtelijke verantwoordelijkheid kleeft aan de persoon (art. 20 V.T.Sv.). Volgens deze wettelijke bepaling vervalt zij bij het verdwijnen van de persoon

hetzij door overlijden hetzij, voor de vennootschap, door gerechtelijke ontbinding of ontbinding zonder vereffening. P. WAETERINCKX bekijkt deze bepaling in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Europees Hof voor de rechten van de Mens (“Het verval van de strafvordering t.o.v. de rechtspersoon, toegespitst op het geval van de herstructurering van de rechtspersoon door ontbinding zonder vereffening - Het regent in Parijs, zal het weldra druppelen in Brussel?”, *TBH* 2022, 972) naar aanleiding van het arrest van 25 november 2020 van het Franse Hof van Cassatie waarin dat hof oordeelde dat omwille van de continuïteit bij een opslorpemde fusie, de overnemende vennootschap schuldig kan worden verklaard (*TBH* 2022, 1018, noot).

De strafrechter moet rekening houden met een delegatie van bepaalde taken aan derden; deze delegatie kan de strafrechtelijke verantwoordelijkheid verplaatsen naar deze laatsten indien zij over de bekwaamheid, het gezag en de middelen nodig voor deze taak beschikken en de vennootschap niet aan het strafbaar feit heeft deelgenomen (Cass. 5 mei 2021, *JLMB* 2021, 1710; Liège 10 juni 2021, *JDSA* 2021, 321). Het doet natuurlijk geen afbreuk aan de eigen strafrechtelijke verantwoordelijkheid als strafbare feiten worden gepleegd door de bestuurders die worden geacht de zaak mee op te volgen (Gent 18 maart 2022, *TMR* 2023, 95). Het bewijs van de delegatie moet worden aangebracht door de persoon die er zich op beroept om te ontsnappen aan strafrechtelijke verantwoordelijkheid (Cass. 11 januari 2023, *JLMB* 2023, 790).

30. Het persoonlijke karakter van de strafsancie en het autonome karakter van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid verhinderen dat de vennootschap die werd veroordeeld tot een strafrechtelijke geldboete deze doorrekent aan de bestuurder die de strafbare handeling heeft gesteld. Dit is ook zo als de bestuurder zelf werd veroordeeld en het dus vastligt dat hij de strafbare inbreuk heeft begaan. De strafrechter kan de bestuurder zelf een straf opleggen, maar de vennootschap kan voor haar straf geen betaling van de bestuurder vragen, ook al vordert de curator betaling bij wijze van schadevergoeding op grond van artikel 1382 OBW (Cass. 25 oktober 2022, *DAOR* 2023, 23, noot I. SCHOOF; ook aangehaald in randnr. 8). Dit arrest moet worden bijgetreden. Een strafsanctie is persoonlijk en kan niet op iemand anders worden afgewenteld. De annotator wijst er terecht op dat dit niet verhindert dat de curator vergoeding voor de schade die de vennootschap ingevolge de strafrechtelijke handelingen van de bestuurder heeft geleden van deze laatste vordert. Dit kan niet de strafrechtelijke geldboete zijn.

31. Onder de oude wetgeving vóór de wijziging van artikel 5 van het Strafwetboek door de wet van 11 juli 2018 kon een natuurlijke persoon slechts met de rechtspersoon worden veroordeeld indien hij het misdrijf wetens en willens had gepleegd; anders kon enkel diegene die de zwaarste fout heeft gepleegd worden veroordeeld. Het voordeel van de decumul kan nog steeds worden ingeroepen voor feiten begaan vóór de inwerkingtreding van de afschaffing van de decumul, met name vóór 30 juli 2018 (art. 2 Sw.). Een inbreuk op de douanewetgeving die wetens en willens werd gepleegd door de vennootschapsbestuurder die de vrachtwagen bestuurde, brengt de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de vennootschap mee. Er moet geen bewijs van fraude inzake accijnzen voorliggen (Liège 13 oktober 2022, *DPE* 2023, 197).

## Geschillen in de vennootschap

### Arbitrage

32. 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.). Ook geschillen ter zake van een vennootschap kunnen aan arbitrage worden onderworpen (O. CAPRASSE en N. BIESSAUX, “Gestion des sociétés et arbitrage” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 137). De arbitrageovereenkomst wordt traditioneel in de statuten opgenomen en verbindt de vennootschap en haar vennoten. Weinig vennootschappen maken hiervan gebruik. Voor een empirische studie: L. ARRAZOLA DE ONATE en L. BERGHMANS, “Statutaire arbitrageclausules - Welke economische determinanten zijn bepalend voor het hebben van een statutaire arbitrageclausule?”, *Fin. Forum* 2022, 205.

### Geen inschrijving in de KBO

33. De vennootschap vermeldt het ondernemingsnummer op elk door haar betekend deurwaarders-exploot. Laat ze na dit te doen op een dagvaarding die ze laat betekenen, dan is de rechtsvordering die zij instelt, slechts ontvankelijk indien zij op de inleidingszitting kan bewijzen dat zij bij de Kruispuntbank van Ondernemingen is ingeschreven (art. III.26, § 2 WER).

De huidige versie van artikel III.26, § 2 dateert van de wet van 2 mei 2019 waarbij dit artikel werd gewijzigd. Voordien volstond het aan te voeren dat

de vennootschap niet correct was ingeschreven in de KBO om de vordering als niet ontvankelijk af te wijzen. Deze sanctie werd overbodig geacht omwille van de strafrechtelijke geldboete bepaald in artikel XV.77, 2° WER in geval van niet-correcte inschrijving (*Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3029/1, 3-4). Een geldboete veronderstelt nog altijd een strafrechtelijke veroordeling na een tegensprekelijke procedure. Het is de vraag of het parket voor dergelijke zaken een strafprocedure zal opstarten. Het oude artikel III.26 blijft van toepassing op vorderingen die zijn ingesteld vóór de datum van inwerkingtreding van de wetwijziging, dit is vóór 27 mei 2019, indien de rechter hierover nog geen uitspraak heeft gedaan voor die datum (art. 3 Ger.W.; Cass. 21 oktober 2021, *JT* 2022, 672).

### Beperking bestuursbevoegdheid

34. Indien een rechterlijke uitspraak, die uitvoerbaar is, de bestuursbevoegdheid van de bestuursorganen wegneemt, moet worden bepaald wie tegen deze uitspraak namens de vennootschap een rechtsmiddel, zoals hoger beroep of, als de vennootschap niet inzake is, derdenverzet, kan instellen. Door de rechterlijke uitspraak heeft het bestuursorgaan deze bevoegdheid niet meer (Cass. 7 december 2020, *TRV-RPS* 2021, 668, noot). Ingevolge artikel XX.32 WER kan de insolventierechtbank, op eenzijdig verzoekschrift van een belanghebbende of ambtshalve, wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende aanwijzingen bestaan dat de faillissementsvoorwaarden zijn vervuld, geheel of ten dele het beheer van het geheel of een gedeelte van de activa of activiteiten aan de vennootschap ontnemen en een voorlopig bewindvoerder met een door hem bepaalde opdracht aanstellen. Daar de vennootschap niet zelf inzake is, zullen de bestuurders namens de vennootschap tegen deze beslissing derdenverzet moeten instellen (Antwerpen 21 december 2020, *TIBR* 2023/2, 30; zie ook W. DAVID, “Les mandataires de justice ? Quelle cacophonie !” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 259).

### Toepasselijk recht

35. Uit de vaststelling dat een vennootschap die haar statutaire zetel op Belgisch grondgebied heeft, door het Belgisch recht wordt beheerst, volgt dat een rechterlijke uitspraak van een buitenlandse rechter inzake de geldigheid, de werking, de ontbinding of de vereffening van een vennootschap, die haar statutaire zetel in België heeft en wordt beheerst door het Belgisch recht op het ogenblik van het instellen van de vordering voor de buitenlandse rechter, niet

in België wordt erkend (art. 115 WIPR). Als keerzijde geldt de regel dat de Belgische rechter enkel bevoegd is voor deze vraagstukken, indien de statutaire zetel van de vennootschap zich op het ogenblik van het instellen van de vordering in België bevindt (art. 109 WIPR). Wel kan de Belgische rechter kennisnemen van aansprakelijkheidsvorderingen van derden tegen bestuurders van buitenlandse vennootschappen die hun voornaamste vestiging in België hebben als ze hun statutaire zetel buiten de Europese Unie (en de Europese Economische Ruimte) hebben gevestigd en is vastgesteld dat deze vennootschap maar een formele band heeft met het land waar die zetel is gevestigd. Hiervan kan in een overeenkomst niet worden afgeweken (art. 109 WIPR). Voor de bepaling van de voornaamste vestiging kijkt de rechter naar waar de leiding is gevestigd, waar de vergaderingen van het bestuursorgaan plaatsvinden, waar het dagelijks bestuur wordt gevoerd en waar de administratie en boekhouding worden bijgehouden. Deze antimisbruikregel bepaalt de territoriale bevoegdheid van de Belgische rechter. Daarbij moet de rechter dan wel het lokale recht dat krachtens het internationaal privaatrecht van toepassing is op deze aansprakelijkheid volgen voor de beoordeling van de bestuursaansprakelijkheid; bij de beoordeling van de aansprakelijkheid wegens schending van het wettelijk statuut en de statuten van de vennootschap is dat het recht van de zetel van de vennootschap (art. 111, § 1, 9° WIPR) (zie hierover, F. MERTENS, “De brievenbusvennootschap aan banden : antimisbruikmaatregelen van internationaal privaatrecht”, *TBH* 2022, 581).

