

# OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK

## VENNOOTSCHAPPEN 1986-1991\*

door

Koen GEENS  
Gewoon hoogleraar K.U.Leuven

en

Hilde LAGA  
Hoofddocent K.U.Leuven  
Advocaat te Leuven

### INHOUD

#### Hoofdstuk I

BESTANDDELEN VAN VENNOOTSCHAP. VENNOOTSCHAP EN ANDERE VORMEN VAN SAMENWERKING EN GEMEENSCHAP

1. Inbreng of lening — 2. Inbreng of huur — 3. Aandeel van iedere vennoot in de winst en bijdrage in het verlies — 4. Winstoogmerk — 5. Affectio societatis — 6. Vrijheid van vereniging

#### Hoofdstuk II

NIETIGHEID VAN DE DEELNEMING AAN DE VENNOOTSCHAP EN VAN DE VENNOOTSCHAP ZELF

7. Het noodzakelijke onderscheid — 8. Geweld — 10. Bedrog

#### Hoofdstuk III

VENNOOTSCHAPPEN ZONDER RECHTSPERSOONLIJKHEID. DE VENNOOTSCHAP BIJ WIJZE VAN DEELNEMING. DE TIJDELIJKE VENNOOTSCHAP

11. Passieve procesrechtelijke bekwaamheid — 12. Actieve procesrechtelijke bekwaamheid — 13. Schijnvertegenwoordiging — 17. Baattrekking

#### Hoofdstuk IV

VENNOOTSCHAPPEN MET RECHTSPERSOONLIJKHEID. ALGEMENE REGELS

#### Afdeling 1

Handelsvennootschappen en burgerlijke vennootschappen

18. Statutair doel — 21. Aanvullend of

\* In dit overzicht worden de vonnissen en arresten bestudeert die *werkelijk* werden gepubliceerd in de vakbladen tussen 1 januari 1986 en 31 december 1991. Dezelfde periode wordt bestreken voor de jaarverslagen van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen. De vorige overzichten zijn verschenen in T.P.R., 1964, p. 69 e.v.; 1967, p. 629 e.v.; 1978, p. 681 e.v., 1986, p. 859 e.v.

De auteurs danken F. HELLEMANS, G. LIEKENS, B. SERVAES en S. VANDEGINSTE voor hun hulp bij het verzamelen en verwerken van de teksten.

ondergeschikt — 22. Aard- en doelwijziging

## **Afdeling 2**

### **Ontstaan van de vennootschap als rechtspersoon**

23. Ontstaan van de vennootschap als rechtspersoon — 24. Ontstaan van de rechtspersoon in de eerste richtlijn — 25. Ontstaan van de rechtspersoon in een nationaal stelsel met constitutieve oprichtingsformaliteiten andere dan openbaarmaking — 26. Toepassing op het Belgisch recht van het Ubbink-arrest — 27. Verbintenissen aangegaan namens een vennootschap in oprichting. Retroactief karakter van de overname — 28. Vordering namens een vennootschap in oprichting — 31. Vennootschap in oprichting. Stilzwijgende overname

## **Afdeling 3**

### **Onregelmatig aangegane vennootschappen tussen personen die op openbare en duurzame wijze een handelsbedrijf uitoefenen**

32. Bewijs van het bestaan van de zonder akte opgerichte handelsvennootschap — 33. Als V.Z.W. vermomde onregelmatige V.O.F. — 36. Regularisatie onregelmatige V.O.F. in de loop van een procedure

## **Afdeling 4**

### **Nietigverklaring van handelsvennootschappen met rechtspersoonlijkheid**

37. Onbestaanbaarheid en nietigheid — 38. Gevolgen van Ubbink-arrest voor eenhoofdig opgerichte vennootschap — 39. Stromanoprichting. Fictieve vennootschappen — 43. Ongeoorloofd statutair of werkelijk doel. Prejudiciële vraag

## **Afdeling 5**

### **Vorm en openbaarmaking van akten**

45. Tegenwerpelijkheid van de zonder akte opgerichte vennootschappelijke rechtspersoon naar Belgisch recht — 46. Schijnvennootschap. Constitutief effect van openbaarmaking — 47. Onontvankelijkheid van de rechtsvordering van een vennootschap waarvan de oprichtingsakte niet werd neergelegd. Regularisatie — 50. Vorm van statutenwijzigingen

## **Afdeling 6**

### **De naam van de vennootschap met rechtspersoonlijkheid**

51. Het noodzakelijke onderscheid — 52. Maatschappelijke benaming. Vordering tot naamswijziging — 53. Overdracht handelszaak — 54. Naam in het publiek domein — 55. Geslachtsnaam en maatschappelijke benaming — 56. Geslachtsnaam en handelsnaam — 57. Merkinbreuk en handelsnaam

## **Afdeling 7**

### **De zetel van de vennootschap met rechtspersoonlijkheid**

58. Voorrang van de werkelijke zetel — 59. Zetelverplaatsing binnen België. Bevoegdheid en openbaarmaking — 62. Tegenstrijdigheid vennootschapsdossier en handelsregister — 64. Personeel statuut. Internationale zetelverplaatsing — 65. Internationale zetelverplaatsing en vrijheid van vestiging

## **Afdeling 8**

### **Rechtsbekwaamheid van de vennootschap met rechtspersoonlijkheid**

66. Handelingen om niet — 68. Extrapatrimoniale schade

## **Afdeling 9**

### **Vertegenwoordiging in rechtshandelingen**

69. Rechtshandelingen zonder vertegenwoordigingsmacht — 70. Schijnvertegenwoordiging

## **Afdeling 10**

### **Proceshandelingen van en tegen vennootschappen**

72. Procesrechtelijke rechtsbekwaamheid en rechtspersoonlijkheid — 73. Belang van de rechtspersoon om in rechte te treden — 76. Vorderingsrecht voor beroepsverenigingen s.s. — 77. Vorderingsrecht in bijzondere wetten — 78. Eis tot overlegging van de samenstelling van organen van de eisende vennootschap — 79. Overlegging van het besluit van het bevoegde orgaan tot het verrichten van de proceshandeling — 80. Mandaat ad litem — 81. De verhouding tussen rechtspersoon en vertegenwoordiger

## **Afdeling 11**

### **Toerekening aan de rechtspersoon van feitelijke handelingen**

82. Strafbare feiten — 83. Werkelijke dader

## **Afdeling 12**

### **Terzijdestelling van volkomen rechtspersoonlijkheid. Doorbraak van beperkte aansprakelijkheid**

85. Vrijwillige doorbraak. Patronaatsverklaring — 86. Gerechtelijke doorbraak. Ambtshalve faillissement — 87. Afwijzingen van doorbraak — 88. Naamlening. Doorbraak binnen zes maanden — 89. Toerekening van schulden aan een andere vennootschap. Onregelmatige V.O.F. — 90. Doorbraak na faillissement van een natuurlijke persoon naar een vennootschap

## **Hoofdstuk V**

### **DE V.O.F. EN DE COMMANDITAIRE VENNOOTSCHAP**

91. Overdracht van aandelen in een comm.V. — 93. Hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten onder firma — 94. Ontbinding van een V.O.F. Aansprakelijkheid van de vennoten voor de vennootschapsschulden — 96. Faillissement van één van de vennoten van een V.O.F. Gevolgen voor de medevennoten

## **Hoofdstuk VI**

### **DE NAAMLOZE VENNOOTSCHAP**

## **Afdeling 1**

### **Oprichting**

98. Waardeloze inbreng - nietigheid — 99. Waardeloze inbreng - aansprakelijkheid — 100. Aansprakelijkheid van de oprichters wegens kennelijk ontoereikend kapitaal

## **Afdeling 2**

### **Het bestuur en dagelijks bestuur**

#### *§ 1. Statuut van de bestuurders*

109. Ongevraagd ontslag van de bestuurders

#### *§ 2. Verplichtingen en bevoegdheden van de raad van bestuur*

110. Tegenstrijdig belang — 111. Doeloverschrijdende handeling — 112. Aanvraag tot gerechtelijk akkoord — 115. Verkoop van handelsfonds — 116. Geschillen omtrent het bestuur van de vennootschap en het kort geding — 117. Voorwaarden van het kort geding. Hoogdringendheid — 118. Beschikking bij voorraad. Uitspraak over de ogenschijnlijke rechten van partijen — 120.

Aard van de bevolen maatregelen — 123. Voorlopig bewindvoerder. Voorlopig bewindvoerder. Beperking van diens mandaat — 124. Voorlopig bewindvoerder. Voorwaarden van aanstelling — 128. Aanstelling van een voorlopig bewindvoerder daar waar andere sancties zich opdringen — 129. Andere maatregelen. Bestuurder ad hoc, expert bewaarnemer, sekwester, mandataris ad hoc

### § 3. *Dagelijks bestuur*

131. Uitoefening van de opdracht van het dagelijks bestuur door een bestuurder, als bediende — 132. Omvang van het dagelijks bestuur

## Afdeling 3

### Aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders

#### § 1. *De aansprakelijkheid volgens de Venn.W. en art. 1382 B.W.*

133. Algemeen — 134. De minderheidsvordering — 135. Bevoegde rechtbank — 136. Aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders voor beleidsfouten — 137. Beoordeling van de fout. Kosteloosheid van het mandaat — 138. Aansprakelijkheid in solidum — 140. Aansprakelijkheid voor beleidsfouten ten aanzien van derden — 141. Aansprakelijkheid voor overtredingen van de vennootschappenwet of de statuten — 142. Art. 103 en 140 Venn.W. Oorzakelijk verband tussen de overtreding van de vennootschappenwet en de schade — 143. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Verbintenissen aangegaan tijdens de verdachte periode — 148. Burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor strafbare feiten — 149. Ontheffing van aansprakelijkheid jegens de vennootschap door kwijting. Rechtsgeldigheid — 150. Tussentijdse kwijting — 151. Verjaring — 152. Coëxistentie van aan-

sprakelijkheidsvorderingen van de curator en de individuele schuldeisers

#### § 2. *Bijzondere faillissementsrechtelijke sancties van onbehoorlijk gedrag van bestuurders, zaakvoerders en feitelijke bestuurders*

155. Algemeen — 156. Begrip kennelijk grove fout — 157. De aansprakelijke personen. Feitelijke bestuurders — 158. Bevoegde rechtbank — 159. Tegenwerpelijkheid van de kwijting — 160. Het exclusieve vorderingsrecht van de curator — 161. Toepassingsvoorwaarden voor de B.V.B.A.

## Afdeling 4

### Algemene vergadering

162. Bijeenroepingstermijn — 163. Onregelmatige bijeenroeping. Nietigheid van besluiten — 166. Verplichte bijeenroeping (art. 73, tweede lid Venn.W.) — 167. Depotclausule — 168. Wederrechtelijke uitsluiting van een aandeelhouder. Bevoegdheid algemene vergadering — 169. Wederrechtelijke uitsluiting. Nietigheid van besluiten — 170. Vraagrecht — 171. Bijstand door een advocaat — 172. Vertegenwoordiging door een advocaat — 173. Bewijskracht van de notulen — 174. Misbruik van minderheid — 175. Misbruik van meerderheid — 176. Stemaafspraken

## Afdeling 5

#### § 1. *Controle door een commissaris of door een individuele vennoot*

177. Nieuwe wetgeving — 178. Individuele controlebevoegdheid — 180. Vertegenwoordiging door een accountant — 182. De vergoeding van de accountant — 183. Benoeming van een commissaris-revisor op voordracht van de ondernemingsraad — 184. Benoeming van een burgerlijke vennootschap met rechtsper-

soonlijkheid tot commissaris — 185.  
Ontslag commissaris. Wettige reden

*§ 2. De gerechtelijke commissaris /  
Het deskundigenonderzoek (art. 191  
Venn.W.)*

186. Wet van 18 juli 1991 — 187. Toepassingsgebied — 188. Toepassingsvoorwaarden — 189. De hoedanigheid van de deskundige. Opdracht. Verslag — 190. Procedure — 191. Bekendmaking verslag

**Afdeling 6  
Jaarrekening**

192. Toepassingsgebied. Criteria K.M.O.'s — 193. Toepassingsgebied. Personenvennootschappen — 194. Toepassingsgebied. Buitenlandse vennootschappen — 195. Neerlegging en openbaarmaking jaarrekening. Nationale bank — 196. Geconsolideerde jaarrekening — 197. Geconsolideerde jaarrekening. Portefeuillemaatschappijen — 200. Jaarrekening. Definitief en bindend karakter — 203. Waarderingsregels. Algemeen — 208. Waarderingsregels voor deelnemingen — 209. Participatiecertificaten — 210. Uitgiftepremie — 211. Valsheid in de jaarrekening

**Afdeling 7  
Kapitaal, aandelen en andere effecten  
van de N.V.**

*§ 1. Aandelenoverdracht*

212. Bevoegde rechter. Ratione loci — 213. Bevoegde rechter. Ratione materiae — 214. Culpa in contrahendo — 215. Informatieverplichting. Bedrog — 216. Verkoop aandelen. Voorwerp — 217. Verborgten gebreken. Garanties — 218. Eigendomsvoorbehoud — 219. Verkoop aandelen. Interpretatie — 220. Overdracht van nog niet gedrukte aandelen aan toonder — 221. Schenking

van aandelen op naam — 222. Omzetting van aandelen aan toonder in aandelen op naam

*§ 2. Overdrachtsbeperkingen*

223. Nietigheid van de overdracht van aandelen voor de oprichting of voor de kapitaalverhoging — 224. Aanvaardingsclausule. Nieuwe wetgeving — 225. Aanvaardingsclausule en voorkooprecht. Ondeelbaarheid — 227. Aanvaardingsclausule. Oneigenlijk gebruik — 228. Aanvaardingsclausule. Misbruik van voorkennis — 229. Aanvaardingsclausule. Misbruik van bevoegdheid — 230. Niet-naleving van het voorkooprecht

*§ 3. Onvrijwillige buitenbezitstelling van  
titels aan toonder*

231. Nieuwe wetgeving — 232. Bezitsvoorwaarde

*§ 4. Volstorting*

233. Vordering tot volstorting. Inpandgeving — 234. Vordering tot volstorting. Compensatie na faillissement

*§ 5. Kapitaalverhoging*

235. Bevoegdheid — 236. Toegestaan kapitaal — 237. Warrants. Obligaties met bijzondere kenmerken — 238. Voorkeurrecht. Uitsluiting, o.a. ten gunste van het personeel — 241. Recht van voorrang — 242. Inbreng in natura. Keuzedividend

*§ 6. Kapitaalvermindering*

243. Reële kapitaalvermindering. Bescherming schuldeisers — 244. Formele kapitaalvermindering. Vernietiging aandelen — 245. Kapitaalvermindering. Verschillende categorieën van aandelen

## *§ 7. Gevolgen van openbare uitgifte en beursnotering*

246. Publiek karakter van verrichtingen m.b.t. aandelen en andere stukken van vennootschappen. Openbaar beroep op het spaarwezen — 247. Informatieverbreiding bij toelating tot de beurs of openbare uitgifte — 249. Misbruik van voorkennis. Wet van 4 december 1990 — 250. Transparantie. Wet van 2 maart 1989

## **Hoofdstuk VII**

### **DE B.V.B.A.**

251. Wet van 15 juli 1985. Overgangsrecht — 252. Wet van 14 juli 1987. Eenpersoons-B.V.B.A. — 253. Wet van 1 april 1987. Inbreng van gemeenschappelijke goederen — 254. De zaakvoerder die tevens bediende is van zijn vennootschap — 255. Het ten onrechte voeren van de titel van zaakvoerder — 256. Begrip statutair zaakvoerder — 257. Geen vermoeden van kosteloosheid van het mandaat van zaakvoerder — 258. Tegenstrijdig belang — 259. Draagwijdte van statutaire twee-handtekeningsclausule — 260. Overdracht van aandelen. Instemmingsvereiste. Opschortende voorwaarde of geldigheidsvereiste — 263. Verkoop van aandelen. Bewijs — 264. Overdracht van aandelen. Rechtsgevolgen van de inschrijving in het aandelenregister — 265. Overgang van aandelen bij overlijden

## **Hoofdstuk VIII**

### **DE COÖPERATIEVE VENNOOTSCHAP**

266. Algemeen. Hervorming van 22 december 1989, 29 juli 1991 en 29 juni 1993 — 267. Hervorming van 20 juli 1991. Overgangsrecht — 268. Niet-bekendmaking van de oprichtingsakte. Tegenwer-

pelijkheid aan derden van de beperkte aansprakelijkheid — 269. Aansprakelijkheid bestuurders. Feitelijke bestuurders — 270. Toetredingsvoorwaarden — 271. Uitsluiting — 272. Bewijs van toetreding en uittreding — 273. Ristorno. Scheidingsaandeel — 275. Gevolgen van de ontbinding van een rechtspersoon-vennoot. Tegenwerpelijkheid

## **Hoofdstuk IX**

### **ONTBINDING EN VEREFFENING**

#### **Afdeling 1**

##### **Ontbinding**

276. Ontbinding van rechtswege. Faillissement — 277. Gerechtelijke ontbinding. Gronden — 278. Vorderingsgerechtigden — 279. Gerechtelijke ontbinding. Arbitrageclausule — 280. V.O.F. ontbinding door eenzijdige opzegging — 281. V.O.F. weigering van vennoot in te stemmen met duurverlenging — 282. Vereniging van alle aandelen in één hand. Rechtsgevolgen

#### **Afdeling 2**

##### **Vereffening**

283. Toepassingsgebied. Comm.V. — 284. Samenloop tussen de schuldeisers — 286. Boedelschulden. Begrip — 287. Faillietverklaring van een vennootschap in vereffening — 289. Faillissementsvoorwaarden — 291. Voorleggen van de jaarrekening aan de algemene vergadering. Strafrechtelijke aansprakelijkheid — 292. Vereffenaar. Aansprakelijkheid — 293. Passieve rechtspersoonlijkheid

## **Hoofdstuk X**

### **CONCENTRATIE VAN VENNOOTSCHAPPEN**

294. Subjectvereenzelviging — 295. Belang van de dochtervennootschap. Mis-

bruik van maatschappelijke goederen — 296. Belang van de dochtervennootschap. Openbaar bod op de moeder

*§ 1. Overdracht van een controleparticipatie*

297. Nieuwe wetgeving — 298. Controlepremie — 299. Controle. Gezamenlijke controle

*§ 2. Vrijwillig openbaar bod*

300. Nieuwe wetgeving — 301. Systematische aankopen ter beurze — 302. Openbare bodsprocedure — 303. Kruisparticipaties — 304. Toegestaan kapitaal. Kroonjuwelen — 305. Aanvaar-

dingsclausules — 306. Openbaar bod in kort geding

*§ 3. Fusie, splitsing en gelijkgestelde verrichtingen*

307. Rechtsopvolging onder algemene titel — 311. Bevoegd orgaan in de overnemende vennootschap

**Hoofdstuk XI**

**BUITENLANDSE  
SCHAPPEN**

**VENNOOT-**

312. Jaarrekening. Openbaarmaking — 313. Toepasselijk recht. Algemeen — 314. Toepasselijk recht. Aandelen

## BESTANDDELEN VAN VENNOOTSCHAP. VENNOOTSCHAP EN ANDERE VORMEN VAN SAMENWERKING EN GEMEENSCHAP

**1. INBRENG OF LENING** — Het verschil tussen een commanditaire vennootschap en lening ligt in het feit dat de stille vennoot het risico van de onderneming ondergaat, terwijl de uitlener daar in beginsel aan ontsnapt, en onveranderlijk schuldeiser blijft van het geleende bedrag. Dat is het enige interessante dictum in de twee aanleggen van eenzelfde zaak waarin alles draait om het bewijs van een beweerde commanditaire vennootschap: de in terugbetaling gedagvaarde ontlener beweerde dat hij het geld niet ten titel van lening, maar ten titel van inbreng in een commanditaire vennootschap had ontvangen; hij wordt niet toegelaten tot het bewijs door getuigen van het bestaan van de vennootschap omdat de schriftelijke leningsovereenkomst het bestaan van dergelijke vennootschap volledig tegensprak (Brussel, 21 mei 1987, *R.P.S.*, 1988, nr. 6477, p. 135; vonnis a quo: Rb. Brussel, 19 november 1985, *R.P.S.*, 1988, nr. 6478, p. 140).

De vraag naar het onderscheid tussen vennootschap en lening heeft bij nader toezicht enkel betrekking op de verhouding van de vennoot met de vennootschap. Slechts indien deze laatste de vennoot indekt tegen het risico van de onderneming, kan diens verbintenis eventueel gerekwalficeerd worden als een lening.

Wanneer daarentegen een eerste vennoot, in een van de vennootschap onderscheiden overeenkomst, een tweede vennoot indekt tegen de risico's van de onderneming, is dergelijke rekwalficatie niet aan de orde. Indien bijvoorbeeld een vennoot in het geheel niet bijdraagt in het verlies omdat een andere vennoot beloofd heeft zijn aandelen over te nemen tegen de prijs waaraan eerstgenoemde erop ingeschreven heeft, verhoogd met een interest, dan is het verleidelijk om deze zgn. portageovereenkomst te beschouwen als een lening. Nochtans heeft de porteur strikt genomen geen geld ter beschikking gesteld van de uiteindelijke bestemming van de aandelen, zodat er veeleer sprake is van een waarborgovereenkomst die de vorm aanneemt ofwel van een eenzijdige aankoopbelofte (put) ofwel van een verbintenis de betrokken vennoot te vergoeden voor de eventueel gederfde winsten (M. Coipel, „Réflexions sur le portage d'actions au regard de l'article 1855 du Code Civil - Le porteur et le lion", *R.C.J.B.*, 1989, (553), 579, nr. 31).

**2. INBRENG OF HUUR** — Indien een N.V. aan haar meerderheidsaandeelhouder en bestuurder een huur betaalt voor de campingterreinen die deze haar ter beschikking stelt, en deze huur is afhankelijk van de bezettingsgraad, dan ontstaat bij de administratie van directe belastingen uiteraard de neiging om de huur te rekwalficeren als de winst die toebedeeld werd aan de stille vennoot in een handelsvereniging bij wijze van deelneming: in dat geval wordt de huur immers niet voordelig belast zoals onroerend inkomen,

maar wel als bedrijfsinkomen (Cass., 19 februari 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 724). Er is evenwel geen reden tot deze herkwalificatie indien de variabiliteit louter symbolisch is en er forfaitair wordt uitgegaan van een minimale bezetting van 575 en een maximale bezetting van 600 (Brussel, 25 juni 1986, *F.J.F.*, 1987, 87/1, 3; *R.P.S.*, 1987, nr. 6422, p. 69). Het zal de administratie een troost zijn dat de fiscale wetgever de nodige schikkingen genomen heeft om dergelijke huurgelden voortaan hoe dan ook ten dele als bedrijfsinkomen te belasten (zie vanaf aanslagjaar 1994: artt. 32-33 W.I.B.).

**3. AANDEEL VAN IEDERE VENNOOT IN DE WINST EN BIJDRAGE IN HET VERLIES** — Reeds in het vorig overzicht werd uitvoerig ingegaan op het Carlam-vonnis inzake portage van de Rechtbank van Koophandel te Brussel d.d. 6 januari 1982: voor een uiteenzetting van de feiten zij dan ook daarnaar verwezen (*T.P.R.*, 1986, p. 864, nr. 4). In de besproken periode werd het beroepsarrest in deze zaak geveld en geanoteerd (Brussel, 3 december 1986, *T.B.H.*, 1988, 25; *R.C.J.B.*, 1989, 542, noot M. Coipel; *R.P.S.*, 1987, nr. 6420, p. 45, noot D. Van Gerven). Tot een beslissing van het Hof van Cassatie kwam het uiteindelijk niet omdat de partijen net voordien een dading sloten.

Op het stuk van art. 1855 B.W. anders dan op het stuk van het verder te bespreken art. 46 Venn.W. (verder nrs. 41 en 223) houdt het arrest van het Hof van Beroep te Brussel grotendeels een bevestiging in van wat in eerste aanleg beslist werd.

Ook het Hof is de mening toegedaan dat de verplichting bij te dragen in de verliezen (art. 1855, tweede lid B.W.) raakt aan de openbare orde. Wij kunnen slechts herhalen dat deze kwalificatie verregaand is. In andere landen werd de Code Civil op dit punt afgezwakt: zo moet in Nederland elke vennoot delen in de winst, maar het is mogelijk dat er één helemaal niet bijdraagt in het verlies (art. 1672 Ned. B.W.; zie Asser-Maeijer, nrs. 72 en 387). Ook in België blijft de openbare orde-kwalificatie merkwaardig: hoe bijvoorbeeld verklaren dat art. 1855, tweede lid B.W. toelaat om althans de inbrenger van arbeid van elke bijdrage in het verlies vrij te stellen?

In zijn noot bij het aangehaalde arrest verdedigt M. Coipel de mogelijkheid om de leonijnse clause te beschouwen als een geval van *gekwalficeerde* benadeling: de vrijstelling van bijdrage in de verliezen zou in die optiek de nietigheid met zich brengen, tenzij bewezen wordt dat er geen gekwalficeerde benadeling aan de hand is (M. Coipel, „Réflexions sur le portage d'actions au regard de l'article 1855 du Code Civil - Le porteur et le lion”, *R.C.J.B.*, 1989, (553), 580, nrs. 32 e.v.).

Een meer tekstgetrouw alternatief voor Coipels benadering zou erin bestaan aan te nemen dat art. 1855 B.W. een explicite is van een wilsgebrek, met name de benadeling, t.a.v. het contract van vennootschap. Zoals men weet, is benadeling enkel dan een wilsgebrek indien het als zodanig wordt gespeci-

ficeerd in de afdeling van het Burgerlijk Wetboek die aan het desbetreffend contract werd voorbehouden (art. 1118 B.W.). Of art. 1855 B.W. een dergelijke explicitering uitmaakt, wordt echter betwist (vgl. daarover m.b.t. art. 1855 B.W., W. De Bondt, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Antwerpen, 1985, p. 6, vn. 13; K. Geens, „De nietigheid bij de oprichting van een vennootschap”, *T.P.R.*, 1990, (1631), 1647, nr. 23; C. Renard, E. Vieujean, Y. Hannequart, *Novelles*, t. IV, p. 225, nr. 976; R. Vandeputte, *De overeenkomst*, 76).

4. WINSTOOGMERK — Het vereiste van winst oogmerk is niet langer essentieel voor de N.V., de Comm.V.A., de B.V.B.A. en de C.V. (artt. 13ter en 144 Venn.W.). In de andere vennootschappen blijft het winst oogmerk voorgeschreven op straffe van nietigheid (art. 1832 B.W.).

In een fiscaal geding waarin tussen zuster vennootschappen een constructie was opgezet van sale lease-back van afgeschreven schepen, kwam de vraag aan de orde hoe dit winst oogmerk moet begrepen worden. Het Hof van Beroep te Antwerpen stelde dat, om een vennootschap op te richten, het enkele oogmerk besparingen te realiseren volstaat, zelfs indien het gaat om louter fiscale besparingen (Antwerpen, 4 december 1984, *F.J.F.*, 85/66, 121; *R.P.S.*, 1986, nr. 6384, p. 142, noot P. Coppens).

Op zich genomen is het natuurlijk onaanvechtbaar dat het oogmerk besparingen te realiseren een voldoende winst oogmerk uitmaakt (J.C. Scholsem, „La notion de bénéfice dans le contrat de société”, *R.P.S.*, 1969, nr. 5509, p. 211). De Franse wetgever heeft in 1978 de vennootschapsdefinitie die vervat ligt in art. 1832 B.W. trouwens in die zin aangepast. Toch is het overduidelijk dat met dergelijke verruiming van het winst oogmerk het onderscheid tussen vennootschap en vereniging steeds minder duidelijk wordt. Omgekeerd kan men immers vaststellen dat verenigingen steeds meer worden opgericht om een economische activiteit te organiseren waarbij zich een overschot van inkomsten op uitgaven voordoet (M. Coipel, „Le rôle économique de l'ASBL au regard du droit des sociétés et de la commercialité”, in *Les ASBL. Evaluation critique d'un succès*, C.D.V.A. (ed.), Luik, Story, 1985, 93). Het blijft weliswaar uitgesloten dat een vereniging de aldus gemaakte winst zou verdelen onder de leden, zowel tijdens haar duur als na haar ontbinding. Maar voor een vennootschap volstaat dat zij een zeker economisch voordeel aan haar leden verschaft: indien dit niet geschiedt onder vorm van een winst uitkering, maar onder de vorm van een besparing of van de voorkoming van een nadeel, doen vennootschap en vereniging zich voor als alternatieve organisatievormen voor eenzelfde doel. (K. Geens, „De grensafbakening tussen vereniging, vennootschap en andere vormen van samenwerking”, in *De samenwerking tussen ondernemingen*, B.V.B.J. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1993, 467-518).

5. AFFECTIO SOCIETATIS — Sedert de W. 6 maart 1973 worden de nietigheidsgronden voor N.V., B.V.B.A. en Comm.V.A. limitatief opgesomd (art.

13ter Venn.W.). Bij W. 20 juli 1991 is dit ook voor de C.V. gebeurd (art. 144, tweede en derde lid Venn.W.). Derhalve kan de afwezigheid van affectio societatis, althans voor deze vennootschappen, geen nietigheidsgrond meer opleveren (Kh. Luik, 18 februari 1985, *T.B.H.*, 1986, 76; *R.P.S.*, 1986, nr. 6404, p. 219; Beslagr. Neufchâteau, 16 september 1986, *F.J.F.*, 1986, 86/189, 291; *R.P.S.*, 1987, nr. 6454, p. 269; *J.D.F.*, 1988, 54, noot J.M). Uiteraard kan het ontbreken van enige affectio societatis nog steeds van doorslaggevend belang blijven bij het kwalificeren van een feitelijke verhouding als vennootschap of arbeidsovereenkomst (Arbrb. Antwerpen, 15 oktober 1990, *T.S.R.*, 1991, 137, noot).

Moelijker is de vraag of de afwezigheid van affectio societatis intellectuele valsheid in geschrifte kan opleveren. Op dat ogenblik wordt het immers belangrijk te begrijpen wat juist onder deze verwarrende Latijnse term dient begrepen te worden (zie daarover J. Ronse, *Algemeen deel*, 1975, 153).

In een vonnis van de Correctionele Rechtbank te Antwerpen wordt het ontbreken van de werkelijke wil om tot de vennootschap toe te treden, omschreven als een gebrek aan affectio societatis. De Rechtbank ziet hierin geen intellectuele valsheid in geschrifte (vgl. in die zin, G. Horsmans, „Le juge dans la vie des sociétés”, in *Les sociétés commerciales*, Jeune Barreau, 1985, 409-410), maar acht het misdrijf niettemin bewezen omdat betrokkenen in de oprichtingsakte beweerden iets in te brengen, terwijl ze in werkelijkheid in het geheel niets inbrachten (Corr. Antwerpen, 23 juni 1986, Antwerpen, 5 december 1986, *F.J.F.*, 1987, 87/46, 291; *R.P.S.*, 1987, nr. 6453, p. 268). Het ware instructief geweest indien de rechtbank had aangeduid of het om het geveinsd karakter van de inbreng ging dan wel om een geval van verboden naamlening (over de geveinsde inbreng: K. Geens, „De professionele vennootschap”, in *Actuele problemen van fiscaal recht* (lessencyclus W. Delva), Antwerpen, Kluwer, 1988, (111), 131 e.v.; over de verboden naamlening: K. Geens, „De nietigheid bij de oprichting van een vennootschap”, *T.P.R.*, 1990, (1631), 1644; zie ook verder, nrs. 39 e.v.).

**6. VRIJHEID VAN VERENIGING** — De klinische biologie is een communautair en sociaal zekerheidsrechtelijk twistpunt dat soms ook interessante vennootschapsrechtelijke problemen oplevert. Dat blijkt uit een arrest van het Arbitragehof van 13 november 1989 dat, benevens in de publiekrechtelijke vakpers, ook in het vennootschapsrecht gevolgd werd omwille van zijn betekenis voor de vrijheid van vereniging (Arbitragehof, 13 oktober 1989, *T.R.V.*, 1989, 527, noot; *T.B.P.*, 1990, 373; N. Hollanders de Ouderaen, „De vrijheid van vereniging in vennootschapsverband”, *T.R.V.*, 1990, 211).

In de context van de grondwettigheidstoetsing stond in casu enkel ter discussie of de wetgever *zelf* de vrijheid om vennootschappen aan te gaan kon fnuiken voor personen die een gereglementeerde activiteit wilden verrichten in het kader van een privaatrechtelijke vennootschap, en dit terwijl dat verbod niet terzelfdertijd werd opgelegd aan personen die dat doen in

het kader van een ziekenhuis, een openbaar bestuur of een universiteit (artt. 107ter, § 2, 2° en 6bis G.W.)

In de Programmawet van 30 december 1988 legde de wetgever aan de klinische laboratoria die door een privaatrechtelijke vennootschap worden uitgebaat de verplichting op om de vorm aan te nemen van een burgerlijke B.V.B.A., V.O.F of C.V.

Bovendien mogen enkel personen die zelf gemachtigd zijn om verstrekkingen uit te voeren vennoot of zaakvoerder zijn in dergelijke vennootschap. Het Arbitragehof kon geen onredelijke discriminatie t.a.v. de vrijheid van vereniging zien in deze twee beperkingen: hoewel ze niet gelden voor laboratoria uitgebaat door ziekenhuizen, universiteiten en openbare besturen, staan deze beperkingen in een redelijke verhouding tot het nagestreefde doel, dat er met name in bestaat de overconsumptie van de klinische biologie te bestrijden door de sector transparant en kwalitatief hoogstaand te maken.

Het Arbitragehof vond daarentegen dat de wetgever de grondwettelijke vrijheid van vereniging op een onredelijke wijze aan banden gelegd had waar hij aan deze privaatrechtelijke vennootschappen alsmede aan hun vennoten en hun organen, een absoluut deelnemingsverbod oplegde om deel te nemen in andere vennootschappen.

De draagwijdte van het arrest voor de vrijheid van vereniging is beperkt omdat enkel de bevoegdheid van de wetgever zelf om de vrijheid van vereniging te beperken ter discussie staat. Deze kan maar ter discussie staan in de mate waarin een onredelijke discriminatie wordt aangetoond.

Toch kan men in het arrest een bevestiging lezen van het feit dat de vrijheid van vereniging onder zijn actief aspect ook geldt voor vennootschappen: de overheid kan de vrijheid vennootschappen aan te gaan niet aan beperkingen onderwerpen, de wetgever kan dat evenmin tenzij de opgelegde beperking de Belgen niet discrimineert in hun genot van deze vrijheid.

Er weze aan herinnerd dat evenzeer wordt voorgehouden dat de vrijheid van vereniging niet geldt voor vennootschappen in zijn passief aspect (d.i. het recht zich *niet meer* te verenigen of uit te treden). Inderdaad, art. 2 W. 24 mei 1921 geldt niet voor vennootschappen. Deze worden integendeel beheerst door de regel van art. 1134, tweede lid B.W. dat stelt dat overeenkomsten niet kunnen herroepen worden dan mits wederzijdse toestemming van de partijen (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 396, nr. 405). Weliswaar wordt deze regel in het vennootschapsrecht gemilderd door de mogelijkheid de vennootschap op te zeggen, of haar ontbinding te vorderen om wettige redenen (art. 1869-1871 B.W.; vgl. K. Geens, „*Quelques aspects de la clause d'agrément dans la société anonyme*”, *R.P.S.*, 1989, nr. 6533, (323), 340 e.v.).

## NIETIGHEID VAN DE DEELNEMING AAN DE VENNOOTSCHAP EN VAN DE VENNOOTSCHAP ZELF

**7. HET NOODZAKELIJKE ONDERSCHIED** — In het vorige overzicht (*T.P.R.*, 1986, p. 867, nr. 9) werd, bij gebreke aan rechtspraak over het onderwerp, ruimschoots aandacht besteed aan het onderscheid tussen de nietigheid van een deelneming aan een vennootschap en de nietigheid van de vennootschap zelf.

Uitzonderingen daargelaten, brengt de nietigheid van een deelneming in een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid de geldigheid van de vennootschap zelf niet in het gedrang. Afhankelijk van de oorzaak van die nietigheid, kan de inbrenger jegens de vennootschap tot vrijwaring gehouden zijn — b.v. bij de pauliaanse nietigheid (art. 1845 B.W.). Jegens derden is de vennoot wiens deelneming wordt vernietigd in de regel niet langer gehouden tot volstorting: de nietigheid wegens wilsgebrek is hen bijvoorbeeld tegenwerpelijk, en zij kunnen zich niet beroepen op de „abstracte” werking van art. 51 Venn.W. (M. Wyckaert, „Bedrog van de raad van bestuur bij kapitaalverhoging”, noot onder Cass., 9 november 1987, *T.R.V.*, 1988, (356), 358). Daarentegen zijn de andere inschrijvers of, bij kapitaalverhoging, de bestuurders wel aansprakelijk voor de volstorting (art. 35, 2°; 123, 2°; 147ter, 1-2° Venn.W.; zie voor het principe, Brussel, 10 mei 1989, *R.P.S.*, 1991, nr. 6573, p. 140; *Pas.*, 1990, II, 8, noot J.S.).

Anders gaat het eraan toe in de vennootschappen met onvolkomen en zonder rechtspersoonlijkheid: daar geldt het principe dat de geldigheid van ondeelbare meerpartijenovereenkomsten onderworpen is aan de geldige verbondenheid van elk van de partijen. Niettemin lijkt het mogelijk bij de oprichting van dergelijke vennootschap een deelbaarheidsbeding op te nemen luidens hetwelk de nietigheid van één van de deelnemingen niet de nietigheid van de ganze vennootschap met zich brengt. Op de keper beschouwd is dergelijk beding van deelbaarheid op het niveau van de oprichting het equivalent van wat het verblijvingsbeding betekent bij ontbinding (K. Geens, „De nietigheid bij oprichting van een vennootschap”, *T.P.R.*, 1990, (1631), 1653, nrs. 36 e.v.).