De wet van 25 mei 2023 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (randnr. 1) heeft de bevoegdheid van de Belgische rechter uitgebreid door het tweede lid van artikel 109 te vervangen door de volgende bepaling :

*“De Belgische rechters zijn, niettegenstaande andersluidend beding, evenwel steeds bevoegd kennis te nemen : 1° van vorderingen die de aansprakelijkheid van de bestuurders van de rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:56, eerste lid, van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen tegenover anderen dan de rechtspersoon of zijn vennoten of aandeelhouders of leden betreffen, voor gedragingen in het kader van de uitoefening van de bestuursfunctie, indien de voornaamste vestiging van de rechtspersoon zich in België bevindt, terwijl de statutaire zetel van de rechtspersoon zich in een staat buiten de Europese Unie bevindt en de rechtspersoon slechts een formele band met die staat heeft; 2° [van] vorderingen die de aansprakelijkheid van de bestuurders van de rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:56, eerste lid, van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen betreffen, voor beslissingen, daden en gedragingen in*

*het kader van de uitoefening van de bestuursfunctie begaan vóór de datum waarop de grensoverschrijdende fusie, splitsing of omzetting van kracht is geworden overeenkomstig de toepasselijke bepalingen; 3° van vorderingen van houders van op het tijdstip van de bekendmaking van het fusie-, splitsings- of omzettingsvoorstel in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad bestaande schuldvorderingen binnen twee jaar na de datum waarop de grensoverschrijdende fusie, splitsing of omzetting van kracht is geworden overeenkomstig de toepasselijke bepalingen; 4° van vorderingen ingesteld door personen die op grond van artikel 12:116/1, artikel 12:137 en artikel 14:25/1 uit de vennootschap zijn uitgetreden betreffende de omvang van hun scheidingsaandeel evenals de uitbetaling ervan”.*

De wijziging komt neer op een uitbreiding om slachtoffers van bestuursfouten te beschermen tegen de grensoverschrijdende herstructurering die ze niet zagen aankomen. De Belgische rechter blijft bevoegd voor fouten gemaakt voor het van kracht worden van de grensoverschrijdende herstructurering. Verder wordt de Belgische rechter ook bevoegd verklaard voor voorheen bestaande schuldvorderingen van schuldeisers tot twee jaar nadat de grensoverschrijdende herstructurering van kracht is geworden en vorderingen van aandeelhouders die zijn uitgetreden naar aanleiding van de grensoverschrijdende herstructurering tot betaling van hun scheidingsaandeel (M. ROELANTS, “Grensoverschrijdende mobiliteit : welke rechter is bevoegd?”, *Balans* 2023, nr. 915, 7 en “Mobilité transfrontalière : quel juge est compétent?”, *Bilan* 2023, nr. 893, 7).

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

##### **De vennootschap onder firma (VOF)**

36. Elke vennoot is tot de belastingschuld van de vennootschap gehouden zonder dat de belasting in hoofde van de vennoot moet zijn ingekohierd (Cass. 24 mei 2012, *Pas.* 2012, 1178). De aanslag kan tegen de vennoten op basis van de inkohiering in hoofde van de vennootschap ten uitvoer worden gelegd. Door de fiscus wordt beslag in hun handen gelegd (art. 13, § 2 Wetboek van de minnelijke en gedwongen invordering van fiscale en niet-fiscale schuldvorderingen). Vooraf wordt een aanmaning tot betaling gezonden. De vennoten zijn werkelijke belastingschuldigen; zij kunnen in persoonlijke naam een bezwaarschrift tegen de aanslag indienen.

Dit sluit aan bij de opvatting dat de vennoot niet te onderscheiden is van de vennootschap onder firma omwille van zijn onbeperkte hoofdelijke aansprakelijkheid. De vennoot is geen derde. Het gevolg is dat de vennoot geen derdenverzet kan instellen tegen een veroordeling van de vennootschap. 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). De auteur stelt voor het WVV hieraan aan te passen.

##### **Faillissement van de vennoot van een VOF**

37. De vennoot die natuurlijke persoon is, is volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie sowieso ondernemer omdat zijn vermogen vermengt met dat van de VOF (Cass. 15 december 1938, *RPS* 1940-46, 198, noot; Cass. 21 mei 1968, *Pas.* 1968, I, 1097; Cass. 17 juni 1976, *Pas.* 1976, I, 1124). De vennoot kan dus failliet worden verklaard. Om de vennoot 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, zal enkel het deel in de huwelijksgemeenschap in de boedel terechtkomen. Daarvoor is vereist dat de huwelijksgemeenschap eerst wordt vereffend en verdeeld. Daarbij is bepalend dat de echtscheiding aan derden kan worden tegengeworpen. Indien dit het geval is vóór het faillissement, zal de curator moeten wachten op de vereffening en verdeling van de huwelijksgemeenschap (Orb. Gent (afd. Dendermonde) 22 augustus 2022, *TGR* 2022, 339 en *T.Not.* 2023, 238). De echtscheiding is aan derden tegenwerpelijk vanaf de overschrijving van de gerechtelijke uitspraak van echtscheiding in de registers van burgerlijke stand door melding op de huwelijksakte die daar wordt bijgehouden (art. 1304 Ger.W.).

#### **V. De besloten vennootschap (BV)**

##### **Algemeen**

38. Nu de kapitaalvereiste is weggefallen, is de vraag of de VZW en BV geen alternatieven zijn (S. COOLS, “De VZW als alternatief voor de BV”, *TRV-RPS* 2022, 355).

## Oprichting

39. De oprichters zien erop toe dat de vennootschap bij de oprichting over voldoende eigen vermogen beschikt dat toereikend is in het licht van de voorgenomen bedrijvigheid, waarbij rekening wordt gehouden met de andere financieringsbronnen die men voor ogen heeft (art. 5:3 WVV). De oprichters stellen een financieel plan op waarin zij het bedrag van het aanvangsvermogen verantwoorden in het licht van de voorgenomen bedrijvigheid over een periode van ten minste twee jaar. Dit plan moet de informatie bevatten die is omschreven in artikel 5:4 WVV. Het wordt door de notaris bijgehouden voor het geval waarin de vennootschap failliet gaat binnen de drie jaar (art. 5:16 WVV; zie randnr. 59-60).

Over het financieel plan, zie R. GHYSELS, “Le plan financier nouveau, selon le CSA”, *RGFCP* 2023, 2.

40. De aandeelhouders moeten hun inbreng volstorten. Als ze dat niet hebben gedaan, kan de curator zich bij faillissement tot deze aandeelhouders richten. In dat geval roept een aandeelhouder wel eens in dat zijn inbrengverplichting moet worden afgezet tegen de vordering uit rekening-courant die het gevolg is van gelden die hij aan de vennootschap vóór de faillietverklaring heeft voorgesloten. Opdat schuldvergelijking kan intreden, moeten beide vorderingen, voordat de samenloop intreedt, opeisbaar zijn. De vordering tot volstorting van de inbreng is pas opeisbaar als het bestuur volstorting vraagt. De vordering uit rekening-courant is opeisbaar bij afsluiting van deze rekening; voordien kan geen schuldvergelijking plaatsvinden. Na de faillietverklaring is schuldvergelijking enkel mogelijk als de beide vorderingen die worden vergeleken, juridisch verknocht zijn of nauw samenhangen (Orb. Gent (afd. Dendermonde) 23 november 2020, *JDSA* 2022, 17, noot H. CULOT, “Libération du capital et compensation après faillite”). Dit is het geval indien de vorderingen hun grondslag vinden in eenzelfde juridische en economische verhouding, wat in wezen eenzelfde overeenkomst of eenzelfde rechtsverhouding veronderstelt. Maar dat is niet het geval als de aandeelhouder de rekening-courant terugbetaalde naarmate de vennootschap meer in moeilijkheden kwam waaruit blijkt dat deze rekening-courant niet te vergelijken valt met een inbreng, en dus niet kan worden afgezet tegen de vordering van de vennootschap tot volstorting van de inbreng.

## Effecten

### Overdracht van niet-volgestorte aandelen

41. 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. De curator van de onder tussen gefailleerde vennootschap kan dus zowel de overdrager als de overnemer aanspreken. Deze nieuwe regeling van dwingend recht is ook van toepassing op bestaande vennootschappen waarvan het faillissement is uitgesproken na 1 januari 2020 (ook al werden de statuten van deze vennootschappen nog niet aangepast aan het WVV) (Orb. Gent (afd. Gent) 1 december 2020, *JDSA* 2022, 37, noot M. COIPEL, “La cession de parts non entièrement libérées d’une S(P)RL avant et après la mise en application du CSA”; besproken in de vorige kroniek, *TRV-RPS* 2022, 484, nr. 31).

### Bestuur

42. Over belangenconflicten : P. HERMANT, “Les conflits d’intérêts en droit des sociétés : état des lieux et interaction avec l’article 1.8 du nouveau Code civil” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 599; A. JANSEN, “Le devoir de loyauté de l’administrateur, en particulier sous le prisme de la réglementation des conflits d’intérêts au sein de l’organe d’administration dans la SA et la SRL” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 661.

### Vermogen(s)bescherming

#### Nieuwe inbrengen zonder uitgifte van nieuwe aandelen

43. In een BV kunnen aandeelhouders bijkomende inbrengen doen zonder dat er nieuwe aandelen worden uitgegeven. Deze beslissing komt toe aan de algemene vergadering die hierover met gewone meerderheid kan beslissen (art. 5:120, § 2 WVV); er is immers geen statutenwijziging nodig. Bovendien wijzigt de verhouding tussen aandeelhouders niet, ook al doen ze niet allemaal mee aan deze bijkomende inbreng omdat geen nieuwe aandelen worden uitgegeven. In de statuten kan een strengere meerderheid worden opgenomen. Het besluit tot bijkomende inbreng wordt vastgesteld in een authentieke akte verleden voor de notaris. Er is geen openbaarmaking.

De nieuwe inbreng komt tot uiting in de jaarrekening; derden kunnen er op deze wijze kennis van nemen (*Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/1, 170-171).

Het bestuursorgaan heeft deze bevoegdheid niet, en deze bevoegdheid kan ook niet aan hem worden gedelegeerd. Artikel 5:120, § 2 dat deze mogelijkheid openstelt voor de algemene vergadering is niet toepasselijk op de bevoegdheidsdelegatie aan het bestuursorgaan (art. 5:137, § 1, eerste lid WVV). S. DE GEYTER stelt voor de wet hieraan aan te passen. Ook het bestuursorgaan moet nieuwe inbrengen kunnen aanvaarden (“In de BV kan de bevoegdheid om bijkomende inbrengen te doen zonder uitgifte van nieuwe aandelen ook worden gedelegeerd aan het bestuursorgaan”, *TRV-RPS* 2022, 534).