**8. GEWELD** — De toestemming van een vennoot kan aangetast zijn door een wilsgebrek.

Voor het vennootschapsrecht *sensu stricto* is dan slechts de hypothese van een primaire verwerving van aandelen relevant (oprichting, kapitaalverhoging). Bij een secundaire verwerving (aankoop) zal een wilsgebrek immers niet langer de geldigheid van de deelneming zelf in het gedrang brengen. Enkel de geldigheid van de koopovereenkomst staat dan ter discussie.

Niettemin kan ook in dit laatste geval de vennootschap partij zijn, bijvoorbeeld wanneer zij een werknemer onder druk zet om eerder door de

vennootschap ingekochte aandelen te kopen (M. Wyckaert, „De gedwongen participatie van de werknemer in de vennootschap-werkgever”, noot onder Cass., 25 september 1987, *T.R.V.*, 1988, (52), 53, nr. 3).

De werkgever die als voorwaarde voor het begeven van een betrekking de verplichting oplegt om aandelen of obligaties te verwerven, is strafbaar (art. 24 W. Arbeidsovereenkomsten).

Hoewel het hier gaat om een strafbepaling, valt op hoe ruim ze gelibelleerd is. Zo blijkt niet dat de werknemer werkelijk onder druk moet gezet zijn. Het volstaat dat de verwerving van aandelen als voorwaarde gesteld werd, zelfs indien de werknemer graag aan die voorwaarde voldeed. De inschrijving of de aankoop die het gevolg is van dergelijke als voorwaarde gestelde verwerving van aandelen is dan ook absoluut nietig, vermits art. 24 W. Arbeidsovereenkomsten aan de openbare orde raakt (Arb.Hof Brussel, 13 december 1983, *S.R.K.*, 1985, 45).

**9.** Ook in een belastinggeschil uit de besproken periode vindt men soortgelijke feiten.

In casu werd een werknemer in de proefperiode te verstaan gegeven dat, wilde hij zijn betrekking behouden, hij moest inschrijven op de kapitaalverhoging van zijn werkgever. Toen de werkgever failliet ging, wilde de werknemer het verlies dat hij op zijn „investering” geleden had, in aftrek brengen als bedrijfslast. Hij werd daarin gevolgd door het Hof van Beroep te Brussel: de uitgave werd wel degelijk gedaan om inkomsten te verwerven of te behouden (Antwerpen, 18 maart 1986, *R.P.S.*, 1987, nr. 6449, p. 221, noot; *F.J.F.*, 87/75, p. 130). De voorziening in cassatie van de Belgische Staat werd verworpen (Cass., 25 september 1987, *T.R.V.*, 1988, 50, noot M. Wyckaert; *F.J.F.*, 1988, 88/95, p. 173; *R.W.*, 1987-88, 826).

Wellicht zullen dit geen alleenstaande gevallen blijven nu de wetgever het bezit van aandelen door het personeel aanmoedigt (b.v. art. 45 W. 27 december 1984 inzake aandelenopties; art. 145<sup>7</sup> W.I.B.; art. 52septies Venn.W.).

**10. BEDROG** — Zoals geweld, kan bedrog de toestemming niet alleen aantasten bij de oprichting, maar ook bij een kapitaalverhoging.

Dit werd in de besproken periode bevestigd in een arrest van het Hof van Cassatie (Cass., 9 november 1987, *T.R.V.*, 1988, 355, noot M. Wyckaert).

In de noot van M. Wyckaert bij het arrest wordt opgemerkt dat de nietigheid van een overeenkomst wegens bedrog veronderstelt dat dit bedrog uitgaat van de wederpartij. Indien de intekening op een kapitaalverhoging dus geanalyseerd wordt als een overeenkomst tussen de vennootschap en de (nieuwe) vennoot of aandeelhouder (J. Ronse, Vennootschaps- en verbintenissenrecht, *Op grenzen van komend recht* (Beekhuisbundel), Deventer/Zwolle, Kluwer/Tjeenk Willink, 1969, 209; M. Coipel, „La théorie de l'engagement par volonté unilatérale”, noot onder Cass., 18 december

1974, *R.C.J.B.*, 1980, p. 87 e.v., nr. 25 e.v.) moet het bedrog, om uit te gaan van de wederpartij, gepleegd zijn door een vertegenwoordigingsbevoegd orgaan van de vennootschap.

Gaat het bedrog uit van iemand die niet als vertegenwoordigingsbevoegd orgaan kan gekwalificeerd worden, dan kan een analyse van de intekening op de kapitaalverhoging als de eenzijdige rechtshandeling waarbij men toetreedt tot een instelling meer aangewezen zijn (J. Van Ryn, I, nrs. 480 en 819). Aanvaard wordt immers dat de verbintenis uit eenzijdige rechtshandeling kan aangetast zijn door bedrog uitgaande van een derde (J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, Parijs, Sirey, 1951, p. 204-205, nr. 217).

In het besproken arrest schijnt het Hof veeleer de contractuele stelling gevolgd te hebben, al had de eiser in cassatie voorzichtigheidshalve in het tweede onderdeel van het middel ook de institutionele stelling aangevoerd.

### HOOFDSTUK III

#### VENNOOTSCHAPPEN ZONDER RECHTSPERSOONLIJKHEID. DE VENNOOTSCHAP BIJ WIJZE VAN DEELNEMING. DE TIJDELIJKE VENNOOTSCHAP

**11. PASSIEVE PROCESRECHTELIJKE BEKWAAMHEID** — In de besproken periode werd opnieuw het beginsel in herinnering gebracht luidens hetwelk de tijdelijke vennootschap, bij toepassing van art. 192 Venn.W., niet als zodanig, maar enkel in de persoon van haar vennoten kan gedagvaard worden (Kh. Kortrijk, 19 januari 1988, *T.R.V.*, 1989, 66, noot S. Stijns en P. Callens; zie vorig overzicht *T.P.R.*, 1986, p. 868, nr. 10).

Een moeilijker probleem ontstaat indien een tegen een groepering zonder rechtspersoonlijkheid ingeleide vordering niet om die reden wordt gecontesteerd, en gegrond wordt bevonden. Kan de groepering dan als zodanig beroep instellen?

Het Hof van Cassatie antwoordde bevestigend. Door de veroordeling is de groepering immers een partij in het geding die zich van alle verweermiddelen moet kunnen bedienen, inclusief het recht om hoger beroep in te stellen, en om zich tegen een eventueel voor haar nadelig arrest in cassatie te voorzien (Cass., 13 september 1991, *R.W.*, 1991-92, 882, noot K. Broeckx; ook gepubliceerd in *T.R.V.*, 1993, p. 72, noot D. Van Gerven).

De analogie met de rechtspraak inzake art. 11 Venn.W. en de onregelmatige V.O.F. is sprekend: deze heeft wel een passieve maar geen actieve procesrechtelijke bekwaamheid (art. 11 Venn.W.); toch wordt aanvaard dat de veroordeelde onregelmatige V.O.F. in hoger beroep kan gaan, zelfs wanneer inmiddels niet aan de openbaarmakingsvereisten voldaan wordt (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 728, nr. 57).

**12. ACTIEVE PROCESRECHTELIJKE BEKWAAMHEID** — Gelet op haar passieve rechtsonbekwaamheid, kan vooralsnog niet getwijfeld worden aan de actieve procesrechtelijke onbekwaamheid van de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 919, nr. 69).

Een rechtsvordering ingesteld ten name van de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid is niet ontvankelijk. De proceshandelingen moeten ten name van de vennoten verricht worden.

In een annulatieberoep voor de Raad van State was het verzoekschrift klaarblijkelijk ondertekend door de leden van het krachtens de overeenkomst van tijdelijke vennootschap bevoegde bestuurscomité. Dit werd door de Raad gebillijkt vermits de inleiding van het annulatieberoep door bedoeld bestuurscomité zijns inziens kon gerekend worden tot de in art. 177 Venn.W. bedoelde vormen welke de deelgenoten zichzelf in de overeenkomst van vennootschap hebben opgelegd (*R.v.St.*, 3 juli 1986, nr. 26.831, *T.B.P.*, 1987, p. 577; *Adm. Publ.*, 1986, 101). Uit de samenvatting van het arrest die gepubliceerd werd blijkt niet of de leden van het bestuurscomité ook deelgenoten in de tijdelijke vereniging waren. Zoniet kan aan hun persoonlijk belang om dit annulatieberoep in te leiden getwijfeld worden (vgl. *Cass.*, 14 juli 1904, *Pas.*, 1904, I, 332).

**13. SCHIJNVERTEGENWOORDIGING** — Het ligt voor de hand dat bij groeperingen zonder rechtspersoonlijkheid de leer van de schijnvertegenwoordiging (verder, nr. 70) een rol van niet-te onderschatten betekenis speelt.

Indien de leden van een groepering zonder rechtspersoonlijkheid geen uitdrukkelijk of stilzwijgend mandaat hebben gegeven aan één onder hen of aan een extern vertegenwoordiger, terwijl een derde niettemin die indruk kreeg, zal deze derde pogen zijn belang te doen prevaleren op dat van de „vertegenwoordigde”, en moet het recht kiezen tussen schijn en werkelijkheid. Bij de vertegenwoordiging van rechtspersonen zullen in zo’n geval doorgaans minder problemen rijzen, deels omwille van het organiek karakter ervan (art. 13 Venn.W.), deels omwille van de Prokuraal (artt. 54 en 130 Venn.W.).

**14.** In de besproken periode kunnen twee beslissingen inzake de schijnvertegenwoordiging van groeperingen zonder rechtspersoonlijkheid worden genoteerd.

Eén daarvan was terzelfdertijd het principiësarrest dat een vernieuwing van de rechtspraak van het Hof van Cassatie op het stuk van de schijnvertegenwoordiging inluidde (*Cass.*, 20 juli 1988, *R.W.*, 1988-89, 1428, noot Van Oevelen, *R.C.J.B.*, 1990, 45, noot R. Kruithof, *T.R.V.*, 1989, 542, noot S. Stijns en P. Callens; zie ook in die zin Kh. Luik, 23 januari 1986, *T.B.H.*, 1987, 384, noot Cl. Parmentier; zie ook P.A. Foriers, „L'apparence, source autonome d'obligations ou application du principe général de l'exécution de bonne foi. A propos de l'arrêt de la Cour de Cassation du 20 juin 1988”, *J.T.*, 1989, 541).

Tot dusver hield het hoogste Hof vol, en zulks tegen de modernere rechtsleer in, dat de theorie van het schijnmandaat zijn wortels vond in de quasi-delic-tuele aansprakelijkheid (vorige overzichten, *T.P.R.*, 1978, p. 744, nr. 76; *T.P.R.*, 1986, p. 918, nr. 67): derhalve moest bewezen worden dat een fout aan de basis lag van de gecreëerde schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid (Cass., 13 januari 1972, *Arr.Cass.*, 1972, 47; *Pas.*, I, 472; Cass., 30 mei 1979, *Arr.Cass.*, 1978-79, 1145; *Pas.*, 1979, I, 1123).

In zijn arrest van 20 juni 1988 heeft het Hof deze theorie verlaten: het volstaat luidens het arrest dat de opgewekte schijn van dien aard is dat hij bij de derde een rechtmatig vertrouwen van vertegenwoordigingsbevoegdheid doet ontstaan („croyance légitime”). Een fout van de schijnvertegenwoordigde moet daarbij niet langer bewezen worden.

Ook al oordeelde de rechtsleer de foutgedachte achterhaald (P. Van Ommeslaghe, „L'apparence comme source autonome d'obligations en droit belge”, *Rev. Dr. Int. Comp.*, 1983, 144), was zij de mening toegedaan dat het belang van de derde enkel mocht prevaleren op dat van de schijnvertegenwoordigde indien deze laatste de schijn, zij het niet foutief, mede had veroorzaakt (toedoen, Veranlassung). De rechtszekerheid is immers niet de enige grondslag van de leer van de schijnvertegenwoordiging. Ook de billijkheid speelt een rol (W. Van Gerven, *Algemeen deel*, nr. 83, p. 224).

Het Hof heeft zich niet expliciet uitgesproken over de vraag of de schijn toerekenbaar moet zijn aan de „schijnvertegenwoordigde”. P.A. Foriers (*a.a.*, *J.T.*, 1989, p. 545), R. Kruithof (*a.a.*, *R.C.J.B.*, 1990, 69) en A. Van Oevelen (*a.a.*, *R.W.*, 1989-90, 1429-1430) lezen het arrest zo dat naast de opgewekte schijn, en het rechtmatig vertrouwen nog een derde voorwaarde geldt, nl. die van de toerekenbaarheid van de schijn.

Daartegenover voeren S. Stijns en P. Callens aan dat het Hof wellicht de in Frankrijk geldende oplossing heeft willen volgen waar absolute voorrang wordt gegeven aan de rechtszekerheid, en dus aan de belangen van de derde (*a.a.*, *T.R.V.*, 1989, 543). Daarop wordt door Kruithof dan weer geantwoord dat zelfs in Frankrijk, waar in beginsel geen enkele fout- of toerekenbaarheidsvereiste gesteld wordt, de rol die de schijnvertegenwoordigde gespeeld heeft, nauwlettend onderzocht wordt.

Ons komt het weinig waarschijnlijk voor dat het Hof van het éne uiterste (foutvereiste) in het andere (geen toerekenbaarheid) zou gevallen zijn, zonder zulks uitdrukkelijk aan te geven.

**15.** In voormeld cassatiearrest van 20 juni 1988 is benevens de rechtsregel, ook de toepassing ervan op de feiten pertinent voor het vennootschapsrecht.

Een bedrijf dat lamgelegd was door een staking had de secretaris-generaal van een bepaalde vakbond (FGTB) in kort geding gedagvaard, in zijn hoedanigheid van mandataris ad litem van de leden van die vakvereniging. In eerste aanleg werd dit niet gecontesteerd (Kort Ged. Rb. Liège, 29 oktober 1986, *Jur. Liège*, 1986, 610), in hoger beroep stelde de oorspronke-

lijke verweerder dat hij helemaal geen bevoegdheid had om de vakvereniging te vertegenwoordigen, waarop de oorspronkelijke eisers zich beriepen op de schijnvertegenwoordiging. Het Hof van Beroep te Luik leidde de schijn van procesvertegenwoordigingsbevoegdheid af uit het feit dat de briefwisseling bij de onderhandelingen, gehouden n.a.v. de staking, steeds door de secretaris-generaal gevoerd was, en wel op briefpapier van de vakvereniging. Dit alles terwijl de vakvereniging niet geprotesteerd had wanneer de ondernemingsleiding de secretaris-generaal in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van de vakvereniging had aangeschreven. Deze feiten volstonden voor het Hof om van een schijnmandaat te gewagen dat de wettelijke grenzen van het mandaat overschreed waarmee de secretaris-generaal als afgevaardigde van een syndicale organisatie bekleed was in het kader van de C.A.O.-wetgeving (artt. 1, 3 en 12 W. 5 december 1968). De cassatievoorziening tegen het arrest werd in hoger genoemde beslissing van 20 juni 1988 verworpen.

**16.** In een ander geval werd de schijnvertegenwoordiging in een tijdelijke vennootschap door de rechtbank aangenomen op grond van het feit dat de schijnvertegenwoordiger-vennoot een voordien door de wederpartij aan de vennoten overgemaakte offerte bezat en voor akkoord had ondertekend (Kh. Kortrijk, 19 januari 1988, *T.R.V.*, 1989, 66, noot S. Stijns en P. Callens).

Als bijkomende indicatie had wellicht kunnen gelden dat de schijnvertegenwoordiger de echtgenoot was van één van de andere vennoten-schijnvertegenwoordigden (zie noot S. Stijns en P. Callens, *a.a.*, nr. 15).

De schijnvertegenwoordigden wierpen tegen dat de schijnvertegenwoordiger niet bevoegd was omdat zijn naam niet voorkwam in de tweehandtekningsclausule die in het vennootschapscontract vervat lag. De rechtbank antwoordde dat de clausule hoe dan ook niet tegenwerpelijk was aan derden.

Dit is onprecies in zoverre het tijdelijk vennootschapscontract in dezelfde mate tegenwerpelijk is aan derden als andere overeenkomsten (art. 1165 B.W.) (*Ibid.*, nr. 12). Anders dan voor de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid (art. 10, § 4 Venn.W.), is voor de tegenwerpelijkheid van het contract van tijdelijke vennootschap geen enkele bijkomende publiciteit vereist.

In casu ware het juister geweest te stellen dat, gelet op de tweehandtekningsclausule, de schijnvertegenwoordiger in beginsel niet bevoegd was om de andere vennoten te vertegenwoordigen, maar dat, omwille van de mede aan hen toerekenbare schijn, de wederpartij zich in casu toch tegen hen kon keren.

**17. BAATTREKKING** — Benevens de regel van de schijnleer, kan ook de theorie van de baattrekking nuttig zijn voor derden die af te rekenen hebben gehad met onbevoegde vertegenwoordiging (art. 1864 B.W.).

De vraag van baATTRekking is verwant aan een beslissing van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, waarin een electriciteitsmaatschappij poogde haar factuur te verhalen op de niet-gefaillieerde van twee tijdelijke vennoten. Het contract met de electriciteitsmaatschappij was gesloten door de latere gefaillieerde op een ogenblik dat de tijdelijke vennootschap nog niet tot stand gekomen was. Toen het contract van tijdelijke vennootschap gesloten werd, kwamen de vennoten overeen dat de electriciteitsrekeningen ten laste zouden blijven van de later gefaillieerde vennoot. De rechtbank oordeelde dat het electriciteitscontract aldus buiten de vennootschap gebleven was, zodoende dat de eiser zijn vordering niet kon verhalen op de niet gefaillieerde vennoot (Kh. Antwerpen, 24 oktober 1990, *T.R.V.*, 1990, 369). In noot bij dit vonnis werd nagegaan of de baATTRekking eventueel voldoening had kunnen geven aan de eiser (V. Carron, „De aansprakelijkheid van de vennoten van een tijdelijke vennootschap voor de schulden: vertegenwoordiging en baATTRekking”, *T.R.V.*, 1991, 370).

Er is baATTRekking wanneer een contracterend vennoot, zonder over de volmacht van zijn medevennoten te beschikken, niettemin namens de vennoten contracteert, terwijl de zaak tot voordeel van de vennootschap strekt (art. 1864 B.W.). In dat geval zijn ook de medevennoten verbonden. De baATTRekking is — de actio de in rem verso daargelaten — het equivalent in het vennootschapsrecht van de (indirecte) verrijking zonder oorzaak.

Wellicht kon de theorie van de baATTRekking in casu niet dienen om twee redenen: vooreerst werd de overeenkomst met de electriciteitsmaatschappij niet gesloten namens de gezamenlijke vennoten, en bleven de facturen ook na de totstandkoming van de tijdelijke vennootschap geadresseerd aan de later gefaillieerde vennoot; vervolgens was er een oorzaak voor de indirecte verrijking van de niet gefaillieerde vennoot, nl. het feit dat de gefaillieerde vennoot zich ertoe verbonden had de electriciteitsfacturen verder te betalen.

#### HOOFDSTUK IV

### VENNOOTSCHAPPEN MET RECHTSPERSOONLIJKHEID. ALGEMENE REGELS

#### AFDELING 1

#### HANDELSVENNOOTSCHAPPEN EN BURGERLIJKE VENNOOTSCHAPPEN

**18. STATUTAIR DOEL** — Indien het statutair doel van een vennootschappelijke rechtspersoon een handelsbedrijvigheid uitmaakt bedoeld in art. 1 Venn.W., dan is deze vennootschap koopman in de zin van art. 1 W.Kh. en is zij in die hoedanigheid onderworpen aan het bijzonder en afwijkend handelsrecht. Het heeft dus geen belang of de vennootschap is opgericht als handelsvennootschap dan wel als burgerlijke vennootschap met handelsvorm: haar aard wordt enkel afgeleid uit haar statutair doel.

Derhalve is een handelsvennootschap de B.V.B.A. die — hoewel opgericht als burgerlijke vennootschap met handelsvorm — als statutair doel heeft de aankoop, de verkoop, de verbouwing, de verhuring en het beheer van alle types van onroerende goederen in België (Kh. Brussel, 8 juli 1986, *R.P.S.*, 1986, nr. 6411, p. 263).

Anderzijds is geen handelsvennootschap de vennootschap die de uitbating van een medisch centrum tot doel heeft (Kh. Brussel, 21 maart 1991, *J.T.*, 1991, 641). Deze rechtspraak vond ondersteuning in het feit dat de wetgever de klinische laboratoria verplichtte de vorm aan te nemen van een *burgerlijke* V.O.F., C.V. of B.V.B.A. (Arbitragehof, 13 oktober 1989; zie ook boven, nr. 6).

19. Ook een accountants- en belastingkantoor werd in de besproken periode nog gekwalificeerd als een zakenkantoor in de zin van art. 2 W. Kh., en dus als een handelsvennootschap, hoewel het was opgericht als burgerlijke vennootschap met handelsvorm (Rb. Turnhout, 4 februari 1986, *Turnhouts Rechtsleven*, 1987, 26).

Het doel van de vennootschap was als volgt omschreven: „als raadgever op te treden in het domein van het handels-, economisch-, sociaal-, fiscaal- en boekhoudrecht. Zij neemt daarbij de taken op zich die normaal worden toevertrouwd aan accountants, auditors, revisoren, belastingconsulenten en sociale raadgevers. De vennootschap mag alle handels-, nijverheids-, financiële handelingen en verrichtingen stellen welke het nastreven van het maatschappelijk doel begunstigen of vergemakkelijken”.

Deze beslissing betrof feiten ouder dan de W. 21 februari 1985 tot hervorming van het bedrijfsrevisoraat. Zoals men weet, bevatten de artt. 68 e.v. van deze wet meteen ook de bescherming en de reglementering van het beroep van accountant. Het is vast gebruik geworden dat de reglementering van een beroep als vrij beroep meteen ook de decommercialisering daarvan inhoudt (K. Geens, „De reglementering van het vrij beroep”, *T.P.R.*, 1988, (127), 142, vn. 41). Uit art. 100 W. 21 februari 1985 blijkt inderdaad duidelijk dat het accountantsberoep voortaan een niet-commerciële activiteit uitmaakt.

Voorheen werd het commercieel karakter van de „organisatie” als criterium gehanteerd door de rechtspraak om uit te maken of er sprake was van een zakenkantoor, dan wel van een vrij beroep. Daarbij was vooral van belang hoe de diensten werden aangeboden aan het publiek, met name of gebruik gemaakt werd van reclame (zie *ibid.*, vn. 42 en de rechtspraak aldaar aangehaald).

Men zal voortaan voorzichtig moeten omspringen met deze criteria. Inderdaad, in art. 70 W. 21 februari 1985 tot hervorming van het bedrijfsrevisoraat wordt er zeer openhartig van reclame gesproken, meer bepaald in verband met de wijze waarop de accountant zich daarin van zijn titel mag bedienen. Bovendien is er sedert kort een Wet Misleidende Reclame Vrije

Beroepen (21 oktober 1992, *B.S.*, 17 november 1992) die het misbruik van reclame voor de vrije beroepen te keer wil gaan. De wetgever zelf is dus niet langer blind voor het groeiende fenomeen van de publiciteit in de vrije beroepssector. Maar hij berooft de rechtspraak wel van een „decisief” criterium bij de bepaling van het onderscheid tussen burgerlijke en commerciële activiteiten.

20. Andermaal is hiermee aangetoond hoe versleten het onderscheid tussen burgerlijke en commerciële activiteiten wel mag genoemd worden, zeker in het vennootschapsrecht (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 872, nr. 16).

Nochtans werden de vrije beroeper en de professionele vennootschap opnieuw uitgesloten van het toepassingsgebied van de nieuwe Wet Handelspraktijken van 14 juli 1991: de definitie van „dienst” werd beperkt tot de daden van koophandel en de prestaties die een ambachtsactiviteit uitmaken (J. Stuyck, „De wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument”, in *De nieuwe wet handelspraktijken*, J. Stuyck en P. Wytinck (ed.), Kluwer, 1992, (1), 21).

Juist daarom moest de Belgische wetgever de Europese Richtlijn van 10 september 1984 (Pb. L 250 van 19 september 1984) inzake misleidende reclame vertalen in een afzonderlijke wet voor vrije beroepers (zie boven, nr. 19).

Men kan er de volgende ietwat tautologische definitie van het vrij beroep lezen: „elke zelfstandige beroepsactiviteit, die dienstverlening of levering van goederen omvat, welke geen daad van koophandel of handelsbedrijvigheid is, zoals bedoeld in de wet op het ambachtsregister, en die niet wordt bedoeld in de wet op de handelspraktijken, met uitsluiting van de landbouwbedrijvigheid en de veeteelt”.

21. AANVULLEND OF ONDERGESCHIKT — Het is uiteraard mogelijk dat het statutair doel terzelfdertijd een burgerlijk en een commercieel luik bevat. In dat geval moet nagegaan worden hoe deze twee activiteiten van onderscheiden aard zich ten aanzien van mekaar verhouden.

Indien één van beide activiteiten ondergeschikt is aan de andere, dan bepaalt deze laatste activiteit de aard van de vennootschap. Dit beginsel werd treffend in herinnering gebracht door de Arrondissementsrechtbank te Charleroi die moest nagaan of een architectenvennootschap ten onrechte voor de handelsrechter gedagvaard was (Arr.Rb. Charleroi, 23 januari 1990, *R.R.D.*, 1990, 223).

Indien de burgerlijke en de commerciële activiteiten zich daarentegen onderling verhouden als hoofdzakelijk en aanvullend („à titre d’appoint”), dan is de vennootschap altijd commercieel, zelfs indien de hoofdactiviteit burgerlijk is. Eveneens in het geval van een architectenvennootschap beval de Rechtbank van Koophandel te Luik de heropening van de debatten, juist om te kunnen nagaan hoe de burgerlijke activiteit van architect en — in casu

— de commerciële activiteit van boekhouding en secretariaat zich verhielden (Luik, 30 januari 1989, *T.R.V.*, 1989, 215, noot M. Wyckaert).

**22. AARD- EN DOELWIJZIGING** — In de besproken periode werd een boeiende polemiek gevoerd over de vraag of een vennootschap haar aard kan wijzigen overeenkomstig art. 70bis Venn.W. met behoud van de rechtspersoonlijkheid.

De discussie ontstond naar aanleiding van de reglementering en dus de decommercialisering van het beroep van accountant (boven, nr. 19). De vraag die zich stelde was of als handelsvennootschap opgerichte accountantskantoren zouden kunnen „omgevormd” worden in burgerlijke vennootschappen met handelsvorm na de overgangsperiode. Het woord „omgevormd” is hier misplaatst omdat n.a.v. dergelijke wijziging van de aard de (handels-)vorm uiteraard onveranderd kan blijven.

In art. 100 W. 21 februari 1985 werd inderdaad bepaald dat bestaande handelsvennootschappen van accountants tot drie jaar na de invoering van de burgerlijke professionele vennootschap van accountants als lid van het IDAC konden ingeschreven blijven.

Met deze invoering werd gealludeerd op de aanstaande goedkeuring van het wetsontwerp nr. 1108 inzake de professionele burgerlijke vennootschap (*Gedr. St.*, Kamer, 1984-85, nr. 1108/1 t.e.m. 7) dat ten tijde van de parlementaire behandeling van de W. 21 februari 1985 werd goedgekeurd door de Kamer, maar dat nooit door de Senaat behandeld of gestemd raakte (zie ook verder, nr. 184).

Omdat bedoelde overgangsperiode dus niet snel — wellicht nooit — tot een einde zal komen, zou het zonetesignaleerde probleem inzake wijziging van de aard van een vennootschap academisch geworden zijn, ware het niet dat dezelfde vraag zich in 1988 stelde voor de als handelsvennootschap opgerichte klinische laboratoria (boven, nrs. 6 en 18).

De inverse vraag, nl. of een burgerlijke vennootschap commercieel kon worden, had zich reeds gesteld in 1956, toen de immobiliënactiviteiten werden toegevoegd aan de lijst van de daden van koophandel in art. 2 W. Kh. De doctrine was toen van oordeel dat de als burgerlijk opgerichte immobiliënvennootschappen van rechtswege handelsvennootschappen werden (J.G. Renauld, „La loi du 3 juillet 1956 modifiant le Titre Ier du Livre Ier du Code de Commerce et les sociétés civiles constituées avant son entrée en vigueur en vue d'exercer une activité désormais réputée commerciale”, *R.P.S.*, 1957, nr. 4643, p. 34). Dit stelde weinig problemen voor de als volkomen rechtspersoon opgerichte vennootschappen (B.V.B.A., N.V.). In de onvolkomen rechtspersonen impliceerde deze wijziging van de aard dat de werkende vennoten handelaar werden. En de burgerlijke vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid werden rechtspersoon tegen wil en dank (V.O.F.).

De bedoeling om de aard van immobiliënvennootschappen van rechtswege

te laten veranderen bleek onder meer uit de voorbereidende werken van de W. 3 juli 1956 (J.G. Renauld, *ibid.*).

Dergelijke bedoeling kan zeker niet afgeleid worden uit de wetgeving inzake accountancy en klinische laboratoria. Het overgangsregime inzake accountantsvennootschappen toont aan dat deze wel degelijk als handelsvennootschap kunnen blijven bestaan na de inwerkingtreding van de wet (art. 100 W. 21 februari 1985).

Het gemengd karakter van vele doelbepalingen is daar zonder twijfel niet vreemd aan. Het zou dan ook unfair zijn de additionele waarborgen die het statuut van handelaar of handelsvennootschap aan derden biedt zonder expliciete bekendmaking te laten verdwijnen.

De essentiële elementen van een vennootschap zijn gaandeweg door de wetgever voor wijziging vatbaar verklaard (vgl. Luik, 6 februari 1991, *T.R.V.*, 1991, 366): sedert 1958 kan een vennootschap haar essentieel doel wijzigen (art 70bis Venn.W.), sedert 1967 kan zij van vorm veranderen (artt. 165 e.v. Venn.W.), en ingevolge het arrest Lamot wordt ook aanvaard dat zij haar zetel naar een ander land kan overhevelen (zie verder, nr. 64).

Om die reden kan een verwijzing naar een passage — als zou de aard van een vennootschap niet voor wijziging vatbaar zijn — bij een auteur als Gilson die in 1919 een steeds lezenswaardig werk over de statutenwijziging pleegde, moeilijk als decisief beschouwd worden. In die tijd kon een vennootschap immers ook haar wezenlijk doel niet wijzigen, en dus a fortiori haar aard niet (F. Gilson, *Les modifications aux statuts*, Brussel, 1919, p. 73, nr. 41).

Toch wordt in art. 70 Venn.W. nog steeds gesteld dat, op de vorm en het doel na, de essentiële elementen van een vennootschap niet voor statutenwijziging vatbaar zijn. Het betreft hier een ongelukkige wijziging van art. 70 doorgevoerd bij W. 6 januari 1958: voorheen was het essentieel doel niet voor wijziging vatbaar, nu dit voor wijziging vatbaar werd verklaard meende men niettemin nog voorbehoud te moeten maken voor andere essentiële elementen, zoals — toen nog — de vorm.

Het onderscheid tussen daden van koophandel en „burgerlijke” daden kan overbodig subtiel zijn, en een activiteit kan soms de overstap van de éne naar de andere categorie maken zonder inhoudelijk een verandering te ondergaan (boven, nrs. 18-20). In die zin kan een echte doelwijziging veel ingrijpender zijn dan een wijziging van de aard (vgl. R. Philips, „La loi du 6 janvier 1958 régissant la désignation et la modification de l'objet social”, *R.P.S.*, nr. 4743, (77), 86).

Daarom kan de stelling betwist worden dat de aard van een vennootschap er een essentieel element van uitmaakt, en mag men bepleiten dat de aard van een vennootschap kan worden gewijzigd mits naleving van de voorwaarden omschreven in art. 70bis Venn.W. (L. Du Faux, „Kan het commercieel doel van een handelsvennootschap meer in het bijzonder van een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aan-

sprakelijkheid worden vervangen door een burgerlijk doel", *T.R.V.*, 1990, 120). Indien deze wijziging met unanimititeit wordt beslist, zal het genomen besluit des te minder aanvechtbaar zijn (F. Bouckaert, „Is op verandering van aard art. 70bis Venn.W. toepasselijk", *T.R.V.*, 1989, 518). Strikt genomen lijkt een 4/5 meerderheid nochtans voldoende.

Overigens dient opgemerkt dat alle „essentiële" elementen van een vennootschap kunnen gewijzigd worden met behoud van rechtspersoonlijkheid.

Er werd reeds opgemerkt dat de internationale zetelverplaatsing sedert het arrest Lamot tot de mogelijkheden hoort (zie ook verder, nr. 64).

Bij de parlementaire voorbereiding van de Wet inzake doelwijziging werd ook de initieel bewaarde vrije overdraagbaarheid van aandelen in een N.V. als een essentieel element beschouwd waar later niet meer op kon worden teruggekomen bij statutenwijziging (*Gedr. St.*, Kamer, 1956-57, nr. 641/1, p. 5). Wij menen elders overtuigend te hebben aangetoond dat zulks niet langer kan staande gehouden worden. Het zou inderdaad vrij paradoxaal zijn dat dergelijke N.V. geen overdraagbaarheidsbeperkingen in zijn statuten zou kunnen opnemen, maar wel zou kunnen omgevormd worden in een B.V.B.A. waarin de aandelen uit kracht van de wet aan zeer strenge overdraagbaarheidsbeperkingen onderworpen zijn (art. 126 Venn.W.) (K. Geens, „Quelques aspects de la clause d'agrément dans la société anonyme", *R.P.S.*, 1989, nr. 6533, (323), 337-339). Dit werd inmiddels door de wetgever bevestigd in art. 41, § 2 Venn.W. (verder nrs. 222 en 224).

## AFDELING 2

### ONTSTAAN VAN DE VENNOOTSCHAP ALS RECHTSPERSOON

**23. ONTSTAAN VAN DE VENNOOTSCHAP ALS RECHTSPERSOON** — Voor de vraag wanneer een vennootschappelijke rechtspersoon ontstaat, wordt in het Belgisch recht impliciet verwezen naar het Burgerlijk Wetboek: „de vennootschap begint wanneer het contract is aangegaan" (art. 1843 B.W.). Anders dan in vele buitenlandse rechtsstelsels, worden in België aan vennootschappelijke rechtspersonen geen andere bestaansvoorwaarden gesteld.

In België is openbaarmaking, zoals men weet, slechts vereist voor de verkrijging van rechtspersoonlijkheid door de V.Z.W. (art. 3 W. 27 juli 1921; zie verder, afdeling 5) en de beroepsvereniging (art. 6 W. 31 maart 1898).

Voor de vennootschappen situeren de formaliteiten van bekendmaking zich op het niveau van de tegenwerpelijkheid van de inhoud van de vennootschapsakte aan derden en zijn zij niet constitutief (artt. 10, 11bis en 12 Venn.W.; J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, p. 29, nr. 57, en voetnoot (1); J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 484).

De vennootschap is naar geldend Belgisch recht immers geen formeel of plechtig contract en beweegt zich tussen het bewijs- en het bestaansformalisme. Deze opvatting werd door het Hof van Cassatie in Verenigde Kamers geconsacreerd, op overduidelijke conclusies van procureur-generaal Ganshof Van der Meersch (Cass., 17 mei 1968, *R.P.S.*, 1968, nr. 5432, p. 144, met concl. Ganshof van der Meersch; *R.W.*, 1968-69, 412; zie, voor de historische evolutie van de opvattingen en de literatuur terzake, M. Wyckaert, „De formaliteiten en de voorwaarden van een kapitaalverhoging buiten voorkeurrecht in het kader van het toegestaan kapitaal”, noot onder Brussel, 1 maart 1988, *T.R.V.*, 88, (142), 147, nr. 18)(1). Inderdaad, ook al is een geschreven akte voorgeschreven op straffe van nietigheid (art. 4 en art. 13ter Venn.W.), toch wordt aanvaard dat het bestaan van een vennootschap kan bewezen worden, zelfs indien er geen akte werd opge maakt (zie ook verder, nr. 26). Het viel de Belgische commentatoren dus erg gemakkelijk om bij de aanpassing van het Belgisch vennootschapsrecht aan de Eerste Richtlijn te schrijven dat deze Richtlijn geen ruimte liet voor een onderscheid tussen geldigheid en bestaan, of anders gesteld, tussen nietigheid en onbestaanbaarheid van de vennootschap. In het Belgisch recht waren immers enkel geldigheidsvoorwaarden bekend. Deze interpretatie vond steun in de zin van de Richtlijn volgens welke, buiten de in art. 11, 2° limitatief opgesomde nietigheidsgronden, geen enkele grond van *onbestaanbaarheid*, van absolute of relatieve nietigheid of van vernietigbaarheid mag worden opgenomen in het nationaal recht (art. 11, laatste lid).

Dit punt kwam uitvoerig aan de orde in een prejudiciële vraag die werd gesteld door de Nederlandse Hoge Raad aan het Hof van Justitie. De gestelde vraag betrof een Nederlandse B.V. in oprichting — „Ubbink” genaamd — die als zodanig (d.i. als B.V. i.o.) was ingeschreven in het handelsregister maar die met een derde gecontracteerd had als B.V. tout court en niet als B.V. in oprichting. Omdat de B.V. nog in oprichting was, was nog niet voldaan aan de naar Nederlands recht geldende constitutieve oprichtingsformaliteiten (authentieke akte en ministeriële verklaring van geen bezwaar).

Moet die vennootschap in dat geval als onbestaande worden beschouwd of als bestaande zolang haar nietigheid niet bij rechterlijke beslissing is uitgesproken? (zie Hof v. Justitie, 136/87, 20 september 1988, *T.R.V.*, 1988, 440, noot K. Geens; zie ook J.N. Schutte-Veenstra, „Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW en EEG-harmonisatie van vennootschapsrecht”, *S.E.W.*, 1993, (434), 436 e.v., nr. 5 e.v.).

---

(1) Voor een éénpersoons-B.V.B.A. valt de verkrijging van de rechtspersoonlijkheid samen met de eenzijdige wilsuiking van de enige vennoot. Ook hier is geen oprichtingsakte vereist voor het ontstaan van de rechtspersoon, maar allicht wel een zekere openlijkheid (vgl. H. Braeckmans en E. Wymeersch, „De éénpersoonsvennootschap met beperkte aansprakelijkheid vanuit vennootschapsrechtelijk en algemeen handelsrechtelijk standpunt”, in *De éénpersoonsvennootschap*, H. Braeckmans en E. Wymeersch (ed.), Antwerpen, Maklu, 1988, p. 43-44, nr. 54 en p. 70, nr. 86bis; K. Geens en M. Wyckaert, „De B.V.B.A. herschreven voor één persoon”, *T.R.V.*, 1988, (5), 6, nrs. 4-5).

**24. ONTSTAAN VAN DE RECHTSPERSOON IN DE EERSTE RICHTLIJN** — Zowel de Europese Commissie, de Nederlandse regering, de „vennootschap” zelf als de advocaat-generaal hebben er in hun conclusies op gewezen dat in art. 11 van de Eerste Richtlijn geenszins het tijdstip bepaald wordt waarop de rechtspersoon ontstaat. Deze kwestie zou beheerst blijven door het nationale recht.

In zijn redenering ging de advocaat-generaal ervan uit dat de „Europese wetgever” uiteraard wist dat openbaarmaking in de meeste Lid-Statens de ultieme voorwaarde is voor het ontstaan van de rechtspersoon. Uit het niet opnemen van het ontbreken van de openbaarmaking onder de limitatieve nietigheidsgronden in art. 11, 2° van de Eerste Richtlijn, leidt de advocaat-generaal af dat de „Europese wetgever” zich niet heeft willen inlaten met het ontstaan van de rechtspersoon, maar slechts met de nietigheid ervan eens hij ontstaan is (consideransen 15-20 van de conclusies van de advocaat-generaal, *T.R.V.*, 1988, 441).

In Lid-Statens waar de openbaarmaking constitutief is (b.v. Frankrijk: art. 5, eerste lid L. 24 juli 1966; Duitsland: art. 41 Akt.G.), bestaat de vennootschap dus niet — of is zij m.a.w. onbestaanbaar — zolang zij niet openbaar gemaakt is.

Het Europees Hof gaat bij zijn antwoord op de gestelde prejudiciële vraag uit van twee premissen.

Vooreerst neemt het Hof met de Nederlandse Hoge Raad aan dat de authentieke oprichtingsakte en de ministeriële verklaring van geen bezwaar naar Nederlands recht constitutieve vereisten zijn voor het ontstaan van de N.V. of de B.V. Deze premisse lag in de vraagstelling van de Hoge Raad besloten. De vraag was dus niet zozeer of in het Nederlands recht zekere constitutieve oprichtingsformaliteiten vervat liggen, maar wel of er, gelet op de Eerste Richtlijn, dergelijke formaliteiten in vervat *mogen* liggen.

Vervolgens gaat het Europees Hof *impliciet* akkoord met de stelling van zijn advocaat-generaal (boven) dat het ontstaanstijdstip van de rechtspersoon en de oprichtingsformaliteiten die daarvoor moeten vervuld zijn blijven horen tot het nationale recht (consideransen 15-16, telkens aan het eind, *T.R.V.*, 1988, 443).

De stelling van de advocaat-generaal vindt steun in de tekst van de Eerste Richtlijn zelf. Zo wordt in art. 3, 7° van de Eerste Richtlijn gestipuleerd: „Derden kunnen zich bovendien steeds beroepen op akten en gegevens ten aanzien waarvan de formaliteiten van openbaarmaking nog niet zijn vervuld, *tenzij het nalaten van de openbaarmaking deze van rechtsgevolgen heeft beroofd.*”

De door ons gecursiveerde zinsnede wijst erop dat de stellers van de richtlijn zowel ruimte hebben willen laten voor rechtsstelsels waarin de openbaarmaking constitutief is als voor rechtsstelsels waarin de openbaarmaking niet constitutief is: bij niet openbaarmaking kunnen derden zich luidens voormeld art. 3, 7° in eerstgenoemde stelsels niet op de akte beroepen om het

bestaan van de vennootschap te bewijzen; in laatstgenoemde stelsels kan dat wel (b.v. art. 10, § 4, tweede lid Belg. Venn.W.).

De strekking van de Eerste Richtlijn bestaat er volgens het Europees Hof hoofdzakelijk in om derden toe te laten kennis te nemen van de belangrijkste akten van de vennootschap. Het Hof verwijst daarbij naar één van de consideransen die de Europese Raad maakte in de aanhef van de Eerste Richtlijn (considerans 12, *T.R.V.*, 1988, 443). Deze gedachte vindt bovendien steun in het feit dat de langste afdeling van de Eerste Richtlijn, nl. afdeling I, geheel gewijd is aan de openbaarmaking.

Uit de aldus vastgestelde strekking van de Eerste Richtlijn leidt het Europees Hof af dat derden enkel dan kunnen voortgaan op de schijn die door het gedrag van organen of vertegenwoordigers van de vennootschap wordt gewekt indien deze schijn in overeenstemming is met in het openbare register gepubliceerde gegevens (considerans 13).

Daaruit leidt het Hof dan weer af dat de afdeling van de Eerste Richtlijn die de nietigheid betreft (nl. afdeling III) alleen toepassing vindt indien derden in de waan zijn gebracht door overeenkomstig afdeling I openbaar gemaakte gegevens dat een vennootschap in de zin van de richtlijn bestaat (considerans 14).

**25. ONTSTAAN VAN DE RECHTSPERSOON IN EEN NATIONAAL STELSEL MET CONSTITUTIEVE OPRICHTINGSFORMALITEITEN ANDERE DAN OPENBAARMAKING** — Met andere woorden, *indien in een nationaal rechtsstelsel de vereiste van openbaarmaking niet constitutief is, terwijl wel zekere andere constitutieve oprichtingsformaliteiten worden gesteld die in een concreet geval niet zijn voldaan, dan zijn er twee mogelijkheden.*

Ofwel is de N.V. of B.V.B.A. *niet of althans niet als zodanig* (maar b.v. wel, zoals in voorliggend geval, als vennootschap in oprichting) openbaar gemaakt: in dat geval heeft de derde niet het recht om zich op het bestaan van de vennootschap te beroepen omdat ook niet aan de constitutieve oprichtingsformaliteiten is voldaan.

Deze eerste mogelijkheid deed zich voor in het geval dat tot de in bovenstaand arrest beantwoorde prejudiciële vraag aanleiding gaf (zie voor de uiteindelijke beslissing van de Nederlandse Hoge Raad: Hoge Raad, 7 april 1989, *N.J.*, 1989, 2335, noot J.M.M. Maeijer).

Ofwel is de N.V. of B.V.B.A. *als zodanig* (en b.v. niet als vennootschap in oprichting) *wel* openbaar gemaakt: dan is afdeling III van de Eerste Richtlijn van toepassing, wat impliceert dat de derde het recht heeft zich op het bestaan van de vennootschap te beroepen, hoewel niet aan alle constitutieve oprichtingsformaliteiten is voldaan; een rechterlijke uitspraak zal vereist zijn om tot de nietigheid (voor het toekomstige) van de vennootschap te besluiten, en deze nietigheid zal slechts kunnen uitgesproken worden indien de niet nageleefde constitutieve oprichtingsformaliteit(en) vermeld word(t)(en) in art. 11 van de Eerste Richtlijn.

Deze tweede mogelijkheid zal zich zelden voordoen omdat de bevoegde nationale instanties (b.v. diensten van handelsregister), alvorens tot openbaarmaking over te gaan, een zekere controle zullen uitoefenen over de naleving van de constitutieve oprichtingsformaliteiten. Toch is de mogelijkheid niet denkbeeldig, zo bijvoorbeeld wanneer er wel een authentieke akte is, maar deze akte nietig is (b.v. in het Nederlands recht: vormverzuimen, onbevoegdheid van de notaris; b.v. in het Belgisch recht: art. 68 notariaatswet van 25 Ventôse jaar XI).

**26. TOEPASSING OP HET BELGISCH RECHT VAN HET UBBINK-ARREST** — Men kan zich afvragen welke dimensie aan het geldend Belgisch recht werd toegevoegd door het bovenstaand arrest van het Europees Hof van Justitie. Het Hof heeft te kennen gegeven dat, wanneer gehandeld is namens een vennootschap, afdeling III van de Eerste Richtlijn *geen* toepassing vindt indien:

1<sup>o</sup> de vennootschap krachtens het nationale recht niet is opgericht, en  
2<sup>o</sup> geen schijn van bestaan werd gewekt door inschrijving in het openbaar register.

Wanneer aan geen of slechts aan één van beide voorwaarden voldaan is, vindt afdeling III van de Eerste Richtlijn derhalve wel toepassing: de vennootschap bestaat dan, en wel tot ze door de rechter wordt nietig verklaard.

Het Belgisch recht wordt dus verduidelijkt in die zin dat de schijn gewekt door een inschrijving in het openbaar (b.v. handels-)register werkelijk een vennootschap creëert die bestaat tot aan haar nietigverklaring. Voor overigens niet opgerichte vennootschappen wordt de inschrijving in het openbaar register derhalve „constitutief” (bovenstaand arrest, considerans 14).

Men kan niet anders dan daaruit concluderen dat ook de vennootschap zelf zich tot aan de rechterlijke nietigverklaring op dergelijk schijn-bestaan zou kunnen beroepen indien bijvoorbeeld niet zij, maar de vennoten „ut singuli” gedagvaard worden. Hoewel het Europees Hof duidelijk de derden beoogde te beschermen met het verlenen van een ruim toepassingsgebied aan de Eerste Richtlijn, kan men er moeilijk onderuit een tweezijdig gevolg toe te kennen aan het constitutief effect van de openbaarmaking: als de vennootschap bestaat omdat zij openbaar gemaakt werd, dan kan ook zij zich op dat bestaan beroepen. A fortiori kan nog moeilijk geëist worden dat de handhaving van de schijn moet strekken tot bescherming van een *rechtmatig* vertrouwen van derden.

Hoewel art. 11 Eerste Richtlijn slechts gold voor N.V. en B.V.B.A. heeft de uitbreiding door de Belgische wetgever van art. 13quater Venn.W. tot alle vennootschappen met rechtspersoonlijkheid o.i. voor gevolg dat de door het Europees Hof gestelde regel in België ook moet gelden voor andere openbaargemaakte vennootschapstypes die (nog) niet zijn opgericht (Vgl. J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, p. 99, nr. 197; in tegengestelde

zin: L. Simont, *a.a.*, *R.P.S.*, 1974, nr. 5812, p. 204-205, nr. 83). Uiteraard is er voor deze vennootschappen geen limitatieve opsomming van nietigheidsgronden (art. 13ter Venn.W.), maar een bestaansschijn die gewekt werd door openbaarmaking doet de vennootschap bestaan tot aan haar nietigverklaring.

De Belgische leer van de schijnvennootschap gold trouwens ook voor alle vennootschappen. Wel moet erop gedrukt worden dat de regel van het Europees Hof (met name de vereiste van rechterlijke nietigverklaring) slechts toepassing vindt indien de schijn gewekt is door openbaarmaking (zie daarover verder, nr. 46).

In dat geval lijdt het ook geen twijfel dat de vorm van de vennootschap diegene is waarin ze zich ogenschijnlijk heeft voorgedaan (b.v. als B.V.B.A.). Daardoor worden andere schijnverwekkende omstandigheden niet uitgesloten, maar zij ressorteren niet eenzelfde drastisch constitutief effect. De rechtsgevolgen van de schijn kunnen in dat geval beperkt blijven tot de noden van het rechtsverkeer.

Het consequent doordenken van de gedachten die de Eerste richtlijn hebben geïnspireerd wijst op de steeds grotere betekenis die in het vennootschappelijk rechtsverkeer aan de schijn mag gehecht worden (vgl. inzake schijnvertegenwoordiging, nrs. 13 e.v.; inzake „schijn”-zetel, nr. 62).

**27. VERBINTENISSEN AANGEGAAN NAMENS EEN VENNOOTSCHAP IN OPRICHTING. RETROACTIEF KARAKTER VAN DE OVERNAME** — Verbintenissen aangegaan namens een vennootschap in oprichting, worden bij tijdige overname door de vennootschap na haar oprichting geacht ab initio te zijn aangegaan door de vennootschap. De overname heeft dus een retroactieve werking. Dit blijkt uitdrukkelijk uit het tweede lid van art. 13bis Venn.W. (J. Ronse, *De vennootschapswetgeving* 1973, p. 61, nr. 130).

Indien een verkoopfactuur enkel werd gesteld op naam van de oprichters van de vennootschap, waar deze de koop nochtans uitdrukkelijk hadden gesloten namens de vennootschap in oprichting, volstaat de neerlegging van deze factuur ter griffie niet om het voorrecht van de onbetaalde verkoper te handhaven (Luik, 6 december 1990, *J.T.*, 1991, 496; *J.L.M.B.*, 1991, 1080).

**28. VORDERING NAMENS EEN VENNOOTSCHAP IN OPRICHTING** — In de besproken periode kwam de vraag aan de orde of de persoon die namens de vennootschap in oprichting een verbintenis aanging, nog vóór haar overname, de daaraan voor de vennootschap beantwoordende rechten kan uitoefenen. Meestal concretiseert dit vraagstuk zich indien de persoon die zich namens de vennootschap verbond zelf in rechte treedt om uitvoering te eisen van de verbintenis van de wederpartij, omdat de vennootschap niet of niet tijdig tot stand komt. Hoewel de vraag haar praktische betekenis ontleent aan de situatie waarin de vennootschap niet of niet tijdig tot stand komt,

wordt een latere overname geenszins uitgesloten door een positief antwoord: samen met de verbintenissen zal de vennootschap dan het provenu van de reeds uitgeoefende rechten overnemen (J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, p. 56, nr. 115).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen sprak zich in het algemeen uit tegen de gedachte dat de persoon die heeft gecontracteerd namens de vennootschap in oprichting, de daaraan verbonden rechten persoonlijk zou kunnen uitoefenen in afwachting van de oprichting. De vordering tot uitvoering die namens de vennootschap in oprichting werd ingeleid tegen de wederpartij wordt derhalve onontvankelijk verklaard (Rb. Namen, 7 november 1989, *R.P.S.*, nr. 6556, p. 285).

Als belangrijkste motivatie roept de rechter een voetnoot in uit de bijdrage die L. Simont aan de aanpassingswet Eerste Richtlijn gewijd had (L. Simont, „La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales”, *R.P.S.*, 1974, nr. 5786, (1), 68, voetnoot 304). In voetnoot nuanceerde L. Simont het positief antwoord dat hij in de tekst had gegeven op de vraag naar de vorderingsmogelijkheid. Bij een letterlijke lezing van art. 13bis zou men immers de indruk kunnen krijgen dat naar Belgisch recht enkel „verbintenissen” kunnen aangegaan worden namens de vennootschap. In de Eerste Richtlijn wordt daarentegen gewag gemaakt van het ruimere begrip „rechtshandeling” (art. 7). Bij nader toezicht is deze aarzeling in „voetnoot” van L. Simont zonder voorwerp: art. 13bis Venn.W. moet immers richtlijnconform geïnterpreteerd worden (zie concl. Adv.-Gen. Van Gerven voor het Marleasing-arrest, Hof van Justitie, 13 november 1990, *T.R.V.*, 1991, 36, noot J. en F. Bouckaert).

Bovendien zou, steeds volgens de Rechtbank van Namen, een vorderingsmogelijkheid voor de promotor niet kaderen in de bestaansreden van art. 13bis, nl. de bescherming van de derde (zie daarover, verder, nr. 30, in fine).

29. Tot een andere conclusie kwam de Rechtbank van Koophandel te Brussel: volgens haar was het wel degelijk mogelijk voor de promotor om te vorderen namens de vennootschap in oprichting. Toch besloot de Rechtbank tot de onontvankelijkheid van diens vordering, omdat hij onbekwaam was om handel te drijven (Kh. Brussel, 26 januari 1990, *T.B.H.*, 1991, 51, noot E. Pottier).

In casu was op 15 december 1989 een vordering ingesteld in naam van een vennootschap in oprichting, door een persoon aan wie overeenkomstig het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934 een beroepsverbod was opgelegd op 9 november 1989. Op 28 december 1989 ging de inmiddels opgerichte vennootschap over tot bekrachtiging van de dagvaarding.

Het is cruciaal te weten of de ontvankelijkheid moet beoordeeld worden op het tijdstip van de dagvaarding.

Vermits de vennootschap op dat ogenblik nog niet was opgericht, kan de verweerder zich niet beroepen op art. 11bis Venn.W.: luidens deze bepaling

die inderdaad geschreven werd voor reeds opgerichte vennootschappen, zijn vorderingen ingesteld door dergelijke vennootschappen niet ontvankelijk indien hun oprichtingsakte niet ter griffie werd neergelegd. Dit doet uiteraard geen afbreuk aan het bestaan van dergelijke vennootschap dat door derden steeds kan erkend worden. In die zin zijn derden niet verplicht dit middel van onontvankelijkheid in te roepen.

Weliswaar zou men met een beroep op de retroactiviteit waarin art. 13bis Venn.W. voorziet, kunnen stellen dat de vennootschap, door de overname van de vordering, geacht wordt deze ab initio te hebben ingesteld, d.i. vanaf een ogenblik waarop zij per definitie haar oprichtingsakte nog niet kan hebben neergelegd. Dergelijke opvatting zou echter leiden tot een volledige impasse.

Het is derhalve de hoedanigheid van de fysieke persoon die de vordering instelt namens de vennootschap in oprichting die moet in aanmerking genomen worden om de ontvankelijkheid van de vordering te beoordelen. In casu kon de vordering derhalve niet anders dan onontvankelijk geacht worden door de rechtbank van koophandel; door zijn faillissement was de eiser beroofd van het recht handel te drijven.

**30.** Het lijkt geen twijfel dat het standpunt van de Rechtbank van Koophandel te Brussel (nr. 29) de voorkeur verdient op dat van Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen (nr. 28).

Een contract is immers in de meeste gevallen een wederkerige aangelegenheid. De promotor beroven van de uitoefening van alle eraan verbonden rechten, is dan ook enkel denkbaar indien hij tot aan de overname door de vennootschap geen enkele plicht heeft jegens de wederpartij (vgl. J.L. Snyers, „Verbintenissen aangegaan voor een vennootschap in oprichting”, *T.R.V.*, 1989, (167), 169-170, nr. 7).

In dat geval zou de overname een voorwaarde zijn, die de uitvoering van de wederkerige verbintenissen opschort. Uit de hoger beschreven retroactieve werking van de overname zou ten onrechte worden afgeleid dat deze het karakter heeft van dergelijke opschortende voorwaarde. In het vorig overzicht werd net aangetoond dat deze kwalificatie tot groot nadeel van de beschermenswaardige derden zou strekken: zij zouden immers moeten wachten op de overname om uitvoering te kunnen bekomen, en zelfs in het geheel geen uitvoering kunnen bekomen indien het niet tot een overname komt (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 878 e.v., nrs. 24-25). De overname door een vennootschap is dus een ontbindende voorwaarde die zich enkel binnen een bepaalde termijn kan voordoen.

**31. VENNOOTSCHAP IN OPRICHTING. STILZWIJGENDE OVERNAME** — Indien verbintenissen aangegaan namens een vennootschap in oprichting niet door de opgerichte vennootschap worden overgenomen in de voorwaarden aangegaven in art. 13bis Venn.W., blijven de personen die ze hebben aangegaan

daarvoor persoonlijk aansprakelijk. In een geval dat werd voorgelegd aan het Hof van Beroep te Antwerpen, stelde zich de vraag of de vennootschap, een B.V.B.A., verbintenissen stilzwijgend had overgenomen, met ontlasting van de fysieke personen die deze verbintenissen hadden aangegaan (Antwerpen, 15 juni 1987, *T.R.V.*, 1988, 218).

De aangegane verbintenissen hadden immers betrekking op de afbetaling van een door de vennoten aangekochte handelszaak, die nadien door de pas opgerichte vennootschap gebruikt was. De mogelijkheid van stilzwijgende overname wordt door de rechtspraak algemeen aanvaard, als ze maar vaststaat (J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent, Story, 1973, p. 60, nr. 125; L. Simont, „La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales”, *R.P.S.*, 1974, nr. 5786, (1), 73; J.L. Snyers, „Verbintenissen aangegaan voor een vennootschap in oprichting”, *T.R.V.*, 1989, (167), 171, nr. 12; M. Van der Haegen en C. Verbraeken, „Adaptation de la législation à la 1ère directive de la C.E.E. relative aux sociétés”, *J.T.*, 1974, (125), 129, nr. 20).

Ten onrechte verschool het Hof zich, met verwijzing naar de bepalingen inzake quasi-inbreng, achter het ontbreken van een beslissing van de algemene vergadering (artt. 29quater-120quater Venn.W., ingevoegd bij W. 5 december 1984). Niet alleen dateerden de feiten van vóór de W. 5 december 1984, bovendien waren de over te nemen verbintenissen niet aangegaan jegens een vennoot of bestuurder zodat de toepassing van artt. 29quater-120quater Venn.W. gerust volledig buiten beschouwing had kunnen blijven.

Daarnaast antwoordt het Hof van Beroep impliciet dat er van een stilzwijgende overname geen sprake kan zijn omdat de doelomschrijving van de opgerichte vennootschap ruimer is dan de over te nemen handelszaak die de toekomstige vennoten voor haar zouden gekocht hebben. Deze motivatie kan uiteraard in vraag gesteld worden (J.L. Snyers, „De overname van verbintenissen in naam van een vennootschap in oprichting en de quasi-inbreng”, noot onder Cass., 17 april 1989, *T.R.V.*, 1989, (319), op 321).

Door het Hof van Cassatie wordt deze impliciete motivering echter toereikend geacht om het beroepsarrest zelfstandig te verantwoorden. Vermits tegen die motivering in het middel niet werd opgekomen — wel tegen de verkeerde toepassing van art. 120 quater Venn.W., verwerpt het Hof dit middel bij gebrek aan belang (Cass., 17 april 1989, *T.R.V.*, 1989, 319).

Tot slot weze opgemerkt dat zelfs wanneer niet aanvaard wordt dat de vennootschap de verbintenissen heeft overgenomen, de door de derde persoonlijk aansprakelijk gestelde oprichter nog steeds op grond van het gemeen recht „regres” kan nemen op de vennootschap. Tussen de vennootschap en de oprichters blijven de leerstukken van de zaakwaarneming en de verrijking zonder oorzaak steeds geldig (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 876, nr. 21; J. Ronse, *a.w.*, p. 57, nr. 118; L. Simont, *a.a.*, p. 70, nr. 68).

# ONREGELMATIG AANGEGANE VENNOOTSCHAPPEN TUSSEN PERSONEN DIE OP OPENBARE EN DUURZAME WIJZE EEN HANDELSBEDRIJF UITOEFENEN

**32. BEWIJS VAN HET BESTAAN VAN DE ZONDER AKTE OPGERICHTE HANDELSVENNOOTSCHAP** — Indien de vennoten zich beroepen op een onregelmatige V.O.F., kunnen zij het bestaan daarvan bewijzen en tegenwerpen aan derden, zelfs wanneer in het geheel geen akte werd opgemaakt (verder, nr. 45).

Derden van hun kant bewijzen het bestaan van een onregelmatig opgerichte V.O.F. aan de hand van de concludente gedragingen van haar vennoten.

Deze „feitelijke” vennootschap bezit wel degelijk rechtspersoonlijkheid, en beperkt zich niet tot een zgn. „existence juridique” (in die zin, ten onrechte, Luik, 16 oktober 1987, *R.P.S.*, 1988, nr. 6476, p. 133). Zodra vaststaat dat een openbare en duurzame samenwerking aangezien moet worden als een V.O.F., zijn alle regels die deze vennootschapsvorm beheersen erop toepasselijk, dus ook het hebben van rechtspersoonlijkheid (art. 2 Venn.W.; J. Van Ryn en P. Van Ommeslaghe, „Examen de jurisprudence (1961-1965). Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.*, 1967, p. 320, nr. 30).

Niet vereist is dat in de beslissing waarin het bestaan van een onregelmatige V.O.F. wordt aangenomen, het effectief gebruik van een maatschappelijke naam wordt vermeld (Cass., 17 maart 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 933; *T.B.H.*, 1989, 154; *Pas.*, 1988, I, 861, *R.W.*, 1988-89, 223; vgl. H. Laga, „Kanttekening bij de faillietverklaring van een directeur en afgevaardigde-bestuurder van een VZW”, *T.R.V.*, 1990, (132), 133).

Bij de bewijzlevering volstaat, maar is ook noodzakelijk dat de belanghebbende wederpartij aantoonst dat twee personen openlijk, voortdurend en gezamenlijk handel dreven in de voorwaarden bedoeld in art. 1832 B.W. (Cass., 26 oktober 1989, *Pas.*, 1990, I, 247; Bergen, 31 mei 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 1317; Kh. Leuven, 20 september 1988, *R.P.S.*, 1989, nr. 6524, 209).

Een tegenindicatie van het bestaan van een *onregelmatige* V.O.F. kan uiteraard niet afgeleid worden uit het feit dat de „vennoten” zelf en afzonderlijk zijn ingeschreven in het handelsregister (Vred. Charleroi, 26 maart 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1004). Het is strijdig met elke logica zulks a contrario te besluiten uit de regel dat dergelijke afzonderlijke inschrijving van de vennoten-handelaar niet vereist is indien de *regelmatige* V.O.F. waarvan men deel uitmaakt zelf wel is ingeschreven in het handelsregister (art. 5 gecoördineerde wetten op het handelsregister; zie verder, nr. 48).

In een geval voorgelegd aan het Hof van Beroep te Bergen hadden vader en zoon samen de zaak van de overleden moeder verder gezet onder de naam „Maison Bourg”. In het kader van een leveranciersdiscontokrediet, wil de bank op de zoon een aantal wissels verhalen die de vader geaccepteerd heeft. De bank beroept zich daarbij op het schijnmandaat waarvan de vader namens de zoon drager was. Het Hof van Beroep te Bergen willigt de eis

in maar vervangt de rechtsgrond van het schijnmandaat ambtshalve door die van een onregelmatige V.O.F. (Bergen, 15 mei 1990, *J.T.*, 1991, 391).

Men kan zich de vraag stellen of het Hof te Bergen op die manier niet de aan de rechterlijke macht opgelegde lijdelijkheid met de voeten trad door de oorzaak van het geding te wijzigen. In de moderne doctrine wordt aangenomen dat de rechtsgrond, d.i. de juridische kwalificatie van de eis niet ondeelbaar hoort tot voorwerp en oorzaak van de eis (art. 23 Ger.W.). De rechter die de juridische kwalificatie wijzigt, oordeelt dus niet „*ultra petita*”, maar illustreert treffend het adagium „*da mihi factum, dabo tibi ius*” (A. Fettweis, *Manuel de procédure civile*, 1987, p. 61, nr. 55).

Het feit dat in casu de bank haar eis enkel inleidde tegen de zoon, en niet in eerste instantie de V.O.F. dagvaardde, strijdt weliswaar met art. 189 Venn.W. Het Hof overwoog echter dat deze bepaling niet van openbare orde is, en door de verweerder niet werd ingeroepen. Dit laatste argument overtuigt niet in zoverre de V.O.F.-kwalificatie niet aan een tegensprekelijk debat zou onderworpen geweest zijn.

Rechtsgrond enerzijds, voorwerp en oorzaak van de vordering anderzijds blijven dus moeilijk te scheiden noties. Om die reden kan men begrip opbrengen voor de rechtbank van Koophandel te Gent, die in een soortgelijk geval eveneens besloot tot rekwalficatie van de rechtsgrond waarop de eis gesteund was, maar die weigerde recht te doen omdat de eis niet in termen van deze rechtsgrond geformuleerd was. Twee aannemers van schilderwerken hadden al hun „aannemingen” in gemeenschap gebracht, en gebruikten gezamenlijk het materiaal. De sommen betaald door de opdrachtgevers factureerden zij, om BTW-redenen, over en weer aan elkaar, en de kosten deelden zij. Eén van beide verzuimt een in dit kader aan hem gerichte factuur te betalen en wordt door de ander gedagvaard. De rechter oordeelt de „aanvaarde” factuur in dit kader niet bewijskrachtig, omdat het geen vraag naar betaling van een prestatie van onderaanneming betreft, maar wel een vraag naar zijn aandeel in de vennootschapswinst (Kh. Gent, 27 maart 1990, *T.B.H.*, 1991, 508).

**33. ALS V.Z.W. VERMOMDE ONREGELMATIGE V.O.F. —** In het vorig overzicht werd reeds melding gemaakt van de tendens om een V.Z.W. met een commercieel doel of een commerciële activiteit te rekwalficeren als een onregelmatige V.O.F.

Uiteraard sluiten de auteurs van dit overzicht aan bij de stelling van Ronse dat een V.Z.W. als zodanig niet failliet kan verklaard worden (J. Ronse, „Kan een V.Z.W. failliet verklaard worden?”, in *Liber Amicorum Frederic Dumon*, 1983, 219).

Het oogmerk van een V.Z.W. mag niet bestaan in de verdeling van winst onder de leden, en zijn statutair doel moet in hoofdde burgerlijk zijn (art. 1 V.Z.W.-wet; zie, voor een pleidooi op basis van de wetsgeschiedenis pro de mogelijkheid om aan de V.Z.W. toch een commercieel doel te geven: M.

Coipel, „Le rôle économique des ASBL au regard du droit des sociétés et de la commercialité”, in *Les ASBL, évaluation critique d'un succès*, C.D.V.A. (ed.), Luik, Story, 1985, 98 e.v.).

Is dit niet het geval, dan bestaat de geëigende sanctie erin de nietigverklaring van de V.Z.W. te vorderen, voor de burgerlijke rechter.

Vermits de nietigverklaring van een vereniging, anders dan die van een vennootschappelijke rechtspersoon, terugwerkende kracht heeft, kan de rechter bij die gelegenheid overgaan tot rekwalficatie van de groepering als vennootschap (artt. 1156-1157 B.W.). Men kan dit ook als een typisch geval van conversie van nietigheden beschouwen. Het vonnis van de burgerlijke rechtbank heeft dan declaratieve werking in die zin dat er ab initio het bestaan van een vennootschap door wordt vastgesteld.

Een eventuele faillietverklaring van die tot vennootschap geconverteerde V.Z.W. kan niet in één tijd gebeuren. Vooreerst moet het gaan om een handelsvennootschap. Bovendien kan enkel de rechtbank van koophandel de faillietverklaring uitspreken.

Maar binnen de grenzen van die twee voorwaarden, kan de problematiek van een ongeldig opgerichte en insolvable V.Z.W. zinvol opgelost worden.

**34.** Dit is moeilijker voor de vereniging waarvan het statutair doel in overeenstemming is met haar wettelijke specialiteit. Zij kan immers niet nietigverklaard worden, omdat zij geldig is opgericht. Op grond van een feitelijke handelsbedrijvigheid kan zij wel ontbonden worden (art. 19 V.Z.W.-wet). Dergelijke gerechtelijke ontbinding volgt echter uit een constitutioneel vonnis, en heeft dus enkel werking voor het toekomstige (J. Ronse, „Kan een V.Z.W. failliet verklaard worden?”, in *Liber Amicorum Dumon*, 241; vgl. J. T'Kint, noot onder Kort Ged.Kh. Bergen, 22 mei 1987, *R.P.S.*, 1988, nr. 6482, (154), 160).

Uiteraard is enkel de burgerlijke rechter voor dergelijke V.Z.W. bevoegd (Arr.Rb. Gent, 14 april 1986, *T.B.H.*, 1988, 578, noot H. Laga).

Gelet op de constitutieve werking van het ontbindingsvonnis, is het hem echter niet mogelijk om de ontbonden V.Z.W. met retroactieve werking te converteren of rekwalficeren in een handelsvennootschap, en nadien voor de handelsrechter failliet te laten verklaren (J. Ronse, *a.a.*, p. 243).

Weliswaar vertoont de vereffeningsprocedure van de ontbonden V.Z.W. veel procedurele gelijkenissen met de faillissementsprocedure. Toch is de vereffeningsprocedure in casu minderwaardig, omdat de feitelijke handelsbedrijvigheid een extra-statutaire activiteit is die niet kan toegerekend worden aan de V.Z.W. in vereffening.

Sedert 1973 is het weliswaar zo dat specialiteitsoverschrijdende handelingen de N.V. en de B.V.B.A. verbinden (art. 63bis Venn.W.): zo kan een N.V. of een B.V.B.A. met een burgerlijk doel op grond van zijn feitelijke handelsbedrijvigheid rechtspersoon-koopman worden.

Voor de V.Z.W. blijft de ijzeren regel van de wettelijke specialiteit echter

gelden: een feitelijke handelsbedrijvigheid kan in geen geval aan de VZW-rechtspersoon worden toegerekend, en de desbetreffende handelingen komen zelfs voor vernietiging in aanmerking (W. Van Gerven, *Algemeen deel*, 225; P. Van Ommeslaghe, „Observations sur les limites imposées à l'activité des personnes morales en droit comparé”, noot onder Cass., 31 mei 1957, *R.C.J.B.*, 1958, p. 186, nr. 7).

35. De door Ronse voorgestane oplossing die erin bestond eerst de V.Z.W. te laten ontbinden door de burgerlijke rechter, om vervolgens voor de handelsrechter het bestaan te doen vaststellen van een onregelmatige V.O.F. aan wie de feitelijke handelsbedrijvigheid kan toegerekend worden, is omslachtig (J. Ronse, „Kan een V.Z.W. failliet verklaard worden?”, *a.a.*, p. 219).

Niets belet de rechtbank van koophandel om de V.Z.W. als zodanig ongemoeid te laten, en meteen beroep te doen op het gedachtengoed van de onregelmatige V.O.F.: zo kan de handelsbedrijvigheid rechtstreeks toegerekend worden aan de persoon of personen die daadwerkelijk en openlijk een handelsactiviteit drijven, vermits ze dit onmogelijk kunnen doen in het kader van een V.Z.W.; gaat het om meerdere personen die gezamenlijk handelen, dan doen zij dit noodzakelijkerwijze in het kader van een onregelmatige V.O.F.

Terecht werd opgemerkt dat deze gedachtengang niet mag verward worden met degene die toegepast wordt bij toerekening van het faillissement aan de achterman (H. Geinger, P. Colle en C. Van Buggenhout, „Overzicht van rechtspraak (1975-1989). Faillissementsrecht”, *T.P.R.*, 1991, p. 420, nr. 9). De V.Z.W. is geen naamlener die toelaat om de hoedanigheid van koopman door te rekenen aan de achterman voor wie hij optreedt. De V.Z.W. is helemaal geen koopman. De achterman, natuurlijke persoon of V.O.F., verkrijgt de hoedanigheid van koopman door persoonlijk handel te drijven. Dit gebeurt in feite onder het mom van de V.Z.W.. Juridisch heeft de V.Z.W. met deze handelingen echter geen uitstaans, omdat ze hem niet eens kunnen toegerekend worden.

Men vindt deze werkwijze aangekondigd in een arrest van het Hof van Beroep te Luik, waarin wat onhandig wordt uitgegaan van het niet-bestaan van de V.Z.W. om de ontstane situatie als een onregelmatige V.O.F. te kwalificeren (Luik, 28 november 1986, *R.P.S.*, 1988, nr. 6498, p. 142; *T.B.H.*, 1987, 514).

De bedoeling is immers niet de V.Z.W. retroactief te converteren of te rekwalficeren in een V.O.F. (in die zin, ten onrechte, Brussel, 10 februari 1988, *R.P.S.*, 1988, nr. 6481, p. 151).

De zonet ontwikkelde oplossing die in de besproken periode door de tweede auteur van dit overzicht werd voorgesteld (H. Laga, noot onder Arr.Rb. Gent, 14 april 1986, *T.B.H.*, 1988, 578), vond navolging in de rechtspraak: in het bekende geval „Javeau” kwam het zelfs tot een ambtshalve failliet-

verklaring van een V.O.F. die een directeur en een afgevaardigde-bestuurder van een V.Z.W. onder het mom van die V.Z.W. zouden gedreven hebben (Kh. Brussel, 21 februari 1990, *T.R.V.*, 1990, 129, noot H. Laga; *Z.W.*, 1990, 70, *DAOR*, 1990/13, 79, noot J. Billiet; zie ook inzake de terzijdestelling van een B.V.B.A., Kh. Gent, 11 december 1987, *T.R.V.*, 1988, 376, noot).

Op verzet werd de beslissing ongedaan gemaakt (Kh. Brussel, 27 april 1990, *T.R.V.*, 1990, 317; *R.P.S.*, 1990, nr. 6558, p. 291, noot F. T'Kint; *Z.W.*, 1991, 69). De eerste rechter had kennelijk verzuimd na te gaan of de voorwaarden voor de aanwezigheid van dergelijke „feitelijke” V.O.F. voldaan waren. Integendeel, hij gaf enkel redenen aan die erop wezen dat de feiten maar zeer moeilijk toelieten om te besluiten tot het voldaan zijn van die voorwaarden.

Het principe van de mogelijke toerekening van de handelsbedrijvigheid die in het kader van een V.Z.W. gedreven werd aan een V.O.F. werd nochtans ook in de op verzet genomen beslissing aanvaard, en lijkt trouwens meer algemeen verworven (zie b.v. Kh. Gent, 6 januari 1989, *T.G.R.*, 1989, 21; *Z.W.*, 1989, 112).