## Winstuitkering

44. De winstuitkering is onderworpen aan twee tests die ze moet doorstaan : 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. Zij geldt voor de inkoop van eigen aandelen en de betaling van het scheidingsaandeel bij uittreding of uitsluiting. Volgens de solvabiliteitstest is een winstuitkering niet toegestaan indien het netto-actief van de vennootschap negatief is of door de uitkering negatief zou worden.

Bij de liquiditeitstest heeft het besluit tot winstuitkering slechts uitwerking nadat het bestuursorgaan heeft vastgesteld dat de vennootschap, volgens de redelijkerwijs te verwachten ontwikkelingen, na de uitkering in staat zal blijven haar schulden te voldoen naarmate deze opeisbaar worden over een periode van ten minste twaalf maanden te rekenen van de datum van uitkering (art. 5:143 WVV). Het bestuursorgaan stelt daartoe een verslag op waarin het het besluit tot winstuitkering verantwoordt. Indien de vennootschap een commissaris heeft, beoordeelt hij de historische en prospectieve boekhoudkundige en financiële gegevens van dit verslag. Hij mag zich niet in de plaats van het bestuursorgaan plaatsen; zijn rol is beperkt tot het nazicht van de gegevens die aan de grondslag liggen van de beslissing van het bestuur

(*Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/1, 180). Dit verslag moet niet worden bekendgemaakt. Wel vermeldt de commissaris in zijn jaarlijks controleverslag dat hij deze opdracht heeft uitgevoerd (art. 5:143, tweede lid WVV). De commissaris kan zich niet beperken tot deze melding; hij moet van zijn beoordeling een schriftelijk verslag opstellen dat hij aan het bestuur overhandigt (L. ACKE, “Test de liquidité : faire rapport ou ne pas faire rapport, telle est la question”, *TRV-RPS* 2023, 35).

45. De bestuurders die bij het nemen van het besluit tot winstuitkering wisten of, gezien de omstandigheden, behoorden te weten dat de vennootschap ten gevolge van de uitkering kennelijk niet meer in staat zou zijn haar schulden te voldoen gedurende de volgende twaalf maanden in de mate dat ze opeisbaar worden, zijn tegenover de vennootschap en derden hoofdelijk aansprakelijk voor alle daaruit voortvloeiende schade (art. 5:144, eerste lid WVV). Dit is het geval als ze desondanks een verslag met een positieve liquiditeitstest afleverden waardoor de winstuitkering kon doorgaan, of tot uitkering wordt overgegaan zonder de test door te voeren. De beslissing dan tot een uitkering over te gaan, is bovendien strafbaar met een geldboete van vijftig euro tot tienduizend euro en bovendien met een gevangenisstraf van één maand tot één jaar (art. 5:158, 3° WVV).

De vraag die daarbij in de rechtsleer wordt gedebatteerd, is of de aansprakelijkheidsgrond van artikel 5:144 mag worden samengelezen met de mogelijkheid voor bestuurders om de hoofdelijkheid te ontlopen door de schending van artikel 5:144 te melden aan de andere bestuurders of het collegiaal bestuursorgaan (in toepassing van het vierde lid van artikel 2:56 WVV). Sommigen menen van niet omdat de aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 5:144 een *lex specialis* is (D. BRULOOT, “Aansprakelijkheid voor onrechtmatige uitkeringen aan de aandeelhouders in de NV en de BV” in *Entre tradition et pragmatisme - Liber amicorum Paul Alain Foriers*, Brussel, Larcier, 2021, 987-989). Anderen menen van wel (R. TAS en O. ROODHOOFT, “Conceptueel verschillend, functioneel vergelijkbaar ? Uitkeringstesten in de BV, CV en NV onder het WVV” in *Themis 117 - Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 89-90). Ook al zijn er argumenten voor beide stellingen (H. CULOT, “La SRL sans capital : quels sont les (réels) changements ?” in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 172), sluiten we ons aan bij de opvatting van M. WYCKAERT dat de tweede stelling moet worden gevolgd, al was het maar omdat het onbillijk is de onschuldige bestuurder die zich verzet tegen de uitkering met deze hoofdelijke aansprakelijkheid op te zadelen (M. WYCKAERT, “t Amendement. De

bestuurder die zich verantwoordelijk gedraagt bij de toetsing van een winstuitkering in de BV en de CV moet geen aansprakelijkheid dragen”, *TRV-RPS* 2022, 459, die ervoor pleit dit door een amendement te verduidelijken in de wet).

## **Uittreding**

46. In de statuten kunnen automatische uittredingsgronden worden opgenomen. Indien één van deze gevallen zich voordoet, is de aandeelhouder van rechtswege uitgetreden, en zijn zijn aandelen van rechtswege vernietigd. Deze uittredingsgronden worden onderscheiden van uitsluitingsgronden die een vorm van sanctie inhouden en waarvoor een besluit van de algemene vergadering nodig is die rekening houdt met de verdediging van de aandeelhouder die opkomt tegen zijn voorgestelde uitsluiting.

De wet vermeldt als mogelijke gevallen van automatische uittreding : het overlijden, het faillissement, het kennelijk onvermogen, de vereffening of de onbekwaamverklaring van een aandeelhouder (art. 5:156, § 1 WVV). De statuten kunnen één of meer van deze uittredingsgronden opnemen, maar dit vereist een uitdrukkelijke statutaire bepaling in die zin. De statuten kunnen andere of bijkomende automatische uittredingsgronden bepalen, zoals een leeftijdsgrens. De wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie is niet van toepassing op de hoedanigheid van aandeelhouder van een vennootschap. Dit is geen arbeidsrelatie in de zin van deze wet (art. 5, § 2 van deze wet). Volgens het hof van beroep Antwerpen, mag de uittreding derhalve afhankelijk worden gemaakt van een leeftijdsgrens (Antwerpen 30 september 2021, *RW* 2022-23, 581, noot L. VERMEULEN, “Over (te) oude verzekeringsagenten”).

## **VI. De coöperatieve vennootschap (CV en SCE)**

### **Algemeen**

47. Het wettelijk doel van de coöperatieve vennootschap wordt in het WVV beperkt in lijn met de coöperatieve gedachte. De coöperatieve vennootschap heeft tot voornaamste doel aan de behoeften van haar aandeelhouders dan wel derde-belanghebbende partijen te voldoen en/of hun economische en sociale activiteiten te ontwikkelen, onder meer door met hen overeenkomsten te sluiten over de levering van goederen, de verrichting van diensten of de uitvoering van werken in het kader van de activiteit die de coöperatieve vennootschap uitoefent of laat uitoefenen. De coöperatieve vennootschap kan tevens

tot doel hebben aan de behoeften van haar aandeelhouders of haar moedervennootschappen en hun aandeelhouders dan wel hun derde-belanghebbende partijen te voldoen, al dan niet via de tussenkomst van dochtervennootschappen. Zij kan tevens tot doel hebben hun economische en/of sociale activiteiten te bevorderen middels een deelneming in één of meer andere vennootschappen (art. 6:1, § 1 WVV). Zie voor een beoordeling, P.-J. VANDEN EYNDE en P. RAEMAEKERS, “Hoe performant is de coöperatieve vennootschap ? Draagt de naleving van het coöperatief gedachtegoed bij tot de performantie van de CV ?”, *Fin. Forum/BFW* 2022, 198.

## **Scheidingsaandeel**

48. De aandeelhouders moeten steeds de mogelijkheid hebben om uit te treden. De statuten kunnen dat niet verbieden of dit recht uitsluiten.

Bij uittreding wordt een scheidingsaandeel betaald in ruil voor de vernietiging van de aandelen (art. 6:120, § 1, eerste lid WVV). Een aandeelhouder kan gedeeltelijk, met een beperkt aantal aandelen, uittreden tenzij de statuten dit verbieden.

Het scheidingsaandeel kan enkel worden uitbetaald in de mate dat er uitkeerbare winst is. Bijgevolg moeten de solvabiliteitstest en de liquiditeitstest worden toegepast. De statuten kunnen hiervan niet afwijken, tenzij om de regeling te verstrengen. Indien het scheidingsaandeel niet of niet geheel kan worden uitgekeerd, wordt het recht op uitbetaling opgeschort totdat uitkeringen opnieuw zijn toegelaten. Dit betekent dat de aandeelhouder kan beslissen om uit te treden, dit kan notificeren aan de vennootschap, het scheidingsaandeel op dat ogenblik wordt bepaald, maar de uitbetaling wordt opgeschort tot op het ogenblik dat er voldoende uitkeerbare winst is. Wel is het zo dat naarmate er uitkeerbare winst is, het bestuur ervoor moet zorgen dat het scheidingsaandeel wordt betaald; het saldo wordt later aangezuiverd. Ondertussen is de aandeelhouder wel uitgetreden.

In de solvabiliteitstest wordt uitgegaan van de laatste goedgekeurde jaarrekening (art. 6:116 WVV). Tevens wordt rekening gehouden met de recente ontwikkelingen en de ontwikkelingen die redelijkerwijs te voorzien zijn. De rechter mag zich niet in de plaats stellen van het bestuur in de beoordeling van de liquiditeit; dit is de verantwoordelijkheid van het bestuur. De uitgetreden aandeelhouder is gebonden door de goedgekeurde jaarrekening; hij kan die enkel aanvechten in geval van bedrog (Orb. Gent (afd. Brugge) 14 juni 2022, *RW* 2022-23, 635).

## Ontbinding van rechtswege

49. Onder het oude Wetboek van Vennootschappen was de coöperatieve vennootschap van rechtswege ontbonden als het aantal aandeelhouders tot één persoon daalde (Brussel 16 november 2021, *TRV-RPS* 2020, 511, noot A.-P. ANDRE-DUMONT, “Trois actionnaires dans une société coopérative : un passé bien présent, mais édulcoré à défaut d’oser s’en départir”). De annotator wijst er terecht op dat onder het huidige recht, dit niet meer het geval is (art. 6:126 WvV). Elke belanghebbende (met een rechtmatig belang) kan wel de ontbinding vragen. De ondernemingsrechtbank kan de vennootschap een termijn toestaan om de toestand te regulariseren. Dit kan door zich om te zetten in een andere rechtsvorm of door het aantal aandeelhouders opnieuw op te drijven.

## VII. La société anonyme (SA)

### Capital

#### Augmentation de capital

50. L'action paulienne, désormais prévue à l'article 5.243 du Code civil (art. 1167 de l'ancien Code civil), permet au créancier de faire déclarer inopposables les actes de son débiteur posés en fraude de ses droits. Dans une affaire à laquelle l'ancien Code civil s'appliquait encore, la Cour de cassation distingue les actes anormaux, pour lesquels la fraude suppose que le débiteur sache que les créanciers seraient préjudiciés, des actes normaux, pour lesquels cette seule connaissance ne suffit pas à établir la fraude (Cass. 10 juin 2022, *RPS-TRV* 2023, 178, note Ch.-E. LAMBERT, “La fraude paulienne dans les actes normaux et anormaux en droit des sociétés”). Aujourd'hui, l'article 5.243, alinéa 2 du Code civil dispose que “[s]i l'acte juridique a été accompli à titre onéreux, le créancier doit apporter la preuve que le tiers savait ou devait savoir que cet acte causerait préjudice aux créanciers de ce débiteur”. Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, l'opération critiquée était une augmentation de capital avec renonciation au droit de préférence, réalisée par une société alors que les actions de l'actionnaire majoritaire de cette société faisaient l'objet d'une saisie. L'augmentation de capital avait eu pour effet de diluer la participation de l'actionnaire saisi. La Cour de cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt d'appel qui, dans les circonstances de fait qu'il retient, considère que l'augmentation de capital est un acte normal non constitutif de fraude aux droits du créancier.

51. T. VOS publie un article consacré à la protection des actionnaires lors des augmentations de capital, tiré de

sa thèse de doctorat (“Aandeelhoudersbescherming bij kapitaalverhoging : een rechtsvergelijkende en rechtseconomische benadering”, *RW* 2022-23, 122). En matière d'acquisition d'actions propres, les règles spécifiques applicables aux sociétés cotées ont été assouplies par un arrêté royal du 31 août 2022, commenté par T. CRUYSMANS, “Modification du régime d'acquisition d'actions propres : un petit goût de trop peu ?”, *RDC-TBH* 2022, 1114. La *RDC-TBH* publie un intéressant panorama des sociétés cotées en Belgique (F. LECOULTRE, V. BURKI et A. DEPOORTERE, “State of the Belgian Listed Companies”, *RDC-TBH* 2022, 561).

## Organe d'administration

### Généralités

52. Plusieurs contributions parues dans les mélanges à la mémoire de Didier Willermain abordent la composition, le rôle, l'organisation, les pouvoirs ou le fonctionnement de l'organe d'administration. Citons ainsi A. CAUTAERTS, M. DUPLAT et T. FLAMENT, “Le rôle de l'organe d'administration dans les opérations de capital des sociétés cotées”, *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Bruxelles, Larcier, 2023, 143; H. CULOT et O. MARESCHAL, “Le régime d'administration duale en droit des sociétés a vingt ans - Idées pour redynamiser le dualisme à la lumière des droits français, allemand et néerlandais”, *ibid.*, 223; H. DE WULF, “What is a duty of loyalty for directors or shareholders and does it exist under Belgian law ?”, *ibid.*, 425; B. FERON et A. FINK, “La responsabilité de l'organe d'administration dans la prévention et la détection des abus de marché”, *ibid.*, 477; P. HERMANT, “Les conflits d'intérêts en droit des sociétés : état des lieux et interaction avec l'article 1.8 du nouveau Code civil”, *ibid.*, 599; A. JANSEN, “Le devoir de loyauté de l'administrateur, en particulier sous le prisme de la réglementation des conflits d'intérêts au sein de l'organe d'administration dans la SA et la SRL”, *ibid.*, 661.

### Statut de l'administrateur

53. La pratique et certaines dispositions du Code des sociétés et des associations distinguent l'administrateur non exécutif, qui se borne à participer aux réunions du conseil d'administration, de l'administrateur exécutif, qui exerce en outre une responsabilité opérationnelle dans l'entreprise. On peut être surpris de trouver la même distinction là où on ne l'attendrait pas. Ainsi, à propos de règles régionales qui attribuent des compensations financières à des armateurs

ou pêcheurs, ou à des sociétés dont l'associé actif ou dirigeant a exercé une activité de pêcheur pendant au moins cinq ans, la Cour de cassation décide qu'il ne suffit pas d'avoir été administrateur d'une société de pêche pendant cinq ans, mais qu'il faut démontrer avoir soi-même exercé effectivement des activités de pêcheur ou de marin (Cass. 12 mai 2022, *RW* 2022-23, 175). Dans l'approche, cette décision contraste avec celle prononcée par la même Cour en matière de responsabilité pour les dettes sociales (*infra*, n° 84), où l'implication de l'administrateur dépend seulement de sa qualité formelle d'administrateur et non de son rôle effectif; il s'agit certes de règles dont la portée est fondamentalement différente.

54. Les statuts peuvent fixer des critères à respecter lors de la désignation des administrateurs. Ces critères s'imposent en principe à l'assemblée générale. Toutefois, il est généralement admis que cette dernière doit conserver une liberté de choix. Le Tribunal de l'entreprise de Liège en déduit l'illicéité d'une clause statutaire prévoyant que le curé d'une paroisse déterminée peut, à sa demande, devenir membre du conseil d'administration. La décision de l'assemblée générale qui refuse de désigner le curé comme administrateur ne peut donc pas être annulée (TE Liège (div. Namur) 25 janvier 2022, *JLMB* 2022, 1174, *TRV-RPS* 2022, 518, note G. CALLENS et K. XHEBEXHIA, "Le prêtre, les statuts et l'assemblée générale : quand la place au paradis des administrateurs n'est jamais vraiment acquise", *RDC-TBH* 2022, 1247, note B. DELHAYE, "Désignation des administrateurs de société anonyme : difficile équilibre entre liberté de choix de l'AG et liberté statutaire, et particularisme à l'aune du CSA"; *JDSA* 2022, 77, obs. J.-P. RENARD et V. GHAZOUANI, "Les clauses statutaires relatives à la désignation d'un administrateur ne peuvent priver l'assemblée générale de sa liberté de choix", cette chronique 2022, *RPS-TRV* 2022, 487, n° 44).

55. Pour les sociétés cotées, une directive vient harmoniser au niveau européen les exigences en matière de diversité des genres dans les organes d'administration (Directive (UE) 2022/2381 du Parlement européen et du Conseil du 23 novembre 2022 relative à un meilleur équilibre entre les femmes et les hommes parmi les administrateurs des sociétés cotées et à des mesures connexes; S. BAVEGHEMS et J. DE WOLF, "Europa landt eindelijk over de ondersteuning van het genderevenwicht in bestuursorganen van beursgenoteerde vennootschappen", *RPS-TRV* 2023, 117. Voy. aussi D. VAN GERVEN, "Diversité du genre en *corporate governance*", *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Bruxelles, Larcier, 2023, 1219). La Belgique dispose depuis longtemps déjà de règles de ce type, mais quelques adaptations des dispositifs actuellement en

vigueur seront néanmoins nécessaires pour transposer la directive. Toujours dans les sociétés cotées, le rôle des administrateurs indépendants fait l'objet d'un article de P. HEYNEN, "Welke rol voor Belgische onafhankelijke bestuurders ?", *RPS-TRV* 2023, 99.

## Fonctionnement du conseil d'administration

56. Dans un arrêt remarqué, la Cour de cassation décide, sur le visa de l'article 523, § 2 du Code des sociétés, qu'une décision prise en violation des règles de conflit d'intérêts ne peut être annulée qu'en démontrant que cette violation a pu influencer la décision. La Cour précise que tel est le cas lorsque le respect de la procédure de conflit d'intérêts aurait conduit à ne pas prendre la décision contestée ou à prendre une décision dans ces conditions "fortement différentes". Ainsi, l'arrêt qui refuse d'annuler une décision tout en constatant que la procédure n'a pas été respectée, au motif que, dans les circonstances de fait, le respect de la procédure n'aurait pas eu d'influence notable sur la décision querellée, n'est pas cassé (Cass. 9 décembre 2021, *RPS-TRV* 2023, 136, note S. ROSSEEL et S. DE DIER, "Leidt elke schending van de belangenconflictrechts tot nietigheid? Cassatie kiest stelling", *RDC-TBH* 2023, 139, note H. DE WULF, "Schending van de belangenconflictrechteling voor bestuurders leidt niet automatisch tot nietigheid van de bestuursbeslissing", *JDSA* 2022, 168; en doctrine, sur les conflits d'intérêts, L. VERHAVER, "Les conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration, l'interdiction de vote et la problématique du quorum : retour vers le futur ?", *RPS-TRV* 2022, 465; voy. également le n° 42).

## Assemblée générale

57. Le juge des référés peut interdire à une société de tenir une assemblée générale, pour prévenir un dommage grave et imminent. En l'espèce, la propriété des actions était contestée dans le cadre plus général de la liquidation d'une succession où intervenait un enfant naturel. L'ordre du jour de l'assemblée incluait une proposition de modification des statuts afin de créer deux classes d'actions, ce qui aurait abouti à conférer des droits moins importants aux actions détenues par la succession qu'aux autres actions. Le président interdit de tenir l'assemblée générale jusqu'à ce que la composition et la répartition de l'actionnariat de la société soient clarifiées, dès lors qu'une procédure était pendante à ce sujet (Prés. TE Hainaut 13 juillet 2021, *RDC-TBH* 2022, 1236, note M. STUYTS, "Asymmetrische soortsplitting"). La note d'observation se penche sur la controverse relative au mode de décision applicable à la création d'une

nouvelle classe d'actions si l'on répartit les actions de manière non proportionnelle : l'assemblée générale peut-elle décider à la majorité qualifiée ou est-il obligatoire d'obtenir l'accord individuel des actionnaires dont les droits se trouvent diminués ?