Het is correct dat de curator het bij een faillissement van dergelijke onregelmatige V.O.F. niet onder de markt zal hebben om de boedel van de V.O.F. samen te stellen, nu de V.Z.W. nog steeds bestaat (F. T'Kint, noot onder Kh. Brussel, 27 april 1990, *R.P.S.*, 1990, 291). Daartegenover staat dat noch de V.Z.W. noch de V.O.F. traditioneel rechtspersonen zijn met een groot vermogen, terwijl de kwalificatie als V.O.F. in elk geval aan de schuldeisers de mogelijkheid biedt om de vennoten met hun persoonlijk vermogen aansprakelijk te stellen, en failliet te laten verklaren (zie verder, hoofdstuk V, nrs. 94 e.v.).

**36. REGULARISATIE ONREGELMATIGE V.O.F. IN DE LOOP VAN EEN PROCEDURE** — Om een nietigheidsvonnis te vermijden, is de regularisatie van een onregelmatige V.O.F. mogelijk, zelfs hangende het geding tot nietigverklaring, en wel tot aan de uitspraak van de nietigheid door de rechter (zie vorige overzichten, *T.P.R.*, 1978, p. 715, nr. 43; *T.P.R.*, 1986, p. 883, nr. 28). Een heel andere vraag is die naar de mogelijkheid om de actieve procesrechtelijke onbekwaamheid van een onregelmatige V.O.F. te verhelpen door regularisatie in de loop van de procedure (verder, nr. 47).

#### AFDELING 4

##### NIETIGVERKLARING VAN HANDELSVENNOOTSCHAPPEN MET RECHTSPERSOONLIJKHEID

**37. ONBESTAANBAARHEID EN NIETIGHEID** — Hoger werd reeds gewezen op het belangrijk verschil tussen de nietigheid van een deelneming aan de

vennootschap en de nietigheid van de vennootschap zelf (hoger, hoofdstuk II, nr. 7).

Uit het eveneens reeds besproken Ubbink-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen kon afgeleid worden dat de vraag of een naamloze of besloten vennootschap ontstaan is, nog steeds door het nationaal recht beheerst wordt. De Eerste Richtlijn heeft enkel tot doel, in het belang van derden, om de nietigheidsgronden te beperken die een ontstane vennootschap kunnen bedreigen, alsmede om voorrang te geven aan de „openbare schijn” (boven, nrs. 23 e.v.; verder, nrs. 46 e.v.).

**38. GEVOLGEN VAN UBBINK-ARREST VOOR EENHOOFDIG OPGERICHTTE VENNOOTSCHAP** — Hoewel de eenhoofdige oprichting van een B.V.B.A. in de besproken periode tot de mogelijkheden ging horen, blijft de aanwezigheid van twee of meer geldig verbonden oprichters een voorwaarde voor de geldige oprichting van de andere vennootschapstypes.

Met het in vorig randnummer aangehaald Ubbink-arrest kan zelfs de vraag gesteld worden of er naar Belgisch recht opnieuw ruimte vrijkomt voor onbestaanbare vennootschappen.

Indien een vennootschap eenhoofdig werd opgericht, ligt er immers geen consensueel moment aan ten grondslag (boven, nrs. 23 e.v.). Men zou dan kunnen voorhouden dat de vennootschap niet ontstaan is (vgl. L. Simont, „La loi du 6 mars 1973”, *R.P.S.*, 1974, nr. 5812, p. 224, nr. 97).

Ingevolge het Ubbink-arrest zou de zonder contract opgerichte vennootschap slechts ontstaan zijn indien de akte van die vennootschap openbaar werd gemaakt, en aldus de schijn van een vennootschap werd gewekt: d.i. het zgn. constitutief effect van openbaarmaking, dat andermaal speelt ter bescherming van derden (K. Geens, „Het Hof van Justitie over de eerste Richtlijn: het constituerend effect van openbaarmaking bij niet opgerichte vennootschappen”, *T.R.V.*, 1988, (444), 448, nr. 20).

**39. STROMANOPRICHTING. FICTIEVE VENNOOTSCHAPPEN** — De veinzing door tussenplaatsing van personen waarbij stromannen optreden in eigen naam voor rekening van een achterman — de zgn. naamlening, kan zich voordoen bij de oprichting van een vennootschap.

Daaraan wordt herinnerd in een cassatiearrest dat terugging op feiten uit de periode waarin in een B.V.B.A. drie vennoten moesten deelnemen wanneer twee onder hen echtgenoten waren.

Indien de tussenkomst van één of meerdere stromannen noodzakelijk is om aan het pluraliteitsvereiste te voldoen, kan het fictief karakter van hun deelneming uiteindelijk leiden tot de nietigheid van de vennootschap zelf (Cass., 29 november 1985, *T.R.V.*, 1988, 200).

Hoewel de naamlening op zich niet verboden is bij de oprichting van een vennootschap — zij is dat wél bij de stemming in de A.V. (art. 200 Venn.W.) — zal zij veelal een geval van intellectuele valsheid in geschrifte uitmaken.

De naamkening is immers een met de waarheid strijdige verklaring. Zij wordt strafbaar indien zij gedaan werd met bedrieglijk opzet, of met het oogmerk om te schaden (Cass., 12 december 1927, *Pas.*, 1927, I, 45; Cass., 26 september 1966, *Pas.*, 1967, I, 89).

Voor het bedrieglijk opzet volstaat dat de dader aan zichzelf of aan een ander een onwettig voordeel wil verschaffen of een voordeel dat niet of moeilijker zou bereikt zijn met eerbiediging van de waarheid (zie K. Geens, „De nietigheid bij de oprichting van een vennootschap”, *T.P.R.*, 1990, (1631), 1644-1645, en de aldaar aangehaalde bijdragen van Trousse en Matray). Grosso modo gelden dezelfde regels bij fiscale valsheid in geschrifte (ten tijde van de hiernavolgende feiten: art. 342, later 340, nu 450 W.I.B.).

**40.** Dat het formuleren van dit onwettig voordeel zowel bij gemeenrechtelijke als fiscale valsheid een moeilijke taak kan zijn, ondervond de correctionele rechtbank te Brussel in dé fiscale fraudezaak die België in zijn greep hield in 1986 (Corr. Brussel, 25 juni 1986, *R.P.S.*, 1986, nr. 6408, p. 234).

Na te hebben vastgesteld dat de eigenaar van een Zwitserse bankrekening zich bediend had van stromannen om alleen een Belgische vennootschap op te richten, en na de eigenaar van deze bankrekening te hebben ontmaskerd, stelt de correctionele rechtbank het onwettig voordeel vast dat de enig werkelijke vennoot zich zo verschaft had: door zich te bedienen van stromannen, maakte hij het de fiscale administratie niet alleen moeilijker om zijn inkomens- en vermogenssituatie te controleren, bovendien moesten de stromannen minder belasting betalen op de uit de vennootschap genoten inkomsten dan de vennoot zou moeten betaald hebben.

Toch is de Rechtbank van oordeel dat het wellicht niet om een fictieve vennootschap gaat, en laat ze het woord „fictief” uit het rekwisitoor schrappen (*Ibid.*, p. 246): in die zin geïnstrueerd door de verdediging en de rechtsleer, gaat de correctionele rechtbank terecht uit van de onmogelijkheid om bestaande vennootschappen nog retroactief ongedaan te maken (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 944, nr. 95)

Ook in fiscale geschillen zonder penaal karakter die betrekking hadden op patrimoniumvennootschappen moest vastgesteld worden dat de fictieve vennootschap in de rechtspraak geen genade meer vindt (Gent, 20 september 1988, *F.J.F.*, 1988, 89/96, p. 177; *T.R.V.*, 1988, 450, noot S. Van Crombrugge; Brussel, 17 oktober 1989, *F.J.F.*, 1990, 90/01, p. 3; vgl. ook boven, inzake affectio societatis, nr. 5).

**41.** In twee interessante beschikkingen wordt aangetoond hoe een verschillende kwalificatie van een zelfde feitensituatie tot radicaal tegengestelde oplossingen kan leiden.

Bij de oprichting van een N.V. stelt een vennootschap door middel van drie cheques de in te brengen fondsen ter beschikking aan drie natuurlijke

personen die optreden als oprichter. Kort vóór, kort na, of gelijktijdig met de oprichting wordt een overeenkomst van aandelenoverdracht getekend tussen de drie oprichters en de vennootschap-geldschietster. In de periode die daarop volgt, komt er een haar in de boter zodat de grootste verwarring ontstaat: wisselend treden de oprichters en de vennootschap-geldschietster op als enige aandeelhouder op de algemene vergadering.

Uiteindelijk komt het tot een geding waarin de partijen mekaar wederzijds het eigendomsrecht van de aandelen betwisten.

In eerste aanleg wordt beslist dat de aandelenoverdracht al ondertekend was vóór de oprichting, d.i. vóór enige storting op de aandelen: dergelijke anticipatieve overdracht is nadrukkelijk strijdig met art. 46 Venn.W. dat de openbare orde raakt; vermits de overdracht absoluut nietig is, blijven de aandelen eigendom van de oprichters (Kh. Tongeren, 19 november 1990, *T.R.V.*, 1991, 520; zie ook hoger, nr. 3 en verder, nr. 223).

In hoger beroep wordt een redenering ontwikkeld die de zaak opnieuw doet kantelen in het voordeel van de vennootschap-geldschietster. Met beroep op de theorie van de veinzing door tussenplaatsing van personen, worden de oprichters als stromannen beschouwd.

Zodoende is tussen partijen de vennootschap-geldschietster steeds eigenaar geweest. Het Hof kan er dan niet meer om heen dat de vennootschap in werkelijkheid eenhoofdig is opgericht. Hoewel het vereiste van meerhoofdigheid in de ogen van het Hof steeds raakt aan de openbare orde, komt het niet tot een ambtshalve nietigverklaring omdat de vennootschap geen partij was bij het geding.

Daarom worden de zgn. „oprichters” in hoger beroep veroordeeld tot teruggave van de aandelen aan de enige werkelijke oprichter. Kennelijk om te vermijden dat dit het eenhoofdig karakter van de vennootschap met zich zou brengen, werd slechts de teruggave van 1999 van de 2000 aandelen gevorderd en bevolen (Antwerpen, 18 juni 1991, *T.R.V.*, 1991, 517, noot N. Hollanders de Ouderaen).

Hoewel derden — waaronder de vennootschap — de stromannen kunnen beschouwen als de werkelijke oprichters, geldt inter partes enkel de tegenbrief. In casu bevatte deze tegenbrief weliswaar de verplichting voor de stroman om in eigen naam maar voor rekening van de achterman op te treden, maar niet de verplichting om daarvoor te blijven optreden: integendeel, de stroman moest de verworven aandelen meteen weer afstaan. Er was hier sprake van intellectuele valsheid in geschrifte, omdat de naamgeving duidelijk een onwettig voordeel verschaft: zonder de tussenplaatsing van een stroman had de vennootschap nooit meerhoofdig kunnen opgericht worden.

42. In een ander geval moest de administratie van de BTW herinnerd worden aan het feit dat een vennootschap na haar nietigverklaring de rechtspersoonlijkheid behield, met het oog op haar vereffening (Kort Ged.

Rb. Brussel, 28 maart 1985, *F.J.F.*, 1986, nr. 86/22, p. 39; *R.P.S.*, 1986, nr. 6388, p. 162; *Ann. Dr. Liège*, 1986, 517).

**43. ONGEORLOOFD STATUTAIR OF WERKELIJK DOEL. PREJUDICIËLE VRAAG** — In de Nederlandse tekst van art. 13ter Venn.W., dat de limitatieve opsomming van de nietigheidsgronden bevat, wordt de ongeoorloofde oorzaak niet vermeld, maar wel het ongeoorloofd *werkelijk doel*. De Franse tekst maakt gewag van het ongeoorloofd „objet social”(2).

De vraag nu is of de ongeoorloofde oorzaak die voorzit bij de oprichting van een vennootschap kan beschouwd worden als het werkelijk doel van de vennootschap dat, even ongeoorloofd zijnde, tot de nietigheid van de vennootschap kan leiden.

De beantwoording van deze vraag moet richtlijnconform gebeuren, d.w.z. in overeenstemming met art. 11 Eerste Richtlijn waarin de nietigheidsgronden limitatief opgesomd worden. In die zin is de vraag enkel pertinent voor de N.V., B.V.B.A. en Comm.V.A., omdat de Eerste Richtlijn enkel voor die vennootschappen bestemd was. Voor de andere vennootschappen werden de nietigheidsgronden niet beperkend opgelegd(3).

De Belgische doctrine was verdeeld over de vraag.

In het vorig overzicht werd door Ronse zelf nog met overtuiging een lans gebroken om de nietigheidsgrond bedoeld in art. 13ter, 3° Venn.W. te begrijpen in de zin van de Nederlandse tekst („werkelijk doel”) van die bepaling. Immers, ook in de Nederlandse en de Duitse tekst van art. 11, 2°, b) Eerste Richtlijn werd met nadruk gewaagd van het *werkelijk* („tatsächlich”) doel van de vennootschap. Daarmee werd, op goede gronden, de Franse bewoording van art. 13ter, 3° Venn.W. („objet social”), en van art. 11, 2°, b) Eerste Richtlijn („objet”) terzijde gesteld. Indien het werkelijk doel van de vennootschap ongeoorloofd was, zo werd betoogd, dan volstond zulks om de nietigverklaring van de vennootschap uit te spreken. Om de nietigverklaring te bekomen was in die optiek dus niet vereist dat het statutair doel, zoals het in de oprichtingsakte was weergegeven, ongeoorloofd was. De vennootschap met als werkelijke beweegreden („beslissende drijfveer”) het vermogen van de inbrenger-oprichter te onttrekken aan zijn schuldeisers, zou dan kunnen beschouwd worden als een vennootschap met een ongeoorloofd werkelijk doel (artt. 7-8 H.W.). In dat geval zouden de nietigheidsgronden bedoeld in het 3° en het 4° van art. 13ter Venn.W. zich gelijktijdig kunnen voordoen, met name indien de vennootschap maar één geldig verbonden oprichter heeft (vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 885, nr. 31).

(2) In art. 13ter, 3° Venn.W. wordt zowel gesproken van het ongeoorloofd doel als van het doel dat strijdig is met de openbare orde. Uiteraard moet hieronder ook het doel dat strijdig is met de goede zeden begrepen worden (J. Ronse, e.a., „Overzicht van rechtspraak (1978-85). Vennootschappen”, *T.P.R.*, 1986, p. 885, nr. 31).

(3) Sedert W. 20 juli 1991 geldt in het Belgisch recht weliswaar ook voor de C.V. een limitatieve opsomming: daarbij werd echter de voorzorg genomen om ook in de Nederlandse tekst van „doel” tout court („objet”) te gewagen (nieuw art. 144, tweede lid Venn.W.).

Andere gezagvolle auteurs hielden echter voor dat een ongeoorloofde oorzaak op zich niet volstond om de nietigheid van de vennootschap te bekomen. Het maatschappelijk doel zelf, zoals in de statuten omschreven, moest ongeoorloofd zijn (in chronologische orde: P. Van Ommeslaghe, „La première directive du conseil du 9 mars 1968 en matière des sociétés”, *Cah. Dr. Eur.*, 1969, 660; L. Simont, „La loi du 6 mars 1973”, *R.P.S.*, 1974, nr. 5712, p. 209, nr. 86; M. Coipel, *Dispositions communes*, *Rép. Not.*, p. 83, nr. 61).

Wel werd aanvaard dat indien het geschreven statutair doel (b.v. hotelbedrijf) het werkelijke doel (b.v. prostitutie) van in den beginne verheimelijkte, de vennootschap op die basis kon vernietigd worden (J. Van Ryn en P. Van Ommeslaghe, „Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.*, 1981, p. 241, nr. 8).

Evenzeer werd aangenomen dat, wat ook bedoeld werd met het ongeoorloofd werkelijk doel, het gebrek aanwezig diende te zijn van bij de aanvang van de vennootschap om de nietigheid teweeg te brengen: indien de determinerende beweegreden (J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, p. 73, nr. 160) of de werkelijke activiteit (L. Simont, „Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation”, in *Les sociétés commerciales*, Jeune Barreau, Brussel, 1985, (102), nr. 28) van de vennootschap pas later ongeoorloofd werd kan dit nog hoogstens een wettige reden voor ontbinding zijn.

De Belgische rechtspraak neigde in de richting van Ronse (zie nog in de besproken periode, Kh. Hasselt, 28 mei 1990, *T.R.V.*, 1991, 421; vroeger: Antwerpen, 14 maart 1983, *R.P.S.*, 1983, nr. 6348, p. 308; *R.W.*, 1983-84, kol. 172; Kh. Tongeren, 17 maart 1975, *R.P.S.*, 1978, nr. 5967, p. 65).

Nochtans waren alle auteurs het erover eens dat een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie gewenst was (vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 887, nr. 31; J. Van Ryn en P. Van Ommeslaghe, „Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.*, 1981, p. 240, nr. 8).

Die kwam er in de besproken periode.

**44.** De rechtbank van eerste aanleg te Oviedo (Spanje) stelde een prejudiciële vraag nopens de interpretatie van art. 11 Eerste Richtlijn (Hof van Justitie, inzake Marleasing S.A. tegen La Comercial Internacional de Alimentacion S.A., 13 november 1990, *T.R.V.*, 1991, 43, noot J. en F. Bouckaert; zie ook A.W. Van Der Woude, „Nogmaals richtlijnconforme uitleg van de wet”, *Weekblad voor Fiscaal Recht* (Ned.), 1991, 853; G. de Búrca, „Giving effect to European Community Directives”, *Modern Law Review*, 1992, 215; J. Stuyck en P. Wytinck, „Marleasing S.A. v. la Comercial Internacional de Alimentacion S.A.”, *Comm. Market Law Review*, 1991, 205; P. Mead, „The obligation to apply European law: is Duke dead?”, *Europ. Law Review*, 1991, 490).

Dit gebeurde in een voor Belgische juristen vertrouwde situatie: de inbreng

was immers geschied met als werkelijke beweegreden het vermogen van de inbrenger te onttrekken aan zijn schuldeisers.

Het Hof was erg summier in zijn redengeving, maar volgde de meest restrictieve interpretatie. Het ging ervan uit dat men in de Eerste Richtlijn, met het oog op de rechtszekerheid, vooral bekommerd was om het beperken van de nietigheidsgronden (zie o.a. de eerste, tweede, derde en zesde overweging in de aanhef van de Eerste Richtlijn). Derhalve is het enige „doel” dat bij ongeoorloofdheid tot nietigheid van de vennootschap kan leiden, hetgene dat omschreven wordt in de oprichtingsakte of de statuten van de vennootschap.

Advocaat-generaal Van Gerven is voorstander van een minder beperkende visie en begrijpt onder het ongeoorloofd doel ook het ongeoorloofd of met de openbare orde strijdige voorwerp van de vennootschap, zoals dat *van bij het begin* in de daadwerkelijk uitgeoefende activiteit tot uiting komt, ook al komt het dan niet met zoveel woorden voor in de oprichtingsakte. Het opnemen in de statuten van een geoorloofd, maar geveinsd doel moet zijn inziens te allen prijze worden vermeden. Dergelijke „ruime” interpretatie lijkt de advocaat-generaal niet strijdig te zijn met het oogmerk van de bescherming van belangen van derden omdat derden anders zeer gemakkelijk zouden kunnen misleid worden.

Bovendien vindt deze argumentatie steun in de verminderde statutaire specialiteit die art. 9 van de Derde Richtlijn (art. 63bis Venn.W.) in zwang bracht: vermits de vennootschap normalerwijze — d.i. behoudens bewezen kwade trouw van de tegenpartij van de vennootschap — verbonden is door extra-statutaire handelingen, is het des te belangrijker dat de vennootschap kan vernietigd worden wegens een van in den beginne uitgeoefende en tevens ongeoorloofde extra-statutaire feitelijke bedrijvigheid (= voorwerp) (zie L. Simont, *a.a.*, in *Les sociétés commerciales*, p. 100 e.v., nr. 28).

Die nuance is in het arrest zelf niet terug te vinden.

Overigens zijn de advocaat-generaal en het Hof het eens: het werkelijke doel is het in de oprichtingsakte of de statuten omschreven doel.

In voetnoot verwijst de advocaat-generaal nog naar art. 9 van het in hetzelfde jaar als de Eerste Richtlijn ondertekende Verdrag van 29 februari 1968 betreffende de onderlinge erkenning van vennootschappen en rechtspersonen: daarin wordt het voorwerp van de vennootschap bewust ruimer omschreven, met inbegrip van het werkelijk nagestreefde doel.

Met verwijzing naar de andere bedoeling van deze omschrijving — nl. te bepalen of de vennootschap al dan niet moet erkend worden indien haar „voorwerp” strijdig is met de internationale openbare orde van de verdragsluitende Staat, illustreert de advocaat-generaal dat de nietigheidsgronden in art. 11 restrictief dienen begrepen te worden.

## VORM EN OPENBAARMAKING VAN AKTEN

**45. TEGENWERPELIJKHEID VAN DE ZONDER AKTE OPGERICHTE VENNOOTSCHAPPELIJKE RECHTSPERSOON NAAR BELGISCH RECHT** — De verkrijging van de rechtspersoonlijkheid door een vennootschap valt, zoals hoger gesteld, naar Belgisch recht niet samen met een formeel, maar wel met een consensueel element (hoger, nr. 23).

Voor de aanpassingswet aan de Eerste Richtlijn nam men aan dat de derde het bestaan van de zonder akte opgerichte vennootschap kan erkennen of ontkennen, ook indien de vennoten het bestaan van de vennootschap bewezen (zie het eerste overzicht, *T.P.R.*, 1964, p. 88, nr. 35).

Ingevolge de aanpassingswet, meer bepaald het nieuwe art. 13quater Venn.W., wordt aanvaard dat de derde voortaan het bestaan van de zonder (geldige) akte opgerichte vennootschap niet meer kan ontkennen indien de vennootschap zichzelf op haar bestaan beroept en dat bestaan ook bewijst: zulks veronderstelt wel dat met de derde gehandeld was geworden in naam en voor rekening van de vennootschap (J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 171).

Sedert de aanpassingswet kan niet langer aangenomen worden dat het *bestaan van een vennootschap* waarvan geen akte bestaat en waarvan dus uiteraard ook geen akte gepubliceerd werd, aan derden niet tegenwerpelijk is (*Ibid.*, p. 211-212; L. Simont, La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales, *R.P.S.*, 1974, nr. 5786, p. 26, nr. 26).

De niet tegenwerpelijkheidssanctie heeft enkel betrekking op de *inhoud van de akte* (art. 10, § 4 Venn.W.) (zie, bijvoorbeeld, Arb.Rb. Brussel, 26 juni 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 817, noot Cl. Parmentier, verder besproken in hoofdstuk 8).

Het gebrek aan openbaarmaking heeft wel voor gevolg dat de vorderingen in rechte die uitgaan van de vennootschap niet ontvankelijk zijn (art. 11 Venn.W.; zie verder, nrs. 47 e.v.).

Dat laat de derde echter niet toe om het bestaan van de vennootschap te negeren en de vennoten „ut singuli” te dagvaarden, althans niet indien in naam en voor rekening van een vennootschap werd gehandeld die niet voorafgaandelijk nietig verklaard werd.

De derde die als eiser optreedt moet het bewezen bestaan van een niet openbaar gemaakte vennootschap zonder akte derhalve aanvaarden tot aan de rechterlijke nietigverklaring.

Wij zijn het derhalve oneens met een beslissing van de Rechtbank van Koophandel te Brussel waarin aan een derde-eiser het recht werd verleend het bewezen bestaan van een zonder akte opgerichte V.O.F. te negeren. Daarbovenop kwam nog dat de eiser gecontracteerd had met de V.O.F. als zodanig, en de eis betrekking had op dit contract (Kh. Brussel, 29 januari

1986, *T.B.H.*, 1987, 697). In deze beslissing wordt enkel rechtspraak en rechtsleer geciteerd die dateert van vóór de aanpassingswet.

**46. SCHIJNVENNOOTSCHAP. CONSTITUTIEF EFFECT VAN OPENBAARMAKING** — In de reeds besproken aan het Europees Hof van Justitie voorgelegde Ubbink-zaak deed zich de omgekeerde situatie voor (boven, nrs. 23 e.v.). De derde wilde zich beroepen op het bestaan van een vennootschap omdat met hem (d.i. de derde) gecontracteerd was in naam en voor rekening van een vennootschap — in casu een B.V.

De „vennootschap” zelf beweerde dat ze niet bestond: er was niet eens een oprichtingsakte van de beweerde B.V.; de vennootschap was bovendien niet als zodanig, d.i. als B.V., maar wel als B.V. in oprichting openbaar gemaakt.

Uiteraard kan een vennootschap zonder akte zich naar Belgisch recht niet op de eigen nietigheid wegens vormgebrek beroepen (art. 13 quater, § 2 Venn.W.).

Maar zij kan wel beweren dat zij niet bestaat. De derde draagt dan het bewijsrisico (J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent/Leuven, Story, 1973, p. 99, nr. 198).

In de bestudeerde hypothese (m.n. die van de vennootschap zonder akte) wordt de derde bij het leveren van dat bewijs uiteraard niet geholpen door het bestaan van een al dan niet openbaar gemaakte oprichtingsakte (art. 10, § 4, tweede lid Venn.W.).

Niettemin ligt het voor de hand dat de derde naar geldend Belgisch recht kan bewijzen dat een vennootschap zonder bijzondere akte toch bestaat. Daarbij kan hij de vennootschap kwalificeren zoals zij zich ogenschijnlijk voordoet in het rechtsverkeer en moet hij niet noodzakelijk zijn toevlucht nemen tot de kwalificatie als V.O.F. (J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 184-185 en 212; anders: J. Van Ryn, *Traité*, I, 1954, p. 273, nr. 386).

Soms aanvaardt de rechtspraak dat de derde zich ertoe beperkt te bewijzen dat hij gerechtigd was te vertrouwen op het bestaan van een vennootschap. Er is sprake van een zgn. schijnvennootschap wanneer in werkelijkheid geen vennootschap bestaat, maar nochtans de schijn hiervan wordt gewekt, zodat derden erop vertrouwen dat aan de schijn een werkelijkheid beantwoordt (zie vorige overzichten, *T.P.R.*, 1964, p. 96, nr. 47; *T.P.R.*, 1967, p. 667, nr. 74; zie ook Cass., 22 november 1965, *Pas.*, 1966, I, 391; *R.W.*, 1966-67, 982; *R.P.S.*, 1967, nr. 5393, p. 270).

Zo werd beslist dat de inschrijving in het handelsregister namens een „feitelijke vereniging” met zich brengt „(qu’) il est sans intérêt que cette société boiteuse n’ait d’existence juridique que moyennant le respect des conditions de fond applicables à tout contrat de société.....l’appelant ayant, en l’espèce, induit un tiers en erreur en créant..., une situation apparente qu’il prétend contraire à la réalité; que l’appelant doit supporter

les conséquences de son fait'' (Luik, 28 oktober 1983, *R.P.S.*, 1984, nr. 6287, p. 159; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 973, nr. 126).

Het bestaan van een vennootschap zonder akte moet dus niet bewezen worden indien althans de schijn ervan gewekt werd, bijvoorbeeld door inschrijving in het handelsregister (die schijn kan moeilijk worden gewekt door de in art. 10 Venn.W. bedoelde neerlegging ter griffie vermits die juist een akte veronderstelt).

Bovendien moet het handhaven van die schijn ertoe strekken een rechtmatig vertrouwen van een derde niet te beschamen, bijvoorbeeld wanneer deze laatste dagvaardt (J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 187). Indien de derde gedagvaard wordt door de vennoten „ut singuli'', vereist de bescherming van zijn rechtmatig vertrouwen niet dat hij zich zou kunnen beroepen op het „bestaan'' van de „schijn''vennootschap (anders: Brussel 12 juni 1967, *J.T.*, 1967, 666).

Deze doctrine vindt nu bijkomende steun in de interpretatie die het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen gegeven heeft aan de bepalingen van de Eerste Richtlijn op het stuk van de openbaarmaking. Het Hof heeft duidelijk te kennen gegeven dat deze bepalingen ook een betekenis hebben in de rechtsstelsels waarin de openbaarmaking geen vereiste is voor het ontstaan van de vennootschap (boven, nrs. 25-26).

**47. ONONTVANKELIJKHEID VAN DE RECHTSVORDERING VAN EEN VENNOOTSCHAP WAARVAN DE OPRICHTINGSAKTE NIET WERD NEERGELEGD. REGULARISATIE** — Een vordering ingesteld door een vennootschap waarvan de oprichtingsakte niet is neergelegd, is niet ontvankelijk (Kort Ged. Kh. Brussel, 26 januari 1990, *T.B.H.*, 1991, 51). Meestal is dergelijke vennootschap trouwens niet ingeschreven in het handelsregister, of althans niet voor de activiteit waarvoor zij dagvaardt (Antwerpen, 8 april 1987, *Pas.*, 1987, II, 151; artt. 41-42 Hrg.W.).

Kan een onregelmatige V.O.F. die eiser is in een geding dat met haar geldigheid of nietigheid geen uitstaans heeft, en die nog in de loop van die procedure geregulariseerd werd, deze procedure — na regularisatie — *verder zetten*? Hierop kan zonder twijfel negatief worden geantwoord.

Aangezien het middel van onontvankelijkheid poogt een einde te stellen aan de vordering, is het recht om dit middel tegen te stellen verworven door de verweerder vanaf de inleiding van de vordering. Derhalve kan de neerlegging van de akte waaruit de regularisatie van de vennootschap blijkt niet meer dienen. De vordering moet opnieuw ingeleid worden (vgl. L. Liefsoens, „Procedurele implicaties van de regularisatie van een onregelmatig opgerichte V.O.F. in de loop van een rechtsgeschil'', *T.R.V.*, 1989, (210), 214).

**48.** Een tweede denkbare situatie bestaat erin dat de vennoten *ut singuli* in rechte treden, en dat hun vordering ontoelaatbaar wordt verklaard bij

gebrek aan hoedanigheid (art. 17 Ger.W.), omdat enkel de tussen hen onregelmatig opgerichte V.O.F. deze bezit (Kh. Brussel, 15 februari 1990, *T.R.V.*, 1990, (261), 263, in fine).

Indien de geregulariseerde V.O.F. in de loop van de procedure de plaats wil innemen van de vennoten die tot dan toe ut singuli waren opgetreden, is dit niet mogelijk omdat een partij bij het proces zich niet kan laten vervangen, ook al bezit de vervangende persoon dan de hoedanigheid die de vervangene mist.

Dit laatste moest een geregulariseerde V.O.F. tot zijn schade ondervinden (Gent, 14 oktober 1988, *T.R.V.*, 1989, 208). In een geding dat door de vennoten ut singuli was ingeleid, werd hun gemis aan hoedanigheid pas storend toen het Hof van Cassatie het beroepsarrest verbrak, en terugverwees naar het Hof van Beroep te Gent, op grond van het feit dat de enkele beschouwing dat de vennoten afzonderlijk waren ingeschreven in het handelsregister niet kon volstaan om het bestaan van een onregelmatige V.O.F. af te wijzen (Cass., 20 januari 1984, besproken in het vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 883, nr. 27; vgl. Kh. Brussel, 15 februari 1990, *T.R.V.*, 1990, (261), 263, in fine; zie ook art. 5 W. Hrg. en boven, nr. 32).

Om de procedure verder te zetten voor de verwijzingsrechter in de staat waarin ze zich bevond vóór de verbroken beslissing, dient het vernietigingsarrest betekend te worden aan de tegenpartij bij gerechtsdeurwaardersexploot. Dit laatste bevat tevens een dagvaarding om te verschijnen voor het gerecht op verwijzing.

Deze dagvaarding gebeurde in casu ten verzoeken van de geregulariseerde V.O.F., hoewel deze tot dan toe geen partij was geweest. Op terugverwijzing verklaart het Hof van Beroep van Gent de vordering ontoelaatbaar bij gebrek aan hoedanigheid van de eisende V.O.F. (Gent, 14 oktober 1988, *T.R.V.*, 1989, 208). Daarmee wordt niet bedoeld dat de V.O.F. bij een eventuele herdaging niet de vereiste hoedanigheid zou hebben, welintendeel. Er wordt enkel bedoeld dat de V.O.F. niet de hoedanigheid heeft om deze ten name van de vennoten ut singuli ingeleide procedure verder te zetten.

In de tekst van het arrest wordt gesteld dat nergens uit blijkt dat de vennoten ut singuli hun vordering zouden overgedragen hebben aan de V.O.F. Men zou hieruit a contrario én ten onrechte kunnen afleiden dat, indien zulke overdracht wel gebeurd ware, de geregulariseerde V.O.F. de procedure wel had kunnen verder zetten. De beslissing van het Hof van Cassatie en de daaruit afgeleide noodzaak tot regularisatie houden juist in dat de initiële vordering toekwam aan de onregelmatige V.O.F. Dit houdt meteen in dat een overdracht van die vordering door de vennoten ut singuli aan de V.O.F. onmogelijk is, omdat de vennoten nooit titularis geweest zijn van de betrokken vordering (vgl. L. Liefsoens, „Procedurele implicaties van de regularisatie van een onregelmatig opgerichte V.O.F. in de loop van een rechtsgeschil”, *T.R.V.*, 1989, (210), 213).

49. Een laatste vraag die men zich kan stellen is of de geregulariseerde V.O.F. geen geding dat werd aangespannen door de onregelmatige opgerichte V.O.F. of door de vennoten ut singuli kan hervatten. Zulks veronderstelt dat het oorspronkelijk geding wegens wijziging van de hoedanigheid van de eiser zou onderbroken zijn. Niet alleen is deze grond van gedinghervatting volledig voorbijgestreefd (A. Fettweis, *Manuel de procédure civile*, 1987, p. 451, nr. 658 en p. 453, nr. 662), hij is bovendien niet toepasselijk: de hoedanigheid van de vennoten ut singuli, noch die van de onregelmatige opgerichte vennootschap wijzigt zich tengevolge van de vaststelling dat de ingestelde vordering toekomt aan de V.O.F.

**50. VORM VAN STATUTENWIJZIGINGEN** — De statutenwijziging van een vennootschap is onderworpen aan dezelfde vormvereiste als haar oprichtingsakte (art. 11bis Venn.W.).

Dit wil niet noodzakelijk zeggen dat de akte houdende statutenwijziging dezelfde vorm moet aannemen als de oprichtingsakte. Indien het gekozen vennootschapstype (b.v. C.V.O.H.A.) mag opgericht worden bij onderhandse akte, terwijl in concreto geopteerd werd voor de authentieke vorm, dan kan de authentieke oprichtingsakte steeds onderhands gewijzigd worden (H. Laga, „Kunnen de authentieke statuten van een C.V. bij onderhandse akte gewijzigd worden?“, *T.R.V.*, 1991, 82).

In bepaalde gevallen kan de statutenwijziging vernietigd worden. Het effect van deze nietigverklaring is echter verschillend naargelang de nietigheid te wijten is aan een vormgebrek of aan een materieel gebrek. In een „obiter dictum“ in het bekende Generale-arrest (verder, nr. 299 e.v.) werd even uit het oog verloren dat enkel bij nietigheid wegens vormgebrek het bijzondere regime van de Eerste Richtlijn speelt: de nietigverklaring geldt dan slechts voor het toekomstende en moet uitgesproken worden bij rechterlijke beslissing (art. 13quater, § 3 Venn.W.). Heel anders gaat het er aan toe wanneer de statutenwijziging mank gaat aan een materieel gebrek. In dat geval is het klassieke nietigheidsregime (ex tunc) van toepassing (zie noot M. Wyckaert, onder Brussel, 1 maart 1988, *T.R.V.*, 1988, (115), 148-149).

## AFDELING 6

### DE NAAM VAN DE VENNOOTSCHAP MET RECHTSPERSOONLIJKHEID

**51. HET NOODZAKELIJKE ONDERSCHIED** — In het vorig overzicht werd uitvoerig ingegaan op de verschillende rechtsgevolgen die verbonden zijn aan het onderscheid tussen de maatschappelijke benaming en de handelsnaam enerzijds, resp. de vordering tot naamswijziging en de vordering tot staking anderzijds (*T.P.R.*, 1986, p. 899, nr. 42; zie ook P. Maeyaert en G. Bogaert, „Vennootschapsnaam. Merk. Bescherming en onderlinge conflicten (1984-89)“, *T.B.H.*, 1990, 190).

Zoals men zich herinnert, is de vordering tot naamswijziging een zuiver vennootschapsrechtelijke aangelegenheid die gebracht wordt voor de Rechtbank van Koophandel (artt. 28 en 117 Venn.W.).

De vordering tot staking daarentegen is een kwestie van eerlijke handelspraktijken die behandeld wordt door de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel, zetelend zoals in kort geding.

Op het stuk van maatschappelijke en handelsbenamingen kan de vordering tot staking drie verschillende fouten sanctioneren.

Vooreerst kan de vordering het verwarrend karakter van reclame sanctioneren in zoverre dit het gevolg is van het gebruik van een verwarrende benaming (Gent, 11 september 1986, *R.W.*, 1986-87, 1750).

Vervolgens kan de vordering tot staking de oneerlijke praktijk sanctioneren die erin bestaat zich, zelfs buiten enige reclame, te bedienen van een handelsnaam die reeds toegeëigend was (Brussel, 14 december 1986, *R.W.*, 1986-87, 2380).

Tenslotte kan de vordering tot staking een snellere methode zijn om de maatschappelijke benaming te beschermen dan de vordering tot naamswijziging. In dat geval bestaat de oneerlijke praktijk zonder meer in de miskennis van een wettelijke of reglementaire bepaling, in casu van artt. 28 of 117 Venn.W. (Brussel, 16 januari 1990, *T.R.V.*, 1991, 305; vgl. I. Verougstraete, „Praktijken strijdig met de eerlijke gebruiken”, in *De nieuwe wet handelspraktijken*, J. Stuyck en P. Wytinck (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1992, (129), 141).

Weliswaar kan de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel de naam niet wijzigen, zoals dat wel mogelijk is na een vordering tot naamswijziging. Niettemin wordt dikwijls hetzelfde resultaat bereikt doordat de Voorzitter de staking beveelt van het gebruik van de betwiste maatschappelijke benaming, behoudens toevoeging van een onderscheidend partikel (zie vorig overzicht *T.P.R.*, 1986, p. 905, nr. 49).

In de besproken periode kwam in dit alles weinig verandering. Wel werd de nieuwe Wet Handelspraktijken van 14 juli 1991 van kracht.

Daardoor zal een vordering tot staking die gesteund wordt op het maken van verwarrende reclame door middel van een verwarrende handelsnaam voortaan verwijzen naar artikelnummer 23, 7° en niet langer naar art. 20, 3° (L. De Gryse, „De vernieuwingen inzake reclame”, in *De nieuwe wet handelspraktijken*, a.w., (37), 49).

Zo ook is de algemene bepaling inzake praktijken strijdig met de eerlijke gebruiken niet langer art. 54, maar wel art. 93. Voortaan kan de vordering tot staking ingesteld worden door een verkoper tegen een verkoper: het toepassingsgebied van de nieuwe wet is in grote mate niet langer gebonden aan het koopman-criterium (J. Stuyck, „De wet van 1 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument - Algemene inleiding en toepassingsgebied”, in a.w., 1992, 19-20).

**52. MAATSCHAPPELIJKE BENAMING. VORDERING TOT NAAMSWIJZIGING** — De gewone vordering tot wijziging van de maatschappelijke benaming vindt haar grondslag in artt. 28 en 117 Venn.W. en kan enkel ingesteld worden door een vennootschap, en wel tegen een vennootschap die verwarring zou gesticht hebben door een maatschappelijke benaming aan te nemen die reeds was aangenomen door de eisende vennootschap (Brussel, 14 februari 1989, *T.R.V.*, 1991, 306).

Uiteraard moet de eisende vennootschap eerst aantonen dat zij de eerste gebruiker was van de maatschappelijke benaming. Soms moet daarbij erg ver teruggegaan worden in de tijd. In een geval dat werd voorgelegd aan het Hof van Beroep te Brussel, kon de eiser een gebruik in België aantonen sedert 1948. De verweerster stelde daar het gebruik tegenover dat *haar oprichters* maakten van deze benaming en dat kon bewezen worden sedert 1946. Hoewel verweerster toen als vennootschap nog niet bestond, werd haar argumentatie door het Hof gevolgd. In zekere mate kunnen deze oprichters immers als de rechtsvoorganger van de vennootschap beschouwd worden (Brussel, 22 februari 1990, *T.R.V.*, 1991, 298, noot D. Van Gerven).

Vervolgens moet de eisende vennootschap bewijzen dat het gebruik van dezelfde benaming tot verwarring aanleiding geeft. Bij een vordering tot naamswijziging moet dit blijken uit een onderzoek in abstracto, d.i. door de loutere vergelijking van de gebruikte namen, en niet in concreto op grond van de omstandigheden waarin de naam wordt gebruikt (Brussel, 16 januari 1990, *T.R.V.*, 1991, 304, noot D. Van Gerven; Kh. Luik, 20 februari 1986, *T.B.H.*, 1987, 387 en 537; *R.P.S.*, 1986, nr. 6389, p. 164; *Jur. Liège*, 1986, 377; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 899, nr. 42).

Onder dit abstract oogpunt werden de maatschappelijke benamingen „Preciese Mekaniek van Ronse” en „Preciese Mekaniek van Oudenaarde” voldoende onderscheiden geacht (Kh. Oudenaarde, 11 juni 1985, *R.W.*, 1985-86, 1729).

**53. OVERDRACHT HANDELSZAAK** — Voor de aanwending van een reeds eerder gebruikte maatschappelijke benaming bestaan soms verzachtende omstandigheden in hoofde van de tweede gebruiker.

Een eerste verzachtende omstandigheid is die waarin de tweede gebruiker de handelszaak — met inbegrip van de handelsnaam — van de eerste gebruiker heeft overgenomen.

Indien de overdrager echter het verder gebruik van de handelsnaam verbonden had aan een bepaalde libellering die op discontinuïteit wees (b.v. „Anciens Etablissements X”), heeft hij er belang bij om schadeloosstelling te vorderen indien de handelsnaam in een libellering wordt gebruikt die continuïteit laat uitschijnen (Brussel, 12 januari 1983, *R.W.*, 1985-86, 1020).

Trouwens, indien de overnemer de kern van de handelsnaam van de eerste

gebruiker — tevens overdrager — in zijn maatschappelijke benaming overneemt, zijn alle daaraan verbonden risico's van verwarring voor rekening van de overnemer. In het voorliggend geval was de eerstgebruikende vennootschap failliet verklaard, en bereikte haar nog heel wat correspondentie die voor de tweede gebruiker bestemd was. Vermits dit risico van verwarring door de tweede gebruiker zelf gecreëerd was, weigerde de Voorzitter in kort geding te bevelen dat de post binnen de 48 uur door de curator zou worden doorgezonden (Kort Ged. Kh. Brussel, 2 oktober 1990, *T.R.V.*, 1991, 308).

**54. NAAM IN HET PUBLIEK DOMEIN** — Eens de maatschappelijke benaming van de eerste gebruiker in het publiek domein is terecht gekomen, is zij niet langer voor toeëigening vatbaar, ook niet wanneer de eerste gebruiker de benaming zelf heeft uitgevonden.

Zo kan een later gebruik van de aanduiding „Flathotel” in een handelsbenaming niet meer op het verzet stuiten van de eerste gebruiker, zeker niet wanneer de latere gebruiker elke mogelijke verwarring vermeden had door iets toe te voegen aan het neologisme (Brussel, 14 februari 1989, *T.R.V.*, 1991, 307)(4).

Ook de aanduiding „Star” is deel gaan uitmaken van de dagelijkse spraakgebruik en komt als zodanig niet meer voor bescherming in aamerking (Kh. Luik, 20 februari 1986, *T.B.H.*, 1987, 537).

Hetzelfde geldt voor de aanduiding „Datasoft”.

Bij gebruik van benamingen die gemeen goed zijn geworden zal het onderscheidende dus vooral gelegen zijn in datgene wat daaraan toegevoegd wordt.

Meer algemeen is het moeilijk zich definitief een benaming toe te eigenen die enkel maar verwijst naar de activiteit van de vennootschap (Kh. Luik, 18 december 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 437, noot Parmentier).

**55. GESLACHTSNAAM EN MAATSCHAPPELIJKE BENAMING** — Een andere oorzaak die het tweede gebruik van eenzelfde maatschappelijke benaming aannemelijk maakt, bestaat in het feit dat deze benaming ook de familienaam van de oprichters van de „tweede” vennootschap is. Op deze laatste rust dan de plicht om elke verwarring met een eerdere gebruiker te voorkomen (Cass., 20 februari 1980, *Pas.*, 1980, I, 740; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 903, nr. 46).

In een in de besproken periode gepubliceerd geval was dit bijvoorbeeld gebeurd door de reeds eerder gebruikte (familie-)naam „Schenk” te laten voorafgaan door „Wein” (Brussel, 16 januari 1990, *T.R.V.*, 1991, 304).

---

(4) Deze beslissing is wel achterhaald in zoverre zij de vordering tot staking tegen de medewerkende echtgenote van de handelaar onontvankelijk achtte, omdat zij geen handelaar was. Op grond van de nieuwe handelspraktijkenwet worden vorderingen tot staking immers ingesteld door verkopers tegen verkopers (boven, nr. 51 in fine).

**56. GESLACHTSNAAM EN HANDELSNAAM** — Zelfs indien, ondanks het gebruik van dezelfde familienaam, een zeker onderscheid bewaard blijft, kan er sprake zijn van een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad. Wanneer de vordering niet de naamswijziging, maar wel de staking tot voorwerp heeft, kan de appreciatie van de verwarring immers in concreto gebeuren. Het gaat dan niet om de in de statuten aangenomen maatschappelijke benaming, maar om de handelsnaam (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 899, nr. 42).

Een familievennootschap met de benaming „S.A. Entreprises Générales Istasse” was failliet gegaan, en de curator had de handelszaak — met inbegrip van de handelsnaam — verkocht aan de S.A. Derthe. Deze laatste had haar jongste acquisitie ingebracht in een nieuwe vennootschap, de S.A. Derthe Istasse, daartoe speciaal opgericht op 6 juni 1985. Enkele dagen eerder, op 31 mei 1985, had één van de gebroeders Istasse deelgenomen aan de oprichting van een andere nieuwe vennootschap, met als benaming „S.A. Entreprises de Construction Paul Istasse”. In die vennootschap had Paul Istasse nochtans zelf slechts één aandeel. Hoewel de benamingen van beide vennootschappen overigens onderscheiden waren, en de verwerende vennootschap zelfs enkele dagen eerder was opgericht dan de eisende, besloot de Rechtbank van Koophandel te Namen in die omstandigheden terecht tot een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad (Kh. Namen, 25 februari 1986, *T.B.H.*, 1986, 567).

In een vergelijkbaar geval werd, op verzoek van de overnemer van de handelszaak „De Duve”, aan een familielid verboden om nog langer van die naam gebruik te maken in zijn handel, behoudens wanneer hij aan die naam, zijn voornaam in dezelfde karakters zou laten voorafgaan (Brussel, 13 december 1985, *T.B.H.*, 1987, 422).

Ook aan een broer die zijn aandelen in de familievennootschap verkocht, en die nadien een soortgelijke eigen zaak opstartte waarin dezelfde familienaam gevoerd werd, werd stakingsgebod opgelegd (Gent, 11 september 1986, *R.W.*, 1986-87, 1750).

**57. MERKINBREUK EN HANDELSNAAM** — Het gebruik van een handelsnaam kan een merkinbreuk betekenen (art. 13, A, 2° Benelux Merkenwet), die eveneens in kort geding kan beteugeld worden met een tijdelijk verbod om zich nog langer van de betrokken handelsnaam te bedienen (Kort Ged. Kh. Brugge, 24 oktober 1985, *T.B.R.*, 1985, 197).

De anterioriteit van een merkdepot kan een afdoend antwoord zijn op een vordering die ertoe strekt de staking van het gebruik van een verwarrende handelsnaam te horen bevelen.

In een interessant geval uit de besproken periode werd de benaming van oorsprong van een porto-drank geregistreerd in Portugal in 1943. In 1948 duidde de titularis van het Portugese merk een exclusieve vertegenwoordiger voor België aan. Vanaf dat ogenblik geniet het merk in België een algemene

bekendheid. In 1967 volgt een internationaal depot van het merk door de vennootschap die de rechten en plichten verbonden aan de verschillende merken heeft overgenomen.

Dit depot zou volgens de titularis volstaan om de rechten die verkregen werden door de algemene bekendheid van het merk sedert 1948 te kunnen tegenwerpen aan een andere onderneming die sedert 1962 van dezelfde maatschappelijke en handelsbenaming gebruik maakte voor de import en export van Portugese wijnbouwprodukten, met name porto.

Het Hof van Beroep te Brussel stelt deze laatste vennootschap in het gelijk. Het internationaal depot dat plaats vond buiten de Benelux, vermag weliswaar het merkrecht als zodanig te handhaven, maar niet de verkregen rechten die aan het algemeen bekend gebruik van het merk verbonden waren. Daarvoor moest dat internationaal depot immers bevestigd worden door een Benelux-depot binnen het jaar na de inwerkingtreding van de uniforme Benelux-wet (art. 30, 34C en 35 Merkenwet) (Brussel, 22 februari 1990, *T.R.V.*, 1991, 298, noot D. Van Gerven).

#### AFDELING 7

##### DE ZETEL VAN DE VENNOOTSCHAP MET RECHTSPERSOONLIJKHEID

**58. VOORRANG VAN DE WERKELIJKE ZETEL** — De werkelijke zetel is de woonplaats van de rechtspersoon. De werkelijke zetel kan, maar moet niet samenvallen met de statutaire zetel.

Procesrechtelijk, b.v. bij dagvaarding, kunnen derden voorrang geven aan de werkelijke zetel op de elders gelokaliseerde statutaire zetel. Uiteraard veronderstelt dit dat de rechtspersoon zijn hoofdvestiging, d.w.z. zijn centraal bestuur, niet heeft daar waar de statutaire zetel gesitueerd is (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 908, nr. 51).

Het is dus niet mogelijk de rechtspersoon te dagvaarden of stukken te betekenen aan gelijk welke exploitatiezetel (Cass., 22 mei 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1278; *Pas.*, 1986, I, 1149).

Ook werd in de besproken periode bij herhaling bevestigd, o.a. in de bekende Parisis-zaak, dat een vennootschap met haar statutaire zetel in het buitenland, maar met haar werkelijke zetel in België failliet kan verklaard worden door de Rechtbank van Koophandel van het rechtsgebied waarin de werkelijke zetel gelegen is (Antwerpen, 16 augustus 1985, *T.B.H.*, 1986, 714, noot; Kh. Gent, 11 december 1987, *T.R.V.*, 1988, 376, noot; Kh. Kortrijk, 16 augustus 1985, *T.B.H.*, 1986, 714, noot; zie vorige overzichten, *T.P.R.*, 1978, p. 740, nr. 70; *T.P.R.*, 1986, p. 908, nr. 51). Anders liggen de zaken voor een Liechtensteinse off shore-vennootschap die enkel een filiaal heeft in België. Gelet op het principe van de eenheid en de universaliteit van het faillissement, kan noch het filiaal alleen, noch de vennootschap in haar geheel in België failliet verklaard worden (Kh. Brussel, 24 mei 1989, *J.T.*, 1989, 682).

**59.** ZETELVERPLAATSING BINNEN BELGIE. BEVOEGDHEID EN OPENBAARMAKING — De binnenlandse verplaatsing van de zetel kan belangrijke rechtsgevolgen hebben. In de besproken periode werd de aandacht gevestigd op de noodzaak voor de titularis van het pand op een handelszaak om een nieuwe inschrijving te nemen indien zijn debiteur zijn statutaire zetel verplaatst naar een ander arrondissement. Bij gebreke aan dergelijke nieuwe inschrijving zou het voorrecht dat de schuldeiser aan het pand ontleent niet langer tegenwerpelijk zijn aan de andere schuldeisers, zelfs niet aan degene die reeds schuldeiser waren vóór de zetelverplaatsing (Brussel, 20 juni 1985, *R.P.S.*, 1986, nr. 6386, p. 155, cassatievoorziening verworpen zonder uitspraak over het betrokken punt, Cass., 26 maart 1987, *R.P.S.*, 1987, nr. 6447, p. 211; *Ann. dr. Liège*, 1990, 161, noot I. Moreau-Margrève, vonnis a quo: Kh. Brussel, 3 april 1984, *R.P.S.*, 1986, nr. 6387, p. 159; zie in dezelfde zin: Kh. Charleroi, 20 april 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 416; P. Coppens en F. 'T Kint, „Examen de Jurisprudence. Les faillites et concordats”, *R.C.J.B.*, 1991, p. 552, nr. 137).

**60.** In het vorig overzicht werd reeds een lans gebroken voor de stelling van L. Dabin (*Les sociétés commerciales*, Jeune Barreau, 1985, p. 54, nr. 36) dat een zetelverplaatsing waartoe beslist werd door de raad van bestuur op grond van een machtiging hem verleend door de statuten ook onder het nieuwe recht geen statutenwijziging behelst (*T.P.R.*, 1986, p. 908, nr. 52, voetnoot 61).

Dit standpunt werd in de besproken periode bestatigd in een bijdrage van F. Bouckaert, met dien verstande dat een internationale zetelverplaatsing en een verplaatsing van de zetel die een wijziging van het taalregime behelst tot de exclusieve bevoegdheid van de algemene vergadering blijft behoren („Verandering van de zetel van de vennootschap: statutenwijziging of besluit van de bestuursorganen”, *T.R.V.*, 1988, 195).

Weliswaar werd, ingevolge de wetswijziging van 1978 en 1984, de nauwkeurige aanduiding van de zetel verplicht gesteld in de oprichtingsakte en in het uittreksel (artt. 7, b), 3<sup>o</sup>, 9, 4<sup>o</sup>, 30, 3<sup>o</sup> en 121, 3<sup>o</sup> Venn.W.).

Leidt men daaruit echter af dat een statutenwijziging vereist is om de plaats van de zetel te veranderen (in die zin: G. Raucq, *Sociétés anonymes*, in *Rép. Not.*, nr. 123), dan is het nadeel dat zulks bij authentieke akte moet verleden worden (art. 11bis Venn.W.), en ook dat nadien een coördinatie van de statuten moet neergelegd worden (art. 12, § 3, 2<sup>o</sup> Venn.W.).

Er zijn veel gegevens die in de oprichtingsakte moeten vermeld worden, en die toch kunnen veranderd worden zonder de formele voorwaarden van een statutenwijziging te respecteren: zo is het met het bedrag van de bijstortingen op kapitaal (art. 30, 5<sup>o</sup> Venn.W.), de uitgifte van aandelen aan toonder die later worden omgezet in aandelen op naam (art. 30, 10<sup>o</sup> en 46, laatste lid Venn.W.), alsook met de statutaire zaakvoerder die ontslag neemt (art. 129 Venn.W.).

Bovendien wordt de binnenlandse zetelverplaatsing nergens als een voorbehouden bevoegdheid van de algemene vergadering geformuleerd. Indien ze tot de residuaire bevoegdheden van de raad van bestuur hoort, valt echter moeilijk te verklaren waarom de raad de statutaire machtiging behoeft. Dit moet verklaard worden als een overblijfsel uit de notariële praktijk van vóór de aanpassingswet Eerste Richtlijn (W. 6 maart 1973): in deze periode berustte de residuaire bevoegdheid nog bij de algemene vergadering (vgl. het verouderde art. 70, eerste lid met het nieuwe art. 54 Venn.W.)(vgl. op dit punt, A. Benoit-Moury, „L'adaptation du droit belge à la deuxième directive européenne de coordination du droit des sociétés”, *R.P.S.*, 1984, nr. 6295, (215), 232; F. Gilson, *La modification aux statuts des sociétés anonymes*, Brussel, Bruylant, 1919, p. 190, nr. 118).

Een ander mogelijk argument dat pleit pro de bevoegdheid van het bestuursorgaan is dat ingevolge de artt. 81 en 138 Venn.W. de bestuurders steeds verplicht zijn geweest om in te staan voor de openbaarmaking van de zetelverplaatsing in het Belgisch Staatsblad.

**61.** Uit deze argumentatie ten gunste van de bevoegdheid van de raad van bestuur, mag niet afgeleid worden dat in die hypothese niet in de openbaarmaking van de zetelverplaatsing zou voorzien zijn.

Vooreerst is er de zonet vermelde verplichting tot openbaarmaking in het Belgisch Staatsblad, die op de bestuurders rust.

Daaruit volgt dat de notulen van de vergadering van de raad van bestuur waarin tot de zetelverandering beslist werd, moeten worden neergelegd in het vennootschapsdossier: deze verplichting geldt immers voor elke akte die in het Belgisch Staatsblad moet worden gepubliceerd (art. 12, § 1, 1<sup>o</sup> Venn.W.).

Tenslotte is er, ingevolge ons dubbel systeem van openbaarmaking, nog het handelsregister waarin de zetelverplaatsing jammerlijk een tweede maal moet worden gemeld (artt. 14 en 9,5<sup>o</sup> K.B. 20 juli 1964). Bovendien moet het dossier worden overgezonden van één griffie naar een andere indien de zetelverandering een wijziging van rechtsgebied behelst (art. 15 gecoördineerde wetten op het handelsregister).

**62. TEGENSTRIJDIGHEID VENNOOTSCHAPSDOSSIER EN HANDELSREGISTER** — In de besproken periode kwam opnieuw de vraag aan de orde wat het gevolg is van een zetelverplaatsing die wel werd neergelegd in het vennootschapsdossier maar die door een onachtzaamheid niet in het handelsregister werd ingeschreven.

In het vorig overzicht werd verwezen naar een arrest van het Hof van Cassatie (Cass., 24 december 1982, *R. W.*, 1983-84, 1228; *Pas.*, 1983, I, 515) waarin werd aangenomen dat de niet-inschrijving in het handelsregister aan de neerlegging in het vennootschapsdossier het rechtsgevolg van de tegenwerpelijkheid ontnam.

Deze rechtspraak werd bevestigd in een vonnis van de Brusselse beslagrechter (Rb. Brussel, 1 juni 1987, *T.B.H.*, 1988, 222).

Uiteindelijk gaat het om een toepassing van de schijnleer (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 909, nrs. 53-54). De verwijzing naar de leer der onrechtmatige daad die men nog vindt in het zonet aangehaalde cassatiearrest van 24 december 1982 alsook in het vonnis van de Brusselse beslagrechter, is inmiddels achterhaald door het hoger besproken cassatiearrest van 20 juni 1988 waarin duidelijk afstand werd genomen van de quasi-delictuele grondslag van de schijnleer (boven, nr. 13).

In een geval dat werd voorgelegd aan de Rechtbank van Koophandel te Leuven had de vergetelheid de zetelverandering ook in het handelsregister te laten inschrijven zelfs het faillissement van de vennootschap tot gevolg gehad: deze liet immers verstek gaan omdat de dagvaarding in faillissement door de eiser op een verkeerd adres werd betekend (Kh. Leuven, 20 mei 1988, *T.R.V.*, 1988, 461, noot M. Wyckaert).

Weliswaar werd het faillissement op verzet ongedaan gemaakt, maar de kosten werden volledig ten laste gelegd van de vennootschap die door haar onachtzaamheid de verkeerde betekening had veroorzaakt.

63. Het is ook in die context dat een prima facie merkwaaardige uitspraak van het Hof van Cassatie d.d. 20 september 1990 kan verklaard worden (Cass., 20 september 1990, *T.B.H.*, 1991, 25, noot E. Pottier; *R.P.S.*, 1991, nr. 6568, 128). De administratie van directe belastingen had een bericht van aanslag van ambtswege betekend aan de maatschappelijke zetel van een vennootschap in vereffening (oud art. 256 W.I.B., nieuw art. 351, lid 2 W.I.B.).

Naar de mening van de belastingplichtige ging het om een ongeldige betekening, vermits n.a.v. het ontbindingsbesluit beslist was de „vereffeningszetel” elders te vestigen. Deze laatste beslissing was in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd.

Het Hof van Cassatie stelt de administratie in het gelijk, met verwijzing naar het principe van de continuïteit van de rechtspersoon na ontbinding.

Dit arrest kan best zo begrepen worden dat, vermits de maatschappelijke zetel zelf niet uitdrukkelijk veranderd was, ook de aanduiding van de zetel in het handelsregister wellicht niet aangepast was. Derhalve mogen derden verder gaan op de schijn die blijkt uit het handelsregister.

64. PERSONEEL STATUUT. INTERNATIONALE ZETELVERPLAATSING — Het personeel statuut van een vennootschap wordt naar Belgisch I.P.R. bepaald door zijn werkelijke zetel (art. 197 Venn.W.), en niet door zijn statutaire zetel, die gelegen is in het land naar het recht waarvan de vennootschap is opgericht (Brussel, 11 februari 1988, *J.T.*, 1988, 606; *T.B.B.R.*, 1989, 479; zie J.P. Blumberg, „Over grensoverschrijdend associatieconcern, zetelverplaatsing en internationale fusie”, *T.P.R.*, 1992, (803), 814 e.v.).

Sedert het arrest Lamot van het Hof van Cassatie d.d. 12 april 1965 werd aanvaard dat een vennootschap haar werkelijke zetel kon overbrengen van het buitenland naar België zonder discontinuïteit, d.w.z. zonder ontbinding en wederoprichting (*R.C.J.B.*, 1966, 392, noot J. Van Ryn; voor andere vindplaatsen, zie een vorig overzicht, *T.P.R.*, 1967, p. 651, nr. 45). In die zin is nationaliteit geen essentieel element meer van de vennootschap (vgl. boven, nr. 22).

Wel was naar algemene opvatting zetelverplaatsing met behoud van continuïteit slechts mogelijk indien het recht van de twee betrokken Staten zulks toeliet.

Men werd het echter niet eens over de vraag of, in de hypothese van een zetelverplaatsing vanuit België naar het buitenland, naar Belgisch recht de unanimiteit der aandeelhouders vereist was.

In de besproken periode kwam deze — aan Lamot omgekeerde — hypothese zijdelings aan bod in een arrest van de Raad van State (R.v.St., 28 juni 1987, *T.R.V.*, 1988, 110, noot K. Lenaerts). De Raad oordeelde uiteraard ook in die hypothese zetelverplaatsing zonder ontbinding mogelijk, maar achtte het uitgesloten dat een vennootschap haar Belgische nationaliteit zou verliezen door een feitelijke overbrenging van haar werkelijke zetel, d.i. met miskennis van de bevoegdheid van de algemene vergadering.

In noot weerlegt K. Lenaerts terecht deze laatste stelling van de Raad van State volgens welke derden niet het recht zouden hebben om voort te gaan op de *feitelijke* situatie, indien de zetelverplaatsing niet beslist werd door het daartoe bevoegde orgaan. Het is immers naar de feitelijkheid dat het criterium van de *werkelijke* zetel verwijst. Hoogstens kan een wettige reden voor gerechtelijke ontbinding gevonden worden in de onregelmatige wijziging van het personeel statuut van een vennootschap (art. 1871 B.W. en art. 102 Venn.W.).

In voorliggend geval was het echter weinig waarschijnlijk dat het tot een wijziging van het personeel statuut zou kunnen komen, ingevolge de regel van het „renvoi”. De zetel zou immers overgebracht zijn naar Nederland. Daar is de aanknopingsfactor de plaats volgens het recht waarvan de vennootschap is opgericht (incorporatie). Indien de werkelijke zetel van een in België opgerichte vennootschap derhalve naar Nederland wordt overgebracht, verwijst het Belgisch recht naar het recht van de werkelijke zetel, d.i. het Nederlandse recht. Deze verwijzing is een verwijzing naar het ganse Nederlandse recht, met inbegrip van het Nederlands I.P.R. dat op zijn beurt terugverwijst naar het recht van het land volgens hetwelk de vennootschap is opgericht, in casu het Belgisch recht (renvoi).

De vraag met welke quorum- en meerderheidsvereisten een verplaatsing van de werkelijke zetel naar Belgisch recht moet worden beslist, wordt door het arrest niet opgelost. Zoals men weet, betoogde de toenmalige advocaat-generaal Dumon in zijn conclusie bij het Lamot-arrest, dat de aandeelhouders dit met unanimiteit zouden moeten beslissen (*R.W.*, 1965-66, 898 en

906). Ronse reageerde onmiddellijk door op de relativiteit van de leer van de zgn. essentiële elementen te wijzen, en achtte het naleven van de voorwaarden voor een gewone statutenwijziging bedoeld in art. 70 Venn.W. voldoende (zie een vorig overzicht, *T.P.R.*, 1967, p. 651, nrs. 45 e.v.). Vijfentwintig jaar later mag deze stelling zonder meer bevestigd worden (vgl. boven, nr. 22).

Tot slot weze vermeld dat mede ten gevolge van het arrest van de Raad van State de wetgever bij W. 22 december 1989 het Wetboek van Inkomstenbelasting in die zin wijzigde dat voor fiscale doeleinden de overbrenging van de zetel naar het buitenland voortaan wordt gelijk gesteld met een ontbinding (art. 210, § 1, 4° W.I.B.). Zonder deze — fictieve — gelijkstelling zou belastbare materie definitief naar het buitenland verdwijnen, zonder in België zijn eigen fiscaal regime te hebben ondergaan.

**65. INTERNATIONALE ZETELVERPLAATSING EN VRIJHEID VAN VESTIGING** — In de besproken periode werd aan het Hof van Justitie van de E.G. de vraag voorgelegd of het vrij vestigingsrecht voor vennootschappen inhoudt dat zij vrijelijk hun zetel mogen verplaatsen binnen de Europese Gemeenschap, van de ene Lid-Staat naar de andere (H.v.J., 27 september 1988, *T.R.V.*, 1989, 198, noot J. Stuyck; *S.E.W.*, 1991, 66, noot Timmermans; O. Sandrock, A. Austmann, „Das Internationale Gesellschaftsrecht nach der Daily Mail-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs: Quo vadis?“, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1989, 249; B. Grossfeld, T. König, „Das Internationale Gesellschaftsrecht in der Europäischen Gemeinschaft“, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1992, 433).

Het Hof van Justitie werd gevat door een vraag van een Britse rechter die erin bestond te weten of de artt. 52 of 58 E.G.-Verdrag aan een overeenkomstig de wetgeving van een Lid-Staat opgerichte vennootschap die aldaar haar statutaire zetel heeft, het recht verlenen om haar bestuurszetel naar een andere Lid-Staat te verplaatsen en, zo ja, of de Lid-Staat van oorsprong dit recht dan afhankelijk kan stellen van de toestemming van de nationale instanties, in casu van het Britse Ministerie van Financiën.

De Britse vennootschap Daily Mail wilde inderdaad om fiscale redenen haar bestuurszetel overplaatsen naar Nederland, en was daarvan weerhouden omdat het Britse Ministerie van Financiën de daartoe vereiste toestemming weigerde. Vennootschapsrechtelijk was er naar Brits recht geen enkel probleem: in landen waar de incorporatieleer wordt gehuldigd is de zetelverplaatsing doorgaans een evidentie.

Een zeer belangrijk gegeven in deze is uiteraard het art. 220 E.E.G.-Verdrag dat erin voorziet dat de Lid-Staten, *voorzover nodig*, d.m.v. een verdrag de kwesties moeten regelen van de onderlinge erkenning van rechtspersonen, de zetelverplaatsing en de grensoverschrijdende fusie. Zoals men weet, werd tussen de zes oorspronkelijke Lid-Staten een poging ondernomen om tot een akkoord te komen m.b.t. de onderlinge erkenning in het Verdrag

van 1968, maar Nederland ging nooit over tot ratificatie van dit verdrag (Verdrag van Brussel van 29 februari 1968, goedgekeurd bij Wet van 17 juli 1970). Wellicht was het daarom dat men op het stuk van de grensoverschrijdende fusie teruggreep naar de harmonisatietechniek van de Richtlijn, maar het ontwerp van Tiende Richtlijn (*P.B.*, nr. C23 van 25.1.1985, 11-15) zit sedert jaren in het slop. Inzake zetelverplaatsing werd nooit een harmonisatiepoging ondernomen, noch door middel van een verdrag, noch door middel van een richtlijn.

Er werd weliswaar beweerd dat harmonisatie op het stuk van zetelverplaatsing overbodig was, omdat het E.G.-Verdrag het vrij vestigingsrecht waarborgde, ook voor vennootschappen. Zo werd de zinsnede „*voorzover nodig*” in art. 220 E.E.G.-Verdrag aldus verklaard dat op het stuk van vrije vestiging geen nieuw verdrag of geen bijzondere richtlijn „*nodig*” is (P. Behrens, „Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht”, *RabelsZ.*, 1988, (498), 506).

In deze interpretatie werd over het hoofd gezien dat het Verdrag het vrij vestigingsrecht voor vennootschappen expliciteerde door hen het recht te waarborgen om in andere Lid-Staten filialen, agentschappen en dochterondernemingen op het getouw te zetten (art. 52 E.E.G.-Verdrag), of om deelnemingen te nemen in bestaande vennootschappen in andere Lid-Staten (art. 221 E.E.G.-Verdrag). Dit is het zgn. recht van secundaire vestiging, waarin vennootschappen uit andere Lid-Staten dan de ontvangststaat niet mogen gediscrimineerd worden. Voor vennootschappen wordt het recht van primaire vestiging, en dus van zetelverplaatsing, echter nergens in het Verdrag verwoord.

In haar Daily Mail beslissing geeft het Hof een vennootschapsrechtelijk antwoord op een in hoofdzaak fiscale kwestie. Het stelde vast dat het E.E.G.-Verdrag rekening houdt met de verschillen in nationale wetgeving op het stuk van zetel en zetelverplaatsing, resp. personeel statuut en de wijziging ervan. Het Hof haalt daarvoor de onderscheidene zetelbegrippen aan die in art. 58 E.E.G.-Verdrag op gelijke voet worden geplaatst, en het beroept zich op art. 220 E.E.G.-Verdrag dat daaraan de noodzaak ontleent om een Verdrag te sluiten inzake zetelverplaatsing. Het Europees Verdrag heeft niet gekozen tussen de twee verschillende I.P.R.-regels die in de Lid-Staten gehanteerd worden om het personeel statuut van een vennootschap te bepalen. Dit blijft nationaal I.P.R.-recht.

Het is juist die erkenning van diversiteit die harmonisatie noodzakelijk heeft gemaakt. Een eenvormige incorporatieregel doorheen de ganse gemeenschap zou de éénmaking van vennootschapsrecht overbodig gemaakt hebben, omdat ze in dat geval uit een natuurlijk proces van „downwards harmonization” zou voortgevloeid zijn (vgl. K. Geens, „Rede uitgesproken bij het afscheid van Prof. Van der Grinten als Voorzitter van de Nederlandse Commissie Vennootschapsrecht”, *De N.V.*, 1993, (3), 5).

Aldus vertoont de Daily Mail-beslissing verwantschap met die inzake Ub-

bink: zoals inzake Ubbink door het Hof van Justitie beslist werd dat een vennootschap maar kan bestaan als aan de bestaansvoorwaarden van de nationale wetgeving is voldaan (boven, nr. 23 e.v.), zo blijkt uit Daily Mail dat een vennootschap slechts zonder discontinuïteit een internationale zetelverplaatsing kan doorvoeren als dat door haar nationaal recht wordt toegelaten. Het personeel statuut en de wijziging ervan worden steeds bepaald door het nationaal recht.

Daarmee is enkel een negatief antwoord gegeven op de vraag of het vrij vestigingsrecht de *vertrekstaat* belemmert in haar mogelijkheid om zetelverplaatsingen te frustreren. Wellicht kan het Hof later zijn positie verduidelijken op het stuk van het impact van het vrij vestigingsrecht t.a.v. de mogelijke belemmeringen door de *ontvangststaat* bij zetelverplaatsing (Timmermans, *a.a.*, p. 73). Een aanzet daartoe kan gevonden worden in het standpunt van de Europese Commissie inzake Daily Mail: zij hield voor dat indien het nationaal vennootschapsrecht van de vertrekstaat de zetelverplaatsing toelaat, het om een door art. 52 E.E.G.-Verdrag beschermd recht gaat.

#### AFDELING 8 RECHTSBEKWAAMHEID VAN DE VENNOOTSCHAP MET RECHTSPERSOONLIJKHEID

**66.** HANDELINGEN OM NIET — Sedert de invoering van art. 63bis Venn.W. beperkt de statutaire doelsomschrijving de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de organen van vertegenwoordiging in N.V. en B.V.B.A. niet meer. De vennootschap kan de doeloverschrijding niet aan derden tegenwerpen, behoudens in geval hun kwade trouw kan aangetoond worden. Derden kunnen zich nooit op de doeloverschrijding beroepen (zie Cass., 12 november 1987, *R.W.*, 1987-88, 1056; *R.C.J.B.*, 1989, 385, noot A. Benoit-Moury; *T.R.V.*, 1988, 107, noot L. Liefsoens; *T.B.H.*, 1988, 500, noot M. Grégoire; *R.P.S.*, 1989, nr. 6503, p. 42, noot D. Mougenot).

Wettelijke beperkingen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid blijven echter wél tegenwerpelijk aan derden (P. Van Ommeslaghe, „La première directive du conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés”, *Cah. Dr. Eur.*, 1969, nr. 32, p. 629). Art. 63bis Venn.W. is dan ook niet van toepassing wanneer door bestuurders of zaakvoerders een handeling gesteld wordt die strijdt met de wettelijke specialiteit van een vennootschap (P. Van Ommeslaghe en X. Dieux, „Examen de jurisprudence (1979-1990). Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.*, 1992, p. 638, nr. 27). Deze overschrijding van het door de wet beperkte doel van een vennootschap kan zowel door de vennootschap als door derden ingeroepen worden (A. Benoit-Moury, „Représentation des sociétés de capitaux et limitations relatives à l'objet social”, *R.C.J.B.*, 1989, p. 408, nr. 11). De handeling in kwestie is nietig. De wettelijke specialiteit raakt immers de openbare orde. Een vennootschap

kan niet om het even welke activiteit tot doel hebben: de wetgever voorzag deze samenwerkingsvorm enkel voor activiteiten waarbij een winsttoogmerk voorzit (P. Van Ommeslaghe, „Observations sur les limites imposées à l'activité des personnes morales en droit comparé”, *R.C.J.B.*, 1958, 291). Het is precies dit criterium dat de vennootschappen, het weze handels- of burgerlijke vennootschappen, onderscheidt van de verenigingen, b.v. van de vereniging zonder winsttoogmerk.

De voormelde discussie komt geregeld in de rechtspraak aan bod m.b.t. de vraag of een vennootschap bepaalde handelingen om niet kan stellen, b.v. de toekenning van een pensioen aan een ex-bestuurder.

Zelden zal de discussie zich scherp stellen omdat meestal uit de omstandigheden blijkt dat het slechts ogenschijnlijk een handeling om niet betrof. Opnieuw werd in de verslagperiode beslist dat de toekenning van een extra-legaal pensioen door een vennootschap aan een gewezen bestuurder niet noodzakelijk een schenking is, maar de bevestiging en nakoming kan zijn van een natuurlijke verbintenis ter vergoeding van voor de vennootschap bewezen diensten (Gent, 13 oktober 1986, *T.G.R.*, 1986, 58; anders, eerste aanleg: Kh. Gent, 28 februari 1985, 57; zie vorige overzichten, *T.P.R.*, 1967, p. 649, nr. 34; *T.P.R.*, 1978, p. 748, nr. 81; *T.P.R.*, 1986, p. 912, nr. 56).

67. Toch wordt vaak een beroep gedaan op de theorie van de doeloverschrijdende handelingen om de vraag of een bepaalde handeling al dan niet kadert binnen de wettelijke specialiteit, op te lossen. Wanneer zulke handeling nodig of dienstig is tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap in de zin van art. 54, lid 1 Venn.W., dan zou ze geoorloofd zijn (J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, p. 190, nr. 355; vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 747, nr. 79).