58. On trouve dans les *Mélanges à la mémoire de Didier Willermain* plusieurs contributions qui concernent les relations des sociétés cotées avec leurs actionnaires, et plus largement la gouvernance de ces sociétés, notamment : B. FERON et A. FINK, "La responsabilité de l'organe d'administration dans la prévention et la détection des abus de marché", *ibid.*, 477; E. POTTIER, A. COIBION et T. L'HOMME, "The relationship between a listed company and its shareholders - Some thoughts on equality of treatment, selective disclosure and relationship agreements", *ibid.*, 989; J.-P. SERVAIS et P. GYTHIEL, "De quelques pistes de réflexions à propos de nouvelles règles complémentaires en matière de protection des intérêts d'actionnaires de sociétés cotées", *ibid.*, 1067; C. VAN DER ELST, "The long-term shareholder versus the engaged shareholder", *ibid.*, 1201; T. VOS, "Corporate governance en de strijd tegen kortetermijndenken in België", *ibid.*, 1287; M. WYCKAERT et J. VAN EETVELDE, "De 'bestuurder met een achterban' in de genoteerde vennootschap : geprangd tussen het vennootschapsbelang en de belangen van de controlerende aandeelhouder ?", *ibid.*, 1315.

## VIII. Responsabilité des fondateurs, des associés et des administrateurs

### Responsabilité des fondateurs

59. 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. Dans un cas d'espèce, le tribunal de l'entreprise de Gand estime 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 un des deux fondateurs (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'est peut-être pas chargé 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 cijferbe-roeper als zondebok dienen ?", *RDC-TBH* 2022, 812, note B. DE BOCK, "Oprichtersaansprakelijkheid : ook de cijferberoeper in het vizier"; en doctrine, la responsabilité du professionnel du chiffre est aussi abordée par R. GHYSELS, "Le plan financier nouveau, selon le CSA", *RGFCP* 2023/2, 2).

60. Une des nouveautés du CSA en la matière réside dans le "renforcement" du plan financier, qui doit désormais comprendre sept rubriques précises (art. 5:4, § 2), destinées à en accroître le sérieux et la crédibilité. On trouve malheureusement encore des plans financiers indigents, dans lesquels ces rubriques ne sont pas (toutes) présentes. C'est ce qu'a dû constater le tribunal de l'entreprise de Liège, qui condamne modérément les fondateurs, après avoir rappelé et appliqué les principes bien connus en la matière : caractère manifeste de l'insuffisance des capitaux propres de départ, preuve à charge du curateur, appréciation *ex ante*, pouvoir d'appréciation du tribunal quant au *quantum*, etc. Le tribunal rappelle notamment que le plan financier n'est qu'un élément de preuve parmi d'autres de l'insuffisance des capitaux propres de départ (TE Liège (div. Liège) 22 décembre 2021, *JDSA* 2022, 103; R. GHYSELS, "Le plan financier nouveau, selon le CSA", *RGFCP* 2023/2, 2).

### Responsabilité des administrateurs et des gérants

#### Généralités

61. En doctrine, signalons les actes du colloque du Jeune Barreau de Bruxelles, coordonné par J. HENRI, *La responsabilité des dirigeants de sociétés, associations et fondations*, Bruxelles, Larcier 2022, qui aborde de nombreux aspects de la responsabilité civile et pénale en lien avec les personnes morales : fondateurs, dirigeants, réviseurs, mandataires de justice. R. VERHEYEN publie un important ouvrage sur le dommage individuel et collectif dans le cadre de la faillite; cette distinction est déterminante pour établir la qualité à agir en réparation et la compé-

tence du curateur (*Collectieve en individuele schade*, Intersentia, 2023). On trouve aussi plusieurs contributions relatives à la responsabilité des administrateurs dans les *Mélanges à la mémoire de Didier Willermain* : S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van bestuurders in vennootschapsgroepen”, *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Bruxelles, Larcier, 2023, 377; J.-F. GOFFIN, “Réflexions sur le plafonnement de la responsabilité des administrateurs”, *ibid.*, 535; V. MARQUETTE et A.-S. PIJCKE, “La responsabilité civile des membres de l’organe d’administration des sociétés belges pour défaut d’action en matière de lutte contre le changement climatique”, *ibid.*, 853; A. SNYERS, “De kwalificatie van de aandeelhouder als feitelijke bestuurder in de Belgische vennootschapsrechtspraak en -rechtsleer : enkele beschouwingen”, *ibid.*, 1095; R. TAS, “Het foutbegrip inzake bestuursaansprakelijkheid : enkele korte bedenkingen over het overmatig gebruik van het woord “kennelijk” en de zogenaamde marginale toetsing”, *ibid.*, 1129; J. VANANROYE et O. ROODHOOFT, “Aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten in het Wetsvoorstel Buitencontractuele Aansprakelijkheid”, *ibid.*, 1175.

## Faute de gestion

62. À peine d’irrecevabilité, l’exercice de l’*actio mandati* contre un administrateur suppose une autorisation de l’assemblée générale de la société. Lorsque l’assemblée générale a attribué une rémunération à une gérante pendant plusieurs années, que cette rémunération a été inscrite dans les comptes approuvés par l’assemblée générale et que l’assemblée générale a voté la décharge en faveur de la gérante, une action en responsabilité fondée sur le fait que la gérante n’aurait accompli aucune prestation dans le cadre de sa mission et n’aurait donc pas droit à sa rémunération, est non fondée. Les comptes annuels approuvés s’imposent en effet à la société, et la décharge constitue la renonciation par la société à l’action en responsabilité (TE Gent (div. Dendermonde) 12 avril 2021, *TGR* 2023, 19). Sans être critiquable en droit, la décision est nettement marquée par les circonstances de fait : on se situait en substance dans le cadre d’un divorce, et la rémunération de l’ex-épouse de l’actionnaire principal était subitement remise en cause alors que la situation avait perduré pendant de nombreuses années lorsque les parties étaient en meilleure entente.

63. La doctrine des “corporate opportunities” a notamment été étudiée en droit belge par le regretté Didier Willermain (“Les “corporate opportunities” (notamment au sein des groupes de sociétés)”, *RDC*

2005, 453). Il est en particulier question de savoir dans quelle mesure les administrateurs d’une société ont le devoir de lui réserver la possibilité de réaliser un projet économique dont ils ont connaissance, ou s’ils peuvent au contraire réaliser ce projet en dehors de la société qu’ils administrent (par exemple à titre personnel, ou dans le cadre d’une autre société). Le cas échéant, la violation de cette obligation serait une faute de gestion. La Cour d’appel d’Anvers rappelle que la doctrine des *corporate opportunities* ne crée pas, en tant que telle, une obligation des administrateurs en droit positif belge et qu’en conséquence, sa violation n’est pas davantage une cause distincte de responsabilité. Ceci n’empêche toutefois pas qu’on puisse retenir comme faute une violation du devoir de loyauté (auquel on rattache parfois une obligation de non-concurrence) ou de l’obligation d’exécuter de bonne foi la mission d’administrateur. Cependant, après un examen approfondi des circonstances de fait, la cour estime qu’on ne peut y trouver aucune violation de ce type (Antwerpen 24 mars 2022, *RPS-TRV* 2022, 609, note K. DEWAELE, “Ondernemingskansenleer naar Belgisch recht : dood, begraven en herrezen”; aussi cité au n° 12).

64. La faute de gestion peut être imputée à un administrateur, mais pas à un actionnaire - qui ne gère pas. Ainsi, le grief fait par un curateur à des personnes cumulant les qualités d’administrateur et d’actionnaire, “d’avoir cédé leurs actions sans se tracasser du sort de la société”, est un reproche lié à leur qualité d’actionnaire, inapte à fonder une responsabilité d’administrateur (TE Liège (div. Liège) 13 octobre 2021, *JDSA* 2022, 111).

65. Commet une faute de gestion envers la société l’administrateur qui, sachant qu’il existe des obstacles à la concrétisation d’un financement envisagé, laisse l’administrateur délégué croire que ce financement est acquis et engager des dépenses sur la base de cette croyance (TE Liège (div. Liège) 2 mars 2021, *JDSA* 2022, 137).

## Décharge

66. 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 de la loi 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 tegenwerpelijck 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", cette chronique 2022, *RPS-TRV* 2022, 490, n° 58).

### Faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite

67. 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).

68. Ne pas tenir la comptabilité de la société est souvent retenu comme faute grave et caractérisée (TE Liège (div. Liège) 12 février 2020, *RPS-TRV* 2021, 109, obs. T. POUPPEZ, "Le renversement de la présomption selon laquelle le dommage subi par les tiers résulte du défaut d'activer la sonnette d'alarme", *JDSA* 2021, 204, obs. M.A. DELVAUX, "*Iura novit curia : da mibi factum, dabo tibi ius !*", cette chronique 2021, *RPS-TRV* 2021, 802, n° 82 et cette chronique 2022, *RPS-TRV* 2022, 491, n° 63). Le même tribunal le répète dans un jugement plus récent, élevant cette appréciation, certes largement partagée, au rang de règle : "Le manquement à l'obligation de tenir la comptabilité constitue donc en règle un manquement grave et caractérisé" (TE Liège (div. Liège) 13 octobre 2021, *JDSA* 2022, 111). On peut se ranger à cette appréciation pour autant que soit visée, comme en l'espèce, l'absence de toute comptabilité; en revanche, une erreur comptable ponctuelle, fût-elle pénalement sanctionnée, ne suffit pas à établir la faute grave et caractérisée de l'article XX.225 CDE.

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. Le tribunal de l'entreprise d'Anvers en donne une définition conforme à celle que l'on rencontre généralement à propos de l'article XX.225 CDE, mais ajoute quelques critères d'appréciation spécifiques à l'effacement, notamment une évaluation des dettes subsistant à l'issue de la faillite, sur lesquelles l'effacement porterait (TE Antwerpen (div. Turnhout) 30 novembre 2021, *TIBR* 2023/2, 4).

70. L'article XX.225 CDE prévoit la responsabilité des administrateurs en cas de faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite, mais exempte en son paragraphe 2 les dirigeants d'entreprise dont le chiffre d'affaires et le total du bilan ne dépassent pas certains plafonds. Dans un arrêt déjà évoqué en 2022, la Cour de cassation a précisé que la charge de la preuve de ces conditions de non-application de l'article XX.225 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, cette chronique, *RPS-TRV* 2022, 491, n° 60; aussi TE Liège (div. Liège) 27 avril 2022, *JDSA* 2022, 140, obs. D. DUFOUR et D. LIKHATCHEVA, "Qu'est-ce qu'un dirigeant de fait ?").