In zulke redenering schuilt evenwel een gevaar. Ten onrechte wordt immers de indruk gegeven dat handelingen waardoor de wettelijke specialiteit miskend wordt, meteen ook doeloverschrijdende handelingen zouden zijn in de zin van art. 63bis Venn.W. De rechtsgevolgen verbonden aan een overtreding van het wettelijk doel enerzijds, en aan de overschrijding van het statutaire doel anderzijds, zijn evenwel verschillend. In het vorige randnummer werd aangestipt dat in het eerste geval de doeloverschrijding altijd tegenwerpelijk is aan derden, dit in tegenstelling tot overschrijdingen van het statutaire doel.

In de besproken periode paste het Hof van Cassatie deze redenering niettemin toe op een testamentaire clause waarbij aan de zoon van de testator de last werd opgelegd om er, met de meerderheidspositie die hij in de vennootschap bezat, voor te zorgen dat zijn zuster levenslang een kosteloze rente van de vennootschap zou ontvangen (Cass., 13 april 1989, *R.C.J.B.*, 1991, 205, noot J.M. Nelissen Grade; *T.R.V.*, 1989, 321, noten M. Wyckaert en F. Bouckaert; *T.B.H.*, 1989, 878; *J.T.*, 1990, 751; *Pas.*,

1989, I, 825; *R.W.*, 1989/90, 253; *Arr. Cass.*, 1988/89, 920; zie ook verder, nr. 176).

In de cassatievoorziening werd aangevoerd dat deze testamentaire clause nietig was, want strijdig met art. 1832 B.W.

In zijn arrest herinnert het Hof vooreerst aan de regel van de volledige rechtsbekwaamheid van rechtspersonen (zie *Cass.*, 17 mei 1962, *R.P.S.*, 1962, nr. 5078, p. 253, concl. Hayoit de Termicourt; *R.C.J.B.*, 1964, 72, noot L. Simont en P. Van Ommeslaghe; H. Laga, „De uitoefening van een bestuurdersmandaat door een vennootschap”, *DAOR*, 1993, 19). Een handeling om niet is volgens het Hof niet noodzakelijk strijdig „avec la nature d'une société commerciale” op voorwaarde dat *zij, weze het onrechtstreeks*, gesteld wordt om het doel van de vennootschap te verwezenlijken. Deze overweging van het Hof sluit aan bij hetgeen Frédéricq schreef omtrent de mogelijkheid voor vennootschappen om bij te dragen tot het Nationaal Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek. Door deze gezaghebbende auteur werd het *onrechtstreeks voordeel* dat vennootschappen kunnen hebben bij het bevorderen van onderzoek waarbij de handel en de nijverheid kunnen welvaren, voldoende geacht (L. Frédéricq, *Traité*, IV, p. 176, nr. 78).

Ten onrechte refereert het Hof naar het doel van de vennootschap. Een handeling die ogenschijnlijk om niet verricht werd, verliest dit karakter niet omdat ze zou nodig zijn om het doel te verwezenlijken. Het doel van de vennootschap is ter zake niet relevant. Om na te gaan of een bepaalde handeling kadert binnen de wettelijke specialiteit van een vennootschap, moet enkel nagegaan worden of de handeling in kwestie al dan niet om niet werd gesteld. Uit het besproken arrest volgt in ieder geval dat een handeling die objectief als een vrijgevigheid kan gekwalificeerd worden, dit karakter verliest zodra komt vast te staan dat de vennootschap erdoor, zij het indirect, een voordeel bekomt of kan bekomen.

**68. EXTRAPATRIMONIALE SCHADE** — Net zoals natuurlijke personen kunnen ook rechtspersonen vergoeding vorderen voor extra-patrimoniale schade, m.n. de schade die zij leden als gevolg van de aantasting van hun goede naam (*Cass.*, 7 oktober 1985, *J.T.*, 1986, 59). In het arrest wordt geen onderscheid tussen vennootschappen en andere rechtspersonen gemaakt. De appelrechters hadden de beslissing in eerste aanleg hervormd in de mate dat daarin één frank morele schadevergoeding was toegekend aan een rechtspersoon.

Extra-patrimoniale schade of niet-economische schade wordt gedefinieerd als het nadeel dat niet bestaat in een aantasting of verarming van het vermogen, maar integendeel helemaal buiten het vermogen om gaat en daardoor ook moeilijk te waarderen en te herstellen is (J. Ronse, *Schade en schadeloosstelling*, A.P.R., eerste druk, 1957, p. 432 e.v., nr. 606 e.v.).

De vraag of een vennootschap überhaupt extra-patrimoniale schade kan

lijden wordt in de doctrine uiteenlopend beantwoord (H. Laga, Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van intuitu-personae overeenkomsten, in *Liber Amicorum Jan Ronse*, 255). Volgens Ronse volgt uit het beginsel van de wettelijke specialiteit op grond waarvan vennootschappen noodzakelijk het maken van winst tot doel hebben, dat vennootschappen enkel vermogensschade kunnen lijden (J. Ronse, zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1967, p. 647, nr. 32). Toch aanvaardt deze auteur dat de krenking van de eer en de goede naam vermogensschade kan uitmaken die als zodanig dient vergoed te worden, hetzij door een schadeloosstelling in geld, hetzij, zo mogelijk, door een herstel in specifieke vorm, b.v. de publikatie van een eerherstellend vonnis.

Toch lijkt het denkbaar dat een vennootschap aangetast kan worden in haar eer of goede naam zonder dat zij daarvan de weerslag op haar vermogen kan aantonen. In die zin wordt door andere auteurs het bestaan van morele schade in hoofde van een vennootschap wel aanvaard. Zij steunen daartoe op een cassatiearrest van 9 februari 1948 waarvan het hiervoor besproken cassatiearrest een bevestiging is (zie Cass., 9 februari 1948, *Pas.*, I, 1948, 88; J. Van Ryn, *Traité*, I, 1954, p. 256, nr. 365; J. Van Ryn en P. Van Ommeslaghe, „Examen de jurisprudence (1957-1960). Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.*, 1962, 365; Kh. Brussel, 11 mei 1951, *Pas.*, 1952, III, 72).

#### AFDELING 9

##### VERTEGENWOORDIGING IN RECHTSHANDELINGEN

**69. RECHTSHANDELINGEN ZONDER VERTEGENWOORDIGINGSMACHT** — Wanneer een vennootschap vertegenwoordigd wordt in een rechtshandeling door een persoon die daartoe geen bevoegdheid had, is zij in algemene regel niet gebonden (vgl. Cass., 28 januari 1985, *R.P.S.*, nr. 6430, p. 117, noot D. Mougnot). Enkel de tijdige bekrachtiging door het bevoegde orgaan, of de leer van de schijnvertegenwoordiging kunnen dan de rechtshandeling redden. Uitzonderlijk kan ook de baattrkking van nut zijn (boven, nr. 17). Een mooi voorbeeld van dergelijke onbevoegde vertegenwoordiging kan gevonden worden in een geval dat zich voordeed in de besproken periode (Arb.Hof Antwerpen, 10 januari 1991, *T.R.V.*, 1991, 17, noot H. Laga). In een V.O.F. waren de twee vennoten N.V.'s. Zij waren tevens beide zaakvoerder. De afgevaardigde-bestuurder van één van de N.V.'s ontslaat een personeelslid van de V.O.F. Het ontslagen personeelslid beweert nu dat de N.V. ongeldig vertegenwoordigd was, omdat de statuten voorzagen in een tweehandtekeningsclausule voor de aangelegenheden die het dagelijks bestuur overschrijden.

Met een beroep op het principe van de verbindende kracht van doeloverschrijdende handelingen in N.V.'s en B.V.B.A.'s weerlegt het Arbeidshof te Antwerpen deze argumentatie (art. 63bis Venn.W.).

In noot bij dit arrest wordt terecht opgemerkt dat art. 63bis Venn.W. hier weinig ter zake doet. Noch het bestuur van een filiaal, noch het ontslag van een werknemer daarin zijn normalerwijze doeloverschrijdende handelingen. Elk van de zaakvoerders in een V.O.F. is, behoudens andersluidende statutaire bepaling, alleen beslissings- en vertegenwoordigingsbevoegd (art. 1857-1859 B.W.). Elk van beide N.V.'s kon dus alleen de ontslagbeslissing nemen, en uitvoeren.

De vraag is dan welk orgaan in die N.V.'s bevoegd is om de V.O.F. te besturen. Indien het bestuur van een gezamenlijk filiaal wordt beschouwd als een aangelegenheid die tot het dagelijks bestuur van de N.V. mag gerekend worden, dan is het ontslag op een vertegenwoordigingsbevoegde wijze gegeven. Indien het bestuur van de V.O.F. daarentegen de grenzen van het dagelijks bestuur overschreed, dan werd het ontslag op een ongeldige wijze verleend. Enkel een tijdige bekrachtiging door het — wel bevoegde — bestuursorgaan kan dan redding brengen voor de ongeldig vertegenwoordigde vennootschap.

**70. SCHIJNVERTEGENWOORDIGING** — Een andere reddingsboei die vooral voor de wederpartij bij een onbevoegd verrichte handeling soelaas kan brengen, is de leer van de schijnvertegenwoordiging.

Hoger werd, naar aanleiding van de bespreking van de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, reeds uiteengezet hoe het Hof van Cassatie in zijn arrest van 20 juni 1988 aansloot bij de in de doctrine stevig gevestigde overtuiging dat de leer van de schijnvertegenwoordiging niet langer een fout veronderstelt van de schijnvertegenwoordigde (boven, nrs. 13 e.v.).

Ook buiten de context van de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, deden zich in de besproken periode enkele gevallen van schijnvertegenwoordiging voor.

Zo werd de rechtshandeling die gesteld werd door een vrouw, tevens dochter van de zaakvoerder van een B.V.B.A., aan die B.V.B.A. toegerekend, hoewel die dochter niet vertegenwoordigingsbevoegd was. Het feit dat de dochter van de zaakvoerder op zeer actieve wijze in de kantoren van de B.V.B.A. met de wederpartij onderhandeld had, en dat zij gebruik had gemaakt van de stempel van de B.V.B.A. bij het ondertekening, deden de Rechtbank van Koophandel te Brussel besluiten dat de schijn aan de vennootschap kon toegerekend worden (Kh. Brussel, 18 maart 1986, *T.B.H.*, 1987, 451).

**71.** Het schijnmandaat kwam ook ter sprake in een zaak waar men zich veel eerder zou verwacht hebben aan het leerstuk van de verbintenissen aangaan namens de vennootschap in oprichting (art. 13bis Venn.W.).

De promotoren van een B.V.B.A. hadden op 3 maart 1977 een leningscontract gesloten met een verzekeringsmaatschappij. Hoewel het geld duidelijk bestemd was voor de vennootschap in oprichting — het geld werd op een

daartoe geopende rekening gestort — werd het contract niet aangegaan namens de vennootschap in oprichting. Wel werd het contract, na de oprichting van de vennootschap op 7 maart 1977, opnieuw en voor hetzelfde bedrag gesloten tussen deze laatste en de verzekeringsmaatschappij, en dit op 8 maart 1977. In dat contract werd niet verwezen naar het eerdere contract van 3 maart, en de vennootschap verklaarde het geleende bedrag op diezelfde dag van de uitlener ontvangen te hebben. Vermits het geleende bedrag slechts éénmaal betaald werd, was deze bewering in het contract onjuist: de promotoren hadden 5 dagen eerder reeds een gekruiste cheque ontvangen ten bedrage van de lening en zij hadden die op rekening van de vennootschap in oprichting laten zetten.

De verzekeringsmaatschappij dagvaardt de vennootschap en de promotoren in terugbetaling. Inderdaad, na reeds verschillende schijven te hebben gestort, was de vennootschap in gebreke gebleven.

De vennootschap verweert zich door erop te wijzen dat luidens haar statuten de leningsovereenkomst niet kon aangegaan worden zonder voorafgaande machtiging van de algemene vergadering. Hoewel dergelijke bevoegdheidsbeperking op grond van de Prokuraleer in de B.V.B.A niet kan worden tegengeworpen aan derden (art. 130 Venn.W.), geldt deze niet-tegenwerpelijke enkel voor derden die objectief te goeder trouw zijn. Welnu, als professionele schuldeiser mocht van de verzekeringsmaatschappij verwacht worden dat zij de statuten zou lezen.

Toch wordt de vennootschap tot terugbetaling veroordeeld op grond van de leer van het schijnmandaat: er kan haar inderdaad een schijn van bekrachtiging worden toegerekend, omdat bij herhaling door een bevoegde persoon én namens de vennootschap schijven van de lening werden terugbetaald.

De vennootschap wordt echter niet alleen veroordeeld tot terugbetaling. Ook de promotoren gaan niet vrijuit.

De promotoren verweren zich op grond van de leer van de schuldvernieuwing. Het contract van 8 maart 1977 zou in de plaats gekomen zijn van dat van 3 maart 1977. Het Hof is het daarmee niet eens: de schuldvernieuwing kan niet vermoed worden; dat de promotoren zich niet bevrijd achtten, bleek overigens uit het feit dat één onder hen bij overdracht van zijn aandelen bedong dat de koper in zijn plaats diende in te staan voor de terugbetaling van de lening. Hoogstens kan er volgens het Hof sprake zijn van een onvolmaakte schuldoverdracht waarbij de schuldeiser zich kan blijven verhalen op de overdrager en de overnemer van de schuld (Bruxelles, 10 mei 1989, *R.P.S.*, 1991, nr. 6573, p. 140).

Uiteraard had een toepassing van het leerstuk van de — eventueel stilzwijgende — overname van verbintenissen voorzien in art. 13bis Venn.W. de promotoren uitkomst kunnen brengen (boven, nr. 26).

## PROCESHANDELINGEN VAN EN TEGEN VENNOOTSCHAPPEN

72. PROCESRECHTELIJKE RECHTSBEKWAAMHEID EN RECHTSPERSOONLIJKHEID — De groepering zonder rechtspersoonlijkheid kan niet als zodanig in rechte treden (hoger, nrs. 11-12). In uitzonderlijke gevallen heeft de wetgever aan bepaalde feitelijke verenigingen toch procesrechtelijke rechtsbekwaamheid toegekend(5).

Zo is bij bijzondere wettelijke bepaling de actieve procesrechtelijke rechtsbekwaamheid toegekend aan vakverenigingen die de rechtspersoonlijkheid niet bezitten, om als eiser op te treden in enkele bij de wet bepaalde geschillen m.b.t. ondernemingsraden (W. 20 september 1948) en m.b.t. collectieve arbeidsovereenkomsten (W. 5 december 1968).

Insgelijks kent art. 132 W. 4 augustus 1978 (*B.S.*, 17 augustus 1978) een procesrechtelijke bekwaamheid toe aan de daarin vermelde „representatieve organisaties” om op te komen tegen schendingen van de regels omtrent de gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

Art. 7 W. 23 juni 1961 (*B.S.*, 8 juli 1961) gewijzigd bij W. 4 maart 1977 (*B.S.*, 15 maart 1977) kent aan de „feitelijke vereniging” die in een audiovisuele uitzending genoemd is, een recht van antwoord toe. In art. 12 van die wet is de vordering tot nakoming geregeld.

In ieder geval wordt aangenomen dat de besproken regels wegens hun uitzonderlijk karakter restrictief moeten toegepast worden (Cass., 28 april 1966, *R.C.J.B.*, 1968, 34, met noot L. François; Cass., 19 april 1968, *R.W.*, 1967-68, 2165, met concl. Adv.-Gen. P. Mahaux en noot M.S.; *Arr. Cass.*, 1968, 1051).

Ook erkent de Raad van State in tal van gevallen de bevoegdheid van organisaties zonder rechtspersoonlijkheid om in geschillen van bestuur voor de Raad van State op te treden wanneer het gaat om de verdediging van belangen die bepaald zijn door of krachtens de wet, of wanneer die organisaties erkend zijn door de bestuursverheid en bij de werking van de overheidsdiensten betrokken worden, d.i. wanneer hen door of krachtens de wet een taak van medewerking met een openbaar bestuur is opgedragen (zie in de besproken periode, *R.v.St.*, 23 mei 1990, *R.W.*, 1990-91, 606; zie ook *R.v.St.*, 6 april 1966, *Pas.*, 1966, IV, 121; *R.v.St.*, 21 februari 1968, *Pas.*, 1968, IV, 87; *R.v.St.*, 24 januari 1978, *Pas.*, 1980, IV, 84).

Zodanige beperkte procesrechtelijke rechtsbekwaamheid van organisaties die door of krachtens de wet erkend is, heeft in de doctrine tot boeiende beschouwingen aanleiding gegeven over de aard van de (quasi, mini)-„rechtspersoonlijkheid” die eruit volgt (J. Lindemans, *De bevoegdheid van organisaties om op te komen voor de belangen van leden en/of het algemeen*

(5) In dat geval is hun vertegenwoordiging in rechte geen sinecure. Niet zelden stellen zich problemen van schijnvertegenwoordiging (boven, nrs. 13 e.v.).

*belang*, Preadvises voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1973, 75; Id., „Recente ontwikkelingen inzake rechtspersoonlijkheid van vakbonden”, in *Liber amicorum Raf Hulpiau*, 1978, (195), 197 e.v.; L. Van Compernelle, *Le droit d'action en justice des groupements*, Larcier, (199), p. 206).

**73. BELANG VAN DE RECHTSPERSOON OM IN RECHTE TE TREDEN** — In het vorig overzicht werd uitvoerig ingegaan op de tegenstrijdige opvattingen die het Hof van Cassatie en de Raad van State erop nahouden t.a.v. het eigen belang dat een rechtspersoon moet kunnen laten gelden om in rechte te kunnen treden (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 920, nr. 71).

Voor de Raad van State volstaat het wettig belang bij de schorsing of bij de nietigverklaring. Verenigingen kunnen dus opkomen ter bescherming van het algemeen belang indien zij als representatief kunnen beschouwd worden voor de groep voor wiens belangen zij willen opkomen. Deze representativiteit is weliswaar een delicaat probleem. Zij mag blijkbaar vermoed worden, tot het tegendeel bewezen wordt door de verwerende partij (R.v.St., 11 september 1981, *R.W.*, 1981-82, 1885; P. Lemmens, „Het optreden van verenigingen in rechte ter verdediging van collectieve belangen”, *R.W.*, 1983-84, 2015; zie ook concl. Proc. Gen. Krings bij Cass., 25 oktober 1985, *R.W.*, 1985-86, (2411), 2415).

In elk geval vooronderstelt de representativiteit dat de vordering in het verlengde ligt van het statutair doel van de rechtspersoon.

Zo werd in de besproken periode een verzoekschrift tot nietigverklaring van een bouwvergunning van een schuilhok voor dieren die met schending van de Wet op de Stedebouw zou afgeleverd zijn, door de Raad van State onontvankelijk verklaard omdat de betrokken V.Z.W. enkel „de opsporing en het doorgeven van milieu- en welzijnsdelicten” tot doel had (R.v.St., 5 oktober 1989, nr. 33132, *R.W.*, 1990-91, p. 331).

In de mate waarin het contentieux voor de burgerlijke rechtbanken een gelijkaardig objectief karakter heeft, kunnen gelijkaardige criteria worden toegepast (b.v. bij de eis tot vernietiging van het depot van een merk: Brussel, 29 juni 1989, *J.T.*, 1989, 749)(6).

**74.** In het vorig overzicht kon nog in voetnoot melding gemaakt worden (p. 922, nr. 72, voetnoot 10) van het arrest van het Hof van Cassatie in de zaak „Neerpede blijft” (Cass., 25 oktober 1985, *R.W.*, 1985-86, 2411). Daarin bleef het Hof bij zijn stelling dat de groepering met rechtspersoonlijkheid niet in rechte kan optreden ter verdediging van een collectief belang,

---

(6) Reeds in 1958 schreef J. Dabin hierover het volgende: „C'est que en ces cas (bij vorderingen tot vernietiging of ontbinding), la seule condition requise dans le chef du demandeur est l'existence d'un intérêt à la mesure demandée; tandis que... la condition requise pour réclamer réparation est l'existence d'un préjudice propre. Il ne faut pas confondre la qualité de *l'intéressé* (à une certaine action) et la qualité de *préjudicié* (pour l'action en réparation)” (noot J. Dabin onder Cass., 9 december 1957, *R.C.J.B.*, 1958, p. 268, nr. 26).

tenzij de wet door dergelijke rechtsvordering toe te kennen uitdrukkelijk afwijkt van de regel dat de eiser bij de vordering een eigen belang moet hebben (art. 17 Ger.W.). Meestal treden de verenigingen in rechte door een burgerlijke partijstelling. Wat het Hof van Cassatie stoort, is dat het hen bijna altijd ontbreekt aan eigen schade.

Het Hof laat zich niet gelegen aan de welwillender houding van de Raad van State omdat „de nietigheidsvordering bij de Raad van State... of zelfs het slagen van die bemoeiingen, het algemeen belang dat eiseres behartigt niet verandert in een eigen belang”.

In de conclusies van Procureur-Generaal Krings voorafgaand aan het arrest werd uitdrukkelijk afstand genomen van het pleidooi dat in de rechtsleer was gehouden voor een milder standpunt (o.a. door P. Lemmens, *a.a.*, 2001-2003).

De V.Z.W. die luidens zijn statutair doel opkomt voor de vogelbescherming ontleent daaraan dus geen eigen belang. Het louter feit een bepaald doel na te streven creëert geen eigen belang, vermits iedereen gelijk welk doel kan nastreven. Enkel wanneer de V.Z.W. geraakt wordt in haar eigen persoonlijke of vermogensrechten, d.i. in haar goederen, haar eer of reputatie, zal haar vordering ontvankelijk zijn (Luik, 19 september 1988, *J.T.*, 1989, 334; *J.L.M.B.*, 1989, 360; zie ook Luik, 16 mei 1989, *J.T.*, 1990, 179; Kh. Namen, 14 oktober 1986, *R.P.S.*, 1986, nr. 6412, p. 265; *anders*: Luik, 24 juni 1986, *Jur. Liège*, 1986, 667).

---

**75.** In besproken periode kon ook het Arbitragehof het belang aflijnen dat vereist is om een ontvankelijk annulatieberoep in te leiden (art. 107ter G.W. en art. 2, 2° W. 6 januari 1989). Vier voorwaarden werden gesteld. De rechtspersoon die wil opkomen voor een collectief belang moet een maatschappelijk doel hebben met een particulier karakter dat onderscheiden is van het algemeen belang (1), en toch ruimer dan het individueel belang van de leden (2). Dit maatschappelijk doel dient op een reële wijze nagestreefd te worden, wat moet blijken uit de activiteiten van de vereniging (3). Deze activiteit moet tevens een duurzaam karakter hebben, in het verleden en in de toekomst (4).

Aan die voorwaarden werd geacht te voldoen de V.Z.W. „Thuiswerkende ouder, gezin, samenleving” die een annulatieberoep instelde tegen die bepalingen uit de fiscale wetgeving die de bedrijfsvoorheffing regelden voor gezinnen met één thuisblijvende ouder. Het reëel en duurzaam karakter van de activiteit van de V.Z.W. werd afgeleid uit het feit dat hij ook bij de Raad van State een annulatieberoep had ingeleid tegen de desbetreffende reglementering (Arbitragehof, 13 juni 1991, *J.T.*, 1991, 835, noot R. Ergec).

**76.** VORDERINGSRECHT VOOR BEROEPSVERENIGINGEN S.S. — De gestrengheid van het Hof van Cassatie geldt evenzeer t.a.v. de groepering met rechtspersoonlijkheid die in rechte wil opkomen voor de beroepsbelangen van zijn leden met de behartiging waarvan zij statutair gelast is.

In zijn rechtspraak maakte het Hof van Cassatie enkel een uitzondering voor de beroepsvereniging s.s. die is opgericht overeenkomstig de W. 31 maart 1898. Daarin komt immers een uitdrukkelijke bepaling voor waarop haar recht te vorderen kan gebaseerd worden(7).

Traditioneel werd aan de beroepsvereniging s.s. een rechtsvordering toegekend, maar er was twijfel gerezen n.a.v. het cassatiearrest van 9 december 1957. Dit arrest betrof in wezen een V.Z.W.-beroepsvereniging, maar het gaf, op een licht voorbehoud na, de indruk de vordering evenzeer te onthouden aan de beroepsvereniging s.s. (zie de noot van J. Dabin onder Cass., 9 december 1957, *R.C.J.B.*, 1958, p. 255 en voetnoot 9).

Dit werd door latere rechtspraak van het Hof opnieuw rechtgezet. De uitdrukkelijke rechtsgrond waaraan de vordering van de beroepsvereniging s.s. ontleend werd, varieerde nochtans: in een arrest van 16 december 1957 — een week jonger dan het arrest van 9 december 1957, maar wel van een andere Kamer — werd nog verwezen naar art. 6 W. 31 maart 1898 (Cass., 16 december 1957, *Pas.*, 1951, I, 410). In dat artikel wordt weliswaar de rechtspersoonlijkheid van de beroepsvereniging bestatigd, maar gelet op het arrest van 9 december 1957 kon dit bezwaarlijk als een voldoende uitdrukkelijke rechtsgrond gelden. In latere arresten werd daarom overgeschakeld naar art. 2 W. 31 maart 1898 waaruit minstens impliciet een vorderingsrecht kan afgeleid worden om op te komen voor de bescherming van de belangen waarvan zij werd opgericht (Cass., 29 juni 1959, *Arr. Verbr.*, 1959, 921; Cass., 12 oktober 1964, *Pas.*, 1965, I, 152).

In een recent arrest van 19 mei 1987 vond het Hof van Cassatie voor de beroepsvereniging een nog uitdrukkelijker rechtsgrond in art. 10 W. 31 maart 1898 (*T.R.V.*, 1988, 57, noot S. Raes). Op grond van deze bepaling kan de beroepsvereniging zelf opkomen voor de verdediging van de individuele rechten die voor haar leden voortspruiten uit die hoedanigheid. Ook in eerdere arresten werd deze bepaling reeds vermeld, maar niet als algemene rechtsgrond voor een eigen vorderingsrecht van de beroepsvereniging. Daarvoor lijkt de bepaling ook te eng gelibelleerd: zij houdt strikt genomen immers enkel verband met de aantasting van de rechten die voortvloeien uit het lidmaatschap van de beroepsvereniging zelf, bv. omdat de beroepsvereniging een contract gesloten heeft waarbij enkel de leden voordeel hebben (zie de noot van J. Dabin onder Cass., 9 december 1957, *R.C.J.B.*, 1958, p. 260, nr. 16).

In noot bij voormeld arrest van 19 mei 1987 suggereert S. Raes dat art. 10 wellicht omwille van zijn uitdrukkelijk karakter naar voor werd gehaald door het Hof van Cassatie. Een vermindering van de vorderingsmogelijkheden voor de beroepsvereniging s.s. moet er hopelijk niet in gezocht worden.

---

(7) Dit recht komt ook toe aan die buitenlandse verenigingen die kunnen gelijk gesteld worden met Belgische beroepsverenigingen s.s. (Brussel, 29 juni 1989, *J.T.*, 1989, 749, noot L. Van Bunnan; vgl. Kh. Namen, 14 oktober 1986, *R.P.S.*, nr. 6412, p. 265). Daarbij werd in herinnering gebracht dat de rechtsbekwaamheid van de buitenlandse rechtspersoon voor de Belgische rechter in beginsel door het personeel statuut van de vennootschap wordt bepaald, maar dat het belang moet gemeten worden volgens de *lex fori*.

Overigens betrof het arrest geen beroepsvereniging s.s. maar wel de Orde van Architecten. Aan haar werd een burgerlijke partijstelling geweigerd omdat de bijzondere wet waarbij zij werd opgericht terzake geen uitdrukkelijk vorderingsrecht toekent.

Meer dan wat ook, moet hierin de bevestiging van de strenge cassatierecht-spraak t.a.v. het belang van groeperingen met rechtspersoonlijkheid gezien worden: zelfs een semi-publiekrechtelijke beroepscorporatie kan zonder uitdrukkelijke rechtsgrond niet in rechte treden om de belangen van haar leden te verdedigen.

Het valt zeer moeilijk in te zien waarom de privaatrechtelijke beroepsvereniging s.s. wel en de semi-publiekrechtelijke beroepscorporatie niet in rechte kan treden, daar waar de tweede noodzakelijkerwijze representatiever is dan de eerste.

Bovendien valt moeilijk in te zien waarom de éne publiekrechtelijke beroepscorporatie wel en de andere niet in rechte kan treden, omdat er toevallig een uitdrukkelijke rechtsgrond voorhanden is in de wet die de eerste beheerst, en niet in de wet die de tweede beheerst — zo is er voor de Kamers van Notarissen wel een rechtsgrond (art. 2, 9<sup>o</sup> Besluit Nivôse Jaar XII).

77. VORDERINGSRECHT IN BIJZONDERE WETTEN — Reeds in 1958 hield J. Dabin voor dat naar een meer open oplossing („une justification plus franche, plus nette, plus cohérente”) voor de „actio popularis” moest gezocht worden (J. Dabin, noot onder Cass., 9 december 1957, *R.C.J.B.*, 1958, (251), 270).

In de besproken periode heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State bepleit om daartoe geen principiële wijziging van het ontvankelijkheidsvereiste in het Gerechtelijk Wetboek, of in het Wetboek van Strafvordering aan te brengen, maar wel over te gaan tot een gevalsgewijze toekenning van vorderingsrechten aan groeperingen in die bijzondere wetten waarin de wetgever zulks nuttig oordeelt (*Gedr. St.*, Kamer, 1986-87, nr. 84/2, p. 10).

Onder impuls van dat advies kwam het tot een amendering van de nieuwe Handelspraktijkenwet op dit punt. Zoals aangehaald in vorig overzicht, hanteerde het Hof van Cassatie in zijn arrest van 7 juni 1984 (*Pas.*, 1984, I, 576; *J.T.*, 1984, 708) een erg restrictieve interpretatie op het stuk van het vorderingsrecht dat door art. 57 oude H.P.W. werd toegekend aan de beroepsverenigingen (bevestigd in Cass., 17 oktober 1986, *Pas.*, 1987, I, 200; *R.C.J.B.*, 1988, 327, noot De Vroede; verijnd in Cass., 1 februari 1990, *T.B.H.*, 1990, 221, noot H.R., *R.W.*, 1989-90, 1261; zie ook Brussel, 29 juni 1989, *J.T.*, 1989, 749, noot Van Bunnan).

In het art. 98, § 1 van de nieuwe Handelspraktijkenwet van 14 juli 1991 krijgen beroeps- en interprofessionele verenigingen met rechtspersoonlijkheid, alsmede de erkende consumentenverenigingen een rechtsvordering tot staken: in afwijking van de artt. 17 en 18 Ger.W. kunnen zij in rechte

optreden voor de verdediging van hun statutair omschreven collectieve belangen (J. Laenens, „De vordering tot staken herbezocht”, in *De nieuwe wet handelspraktijken*, J. Stuyck en P. Wytinck (ed.), (149), 163).

Ook in de nieuwe wet betreffende misleidende reclame inzake de vrije beroepen (art. 6, 2<sup>o</sup> W. 21 oktober 1992, *B.S.*, 17 november 1992) en in de nieuwe milieuwetgeving wordt deze weg ingeslagen.

**78. EIS TOT OVERLEGGING VAN DE SAMENSTELLING VAN ORGANEN VAN DE EISENDE VENNOOTSCHAP** — De rechtspersoon die in rechte wil treden, moet uit de aard zelf vertegenwoordigd worden door het wettelijk of statutair bevoegd bestuursorgaan (art. 703 Ger.W.). De identiteit van de rechtspersoon wordt voldoende aangeduid door opgaaf van zijn maatschappelijke benaming, rechtsvorm en maatschappelijke zetel.

De tegenpartij kan echter in elke stand van het geding eisen dat de namen zouden worden megedeeld van de natuurlijke personen die de organen van de rechtspersoon zijn (art. 703, derde lid Ger.W.).

Bij gebreke aan overlegging daarvan, mag niet zonder meer geconcludeerd worden dat de proceshandeling noch beslist, noch tijdig bekrachtigd werd door het daartoe bevoegde orgaan: art. 703 Ger.W. heeft immers niet tot doel de samenstelling van het bevoegde orgaan op de dag waarop opdracht werd gegeven tot de proceshandeling te vernemen, maar wel de samenstelling van alle organen van de vennootschap te doen kennen (Cass., 9 februari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 688; *Pas.*, 1978, I, 669; *J.T.*, 1978, 361; *R.W.*, 1978-79, 31; H. Laga, „De Raad van State en het annulatieberoep ingesteld door een handelsvennootschap”, *T.R.V.*, 1988, (173), 180-181).

De verkregen informatie is vooral nuttig indien men al weet wie opdracht gegeven heeft tot de proceshandeling. Uit de informatie kan dan blijken dat de benoeming van de opdrachtgevers, b.v. twee gezamenlijk handelende bestuurders, niet behoorlijk openbaar gemaakt werd, in welk geval deze bevoegdheidsdelegatie, althans in vennootschappen met een Prokurasysysteem, niet tegenwerpelijk is aan derden (art. 54, laatste lid Venn.W.).

Op zich heeft de mededelingsplicht van art. 703 Ger.W. slechts een informatieve functie waarvan het enkele verzuim niet volstaat om ertoe te besluiten dat de proceshandeling niet gelast werd door het daartoe bevoegde orgaan. De sanctie van zulk verzuim is normalerwijze de opschorting van de uitspraak (art. 703, vierde lid Ger.W.).

Het ligt echter voor de hand dat het verzuim de gevraagde samenstelling mede te delen, samen met andere indicaties, tot een ontkentenis van proceshandeling door de tegenpartij kan leiden (Kh. Gent, 11 november 1987, *T.R.V.*, 1988, 376).

**79. OVERLEGGING VAN HET BESLUIT VAN HET BEVOEGDE ORGAAN TOT HET VERRICHTEN VAN DE PROCESHANDLING** — Het vorig overzicht werd afgesloten op de hoopvolle toon dat de Raad van State met zijn arrest d.d. 10

december 1986 een nieuwe weg was ingeslagen inzake de ontkenenis van proceshandelingen die worden ingeleid door of op last van rechtspersonen (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 925, nr. 76).

Dit arrest werd inmiddels uitvoerig en enthousiast becommentarieerd in de doctrine (R.v.St., 10 december 1986, *T.B.H.*, 1987, 201, noot J.M. Nelissen Grade; *R.P.S.*, 1987, 25, noot A. Benoit-Moury; *T. Aann.*, 1990, 166, noot A. Delvaux, *T.B.P.*, 1987, 705; *A.P.M.*, 1987, 4; H. Laga, „De Raad van State en het annulatieberoep ingesteld door een handelsvennootschap”, *T.R.V.*, 1988, 173).

Zoals men weet hield de Raad van State er een voor rechtspersonen erg onpraktisch standpunt op na inzake hun vertegenwoordiging bij proceshandelingen. Werde een verzoekschrift bij de Raad ingediend door een rechtspersoon, dan moest deze bewijzen dat het bevoegd orgaan binnen de termijn van 60 dagen de beslissing daartoe nam of bekrachtigde. Bij gebreke aan dergelijk bewijs, werd de niet-ontvankelijkheid ambtshalve door de Raad opgeworpen (vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 923, nr. 73; zie ook R.v.St., 3 augustus 1984, *R.P.S.*, 1985, nrs. 6318-6319, p. 26, noot A. Benoit Moury; R.v.St., 18 juni 1985, nr. 25485; R.v.St., 11 juli 1985, nr. 25.588; R.v.St., 14 januari 1986, *R.W.*, 1986-87, 460, noot Lambrechts; R.v.St., 20 februari 1986, nr. 26.195; R.v.St., 7 maart 1986, *R.P.S.*, 1986, nr. 6409, p. 258, noot A. Benoit-Moury).

Indien men de rechtspraak van de Raad van State na het keerpunt-arrest van 10 december 1986 overschouwt, stelt men echter vast dat de toegeving die de Raad van State gedaan heeft niet meer is dan een erkenning van de werking van een één- of meerhandtekeningsclausule in de N.V. (art. 54 Venn.W.).

Deze concessie behelst dus enkel de onontkoombare toepassing van dwingende vennootschapsrechtelijke regels.

Anderzijds lijkt de Raad van State niet geneigd toepassing te geven aan regels uit het Gerechtelijk Wetboek, zoals de artt. 440 en 848 Ger.W., die het vraagstuk van de ontkenenis bevredigend regelen in het gemeen procesrecht, en waarvan de toepassing ook voor de Raad van State een zegen zou zijn (zie over de geldingskracht van het gemeen procesrecht in administratieve procedures, H. Laga, „De Raad van State en het annulatieberoep ingesteld door een handelsvennootschap”, *T.R.V.*, 1988, (173), 175-176).

**80. MANDAAT AD LITEM** — Indien het bevoegde orgaan van een rechtspersoon een proceshandeling niet zelf wil of kan stellen, zal het deze opdragen aan een advocaat. Het kan dit onrechtstreeks doen door een bijzondere lasthebber te gelasten met de aanstelling van een advocaat. Anders dan het orgaan(8) kan de bijzondere lasthebber niet zelf de proceshandeling stellen, noch verschijnen in rechte (art. 728 Ger.W.; Bergen, 21 februari 1989, *Pas.*, II, 216; Vred. Charleroi, 26 maart 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1004).

(8) Uiteraard kan de fysieke persoon die tevens orgaan is niet getuigen in de procedure waarin de vennootschap partij is (Rb. Namen, 3 juni 1988, *R.R.D.*, 1988, 413).

Op grond van art. 440 Ger.W. wordt de advocaat vermoed een geldige procesopdracht (mandaat ad litem) te hebben gekregen. De tegenpartij die dat vermoeden wil ontkrachten, loopt een zwaar bewijsrisico.