Dans un arrêt plus récent, 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; 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). 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 celle de tenir ou de faire tenir une comptabilité régulière. Ceci étant, 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 qu'on peut en principe prouver contre une entreprise par tous modes de preuve (art. 8.11 C.civ.).

71. Avant son transfert du Code des sociétés vers le Code de droit économique, l'exception actuellement prévue pour les petites entreprises n'existait qu'en faveur des dirigeants de SPRL et de SCRL, à l'exclusion des dirigeants de SA. La Cour constitutionnelle estime que cette différence de traitement n'était pas discriminatoire. Cette décision n'a plus qu'un intérêt historique (Const. 17 novembre 2022, *NjW* 2023, 40, noot S. DE GEYTER, "Bestuursdaansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout : artikel 530, § 1 W.Venn. schendt artikel 10 en 11 Gw. niet").

72. La faute grave et caractérisée peut aussi être imputée à l'administrateur de fait. Au terme d'un solide examen de la doctrine et de la jurisprudence, le tribunal de l'entreprise de Liège définit l'administrateur de fait comme suit : il s'agit de la personne qui, sans avoir la qualité de dirigeant de droit, a accompli des actes positifs de direction, de manière indépendante et habituelle. Le cas d'espèce était assez caractérisé puisque la personne concernée avait reconnu être gérante ou gérante de fait dans un procès-verbal d'audition dans le cadre d'une information pénale, dans plusieurs constats d'huissier, etc. (TE Liège (div. Liège) 27 avril 2022, *JDSA* 2022, 140, obs. D. DUFOUR et D. LIKHATCHEVA, "Qu'est-ce qu'un dirigeant de fait ?"). Le tribunal retient comme élément de la faute la poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire, ce qui sous-entend que le dirigeant (de fait) aurait dû faire aveu de faillite plus rapidement. Ceci peut sembler paradoxal dès lors que l'administrateur de fait n'a pas le pouvoir de représenter la société pour faire aveu de faillite, mais cette décision est en ligne avec la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. 9 janvier 2018, P.17.0856.N; Cass. 23 novembre 2021, P.21.0720.N, *RW* 2022-23, 264 (sommaire)).

73. Il revient au curateur (ou, plus généralement, au demandeur en responsabilité) de prouver la qualité d'administrateur de fait, soit la réunion des critères précités. 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).

74. En cas de faute grave et caractérisée, le tribunal de l'insolvabilité peut interdire à l'administrateur d'exploiter une entreprise pour une période qu'il fixe, sans qu'elle puisse excéder dix ans. Cette interdiction n'est pas automatique. Le juge apprécie souverainement s'il convient de la prononcer (Bruxelles 7 avril 2022, *JLMB* 2022, 1163). L'interdiction est prononcée contre l'administrateur qui a systématiquement méconnu toutes les obligations légales qui pèsent sur l'administrateur de société et qui ne s'est pas soucié du sort des créanciers, et qui a donc commis des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite de la société (Bruxelles 7 avril 2022, *JLMB* 2022, 1161, *RPS-TRV* 2023, 196, note Y. ALSTEENS, "La faute interdite : développements jurisprudentiels en matière d'interdiction professionnelle"; aussi cité au n° 13 et cette chronique 2022, *RPS-TRV* 2022, 491, n° 64).

75. Une telle condamnation est aussi prononcée par le tribunal de l'entreprise de Liège, dans une affaire où le comportement du défendeur était constitué d'une longue succession de négligences et de fraudes. Concernant l'application *ratione temporis*, le tribunal rappelle que seules sont prises en compte les fautes commises après l'entrée en vigueur de l'article XX.229 du CDE (également en ce sens, implicitement : Bruxelles 23 mars 2023, *JLMB* 2023, 1156). Il estime aussi qu'au-delà des fautes, les "antécédents" du défendeur en matière de faillite peuvent être pris en considération, car une personne qui a déjà été confrontée à la faillite est davantage consciente de ses devoirs et des conséquences de leur violation (TE Liège 13 octobre 2021, *JLMB* 2022, 1169).

76. L'article XX.229 CDE exige la démonstration d'une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite, mais une insuffisance de l'actif n'est pas requise. Les deux concepts sont en effet distincts et il n'est pas requis que la faute ait contribué à une insuffisance de l'actif pour qu'elle puisse être qualifiée de grave et caractérisée (Gent 20 septembre 2021, *TGR* 2023, 14). La Cour retient notamment comme fautes le désintéressement des affaires de la société et de nombreuses dépenses privées et luxueuses, comptabilisées en compte courant pour plusieurs centaines de milliers d'euros.

77. Le juge peut adoucir la mesure d'interdiction, en accordant une suspension du prononcé, un sursis, ou en fixant la période d'interdiction à une durée inférieure au maximum légal. C'est ce que décide la Cour d'appel de Bruxelles, eu égard à l'âge du dirigeant, au fait qu'il a charge de famille avec encore une enfant mineure et à sa volonté de suivre une formation en comptabilité. L'interdiction est ainsi fixée à trois ans, dont deux avec sursis (Bruxelles 23 mars 2023, *JLMB* 2023, 1156).

78. L'article XX.229 du CDE a, par question préjudicielle, été soumis à la censure de la Cour constitutionnelle. Cette dernière considère que les différences constatées entre les portées des interdictions édictées par cet article et par l'article 1 de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et aux faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités, ne viole pas les principes d'égalité et de non-discrimination. La seconde disposition ne s'applique pas dans un contexte d'insolvabilité et suppose une infraction pénale, ce qui justifie des interdictions (légèrement) différentes (Const. 9 mars 2023, n° 40/2023, *JLMB* 2023, 1148; aussi cité au n° 13).

### Faute aquilienne

79. Constitue une faute aquilienne le fait, pour un administrateur de société, de faire payer des acomptes aux clients de la société alors qu'il sait que celle-ci 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 cijferberoeper als zondebok dienen ?", *RDC-TBH* 2022, 812, note B. DE BOCK, "Oprichtersaansprakelijkheid : ook de cijferberoeper in het vizier"; sur le préjudice collectif, R. VERHEYEN, *Collectieve en individuele schade*, Intersentia, 2023).

80. La poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire est considérée comme une faute aquilienne. Aujourd'hui, cette faute est aussi visée par l'article XX.227 CDE. L'autorité de la chose jugée du jugement rendu au pénal, qui déclare établie l'infraction d'omission d'aveu de faillite (art. 489bis C.pén.), s'impose au juge civil chargé de trancher la question de la responsabilité du dirigeant (TE Hainaut (div. Charleroi) 17 septembre 2021, *JLMB* 2022, 1706).

### Quasi-immunité des administrateurs et coexistence de responsabilités

81. Le principe de la quasi-immunité soumet à des conditions strictes la possibilité pour le créancier contractuel de la société d'invoquer la responsabilité des dirigeants pour obtenir la réparation de son dommage. Ces principes ne s'appliquent que lorsqu'il existe une relation contractuelle entre la société et le créancier. Tel n'est pas le cas si la créance est fon-

dée sur la répétition de l'indu, car il s'agit là d'une obligation trouvant sa source dans la loi et non dans un contrat (Antwerpen 16 septembre 2021, *RPS-TRV* 2023, 43, note R. TAS, "Het niet naleven van de alarmbeproevedure is niet altijd een grond voor bestuursaansprakelijkheid").

82. La Cour d'appel d'Anvers fait une application intéressante des principes de la quasi-immunité de l'administrateur dans les circonstances suivantes. Une société exerçait l'activité d'agent de voyages et avait, à ce titre, reçu un mandat pour encaisser l'argent payé par les clients finaux; elle devait ensuite reverser cette somme à son mandant, l'organisateur de voyages. À partir d'une certaine date, la société continua d'encaisser les fonds mais cessa de les reverser à l'organisateur de voyages. Ensuite, elle fut déclarée en faillite et l'organisateur de voyages chercha à récupérer les fonds non perçus en invoquant la responsabilité de l'administrateur de l'agence de voyages. La Cour constate qu'en plus de constituer une faute contractuelle, le comportement du dirigeant viole la norme de prudence qui s'impose à tous, de sorte que la première condition du concours est réalisée. Cependant, le dommage consiste uniquement dans le non-paiement des montants contractuellement dus, de sorte que la seconde condition ne l'est pas, ce qui empêche de faire utilement valoir la responsabilité du dirigeant. Toutefois, le comportement du dirigeant correspond également aux éléments constitutifs du délit d'abus de confiance. S'agissant d'une infraction pénale, la "quasi-immunité" de l'administrateur ne joue pas et il peut être déclaré responsable envers le créancier, même pour un dommage purement contractuel (Antwerpen 16 juin 2022, *TIBR* 2023/1, 33).

### Responsabilité pour dettes fiscales et sociales

83. 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"). Cette présomption de faute peut être renversée si le non-paiement de la TVA résulte des difficultés financières de la société mais, bien entendu, le simple fait que la société ait demandé une procédure de réorganisation judiciaire ou ait été déclarée en faillite ne suffit pas à établir que le non-paiement de la TVA résulte des difficultés

financières. En l'espèce, la cour constate que des fonds étaient disponibles au moment de l'exigibilité de la TVA, mais qu'ils ont été dépensés, notamment pour rembourser le compte courant de l'administrateur.

84. Une responsabilité du même type existe en faveur de l'ONSS (ancien art. 530, § 2 du Code des sociétés, 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 précédant 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, *JLMB* 2023, 1152, *NjW* 2023, 450, note S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid bestuurder wegens onbetaalde socialezekerheidsbijdragen na faillissement").

### Dommage et lien causal

85. Une des conditions du dommage réparable est son caractère personnel : c'est la victime ayant subi le dommage qui peut en demander la réparation. Ainsi, si une société a subi un dommage, c'est à elle, et non à ses actionnaires, d'agir en responsabilité. L'action oblique (art. 1166 ancien C.civ., désormais art. 5.242 C.civ.) permet certes à un créancier d'agir contre le débiteur de son débiteur en cas d'inaction de ce dernier. Cependant, les actionnaires d'une société - même s'ils ont des droits contre, ou dans, cette société - n'en sont pas, en tant que tels, des créanciers : ils ne peuvent donc pas utiliser l'action oblique pour intenter une action en responsabilité contre un tiers qui a causé un dommage à la société (Cass. 11 décembre 2020, *RDC-TBH* 2022, 615, note A. HOUET et M. DE MOFFARTS, "Atteinte au patrimoine d'une société en liquidation et inaction du liquidateur : l'actionnaire majoritaire est-il recevable à intenter l'action sociale, l'action oblique ou l'action minoritaire ?"; aussi cité au n° 23). Le même arrêt estime aussi que l'actionnaire était irrecevable, en l'espèce, à introduire l'action minoritaire, mais il est difficile d'en comprendre la raison précise : est-ce parce que la société était en liquidation ou parce l'actionnaire demandeur était en réalité l'actionnaire majoritaire, ou encore parce que les deux circonstances étaient simultanément réunies ?