In de rechtspraak van de Raad van State, wordt het beginsel van art. 440 Ger.W. ten onrechte genegeerd. Weliswaar is betoogd dat art. 19, lid 2 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State een afwijking inhoudt t.a.v. deze bepaling, in die zin dat vertegenwoordiging door een advocaat een facultatief karakter zou hebben, terwijl ze voor de gewone rechtbanken imperatief zou zijn. Dit is niet precies. In de regel is de vertegenwoordiging door een advocaat altijd facultatief.

De negatie door de Raad van State van het in art. 440 Ger.W. neergelegde beginsel gaat zo ver dat het auditoraat steeds ambtshalve vraagt een geldige procesopdracht en een interne bestuursbeslissing voor te leggen. Deze exceptie kan nochtans door de tegenpartij worden ingeroepen (vgl. P. Van Ommeslaghe en X. Dieux, „Examen de jurisprudence (1979-90). Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.*, 1992, p. 657, nr. 35).

In de juistere opinie van het Hof van Cassatie, waarin wordt aangenomen dat geen interne bestuursbeslissing moet worden voorgelegd, staat de tegenpartij die een ontkentenis van proceshandeling wil bewerkstelligen voor een schier onmogelijke taak, en wel ingevolge het vermoeden neergelegd in art. 440 Ger.W. (Cass., 9 februari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 688; *Pas.*, 1978, I, 669; *J.T.*, 1978, 361; *R.W.*, 1978-79, 31; Verslag Van Reepinghen, p. 419).

Wat de tegenpartij moet bewijzen is immers dat de advocaat geen geldige opdracht gekregen heeft. Het bewijsrisico is zeer zwaar, omdat de procesopdracht aan geen enkele vormvereiste gebonden is, en zelfs wanneer ze ongeldig zou zijn, steeds — zelfs stilzwijgend — kan bekrachtigd worden (art. 848 Ger.W.; Bergen, 23 maart 1989, *T.R.V.*, 1989, 343, noot L. Neefs en D. Blommaert; *T.B.H.*, 1990, 326, noot J. Romain; *R.P.S.*, 1989, nr. 6521, p. 196).

**81. DE VERHOUDING TUSSEN RECHTSPERSOON EN VERTEGENWOORDIGER** — De negatie van artt. 440 en 848 Ger.W. heeft voor gevolg dat de verzoekende rechtspersoon voor de Raad van State in elk geval moet bewijzen dat de proceshandeling aan de advocaat tijdig is opgedragen door het bevoegd orgaan.

Het orgaan dat bevoegd is tot het stellen of gelasten van de proceshandeling zal veelal het bestuur zijn of, in de vennootschappen waar zulks wettelijk of statutair georganiseerd werd, soms ook het dagelijks bestuur. Dit laatste orgaan zal bevoegd zijn, indien het voorwerp van het proces, getoetst aan de activiteit van de vennootschap, een onderwerp van dagelijks bestuur is (vgl. verder, nr. 132; zie in die zin ook, P. Van Ommeslaghe, X. Dieux, „Examen de jurisprudence-Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.*, 1992, p. 655, nr. 34; anders, ten onrechte, *R.v.St.*, 3 augustus 1984, *R.P.S.*, 1985, nrs. 6318-6319, p. 26, kritische noot A. Benoit Moury; *R.v.St.*, 7 maart

1986, *R.P.S.*, 1986, nr. 6409, p. 258, kritische noot A. Benoit Moury; Arb. Hof Antwerpen, 9 juni 1986, *R.P.S.*, 1987, nr. 6433, p. 128, kritische noot; *R.W.*, 1986-87, 1278; R.v.St., 26 juni 1987, *T.B.P.*, 1988, 495).

De Raad van State weigert te volstaan met een namens de rechtspersoon vertegenwoordigingsbevoegd aan de advocaat verleende opdracht tot het stellen van de proceshandeling, hij eist ook de voorlegging van een prealabele beslissing van het bevoegde orgaan.

Dergelijke voorlegging van een prealabele beslissing kan in geen geval geëist worden van een N.V. of een B.V.B.A. waarvoor immers sedert W. 6 maart 1973 het Prokurasysteem geldt: de vertegenwoordigingsmacht van de organen werd door de wetgever omschreven en kan door de statuten niet op een aan derden tegenwerpelijke wijze beperkt worden (artt. 54 en 130 Venn.W.). Anderzijds kunnen derden zich niet beroepen op het ontbreken van een intern besluit van het bevoegde vennootschapsorgaan indien een proces- of rechtshandeling door een met vertegenwoordigingsmacht bekleed orgaan gesteld of gelast werd (H. Laga, „De Raad van State en het annulatieberoep ingesteld door een handelsvennootschap”, *T.R.V.*, 1988, (173), 174-175).

In vennootschappen met een collegiaal bestuursorgaan, zoals de N.V., is het — ten onrechte — door de Raad van State gestelde vereiste van een collegiale beslissing uiteraard een grote hinderpaal voor het instellen van een proceshandeling. Dit laatste moet immers op een erg korte termijn geschieden. Zodoende ontbreekt niet zelden de materiële mogelijkheid om de raad van bestuur tijdig samen te roepen voor een beslissing tot het stellen van de proceshandeling. Weliswaar bestaat de kans tot bekrachtiging van een reeds ingestelde proceshandeling, maar ook dat moet in beginsel binnen de termijn geschieden.

Hoewel art. 848 Ger.W. uitdrukkelijk in de mogelijkheid van een stilzwijgende bekrachtiging voorziet, behoort deze mogelijkheid luidens de Raad van State kennelijk niet tot de procedureregels die voor hem gelden. Zelfs een uitdrukkelijke bekrachtiging door de raad van bestuur binnen de termijn werd ongeldig geacht omdat de notulen van de bekrachtigingsvergadering niet door alle aanwezige leden van de raad werden ondertekend, daar waar de statuten in dat vereiste voorzagen (R.v.St., 9 november 1989, nr. 33 363).

In beginsel volstaat nochtans dat de notulen ondertekend worden door een meerderheid van bestuurders of, in geval van één- of meerhandtekeningsclausule, door de vertegenwoordigingsbevoegde bestuurders (vgl. voor de algemene vergadering, nieuw art. 74, § 3 Venn.W.; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 759, nr. 97).

De Raad van State is derhalve zeer streng op het stuk van het bewijs dat moet voorgelegd worden van de collegiale beslissing. Een verklaring in eer en geweten uitgaande van alle bestuurders dat wel degelijk tijdig een — zij het mondeling — beslissing genomen werd tot het indienen van een

annulatieverzoek, vindt in de ogen van de Raad van State geen genade (R.v.St., 22 juni 1987, nr. 28 131).

Reeds in de twee vorige overzichten werd bepleit dat notulen geen exclusief bewijs van zijn van een vergadering, (*T.P.R.*, 1978, p. 761, nr. 99; *T.P.R.*, 1986, p. 925, nr. 75). De rechtspraak van de Raad van State blijft een uitnodiging tot het plegen van valsheid in geschrifte.

Weliswaar is de aangelegenheid minder dramatisch in de N.V. met een statutaire één- of meerhandtekeningsclausule. In dat geval moet in beginsel nog steeds collegiaal beslist worden, maar de rechtspersoon kan geldig vertegenwoordigd worden jegens derden door de in statuten — eventueel bij naam of titel aangeduide — bestuurder(s). Deze externe vertegenwoordigingsmacht — zgn. Prokura — kan niet op aan derden tegenwerpelijke wijze beperkt worden (art. 54 Venn.W.). In die zin gaat het om een orgaan van externe vertegenwoordiging waarvan de handelingen de vennootschap hoe dan ook verbinden, zelfs bij ontbreken van een interne, collegiaal genomen beslissing.

De wijziging in de rechtspraak van de Raad van State die zonet werd aangehaald (nr. 79), betreft enkel de erkenning van deze statutaire één- of meerhandtekeningsclausules. De Raad van State was voorheen van oordeel dat zelfs indien zo'n clausule in de statuten voorhanden was, nog steeds een interne, collegiaal genomen beslissing van de raad van bestuur van de N.V. moest voorgelegd worden. Dat standpunt werd verlaten in het arrest van 10 december 1986.

Samengevat komt het nieuwe standpunt van de Raad van State inzake procesvertegenwoordiging van N.V.'s hierop neer.

Indien er geen één- of meerhandtekeningsclausule in de statuten voorkomt, blijft de voorlegging van een collegiale beslissing van de raad van bestuur vereist (R.v.St., 12 januari 1989, nr. 31 747).

Is er wel een één- of meerhandtekeningsclausule, dan moet het zgn. orgaan van externe vertegenwoordiging, indien het een proceshandeling gelast, een tijdig genomen beslissing voorleggen. De Raad van State gaat er daarbij van uit dat het extern orgaan van vertegenwoordiging ook beslissingsbevoegd is, wat een misvatting is.

Intern is o.i. nog steeds een collegiale beslissing van de raad van bestuur vereist, alleen kan de vennootschap zich niet op het ontbreken daarvan beroepen, zoals de derde er de voorlegging niet van kan vragen ('Prokura'). Het nieuwe standpunt van de Raad van State wordt zo een transpositie van het vroegere: *in geval van een meerhandtekeningsclausule*, moet een gezamenlijk ondertekende beslissing voorgelegd worden van de bestuurders die vertegenwoordigingsmacht hebben. Dergelijke beslissing kan volgens de Raad niet telefonisch door de twee vertegenwoordigingsbevoegde bestuurders genomen worden (R.v.St., 13 mei 1987, nr. 27 878)(9).

---

(9) Hier zit nog een andere misvatting, nl. dat de raad van bestuur, in casu het extern orgaan van vertegenwoordiging, effectief moet bijeenkomen om te beraadslagen (zie H. Laga, „Kan de raad van bestuur geldig besluiten zonder effectief bijeen te komen?“, *T.R.V.*, 1992, 340)

De rechtspraak van de Raad van State valt minder streng uit in het geval het bestuursorgaan van de betrokken rechtspersoon niet collegiaal functioneert, b.v. in de B.V.B.A. of in de V.O.F. Daar kan, elke zaakvoerder afzonderlijk beslissen én overgaan tot het stellen van de proceshandeling (art. 1857 B.W. en 130 Venn.W.; zie R.v.St., 18 juni 1985, nr. 25485; R.v.St., 11 juli 1985, nr. 25.588; R.v.St., 29 juni 1987, *T.R.V.*, 1988, 110, noot K. Lenaerts; zie voor de andere rechtspersonen dan de B.V.B.A., vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 760-761, nr. 90).

In deze context durft de Raad van State zowaar gewagen van een vermoeden van geldige procesopdracht, indien het verzoekschrift ondertekend is door een op het tableau ingeschreven advocaat (R.v.St., 29 juni 1987, *T.R.V.*, 1988, 110, (110), 112, onder 3.4). Jammer genoeg wordt dit vermoeden veeleer ontleend aan de werking van een vennootschapsrechtelijke regel, dan aan art. 440 Ger.W. (hoger, nrs. 79-80).

De individuele beslissings- en vertegenwoordigingsbevoegdheid kan in de statuten van dergelijke rechtspersonen opnieuw worden beperkt door een meerhandtekeningsclausule. In dat geval zal de Raad van State wel de voorlegging van de gezamenlijke beslissing tot het stellen van de rechtshandeling vragen.

In de B.V.B.A. geldt echter evenzeer de Prokuraleer, zoals in de N.V., maar dan in omgekeerde zin (art. 130 Venn.W.). De vraag tot voorlegging van een collegiale beslissing zal dus enkel mogen gesteld worden indien de meerhandtekeningsclausule alle vertegenwoordigingsbevoegdheden aan de individuele zaakvoerder onttrekt. Anders is ze niet tegenwerpelijk aan derden (zie, hoewel niet in een kwestie van procesvertegenwoordigingsbevoegdheid, R.v.St., 10 november 1987, nr. 28 757, *T.R.V.*, 1988, 358, noot K. Geens, zie verder, nr. 259).

#### AFDELING 11

##### TOEREKENING AAN DE RECHTSPERSOON VAN FEITELIJKE HANDELINGEN

**82. STRAFBARE FEITEN** — Een rechtspersoon kan het materieel bestanddeel van een misdrijf plegen, maar mist de voor strafrechtelijke aansprakelijkheid vereiste schuldbekwaaamheid welke enkel kan toekomen aan natuurlijke personen (L. Dupont en R. Verstraeten, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Acco, Leuven, 1990, nr. 408, p. 244). Ze kan er dus niet voor gestraft worden. Dit is de werkelijke betekenis van het adagium „*societas delinquere potest, sed puniri non potest*”.

Alleen de natuurlijke personen die zich in werkelijkheid schuldig hebben gemaakt aan het misdrijf, kunnen als daders gestraft worden (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 935, nr. 86 en 87). Deze regel heeft als gevolg dat de rechter voor ieder misdrijf afzonderlijk zal moeten onderzoeken wie onder de organen of aangestelden van de vennootschap de werkelijke dader

is, m.a.w. wie schuld treft (Cass., 25 april 1989, *Pas.*, 1989, I, 884; *Arr. Cass.*, 1988-89, 990). Al naar gelang is dit degene die ofwel de strafbare handeling daadwerkelijk heeft gesteld, ofwel belast was met de naleving van de strafrechtelijk gesanctioneerde verplichting in naam en voor rekening van de vennootschap (S. Raes, „De strafrechtelijke aansprakelijkheid voor misdrijven van rechtspersonen”, *T.R.V.*, 1991, 50). De strafrechter beschikt daarbij over een ruime en onaantastbare appreciatiebevoegdheid.

**83. WERKELIJKE DADER** — Uit deze regels volgt dat wie *orgaan* is van een vennootschap, daarom nog niet automatisch de dader is, in de bovenvermelde betekenis, van misdrijven die door de vennootschap werden gepleegd (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 935, nr. 87; Brussel, 24 april 1984, *R.W.*, 1985-86, 882, noot M. De Swaef). De statutaire organisatiestructuur van een N.V. evenals de regeling van de wijze waarop zij vertegenwoordigd wordt, zijn op zich niet bepalend voor de vraag naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de natuurlijke personen binnen een vennootschap (Cass., 10 april 1979, *Pas.*, I, 951; *Arr. Cass.*, 1978-79, 953).

In de besproken periode besliste het Hof van Cassatie dat een misdrijf dat gepleegd werd in het kader van een handelsvennootschap niet noodzakelijk ten laste moet gelegd worden van haar organen. Ook aan degenen die de vennootschap in werkelijkheid bestuurden kunnen de misdrijven strafrechtelijk toegerekend worden, en dit niettegenstaande zij niet haar organen zijn (Cass., 23 mei 1990, *T.R.V.*, 1991, 49, noot S. Raes; *R.P.S.*, 1991, nr. 6569, p. 129; *J.L.M.B.*, 1990, p. 1373; *Rev. Dr. Pen.*, 1990, p. 1011, met noot; *R.C.J.B.*, 1992, p. 550, met noot A. De Nauw, „La délinquance des personnes morales et l'attribution de l'infraction à une personne physique par le juge”). Het Hof van Beroep te Brussel aanvaardde reeds eerder de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een feitelijke zaakvoerder voor het misdrijf van de B.V.B.A., m.n. de niet-betaling van het loon. Het bleek namelijk dat deze natuurlijke persoon, als niet in eer gestelde gefailleerde, via een tussenpersoon in werkelijkheid de functie van zaakvoerder uitoefende (Brussel, 19 juni 1978, *J.T.*, 1978, 494).

Een directeur-generaal van een N.V., die binnen het organigram van de vennootschap de verantwoordelijke was op het hoogste niveau voor de verkoop van audio-visuele apparatuur, is ook persoonlijk strafrechtelijk aansprakelijk voor de strafbare inbreuken die zich in het kader van die verkoop hebben voorgedaan (Corr. Brussel, 14 januari 1986, *J.T.*, 1986, 396; *Pas.*, 1986, III, 22). De rechtbank stelde vast dat de directeur in kwestie, die perfect op de hoogte was van de kwestieuze wetgeving, of het in ieder geval behoorde te zijn, over de naleving ervan door zijn ondergeschikten diende te waken.

**84.** Ondertussen blijft de strafrechtelijke immuniteit van rechtspersonen voorwerp uitmaken van kritiek in de hedendaagse doctrine. Volgens Deruyck is het binnen de moderne vennootschapsstructuren die gekenmerkt

worden door een „wirwar van zowel horizontaal als verticaal verdeelde bevoegdheden, van delegatie en decentralisatie, van individuele maar vooral collegiale beslissingen, vaak moeilijk om vast te stellen wie het misdrijf in concreto gepleegd heeft (F. Deruyck, „Over de problematiek van de rechtspersonen (en ermee gelijkgestelde groeperingen) in het strafrecht naar Belgisch en Duits recht: de administratieve weg?“, *R.W.*, 1990-91, 1252). Vaak heeft het principe als gevolg dat misdrijven met verstreckende sociale of economische gevolgen, b.v. milieudelicten, ongestraft blijven (M. De Swaef, „Over de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen“, *R.W.*, 1985-86, 884; M. Faure, *De strafrechtelijke toerekening van milieudelicten*, Maklu, Antwerpen, 1992, 21 e.v.).

Wellicht kan alleen een herziening van het strafwetboek op dit punt een oplossing bieden (zie voor een pleidooi in die zin: J. Colaes, „De onderneming: een uitdaging voor het recht“, *R.W.*, 1979-80, 2295; zie ook F. Van Remoortere, „La question de la responsabilité pénale des personnes morales en droit de l'environnement“, *R.D.P.*, 1991, 311; R. Legros, „Observations sur le rapport de juin 1978 de la Commission pour la révision du Code pénal“, *J.T.*, 1980, 17).

## AFDELING 12

### TERZIJDESTELLING VAN VOLKOMEN RECHTSPERSOONLIJKHEID. DOORBRAAK VAN BEPERKTE AANSPRAKELIJKHEID

**85. VRIJWILLIGE DOORBRAAK. PATRONAATSVERKLARING** — De patronaatsverklaring kan een brief zijn waarin de moedervernootschap goedkeurend kennis neemt van het krediet dat de kredietverlener aan haar dochtervernootschap heeft toegestaan, en haar algemene politiek toelicht.

Maar de moedervernootschap kan zich er in de verklaring ook toe engageren haar aandelen in de dochter niet over te dragen, noch de dochter van haar substantie te ontdoen (J. Van Ryn en J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. IV, p. 426-427, nr. 554; A.M. Stranart, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, *Handels- en Economisch Recht*, Deel I, B, W. Van Gerven, H. Cousy, J. Stuyck (ed.), p. 806-807, nrs. 818-819).

Bij wanbetaling van de dochter zal de aansprakelijkheid in het eerste geval uiterst zelden in het gedrang kunnen gebracht worden; in het tweede geval kan de kredietgever pogen de contractuele aansprakelijkheid van de moeder in het gedrang te brengen, maar hij zal dan moeten bewijzen dat de moedervernootschap door de niet-nakoming van haar verbintenissen de wanbetaling veroorzaakt heeft.

Ten slotte kan de moedervernootschap zich er in een patronaatsverklaring jegens de kredietgever toe verbinden om erover te waken dat de dochter over voldoende liquiditeiten zal beschikken om haar schuld af te lossen. Aanvullend zal de moeder zich in zo'n geval meestal verbinden tot één of meerdere

van de bovenstaande verbintenissen (Kh. Dinant, 23 juni 1987, *R.R.D.*, 1988, 52; *J.T.*, 1988, 392, noot Antoine/Poulet; Kh. Brussel, 30 oktober 1985, *T.B.H.*, 1987, 64, noot).

In deze laatste hypothese zal de rechtspraak niet zelden geneigd zijn om de verbintenis van de moeder te beschouwen als een resultaatsverbintenis. Uit de wanbetaling of het faillissement van de dochter, blijkt dan zonder meer dat de moederverenootschap haar verbintenis niet nagekomen is. Omdat de patronaatsverklaring zelfs dan nog geen borgstelling is, is de moederverenootschap enkel gehouden tot vergoeding van de schade, en niet tot betaling van de schuld aan de kredietverlener (W. Van Gerven, A.M. Stranart, *a.w.*). Anders liggen de zaken wanneer de patronaatsverklaring een beding bevatte luidens hetwelk de moederverenootschap de kredietverlener moet schade-loos stellen in kapitaal,interessen en bijbehoren (Kh. Brussel, 30 oktober 1985, *T.B.H.*, 1987, 64, noot).

**86. GERECHTELIJKE DOORBRAAK. AMBTSHALVE FAILLISSEMENT** — Het aantal gevallen waarin het faillissement van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid wordt uitgebreid tot de achterman is drastisch afgenomen in de tweede helft van de jaren '80.

Er is dan ook alle reden om te verwijzen naar de grondige uiteenzetting die in het vorig overzicht aan de doorbraak werd gewijd (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 942-969, nrs. 94-120).

Voor deze terugval kunnen wellicht een drietal oorzaken worden aangehaald: vooreerst de economische heropbloei die gepaard ging met een sterke daling van de rentevoeten en van de faillissementen; vervolgens de wet van 14 juli 1987 inzake de éénpersoons-B.V.B.A.'s die de feitelijke eenhoofdigheid als indicie van naamlening naar de achtergrond drong (K. Geens, „Simulatie, doorbraak, de fiscus en de éénpersoons-B.V.B.A.’’, in *De ik-vennootschap*, Biblo, Kalmthout, 1987, 1-29 e.v.); tenslotte de kritiek in de doctrine op een al te kwistig gebruik door de rechtbanken van koophandel van de doorbraaktechniek (vgl. P. Van Ommeslaghe en X. Dieux, „Examen de jurisprudence-Les sociétés commerciales’’, *R.C.J.B.*, 1992, p. 633, nr. 26).

Een andere factor die kan bijgedragen hebben tot een daling van het aantal uitbreidingen van faillissement, is dat de mogelijkheid om het faillissement uit te spreken zonder de falende debiteur te horen steeds meer onder vuur kwam, omdat ze moeilijk te verzoenen is met de rechten van de verdediging (G. Horsmans, „A la recherche de clarté dans la faillite d'office’’, *T.B.H.*, 1989, 205; E. Krings, „De rechterlijke macht en de faillissementsprocedure’’, *R.W.*, 1986-87, 367; I. Verougstraete, „Knelpunten van het faillissementsrecht’’, *T.P.R.*, 1986, (573), 580, nrs. 12-13; P. Coppens, „Examen de jurisprudence (1984 à 1990). Les faillites, les concordats et les privilèges’’, *R.C.J.B.*, 1991, (289), 358 e.v., nr. 36 e.v.; H. Geinger, P. Colle, C. Van Buggenhout, „Overzicht van rechtspraak, 1975-1989. Het faillissement en het gerechtelijk akkoord’’, *T.P.R.*, 1991, (407), 441, nr. 37).

Aanvankelijk hield het Hof van Cassatie vol dat de mogelijkheid verzet te doen volstond om de gefailleerde zijn recht van verdediging te laten uitoefenen (Cass., 7 maart 1986, *T.B.H.*, 1986, 508, noot I. Verougstraete).

Het Hof milderde eerst zijn rechtspraak voor het faillissement op verzoek van een schuldeiser: dit kon niet langer uitgesproken worden zonder dat de falende debiteur de kans had gekregen zich te verweren (Cass., 6 februari 1987, *T.B.H.*, 1987, 275, noot I.V.).

Na het been eerst nog stijf gehouden te hebben voor de ambtshalve faillietverklaring (Cass., 17 november 1988, *T.B.H.*, 1989, 243, concl. Janssens De Bisthoven), ging het Hof uiteindelijk door de knieën: behalve in geval van uitzonderlijke urgentie, moet de falende debiteur ook bij ambtshalve faillissement de kans krijgen zich te verweren (Cass., 27 april 1989, *T.B.H.*, 1989, 590, noot C. Van Schoubroeck; *R.C.J.B.*, 1990, 215, noot J.L. Fagnart; *R.W.*, 1989-90, 301; Cass., 25 september 1989, *T.R.V.*, 1989, 537, noot S. Raes, arrest a quo: Antwerpen, 24 mei 1988, *T.R.V.*, 1988, 362, noot S. Raes, M. Wyckaert; Cass., 13 december 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 484).

Omdat het bij uitbreiding van faillissement niet steeds wenselijk of mogelijk is de achterman te horen, is het derhalve belangrijk om te weten of de persoonlijke faillietverklaring van de achterman dient beschouwd te worden als een ambtshalve faillissement of als een faillissement op verzoek van de schuldeisers, in casu de curator van de gefailleerde vennootschap-naamlenner. In het tweede geval zou de uitzonderlijke urgentie niet kunnen ingeroepen worden om de falende debiteur het recht te ontzeggen in zijn middelen gehoord te worden.

In een arrest dat in tempore non suspecto geveld werd, kwam deze vraag zijdelings aan bod. Het Hof van Cassatie gaf duidelijk te kennen dat het verzoek tot uitbreiding van het faillissement dat de curatoren aan de rechtbank van koophandel richten, enkel kan gelden als een wijze om inlichtingen te verstrekken (Cass., 31 januari 1986, *T.B.H.*, 1986, nr. 380, eensluidende concl. Proc.Gen. Krings). De curatoren beschikken dus over geen vordering om het faillissement van de achterman te bekomen, tenzij als schuldeiser van de achterman. Zodoende is het duidelijk dat het faillissement van de achterman doorgaans als een ambtshalve faillissement zal moeten beschouwd worden, waarbij uitzonderlijke urgentie nog een afwijking van de verplichting de achterman te horen kan rechtvaardigen (Kh. Gent, 11 december 1987, *T.R.V.*, 1988, 376).

**87. AFWIJZINGEN VAN DOORBRAAK** — Uit de besproken periode kunnen vooreerst een aantal uitspraken worden aangehaald waarin de rechtspraak blijk geeft van een zeer kritische houding tegen de beweerde vermogensvermenging die door de curator van de gefailleerde vennootschap wordt aangevoerd (Kh. Turnhout, 24 juni 1986, *Turnh. RL.*, 1987, 63; Kh. Turnhout, 9 december 1986, *Turnh. RL.*, 1987, 64; Luik, 22 december 1989,

*R.P.S.*, 1990, nr. 6538, p. 116; Luik, 28 maart 1991, *R.P.S.*, 1991, nr. 6579, p. 255; *J.L.M.B.*, 1991, 961).

Niet alleen de faillissementsrechter, zelfs de beslagrechter nam een kritische houding aan: indien bewarend beslag gelegd werd op de goederen van een Belgische vennootschap, terwijl het een Griekse vennootschap is die debiteur is, dan kan de beslaglegger zulks niet alleen motiveren door te wijzen op het identiek aandeelhoudersbestand van beide vennootschappen (Rb. Antwerpen, 20 december 1988, *R.W.*, 1989-90, 23).

Ook een verzekeraar burgerlijke aansprakelijkheid die weigert uit te betalen omdat er identiteit zou zijn tussen de verzekerde persoon en het slachtofferrechtspersoon, moest tot zijn schade ondervinden dat de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid nog steeds haar betekenis heeft (Kh. Luik, 18 februari 1985, *T.B.H.*, 1986, 76; *R.P.S.*, 1986, nr. 6404, p. 219).

**88. NAAMLENIING. DOORBRAAK BINNEN ZES MAANDEN** — Zoals men zich herinnert, is het vaststaande cassatierechtspraak dat de achterman van een vennootschap slechts failliet kan verklaard worden binnen 6 maanden na het faillissement van de vennootschap (Cass., 12 februari 1981, *Pas.*, 1981, I, 653; *R.P.S.*, 1981, nr. 6131, p. 106, noot P. Coppens; Cass., 11 september 1981, *Pas.*, 1982, I, 56; *R.P.S.*, 1982, nr. 6187, p. 126; *B.R.H.*, 1982, 380).

De achterman ontleent zijn koopman-hoedanigheid immers aan het feit dat de handelsvennootschap deze bezit, zodat ze aan de achterman kan toegerekend worden via de naamleningsconstructie. Omdat de vennootschap vanaf het tijdstip van het faillissement geen handelsdaden meer stelt die aan de achterman kunnen toegerekend worden, verliest de achterman op dat ogenblik dan ook zijn hoedanigheid van handelaar.

Vermits men tot maximum 6 maanden na de staking van betaling failliet kan verklaard worden (art. 442, derde lid Faill. W.), en de achterman — om failliet te kunnen verklaard worden — noodzakelijkerwijze zijn betalingen moet gestaakt hebben op een ogenblik dat hij nog koopman was, verstrijkt de mogelijkheid om hem persoonlijk failliet te verklaren uiterlijk 6 maanden na de faillietverklaring van de vennootschap (zie, in de besproken periode, Luik, 16 januari 1987, *T.B.H.*, 1987, 679; Bergen, 9 november 1988, *R.P.S.*, 1989, nr. 6520, p. 193; *J.T.*, 1989, 237; Kh. Nijvel, 4 juli 1985, *T.B.H.*, 1986, 711).

**89. TOEREKENING VAN SCHULDEN AAN EEN ANDERE VENNOOTSCHAP. ONREGLMATIGE V.O.F.** — In een enkel geval achtte de faillissementsrechter een onregelmatige V.O.F. aanwezig tussen twee vennootschappen waarvan de eerste reeds failliet verklaard was, na systematisch ingepalmd en „leeggezogen” te zijn geweest door de tweede (Kh. Tongeren, 15 november 1988, *Limb. RL*, 1989, 165; zie ook Kh. Gent, 11 november 1987, *T.R.V.*, 1988, 376, noot).

Na opsomming van een aantal evidente misbruikindicaties, komt de recht-

bank tot de vaststelling dat de tweede vennootschap haar volkomen rechtspersoonlijkheid verwerkt heeft. Gelet op de complete vermenging van de vermogens, oordeelt de rechtbank dat er nog maar één uitweg is om het misbruikte recht binnen de perken van het redelijke te herleiden, nl. de vaststelling van een onregelmatige V.O.F. tussen de twee betrokken vennootschappen (vgl. vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 965, nr. 116).

Dan slaat de Rechtbank van Koophandel te Tongeren echter een stap over in de redenering. Zij oordeelt immers dat het faillissement van één vennoot van een V.O.F. automatisch de staking van betaling van de andere vennoten en van de V.O.F. zelf impliceert. Derhalve worden ook de tweede vennootschap, zowel als de V.O.F. zelf failliet verklaard. Het behoeft geen betoog dat deze gevolgtrekking volledig ten onrechte is (vgl. Bergen, 31 mei 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 1317; zie verder, hoofdstuk V, nr. 96).

**90. DOORBRAAK NA FAILLISSEMENT VAN EEN NATUURLIJKE PERSOON NAAR EEN VENNOOTSCHAP** — De omgekeerde doorbraak poogt de sterfhuisconstructie te sanctioneren waarbij de falende debiteur zijn actief heeft ondergebracht in een vennootschap, en zijn — groter — passief onder zich gehouden heeft (H. Laga, „Rechtsvordering van de persoonlijke schuldeisers bij frauduleuze inbreng van hun schuldenaar in een vennootschap”, *Jura Falconis*, 1978-79, 236; I. Verougstraete, „Het waterdicht beschot”, in *Liber Amicorum Ronse*, 1986, 19; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 966, nr. 117).

In de besproken periode bleek eens te meer dat de omgekeerde doorbraak geen sinecure is nu het Hof van Cassatie bevestigde dat de faillissementsvoorwaarden in hoofde van de vennootschap afzonderlijk moeten nagegaan worden (Cass., 29 juni 1990, *T.B.H.*, 1990, 844, noot; *R.W.*, 1990-91, 811; *Arr. Cass.*, 1989-90, 1409).

Uiteraard blijft het ook mogelijk de sterfhuisconstructie tekeer te gaan door een pauliaanse vordering of door een vordering tot geveinsdverklaring, indien aan de specifieke voorwaarden daartoe voldaan is (H. Braeckmans en E. Wymeersch, *De éénpersoonsvennootschap*, Maklu, Antwerpen, 1988, (3), 72 e.v., nr. 90 e.v.; K. Geens, in *De ik-vennootschap*, a.w., I-6 e.v.; J. Lievens, *De éénpersoons-B.V.B.A.*, Kluwer, Antwerpen, 1988, p. 60 e.v., nr. 77 e.v.).

De nietigheid van de vennootschap zelf, op grond van het ongeoorloofd doel van de vennootschap dat erin zou bestaan een debiteur bedrieglijk insolvel te maken, kan niet meer gevorderd worden: ingevolge het Marleasing-arrest van het Hof van Justitie kan nog enkel het statutair, en niet langer het werkelijk doel op zijn geoorloofd karakter getoetst worden (boven, nrs. 43 e.v.).

## DE V.O.F. EN DE COMMANDITAIRE VENNOOTSCHAP

**91. OVERDRACHT VAN AANDELEN IN EEN COMM.V.** — Naar luid van art. 24 Venn.W. kan de overdracht van aandelen in een Comm.V. voor zover deze door de statuten is toegelaten, enkel geschieden mits naleving van de formaliteiten voorgeschreven door het burgerlijk recht, m.n. deze vervat in art. 1690 B.W. (Brussel, 27 mei 1986, *Pas.*, 1986, II, 134). Het opschrift van Hoofdstuk VIII van Titel IV van Boek III van het B.W. dat de voorschriften omtrent cessie bevat, vernoemt immers naast de schuldverdringen ook „andere onlichamelijke rechten”. Daaronder moeten de lidmaatschapsrechten als vennoot gerekend worden (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1375, nr. 384).

Van belang is dat art. 1690 B.W. enkel toeziet op de *tegenwerpelijheid van de overdracht* aan derden, o.m. de vennootschap en de schuldeisers van de vennoten (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 798, nr. 160). In toepassing van art. 1583 B.W. gaat de eigendom van het aandeel tussen partijen over door de loutere wilsovereenstemming (H. Laga, „Het verkrijgen en het verliezen van de hoedanigheid van lid in een EESV en een ESV”, in *De Europese en Belgische Economische Samenwerkingsverbanden*, bijzonder nummer T.R.V., 1989, 32).

Het feit van de overdracht van het aandeel van een Comm.V. moet aan de vennootschap bij deurswaardersexploitatie betekend worden of moet door deze erkend worden in een authentieke akte. In de hedendaagse doctrine en recente rechtspraak wordt evenwel aanvaard dat de betekening kan vervangen worden door een erkenning (Cass., 30 april 1976, *Pas.*, I, 941). Deze kan impliciet zijn maar moet niettemin vast staan (E. Dirix en A. Van Oevelen, Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992), *R.W.*, 1992-1993, p. 1262, nr. 100). Een loutere kennisgeving van de overdracht aan de vennootschap volstaat niet (Cass., 24 november 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, nr. 194).

Van belang is echter dat de erkenning ter vervanging van de formaliteiten voorzien in art. 1690 B.W. enkel een relatieve tegenwerpelijheid teweeg brengt. Een erkenning van de overdracht door de vennootschap heeft dus niet als gevolg dat de aandelenoverdracht ook tegenwerpelijk wordt aan de overige derden, b.v. de schuldeisers van de vennoten (P. Van Ommeslaghe, „Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations”, *R.C.J.B.*, 1988, p. 88, nr. 184).

**92. GRONDSLAG VAN DE ONBEPERKTE EN HOOFDELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN BESTURENDE VENNOTEN VAN EEN COMM.V.** — Een Comm.V. had zich borg gesteld voor de betaling van een schuld van een B.V.B.A. Er was geen hoofdelijkheid tussen de borg en de schuldenaar bedongen. Na het faillisse-

ment van de Comm.V. spreekt de schuldeiser van de B.V.B.A. één van haar besturende vennoten aan tot betaling van de schuld.

Zoals bekend zijn de besturende of gecommanditeerde vennoten van een gewone commanditaire vennootschap krachtens art. 18 Venn.W. hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap. In casu had de Comm.V. die als borg aangesproken werd door de niet-betaalde schuldeiser, verzaakt aan het voorrecht van uitwinning zoals bepaald in de art. 2021 en 2022 B.W.

Het Hof van Cassatie diende bij arrest van 25 oktober 1990 (*R.W.*, 1990-91, 1237; *T.R.V.*, 1992, 173, noot O. Van der Zee) uitspraak te doen over de vraag of de besturende vennoot in dat geval nog gerechtigd was om het voorrecht van uitwinning in te roepen. Aangezien hij in zijn hoedanigheid van besturende vennoot hoofdelijk met de Comm.V. voor diens schulden gehouden is, bevindt hij zich ten aanzien van de schuldeisers in dezelfde situatie als had hij zich samen met de vennootschap hoofdelijk borg gesteld voor de betaling van de schuld van de schuldenaar. In die omstandigheden speelt het geen rol of de Comm.V. al dan niet aan het voorrecht van uitwinning heeft verzaakt, en kan de besturende vennoot dit recht altijd zelf invoeren, aldus het Hof van Cassatie.

De redenering van het Hof lijkt een onvermijdelijk gevolg te zijn van het feit dat de besturende vennoten direct *ten aanzien van de vennootschaps-schuldeisers* aansprakelijk zijn voor de schulden van laatstgenoemde en niet ten aanzien van de Comm.V. (J. Van Ryn, *Principes*, I, 1954, p. 288-289, nr. 407 en p. 304, nr. 438). Met voornoemd arrest sluit het Hof aan bij zijn principiësarrest van 15 december 1938 (Cass., 15 december 1938, *Pas.*, 1938, I, 383; *R.P.S.*, 1940-46, nr. 3880, p. 198, bekritiseerd door Passelecq, „La notion de société en nom collectif selon l'arrêt de cassation du 15 décembre 1938 et selon les articles 2 et 189 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales”). Door dit arrest werd een controverse opgelost in de rechtspraak omtrent de grondslag van de aansprakelijkheid van de vennoten van een V.O.F. en van de besturende vennoten van een Comm.V., controverse die ontstaan was uit een verkeerde interpretatie van art. 189 Venn.W. Naar luid van dit artikel kunnen de onbeperkt aansprakelijke vennoten van een V.O.F. of van een Comm.V. niet persoonlijk veroordeeld worden tot nakoming van de verbintenissen van de Comm.V. vooraleer de vennootschap zelf daartoe veroordeeld werd. Daaruit werd afgeleid dat de vennootschap de hoofdschuldenaar was en dat de verbintenis van de hoofdelijke vennoten *bijkomstig was zoals deze van een borg* (Cass., 29 september 1927, *Pas.*, 1927, I, 296; *R.P.S.*, 1890, nr. 3029, p. 96 met noot).