86. Les amendes de nature pénale ont un caractère personnel. Celui-ci s'oppose à ce que le montant de l'amende administrative infligée à la société soit réclamé, au titre de dommage, à l'administrateur qui

dirigeait la société (Cass. 25 octobre 2022, *DAOR* 2022, n° 143, 23, note I. SCHOOFS; aussi cité au n° 30). En l'espèce, une société avait été condamnée à une amende TVA, expressément qualifiée de nature pénale, et avait ensuite été déclarée en faillite. Le curateur réclamait la condamnation de l'administrateur, au titre de sa responsabilité, au montant de l'amende. La Cour de cassation s'y oppose, sur le fondement de l'autonomie de la personne morale et du principe du caractère personnel de la peine.

87. Le curateur ne peut exercer que les droits communs à l'ensemble des créanciers (sur le préjudice collectif, R. VERHEYEN, *Collectieve en individuele schade*, Antwerpen, Intersentia, 2023). Lorsqu'il réclame la réparation d'un dommage qui se confond avec les montants impayés à l'ONSS et à l'administration fiscale, plutôt que de décrire son dommage comme une aggravation du passif ou une diminution de l'actif, le curateur cherche en réalité à exercer des droits particuliers à des créanciers individuels; sa demande est irrecevable (Liège 16 juin 2022, *DPE* 2023, 129, note A. VERHEYLESONNE et L. DESCAMPS, "L'action civile du curateur devant les juridictions pénales - Mise au point par la cour d'appel de Liège lorsque le préjudice allégué par la curatelle n'est pas collectif").

88. 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. Peuvent seuls 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. Les créanciers institutionnels ne sont pas dans cette situation (TE Liège (div. Liège) 13 octobre 2021, *JDSA* 2022, 111).

89. 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 peut toutefois être renversée par les administrateurs. Tel est le cas lorsque le créancier impayé savait qu'il s'engageait dans une opération financièrement risquée, impliquant une société en manque de liquidités, et si ces événements ont eu lieu avant la date à laquelle l'assemblée générale aurait dû être convoquée. Dans ce cas, le dommage du créancier ne résulte pas de l'omission de convoquer l'assemblée générale (Antwerpen 16 septembre 2021, *RPS-TRV* 2023, 43, note R. TAS, "Het niet naleven van de alarmbelprocedure is niet altijd een grond voor bestuursaansprakelijkheid"). Dans la même affaire, la Cour adopte un raisonnement similaire à propos de la présomption de lien causal liée au défaut de publication des comptes annuels : l'opé-

ration litigieuse datait d'avant les retards de publication, qui ne dépassaient d'ailleurs pas un mois. Dans ces circonstances, on ne peut pas dire que la décision du créancier de réaliser l'opération aurait été différente si les comptes annuels avaient été publiés dans le délai légal. Il en va encore de même en cas de retard à déposer un aveu de faillite : il s'agit certes d'une faute, mais il n'y a pas de lien causal avec le dommage du créancier si sa créance préexistait au moment où l'aveu de faillite aurait dû être déposé, et qu'elle était déjà irrécouvrable à ce moment.

90. En revanche, la présomption ne porte pas sur le dommage : le curateur doit prouver l'existence d'un dommage en lien avec la faute et ne peut pas se limiter à affirmer que le dommage équivaut à l'insuffisance de l'actif. Le tribunal de l'entreprise de Liège rappelle que le dommage résultant de l'absence de convocation de l'assemblée générale peut consister en la création de nouvelles dettes entre le moment où la société aurait pu être dissoute et la faillite, ou en la disparition d'actifs pendant la même période, rendant irrécouvrables les dettes antérieures (TE Liège (div. Liège) 13 octobre 2021, *JDSA* 2022, 111). Il va de soi qu'un ancien administrateur ne peut être déclaré responsable si ses fonctions avaient pris fin avant la date à laquelle l'assemblée générale aurait dû être convoquée.

### Action minoritaire et expert-vérificateur

91. Dans la chronique de 2022 (*RPS-TRV* 2022, 489, n° 52-53), nous avons présenté deux décisions prononcées dans l'affaire Nyrstar. L'une d'elles concernait le report de l'assemblée générale convoquée pour statuer sur la proposition de dissolution de la société, alors qu'était pendante une autre action en référé en vue de la désignation d'experts-vérificateurs (art. 7:160 CSA). Cette année est publiée la décision prononcée dans ce second volet par le président du tribunal de l'entreprise, statuant sur tierce-opposition. Les demandeurs indiquaient demander la désignation d'un expert pour rassembler des preuves afin d'introduire une action minoritaire. Le président cherche donc à savoir si une telle action serait recevable, et en particulier si les demandeurs étaient propriétaires d'un nombre d'actions suffisant au moment pertinent. Il ordonne la production de pièces à ce sujet (Prés. TE Antwerpen 2 juillet 2021, *RPS-TRV* 2022, 438; également cité au n° 18).

Finalement, le président retire sa décision antérieure de désigner un expert-vérificateur. Il constate que la seule action que les demandeurs pourraient tirer des constatations de l'expert serait une action minoritaire, mais qu'ils ne sont pas *prima facie* dans les condi-

tions pour introduire valablement une telle action relativement aux exercices pertinents. Pour certains exercices examinés, les demandeurs n'atteignaient pas les seuils requis. À cette occasion, le président rappelle que le seuil d'"une fraction du capital égale à 1 250 000 euros au moins" prévu à l'article 7:157, § 1, alinéa 2 du Code des sociétés et des associations se calcule sans tenir compte de la prime d'émission. Pour d'autres exercices, un seuil au moins était atteint, mais le président considère qu'il n'existe pas d'"indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société" (Prés. TE Antwerpen (div. Antwerpen) 9 novembre 2021, *RDC-TBH* 2022, 648; également cité au n° 18).

### Responsabilité des liquidateurs

92. Le liquidateur doit, dans l'exercice de sa fonction, tenir compte des intérêts des créanciers de la société, et notamment du fisc. Attribuer un boni de liquidation à l'actionnaire sans avoir préalablement apuré (ou provisionné) les dettes fiscales pourrait constituer une faute. Cependant, une responsabilité du liquidateur à l'égard du fisc suppose également l'existence d'un dommage subi par ce dernier, en lien causal avec la faute. Or un tel dommage ou un tel lien causal fait défaut lorsque, de toute manière, le fisc n'aurait pas pu être payé. En l'espèce, l'attribution du boni de liquidation s'est faite par une écriture comptable ayant réduit la dette en compte courant de l'actionnaire envers la société, alors que cette dette était irrécouvrable en raison de l'insolvabilité de l'actionnaire en question. Il n'y a donc pas eu de sortie de liquidités de la société et la société n'aurait pas pu, dans le cadre de sa liquidation, obtenir le montant suffisant pour désintéresser le fisc (TE Bruxelles 27 septembre 2021, *JDSA* 2022, 306).

## IX. Résolution des conflits

### Généralités

93. Dans leur *Handboek geschillenregeling* (Intersentia, 2023), B. TILLEMANS et W. VAN DE PUTTE exposent de manière systématique et approfondie les différents aspects des procédures sociétaires de résolution des conflits, sur les plans tant du droit matériel que de la procédure.

94. Les actions croisées en exclusion et/ou en retrait suscitent parfois des situations difficiles à gérer. Dans une affaire où il avait été condamné en première instance à céder toutes ses actions, un actionnaire interjette appel en demandant non seulement la restitution de ses actions, mais également l'exclusion

des autres actionnaires. Ainsi, pendant l'instance d'appel, cette partie n'est plus actionnaire de la société, mais si son appel était déclaré fondé, elle deviendrait l'actionnaire unique de la société. Dans une telle situation, la Cour d'appel de Liège estime justifié d'interdire à la société et aux intimés, au titre d'une mesure provisoire fondée sur l'article 19, alinéa 3 du Code judiciaire, de poser des actes sortant de la gestion normale de la société ou susceptibles de modifier significativement la valeur de ses actifs, de ses passifs ou de son résultat (Liège 10 mai 2022, *RDC-TBH* 2022, 645, note E. POTTIER, "Une intéressante mesure avant dire droit prononcée dans le contexte de procédures d'exclusion réciproques entre actionnaires").

95. 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"). 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, noot 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 ou de retrait comporte donc un risque procédural que le demandeur doit assumer, comme le fait remarquer le tribunal.

## Retrait

96. Le retrait est prévu dans l'intérêt de l'actionnaire, généralement minoritaire, lorsqu'existent de justes motifs imputables au défendeur. L'évolution défavorable de la situation financière de la société et la crainte

d'être tenu responsable en cas de faillite ne sont pas considérées comme de justes motifs (TE Gent (div. Brugge) 4 mai 2021, *NjW* 2021, 638, noot S. DE GEYTER, "Geschillenregeling als ultimum remedium om conflicten tussen aandeelhouders op te lossen", *JDSA* 2022, 256). Le tribunal estime que le demandeur abuse de la procédure de retrait en l'utilisant pour faire pression sur les autres actionnaires afin qu'ils lui rachètent ses actions. Il rejette dès lors la demande.

## Évaluation des titres

97. En principe, l'évaluation des actions se fait au jour de la décision qui ordonne leur transfert (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, noot S. DE GEYTER, "Waardering van aandelen in de geschillenregeling"), "sauf si cela conduit à un résultat manifestement déraisonnable" (art. 2:67, al. 3 et 2:69, al. 3 CSA). Par un arrêt rendu sur la base de l'ancien Code des sociétés, la cour d'appel d'Anvers statue dans une affaire où les actions ont été revendues à un tiers un an et demi après le transfert forcé. Le débiteur du prix demandait que ce dernier soit calculé en fonction du montant payé par le tiers (ce montant devant servir de plafond pour le calcul du prix dans le cadre du litige). Si la Cour admet qu'en principe, le prix qu'un tiers offrirait peut servir de base pour l'évaluation de la valeur des actions, elle estime que cette méthode de valorisation n'est pas adéquate en l'espèce car elle impliquerait de tenir compte du comportement des parties après l'introduction de la demande et même après la décision ordonnant le transfert des actions. Le prix fixé d'un commun accord avec le tiers dépend de différents critères, dont la valeur comptable n'est qu'un élément (Antwerpen 10 février 2022, *DAOR* 2022/4, 66).

La Cour d'appel de Bruxelles décide de manière similaire dans une affaire très ressemblante. Elle 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'in-

formation qui n'étaient pas connus à la date de référence (Brussel 11 octobre 2022, *DAOR* 2023, n° 143, 28).

En revanche, dans un arrêt de 2020, la Cour d'appel d'Anvers tient compte du prix de cession payé postérieurement par un tiers, pour augmenter le montant provisionnel à payer au cédant dans le cadre de la cession forcée (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, noot S. DE GEYTER, "Waardering van aandelen in de geschillenregeling").

98. Dans une autre affaire, 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 que le juge 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 (Cass. 31 mars 2023, C.22.0278.N).

99. 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. La cour d'appel d'Anvers la refuse, estimant qu'il n'y a aucune difficulté à trouver des candidats acquéreurs dès lors qu'il s'agit d'une cession forcée dont l'acquéreur est un actionnaire existant, partie au procès, qui n'aura, le cas échéant, pas d'autre choix que d'accepter la cession. En outre, dans l'espèce tranchée par la cour, l'acquéreur avait déjà pu revendre les actions à un tiers avant la fin de l'instance d'appel dans la procédure de règlement des conflits (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, noot S. DE GEYTER, "Waardering van aandelen in de geschillenregeling").

## Transfert des actions et paiement du prix

100. 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").

101. Si le juge ordonne le transfert immédiat des actions et une expertise pour déterminer leur prix, il est normal que le cédant obtienne une forme d'assurance que celui-ci sera effectivement payé une fois fixé. La cour d'appel d'Anvers ordonne le paiement d'une provision et estime cette mesure suffisante, après avoir vérifié, eu égard aux circonstances de fait, qu'il n'y a pas de risque particulier que le cessionnaire refuse de payer le solde du prix ou se rende insolvable (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, noot S. DE GEYTER, "Waardering van aandelen in de geschillenregeling").

## X. Herstructureren

### Fusies en splitsingen

#### Schuldeisersbescherming

102. Binnen een termijn van twee maanden na de bekendmaking in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van de akten houdende vaststelling van de fusie of splitsing, kunnen de schuldeisers van elke vennootschap die deelneemt aan de fusie of splitsing waarvan de vordering vaststaand is vóór die bekendmaking maar nog niet opeisbaar is of die voor deze schuldvordering in rechte of via arbitrage een vordering hebben ingesteld vóór de akte houdende vaststelling van de fusie of splitsing, zekerheid eisen niettegenstaande enige andersluidende bepaling (art. 12:15 WVV). De wetgever heeft in 2013 het toepassingsgebied van de schuldeisersbescherming uitgebreid tot de schuldvordering tot nakoming waarvan in rechte of via arbitrage een vordering werd ingesteld vóór de akte houdende de vaststelling van de herstructurering (Orb. Hainaut 28 februari 2020, *TBH* 2023, 149; *TBH* 2023, 160, noot J. FILBICHE, "La fixation de sûretés dans le cadre d'une procédure de scission partielle"). Dit is ook het geval als in rechte het bestaan van de vordering wordt betwist (J. VAN RIEL, "De nieuwe positie van schuldeisers bij vermogensherschikkingen na de wet van 22 november 2013", *TRV* 2014, 39-40; C. CLOTTENS, "Alles kan beter - Schuldeisersbescherming bij kapitaalsherschikkingen", *TRV* 2014, 227). Zowel schuldvorderingen in geld als de vorderingen tot betaling van een waar-

deschuld komen in aanmerking. In een beschikking van 17 augustus 2022, oordeelde de voorzitter van de ondernemingsrechtbank te Gent dat de schuldeisersbescherming niet kan worden ingeroepen voor een vordering tot bijeenroeping van een algemene vergadering om kwijting te bekomen na beëindiging van de bestuursovereenkomst (Voorz. Orb. Gent (afd. Gent) 17 augustus 2022, *TGR* 2022, 237). Het is niet zeker of deze beschikking in overeenstemming is met het WVV. Immers, door de wettelijke uitbreiding tot schuldvorderingen tot nakoming waarvan in rechte of via arbitrage een vordering is ingesteld, viseerde de wetgever zonder enige twijfel alle vorderingen ongeacht of ze al dan niet in geld zijn uitgedrukt. Voor de vorderingen die dat niet zijn, kan de rechter met het oog op de bepaling van de zekerheid een raming maken op basis van de stukken van het dossier. Dit moet gelden voor een vordering tot nakoming van een contractuele verplichting om over de kwijting te stemmen. Immers, bij schending kan de bestuurder aanspraak maken op een schadevergoeding.

De voorzitter doet met het opleggen van een zekerheid geen uitspraak over de grond van de zaak. Hij kan oordelen gezien de reeds bestaande waarborgen en voorrechten waarover de schuldeiser beschikt dat een zekerheid niet nodig is. De zekerheid kan bestaan in de consignatie van een som geld te bepalen in functie van de bestaande waarborgen en voorrechten. De voorzitter is binnen deze procedure niet bevoegd andere maatregelen te nemen, en ook niet om zich uit te spreken over de gevolgen bij niet-eerbiediging van de opgelegde modaliteiten in het kader van de zekerheid die wordt opgelegd (Voorz. Orb. Gent (afd. Gent) 17 augustus 2022, hiervoor aangehaald).

## Omzettingen

103. Het WVV biedt meer mogelijkheden dan voorheen om een rechtspersoon om te zetten in een andere rechtsvorm. Deze omzettingen gebeuren door de band genomen met een bijzondere meerderheid terwijl ook eens het wettelijk doel wordt gewijzigd. De minderheid verzeilt in dit laatste geval in een andere rechtsvorm waarin het belangeloos doel wordt vervangen door een winstdoel of andersom het winstdoel wordt afgezwakt. In vele gevallen volstaat immers een viervijfdemeerderheid. Dit is het geval voor de omzetting van de VZW in een erkende CVSO of CV erkend als SO en de omzetting van deze laatste in een gewone vennootschap. Dit is ook het geval bij de invoering van een bijkomend belangeloos doel in een vennootschap met winstdoel. Enkel omgekeerd vereist de omzetting van een vennoot-

schap in een VZW een eenparige instemming van alle vennoten (art. 14:34 WVV). Twee auteurs stellen voor dat in de omzettingen waarbij het winstdoel wordt afgezwakt en die met een versterkte meerderheid kunnen worden gestemd, de minderheid die tegenstemde een verkooprecht krijgt om zich van haar effecten te ontdoen. Voor omzettingen waarin het belangeloos doel wordt verlaten of afgezwakt zou een *asset lock* kunnen worden opgelegd, waarbij de voor het belangeloos doel verworven activa na de omzetting verder voorbehouden blijven voor de verwezenlijking van het belangeloos doel (S. COOLS en M. VERHEYDEN, “Doelwijzigingen en omzettingen die het doel wijzigen : meerderheidsvereisten en vermogensbescherming”, *TRV-RPS* 2022, 357; zie ook O. ROODHOOFT, “Voorwaardelijke uittredingsrechten of “appraisal remedies” als instrument van minderheidsbescherming in niet-genoteerde vennootschappen - *All that glitters is not gold*”, *TRV-RPS* 2022, 546-547; M. VERHEYDEN, “L'intérêt social des entreprises sociales agréées” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 1267). Dit geldt nu reeds voor de omzetting van de VZW in een erkende vennootschap (art. 14:42 WVV) en kan uit de artikelen 14:42 en 14:43 WVV worden afgeleid voor het verlies van het statuut van erkende vennootschap en omzetting in een gewone vennootschap (S. COOLS, “*Asset lock* bij verlies van erkenning als sociale onderneming”, *TRV-RPS* 2021, 970; D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen* in R. DILLEMANS, K. GEENS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, IV.I, 2022, 502-503).

## XI. Groepen van vennootschappen

104. Een moedervennootschap die een onrechtmatige daad begaat in het aansturen van haar dochtervennootschap kan hiervoor aansprakelijk worden gehouden wegens onrechtmatige daad. Zie voor een debat in het licht van de klimaatopwarming : P. MOUGEOLLE, “La ‘diligence raisonnable en matière des droits de l’homme’, un catalyseur de la responsabilité climatique des multinationales ?”, *JEDH* 2022, 116; G. CROISANT, “ESG litigation and liability risks - a brave new world ?” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 187; zie ook J.-Q. DE CUYPER en Z. JANSSEN, “L’entreprise durable : choix ou nécessité ? Quelques réflexions en termes de gouvernance et de responsabilité” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 370; S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van bestuurders in vennootschapsgroepen” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire*

re de Didier Willermain, Brussel, Larcier, 2023, 391; X. DIEUX, “La responsabilité sociale ou sociétale des États et des entreprises à l’épreuve du contentieux climatique : quelques questions de principe” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 457; J.-M. GOLLIER, “Parties prenantes - Double materiality” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 580; P. MALHERBE en M. MORTELETTE, “Le devoir de vigilance en matière de durabilité des entreprises européennes” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 807; V. MARQUETTE en A.-S. PIJCKE, “La responsabilité civile des membres de l’or-

gane d’administration des sociétés belges pour défaut d’action en matière de lutte contre le changement climatique” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 853.

Zie over de aansprakelijkheid van de moedervennootschap als feitelijk bestuurder van haar dochter, A. SNYERS, “De kwalificatie van de aandeelhouder als feitelijke bestuurder in de Belgische vennootschapsrechtspraak en -rechtsleer : enkele beschouwingen” in *Gouvernance et responsabilité. Mélanges à la mémoire de Didier Willermain*, Brussel, Larcier, 2023, 1095.