Uit het arrest van 15 december 1938 volgt dat de vennoten ten aanzien van de vennootschaps-schuldeisers niet als borgen van de V.O.F. verbonden zijn maar wel als voor hun eigen schulden (J. Ronse, *Algemeen deel*, Leuven, Acco, 1975, p. 284). De verbintenissen aangegaan door de Comm.V. worden dus geacht ook aangegaan te zijn door haar besturende vennoten. Naar

luid van art. 1208 B.W. kunnen alle hoofdelijke medeschuldenaars de verweermiddelen die voortvloeien uit de aard van de verbintenis opwerpen.

**93. HOOFDELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE VENNOTEN ONDER FIRMA** — Vennoten van een V.O.F., of deze nu met of zonder akte werd opgericht, zijn krachtens art. 17 Venn.W. onbeperkt en hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsschulden (Cass., 5 december 1975, *R.W.*, 1976-77, 277, noot J. Herbots; *R.C.J.B.*, 1977, 469, noot J. De Clerck-Goldfracht; *Arr. Cass.*, 1976, 434; *Cass.*, 26 januari 1979, *Pas.*, 1979, I, 594; *Arr. Cass.*, 1978-79, 587; *R.W.*, 1978-79, 2239).

Toepassing makend van deze regel oordeelde het Hof van Beroep te Luik dat de Belgische Staat gerechtigd was een belastingsschuld in hoofde van een onregelmatig opgerichte V.O.F., integraal te vorderen van één van haar vennoten (Luik, 5 januari 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1044).

**94. ONTBINDING VAN EEN V.O.F. AANSPRAKELIJKHEID VAN DE VENNOTEN VOOR DE VENNOOTSCHAPSSCHULDEN** — De vennoten van een onregelmatig opgerichte V.O.F. kunnen vanzelfsprekend bij de beëindiging van hun samenwerking schriftelijk overeenkomen dat één van beiden niet meer aansprakelijk zal zijn voor de schulden. Dergelijke clause kan echter niet tot gevolg hebben dat deze vennoot door de schuldeisers niet meer kan aangesproken worden voor de schulden die ontstonden voor de beëindiging (vgl. Van Ryn, *Principes*, I, Brussel, 1954, p. 209, nr. 409).

Het Hof van Beroep te Luik diende deze evidente regel te herhalen m.b.t. een vordering ingesteld door een schuldeiser van een onregelmatig opgerichte V.O.F. tegen één van beide, hoofdelijk aansprakelijke vennoten (Luik, 16 oktober 1987, *R.P.S.*, 1988, nr. 6476, p. 133).

Het Hof merkt echter ten onrechte op dat een feitelijke vennootschap geen rechtspersoonlijkheid, maar uitsluitend een „existence juridique” heeft (zie boven, nr. 32).

**95. RECHTSGEVOLGEN VAN HET FAILLISSEMENT VAN EEN V.O.F. VOOR HAAR VENNOTEN** — Anders dan de vennoten van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid zijn de vennoten van handelsvennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid noodzakelijk handelaars. Zij verkrijgen deze hoedanigheid uit hoofde van hun lidmaatschap zelf van de vennootschap en niet uit hoofde van hun bedrijvigheid (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 973, nr. 127).

De rechterlijke beslissing waarbij de V.O.F. failliet verklaard wordt, impliceert derhalve de vaststelling dat de twee faillissementsvoorwaarden van art. 437, eerste lid *Fail.*W. vervuld zijn in hoofde van al haar vennoten, zonder dat nog verder moet onderzocht worden of de vennoten handelaar waren op de dag van hun faillietverklaring en of zij nog daden van koophandel hebben verricht binnen de periode van zes maanden die het

vonnis van faillietverklaring voorafgaat. Deze regel werd voor het eerst geformuleerd door het Hof van Cassatie in een arrest van 15 december 1938 (*Pas.*, 1938, I, 383; *J. Comm. Br.*, 1938, 153, noot R. Piret; *B.J.*, 1939, 85, noot L.S.) en is sindsdien vaste rechtspraak (Cass., 20 december 1990, *T.B.H.*, 1991, p. 593 met noot; *Pas.*, 1991, I, 390; Cass., 23 november 1987, *Pas.*, 1988, I, 351; *R.W.*, 1987-88, 1330; *Arr. Cass.*, 1987-88, 375; Luik, 8 december 1988, *J.T.*, 1989, 669; Antwerpen, 24 mei 1988, *T.R.V.*, 1988, 366, noten S. Raes en M. Wyckaert; *J.L.M.B.*, 1989, 601; Luik, 28 juni 1990, *R.P.S.*, 1990, nr. 6553, p. 277, noot F. T'Kint). Hun faillissement moet wel nog effectief uitgesproken worden, hetzij in hetzelfde vonnis, hetzij in een aparte beslissing (R. Piret, noot onder Cass., 15 december 1938; Luik, 8 december 1988, *J.T.*, 1989, 669).

Verschillende rechtsgevolgen van deze regel kwamen in de besproken periode aan bod.

Uit deze regel volgt dat de vennoot van een failliet verklaarde V.O.F. niet achteraf voor het Hof van Beroep zijn eigen faillietverklaring kan betwisten zonder ook de faillietverklaring van de V.O.F. mee te betwisten. Dit laatste was in casu niet meer mogelijk omdat dat vonnis ondertussen definitief was (Brussel, 14 september 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 382, noot J. Caeymax; *T.B.H.*, 1989, 959, H. Geinger, P. Colle en C. Van Buggenhout, „Overzicht van rechtspraak (1975-1989). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *T.P.R.*, 1991, p. 483, nr. 88).

Daaruit volgt eveneens dat het geding ter zake van het faillissement van de onregelmatige V.O.F. en van de vennoten, onsplitsbaar is in de zin van art. 31 Ger. Wb. (Luik, 8 december 1988, *J.T.*, 1989, 669).

Tenslotte volgt daaruit dat, zodra de onregelmatige V.O.F. zelf failliet verklaard werd, haar vennoten mee kunnen failliet verklaard worden, zelfs indien zij reeds méér dan zes maanden voor hun faillietverklaring elke handelsactiviteit hadden gestaakt. Alleen de sluiting van de vereffening van de V.O.F. doet de termijn van zes maanden lopen (F. T'Kint, noot onder Luik 28 juni 1990, *R.P.S.*, 1990, nr. 6553, p. 279; Cass., 17 juni 1976, *J.T.*, 1976, 696; *R.P.S.*, 1976, nr. 5914, p. 189). Het behoeft geen betoog dat deze regel tot verrassingen kan leiden. Vele „vennoten” zijn zich namelijk niet bewust van het feit dat zij met anderen een onregelmatige V.O.F. vormen.

**96. FAILLISSEMENT VAN ÉÉN VAN DE VENNOTEN VAN EEN V.O.F. GEVOLGEN VOOR DE MEDEVENNOTEN** — Het gebeurt niet zelden dat de curator van een failliete natuurlijke persoon of rechtspersoon, in zijn zoektocht naar meer actief, ontdekt dat het faillissementspassief eigenlijk ontstaan is als gevolg van een duurzaam en openlijk handelsbedrijf dat de gefailleerde tezamen met een of meerdere anderen heeft gevoerd. De ontdekking van dergelijke onregelmatig opgerichte V.O.F. heeft meestal tot gevolg dat de curator bijkomende vorderingen tegen deze medevennoten instelt.

In de besproken periode dienden de Hoven van Beroep te Bergen en te Antwerpen uitspraak te doen over de gevolgen van het faillissement van een vennoot van een onregelmatige V.O.F. op diens medevennoten.

In een geval waarover het Hof van Beroep te Bergen diende te oordelen vorderde de curator van een failliet verklaarde vennoot A niet de faillietverklaring van de V.O.F., noch van de medevennoot B, maar wel de veroordeling van deze laatste tot betaling van het ganse passief van de V.O.F. (Bergen, 31 mei 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 1317). In casu stond vast dat het passief van de failliete vennoot identiek was aan het passief van de onregelmatige opgerichte V.O.F. De medevennoot B beriep zich op de niet-ontvankelijkheid van de vordering van de curator omdat de V.O.F. niet eerst was failliet verklaard en omdat de formaliteiten voorgeschreven door art. 189 Venn.W. niet werden nageleefd (zie ook, over art. 189, boven, nr. 32).

Het Hof antwoordt daarop dat een vennoot van een V.O.F., in casu A, ter zake van de verbintenissen van de V.O.F. wel kan failliet verklaard worden zonder dat eerst de V.O.F. failliet verklaard wordt. In de rechtsleer bestaat over dit punt geen eensgezindheid (L. Frédéricq, *Traité*, VIII, 1949, p. 784, nr. 567 en p. 788, nr. 570; vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 976, nr. 130). Er dient evenwel opgemerkt dat in geval van een onregelmatige V.O.F., het vaak onvermijdelijk is dat de faillietverklaring van één van haar vennoten meestal de faillietverklaring van de V.O.F. voorafgaat omdat pas na de faillietverklaring van één van de vennoten, de curator het bestaan van een onregelmatige V.O.F. „ontdekt”.

Ook het argument gesteund op de niet-naleving van art. 189 Venn.W. aanvaardt het Hof niet. De naleving ervan wordt overbodig geacht omdat door de vervulling van de wettelijke formaliteiten van verificatie van schuldvordering na faillissement, vast stond dat het schulden van de V.O.F. betroffen.

Nochtans moet aangenomen worden dat de curator van de failliet verklaarde vennoot niet de vereiste hoedanigheid heeft om het gehele passief van laatstgenoemde ten laste te leggen van diens medevennoot B. De vennoten van een V.O.F. zijn immers slechts hoofdelijk aansprakelijk jegens de schuldeisers van de vennootschap en niet jegens elkaar (L. Frédéricq, *Traité*, IV, p. 297, nr. 177; *R.P.D.B.*, tw. Société en nom collectif, nr. 235). Als hoofdelijke schuldenaar kan B alleen door de schuldeisers van de V.O.F. of haar curator aangesproken worden tot betaling van het passief van de V.O.F. Daarvoor kan de curator van A niet opkomen (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 977, nr. 130). Als vertegenwoordiger van A kan deze laatste, nadat hij de hoofdelijke schuld betaald heeft, slechts het aandeel van B in de schuld vorderen op grond van art. 1214, eerste lid B.W.

De overweging in dat verband van het arrest dat de curator van de failliete vennoot zowel de schuldeisers van de V.O.F. vertegenwoordigt, als de privé-schuldeisers van de vennoot, en derhalve gerechtigd is rechtstreeks tegen de andere hoofdelijk aansprakelijke medevennoten de rechten van de

schuldeisers van de V.O.F. uit te oefenen, kan niet onderschreven worden. Een voorafgaande faillietverklaring van de V.O.F., waarbij eventueel de curator van A opnieuw aangesteld wordt, is daartoe vereist. Deze faillietverklaring zal noodzakelijk tot gevolg hebben dat B in dezelfde staat verkeert en op zijn beurt moet failliet verklaard worden.

Voormelde redenering van het Hof van Beroep te Bergen miskent overigens de regel van art. 189 Venn.W. Zolang de V.O.F. niet veroordeeld werd tot betaling van de vennootschapsschulden, al dan niet gevolgd door haar faillissement, kunnen de schulden van de V.O.F. niet ten laste gelegd worden van haar vennoten.

97. In het geval waarover het Hof van Beroep te Antwerpen uitspraak deed, werd de faillietverklaring van een onregelmatig opgerichte V.O.F. samen met deze van haar vennoten, bevestigd (Antwerpen, 24 mei 1988, *T.R.V.*, 1988, 362, noten S. Raes en M. Wyckaert). Chronologisch was één van de vennoten, m.n. een N.V., eerst failliet verklaard. Op vordering van de curator, die het bestaan van een onregelmatige V.O.F. aanvoerde tussen de reeds failliet verklaarde N.V., een andere N.V. en twee natuurlijke personen, werden de overige vennoten mee failliet verklaard samen met de onregelmatige V.O.F.

Uiteraard brengt het faillissement van één van de vennoten van een onregelmatige V.O.F. niet automatisch het faillissement met zich van de V.O.F. (boven, nr. 89). Omgekeerd is dit wel zo. In casu bleek echter dat de vennoot die eerst failliet verklaard werd geen activiteit ontwikkelde of verbintenissen aanging buiten de V.O.F. en dat geen van de andere vennoten in staat waren het passief aan te zuiveren: daaruit volgt logischerwijze dat de V.O.F. zich bevond in de woорwaarden bepaald door art. 437 Faill.W.

De onder het vorige randnummer geschetste problematiek kon in casu echter vermeden worden omdat de onregelmatige V.O.F. samen met haar vennoten failliet verklaard werd. Dezelfde curator werd aangesteld voor alle faillissementen.

## HOOFDSTUK VI

### DE NAAMLOZE VENNOOTSCHAP

#### AFDELING 1

#### OPRICHTING

98. WAARDELOZE INBRENG - NIETIGHEID — Een geheel waarde-loze inbreng is nietig (J. Van Ryn, *Principes*, I, 1954, p. 233, nr. 333; A. Nyssens en J. Corbiau, I, 1895, p. 57, nr. 68). De oprichters staan in zulk geval van

rechtswege in voor het gedeelte van het kapitaal waarop niet op geldige wijze werd ingeschreven. Art. 35, 2<sup>o</sup> Venn.W. is van toepassing en niet 35, 4<sup>o</sup> Venn.W. Laatstgenoemde bepaling sanctioneert enkel een kennelijke overwaardering van een bij onderstelling niet- waardeloze inbreng (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 981, nr. 137).

De vraag wanneer een inbreng als waardeloos kan aangezien worden is uiteraard een feitenkwestie. Volgens het Hof van Beroep te Brussel beschikken de oprichters over een zekere appreciatiebevoegdheid nopens de waarde die zij toekennen aan een onroerend goed en mogen zij daarbij rekening houden met toekomstwaarde of gelegenheidswaarde (Brussel, 13 maart 1984, *T.B.H.*, 1987, 331, met noot). Na te hebben vastgesteld dat het ingebrachte onroerende goed objectief waardeloos was, wijst het Hof de aansprakelijkheidsvordering tegen de inbrenger niettemin af omdat het goed op het ogenblik van de oprichting een belangrijke potentiële waarde had.

Het Hof verwerpt ook het argument van eisers dat zij als bestuurders een essentiële dwaling zouden hebben begaan nopens de waarde van het ingebrachte goed. Uit de omstandigheden bleek dat zij doelbewust het risico hadden gelopen van een overdreven schatting en dat zij bovendien in de jaarrekening het goed onverminderd aan inbrengwaarde boekten. Luidens het algemeen verbintenissenrecht kan een dwaling inderdaad enkel de nietigheid van de overeenkomst als gevolg hebben wanneer deze verschoonbaar is (Cass., 6 januari 1944, *Pas.*, I, 1944, 133, noot R.H.; M. Coipel, „L’erreur de droit inexcusable”, noot onder Cass., 10 april 1975, *R.C.J.B.*, 1978, p. 202 e.v.; E. Dirix en A. Van Oevelen, „Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992)”, *R.W.*, 1992-93, p. 1216, nr. 20).

**99. WAARDELOZE INBRENG - AANSPRAKELIJKHEID** — Een in een B.V.B.A. ingebracht goed bleek achteraf minder waard te zijn dan de geschatte waarde bij de oprichting omdat naderhand bleek dat het goed verpacht was. Op het ogenblik van de inbreng en ook nadien was dit echter niet bekend, niettegenstaande het feit dat de verpachter mee de vennootschap oprichtte en nadien als zaakvoerder werd benoemd.

Wil men in dat geval de zaakvoerder aansprakelijk stellen dan moet niet gevorderd worden op grond van art. 62 Venn.W., maar wel op grond van de regels die de oprichtersaansprakelijkheid beheersen. Door het Hof van Beroep wordt de door de vennootschap ingestelde actio mandati dan ook afgewezen (Bergen, 15 oktober 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 1378, noot M. Salmon). In de noot wordt terecht opgemerkt dat een aansprakelijkheidsvordering tegen de oprichters wegens kennelijke overwaardering van de inbreng in natura (art. 35, 4<sup>o</sup> en art. 123, 6<sup>o</sup> Venn.W.) of een vordering in vrijwaring wegens uitwinning (art. 1845 B.W.) meer aangewezen was.

**100. AANSPRAKELIJKHEID VAN DE OPRICHTERS WEGENS KENNELIJK ONTOEREIKEND KAPITAAL** — Indien een N.V., B.V.B.A. of C.V. met beperkte

aansprakelijkheid binnen de drie jaar na haar oprichting failliet verklaard wordt, en het oprichtingskapitaal kennelijk ontoereikend was om de voorgenomen activiteit gedurende twee jaar te voeren, dan kunnen de oprichters hoofdelijk aansprakelijk gesteld worden voor het geheel of een gedeelte van de verbintenissen van de vennootschap (zie art. 35, 6° Venn.W. voor de N.V., art. 123, 7° voor de B.V.B.A. en art. 147ter, 4° Venn.W. voor de C.V.).

Gedurende de verslagperiode gaf deze oprichtersaansprakelijkheid opnieuw aanleiding tot talrijke betwistingen. Daaruit blijkt in ieder geval dat de oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal geen dode letter is en door curatoren vaak ingeroepen wordt.

Bovendien wordt aangenomen dat een N.V. die bij haar oprichting ondergekapitaliseerd was, niet „ongelukkig en te goeder trouw” kan zijn in de zin van art. 2, § 1, laatste lid van het Regentsbesluit betreffende het gerechtelijk akkoord (Kh. Brussel, 23 april 1990, *T.R.V.*, 1990, 453, noot M. Wyckaert; P. Coppens, „De la ‘bonne foi’ d’une société anonyme”, *R.P.S.*, 1960, nr. 4908, p. 193 e.v.; M. Maréchal, Procédure concordataire et bonne foi des sociétés anonymes, *R.P.S.*, 1982, nr. 6175, p. 67 e.v.). In het geciteerd geval werd bij de beoordeling zelfs rekening gehouden met de inhoud van het financieel plan.

**101.** De vordering ex-art. 35, 6° Venn.W. kan enkel ingesteld worden door de curator en niet door de individuele schuldeisers. Hun vordering is onontvankelijk (Brussel, 16 maart 1989, *T.R.V.*, 1990, 448; Kh. Antwerpen, 30 januari 1986, *T.B.H.*, 1987, 71). De rechter moet namelijk vaststellen tot welk deel van de verbintenissen van de vennootschap de oprichters hoofdelijk gehouden zijn. Zulke veroordeling kan enkel uitgesproken worden op vordering van iemand die namens de gezamenlijke schuldeisers optreedt (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 984, nr. 142).

Om dezelfde reden kunnen de schuldeisers evenmin na de afsluiting van het faillissement individueel en ten eigen behoeve de aansprakelijkheidsvordering tegen de oprichters instellen (anders: Kh. Antwerpen, 30 januari 1986, *T.B.H.*, 1987, 71).

In voorkomend geval zullen de schuldeisers op grond van art. 536, laatste lid Faill.W. de herroeping vorderen van het vonnis tot sluiting van het faillissement.

Is een vordering op grond van art. 35, 6° niet mogelijk om welke reden ook, dan kunnen de schuldeisers altijd de oprichters aansprakelijk stellen op grond van art. 1382 B.W. (T. Breesch, „De oprichting van N.V.’s en P.V.B.A.’s. Enige cijfers en bedenkingen”, *R.W.*, 1980-81, 1628; S. Van Crombrugge, *Juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, p. 247, nr. 206). Uiteraard moeten de voorwaarden daartoe wel voldaan zijn.

**102.** De vordering kan ingesteld worden tegen al degenen die, hetzij in eigen persoon, hetzij door een lasthebber, *in de oprichtingsakte als vennoten zijn verschenen*. In de N.V. bestaat de mogelijkheid om sommige oprichters aan de oprichtersaansprakelijkheid te laten ontsnappen door hen als gewone inschrijvers te beschouwen. Naar luid van art. 31, laatste lid Venn.W. is dit enkel mogelijk wanneer degenen die als oprichters aangeduid worden samen minstens één derde van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen, en wanneer de „gewone inschrijvers” enkel hun aandelen in geld onderschrijven.

In een B.V.B.A. bestaat de mogelijkheid, geboden door art. 31, laatste lid Venn.W., niet (zie art. 123, lid 1 Venn.W.). Al degenen die bij de oprichtingsakte door toezegging van een inbreng deelnamen aan de oprichting, zijn dus noodzakelijkerwijze oprichter, ook zij die beweren slechts uit „compliance” te zijn opgetreden (Kh. Brussel, 26 april 1988, *Pas.*, 1988, III, 110). Genoemde mogelijkheid bestaat evenmin in de C.V. met beperkte aansprakelijkheid (J. Wouters, in *De coöperatieve vennootschap na de Wet van 20 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, p. 83, nr. 46; P. Nicaise, *Le nouveau droit des sociétés coopératives*, Louvain-la-Neuve, 1992, 54).

**103.** In de verslagperiode kwamen twee procedurekwesties aan bod waarover het Hof van Cassatie de gelegenheid kreeg uitspraak te doen, m.n. ter zake van de *bevoegde rechtbank* en ter zake van *toepasselijke beroepstermijn*.

De eerste vraag betrof de interpretatie van art. 574, 2° Ger.Wb. Kan de aansprakelijkheidsvordering van de curator wegens oprichting met kennelijk ontoereikend kapitaal, aangezien worden als een vordering die ontstaan is uit het faillissement en waarvan de gegevens voor de oplossing zich bevinden in het bijzonder stelsel van het faillissement, zodat de beoordeling ervan uitsluitend toekomt aan de rechtbank van koophandel? In zijn arrest van 7 maart 1986 beantwoordt het Hof deze vraag bevestigend (Cass., 7 maart 1986, *T.B.H.*, 1986, 364, met noot; *R.W.*, 1985-86, 2706, concl. du Jardin; *J.T.*, 1987, 43; *Pas.*, I, 1986, 862; *Arr.Cass.*, 1985-86, 948). Eerder werd in dezelfde zin beslist (*Arr.Rb. Gent*, 8 oktober 1984, *T.B.H.*, 1986, 62 met noot; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 984, nr. 143).

Volgens het Hof betreft het een vordering die buiten het faillissement niet kan ontstaan én betreft het bovendien een vordering waarvan de gegevens voor de oplossing zich bevinden in het bijzonder recht dat het stelsel van het faillissement beheerst. Dit laatste volgt uit het feit dat de vordering noodzakelijk ter kennis moet gebracht worden binnen het kader van de faillissementsprocedure. Elders werd reeds terecht opgemerkt dat het Hof aldus een ruime uitlegging geeft van het begrip „bijzonder recht dat het stelsel van het faillissement beheerst” (zie H. Geinger, P. Colle en C. Van Buggenhout, „Overzicht van rechtspraak (1975-1989). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *T.P.R.*, 1991, p. 491, nr. 100 en p. 616, nr. 294).

Voorts ziet het Hof in de verplichting het plan over te leggen aan de Rechtbank op verzoek van de rechter-commissaris of van de procureur des Konings zoals voorzien in art. 29ter, tweede lid Venn.W., een bevestiging van de regel dat de faillissementsrechter uitsluitend bevoegd is om kennis te nemen van de aansprakelijkheidsvordering ex art. 35, 6° Venn.W.

De tweede procedurele kwestie houdt nauw verband met de eerste en betrof de interpretatie van art. 465, lid 1 Faill. W. In de lijn van het zonet geciteerde arrest besliste het Hof dat een vonnis waardoor oprichters van een B.V.B.A. veroordeeld worden op grond van art. 123, 7° Venn.W., een vonnis is „ter zake van faillissement” in de zin van art. 465, lid 1 Faill. W. zodat niet de beroepstermijn van art. 1051 Ger. Wb. toepasselijk is, maar wel de bijzondere termijn voorzien door art. 465, lid 1 Faill.W. (Cass., 12 februari 1988, *T.R.V.*, 1988, 106 met noot; *T.B.H.*, 1988, 507, noot I. Verougstraete; *J.T.*, 1989, 200; *R.W.*, 1988/89, 334; *Arr. Cass.*, 1987/88, 756).

De redengeving van het arrest is identiek aan deze van het arrest van 7 maart 1986.

Het ziet er dus naar uit dat het Hof van Cassatie dezelfde twee criteria hanteert om uit te maken of een vordering behoort tot de volstreckte bevoegdheid van de Rechtbank van Koophandel inzake faillissement in de zin van art. 574, 2° Ger. Wb., én om uit te maken of op een vonnis ter zake van faillissement de bijzondere beroepstermijn van art. 465 Faill.W. toepasselijk is (zie H. Geinger e.a., *a.w.*, 492). Daartoe is vereist dat de vordering rechtstreeks is ontstaan uit het faillissement en dat de oplossing van het geschil moet gevonden worden in het bijzonder stelsel dat het faillissement beheerst.

**104.** De vraag wanneer het *kapitaal kennelijk ontoereikend* is, blijft een feitenkwestie die door de rechter ten gronde soeverein beoordeeld wordt (zie dienaangaande: E. Smit, „Le capital social et la responsabilité des fondateurs”, *DAOR*, 1991, p. 12 e.v.). Het criterium is dat van de normaal voortuitziende en plichtsbewuste oprichter.

Bij de beoordeling hoede de rechter zich ervoor wijs te zijn na de feiten. Hij zal zich zoveel mogelijk stellen op het ogenblik van de oprichting. Hij dient daarbij rekening te houden met hetgeen de oprichters op dat ogenblik wisten of behoorden te weten, en met hun redelijke verwachtingen (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 985, nr. 144).

Indien blijkt dat het kapitaal voldoende was bij de oprichting, rekening houdend met een normaal te verwachten exploitatieresultaat, maar dit resultaat in het tweede jaar na de oprichting plots drastisch verslechterde wegens wanbeheer van één van de twee bestuurders, dan is art. 35, 6° Venn.W. niet van toepassing (Kh. Brussel, 28 januari 1986, *R.P.S.*, 1986, nr. 6410, p. 260).

Vervolgens dient de rechter het bedrag van het kapitaal te beoordelen in

functie van de werkelijk voorgenomen bedrijvigheid (Kh. Hasselt, 5 april 1990, *Limb. Rechtsl.*, 1990, 149). Deze kan soms verschillen van de ruimere statutaire doelomschrijving.

Een B.V.B.A. werd opgericht met een maatschappelijk kapitaal van 750.000 frank en met als doel „restaurant en spijshuis”. In het financieel plan wordt geen gewag gemaakt van dit bedrag en wordt het uiteraard evenmin verantwoord. Er is enkel sprake van bedragen van leningen en een geraamde omzet op grond waarvan de zaak draaiende zou gehouden worden.

Niettemin was de Rechtbank van Koophandel te Hasselt van oordeel dat het kapitaal niet kennelijk ontoereikend was omdat de geraamde omzet, die niet onredelijk was, evenals de bekomen kredieten, in normale omstandigheden moesten volstaan voor de geplande activiteit (Kh. Hasselt, 15 november 1990, *T.R.V.*, 1991, 231, met noot).

Wanneer de ramingen van de verschillende posten in het financieel plan m.b.t. de inkomsten en de uitgaven irrealistisch en onnauwkeurig zijn, schept dit wel een vermoeden dat het startkapitaal ontoereikend was (Kh. Charleroi, 7 februari 1990, *Notarieel en fiscaal maandblad*, 1991, 74, noot Vanhalewyn).

Indien blijkt dat in het financieel plan de raming van de kosten onderschat werd en de raming van de omzet overschat werd zodat het startkapitaal evenals de andere financieringsbronnen manifest ontoereikend waren voor de geplande bedrijfsvoering gedurende twee jaar, dan kunnen de oprichters aansprakelijk gesteld worden op grond van de art. 35, 6° of 123, 7° Venn.W. (Bergen, 13 september 1989, *T.B.H.*, 1990, 342; *R.P.S.*, 1989, nr. 6532, p. 206; *J.L.M.B.*, 1990, 8; Kh. Hasselt, 5 april 1990, *Limb. Rechtsl.*, 1990, 149; Kh. Brussel, 14 maart 1989, *J.T.*, 1989, 464).

**105.** Het feit dat het *financieel plan* zeer summier en eigenlijk nauwelijks als een volwaardig plan kan aangezien worden, volstaat op zichzelf evenwel niet om te besluiten tot het ontoereikend zijn van het kapitaal. De oprichters mogen namelijk ook aan de hand van de andere elementen de toereikendheid van het startkapitaal aantonen (Kh. Brussel, 8 april 1986, *R.P.S.*, 1986, nr. 6390, p. 166; *Rev. Rég. de droit*, 1987, 164).

Deze opvatting dient onderschreven te worden. Op het ontbreken of het onvolledig zijn van het financieel plan voorziet de wet geen sanctie. In geval van een aansprakelijkheidsvordering op grond van art. 35, 6° Venn.W. door de curator zullen de oprichters echter verstoken blijven van een belangrijk bewijsstuk, opgemaakt in tempore non suspectu.

De wetgever formuleerde trouwens geen regels omtrent de verplichte inhoud van het plan (W. Van Horenbeek, „Het financieel plan”, *R.W.*, 1978-79, p. 1453 e.v.; H. Michel, „Plan financier et responsabilité notariale”, *J.T.*, 1982, p. 70 e.v.). Meestal wordt aangenomen dat het financieel plan dient te bestaan uit de begroting van kosten en opbrengsten die opgemaakt wordt

onder de vorm van tenminste twee geprojecteerde jaarrekeningen. Daaruit moet blijken dat de vennootschap gedurende die periode aan haar financiële behoeften zal kunnen voldoen met eigen middelen en met bedrijfseconomisch verantwoord krediet (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 986, nr. 145).

**106.** In verschillende beslissingen werd terecht herhaald dat de curator geen *causaal verband* moet aantonen tussen de onderkapitalisatie en het faillissement (Bergen, 13 september 1989, *R.P.S.*, 1989, nr. 6523, p. 206; *T.B.H.*, 1990, 342; *J.L.M.B.*, 1990, 8; Kh. Brussel, 26 april 1988, *Pas.*, III, 110). In vergelijking met een vordering op grond van art. 1382 B.W. is de bewijslast voor de curator op dit punt dus minder zwaar. Het bewijs van de onderkapitalisatie volstaat. Een fout in hoofde van de oprichters moet evenmin aangetoond worden.

**107.** De rechter beschikt over een *matigingsbevoegdheid m.b.t. de omvang van de veroordeling tot nakoming van de verbintenissen* van de failliete vennootschap. Aangezien de wet hem dienaangaande geen enkel criterium oplegt, geschiedt deze beoordeling discretionair (C. Parmentier, „La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite”, *T.B.H.*, 1986, 767).

Let wel, de veroordeling van de oprichters is noodzakelijk beperkt tot nakoming van de verbintenissen van de vennootschap. Anders dan bij een veroordeling op grond van art. 1382 B.W. kunnen zij dus niet veroordeeld worden tot alle schade die het gevolg is van de onderkapitalisatie (E. Smit, „Le capital social et la responsabilité des fondateurs”, *DAOR*, 1991, p. 12 e.v.).

Zo kunnen de oprichters veroordeeld worden tot een breukdeel van het bedrag van alle verbintenissen onder aftrek van het gerealiseerd passief (Kh. Hasselt, 25 maart 1982, *R.W.*, 1982-83, 1413). De rechter kan rekening houden met het feit dat de oprichters verschillende malen met voorschotten tegemoet gekomen waren aan het liquiditeitstekort van de vennootschap (Bergen, 13 september 1989, *R.P.S.*, 1989, nr. 6523, p. 206; *T.B.H.*, 1990, 342; *J.L.M.B.*, 1990, 8).

Delicaat is de vraag of de rechter ook het aandeel van iedere oprichter (*contributio*) in de hoofdelijke veroordeling (*obligatio*) kan vaststellen. Zulke vaststelling houdt een afwijking in van de algemene regel dat wanneer meerdere schuldenaars samen voor éénzelfde schuld gehouden zijn, ieders aandeel in de schuld in beginsel gelijk is, behoudens in geval een ongelijke verdeling zou voortvloeien uit de wet of uit een overeenkomst (W. Van Gerven, *Verbintenissenrecht*, III, 1993, 357).

In het geciteerde arrest van het Hof van Beroep te Bergen ging het Hof op deze vraag in: het aandeel van de ene oprichter in de veroordelde som werd vastgesteld op de helft, terwijl dat van de twee andere oprichters op één vierde werd vastgesteld.

In casu voorziet de wet zeker niet in de mogelijkheid van een ongelijke verdeling van de veroordeling tussen de oprichters. Bovendien is het zeer onwaarschijnlijk dat zulke ongelijke verdeling mogelijk zou zijn. De oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal is namelijk niet gesteund op een fout van de oprichters. De aansprakelijkheid wordt weerhouden zodra de onderkapitalisatie vaststaat. Het is dan ook logisch dat alle oprichters voor gelijke delen gehouden zijn.

**108.** De taak van *de notaris* m.b.t. het financieel plan is van louter formele aard. Krachtens art. 29ter, lid 1 Venn.W. moet de notaris dit plan bewaren en moet hij het overleggen aan de rechtbank op verzoek van de rechter-commissaris of van de Procureur des Konings in het geval voorzien door art. 35, 6° Venn.W. In geen geval heeft hij de verplichting om het plan op te maken.

Delicater is de vraag naar de rol van de notaris m.b.t. de inhoud van het plan. De heersende opvatting lijkt te zijn dat ook hier de taak van de notaris zich beperkt tot een formeel onderzoek. Hij moet enkel nagaan of het document dat hem overgelegd wordt, naar de vorm kan aangezien worden als een financieel plan (H. Michel, „Plan financier et responsabilité notariale”, *J.T.*, 1982, 70-71; B. Van Bruystegem, „Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal”, *B.R.H.*, 1982, 140; E. Smit, „Le capital social et la responsabilité des fondateurs”, *DAOR*, 1991, 15).

Aldus werd terecht beslist dat zijn taak van juridisch raadgever hem niet verplicht partijen te wijzen op eventuele inhoudelijke leemten in het financieel plan (Kh. Charleroi, 7 februari 1990, *Notarieel en fiscaal maandblad*, 1991, 74, instemmende noot van Vanhalewyn). De notaris is inderdaad niet de financiële raadsman van de oprichters.

## AFDELING 2

### HET BESTUUR EN DAGELIJKS BESTUUR

#### § 1. Statuut van de bestuurders

**109.** ONGEVRAAGD ONTSLAG VAN DE BESTUURDERS — Bij arrest van 13 april 1989, vooral bekend omdat daarin voor het eerst de geldigheid van stemafspraken werd erkend, besliste het Hof van Cassatie opnieuw dat de regel van de ad nutum afzetbaarheid van bestuurders de openbare orde raakt (Cass., 13 april 1989, *R.C.J.B.*, 1991, p. 205, noot J.M. Nelissen Grade; *T.R.V.*, 1989, 321, noten M. Wyckaert en F. Bouckaert; *T.B.H.*, 1989, 878; *J.T.*, 1990, 751; *Pas.*, 1989, I, 825; *R.W.*, 1989/90, 253; *Arr. Cass.*, 1988/89, 920). Eerder werd in dezelfde zin beslist (Cass., 22 januari 1981, *R.C.J.B.*, 1981, 495, noot S.J. Nudelhole; *R.P.S.*, 1981, nr. 6165, p. 285, noot P.C.).

In het vorig overzicht werd deze rechtspraak bekritiseerd (*T.P.R.*, 1986,

p. 996, nr. 160; in dezelfde zin: J. Van Ryn en P. Van Ommeslaghe, *R.C.J.B.*, 1967, p. 334, nr. 42; D. Van Gerven, „Kan het ad nutum-karakter van de opdracht van bestuurder in een N.V. worden afgezwakt? Enkele woorden over het ontslag van bestuurders in een N.V.’’, *T.R.V.*, 1988, 49). De ad nutum afzetbaarheid van bestuurders beoogt inderdaad enkel de bescherming van private belangen van aandeelhouders en kan derhalve bezwaarlijk aangezien worden als een regel die betrekking heeft op de ethische of sociale grondslagen van de maatschappij (Cass., 9 december 1948 en Cass., 14 januari 1954, *R.C.J.B.*, 1954, 251, noot P. Harven).

De in art. 55, lid 3 Venn.W. vervatte regel is derhalve van louter dwingend recht. De nietigheid van een statutaire bepaling die strijdt met genoemde wetsbepaling is dan ook relatief en niet absoluut. Dit betekent ondermeer dat de nietigheid kan worden bevestigd (zie W. Van Gerven, *Algemeen deel*, 1969, 441).

Niettemin probeert men vaak in de statuten afbreuk te doen aan dit beginsel van de ad nutum afzetbaarheid. In zijn hiervoor geciteerde bijdrage besluit D. Van Gerven dat om het even welke statutaire clause die afbreuk doet aan de regel dat de bestuurders kunnen afgezet worden met een gewoon meerderheidsbesluit, ongeldig is. Het invoeren in de statuten van een aanwezigheidsquorum, een versterkt meerderheidsquorum of een combinatie van beiden is dus niet mogelijk. Ook het voorzien in de statuten of in een afzonderlijke overeenkomst van een schadevergoeding waarop de bestuurder recht zou hebben in geval van ontslag, strijdt met de regel van de ad nutum afzetbaarheid (J. Van Ryn, *Principes*, I, 1954, p. 387, nr. 588).

## § 2. Verplichtingen en bevoegdheden van de raad van bestuur

**110. TEGENSTRIJDIG BELANG** — De in art. 60 Venn.W. bepaalde regels inzake tegenstrijdig belang werden ingrijpend gewijzigd door de wet van 18 juli 1991 (zie daarover uitvoerig P. Ernst, „Belangenconflicten in naamloze vennootschappen”, *R.W.*, 1991- 92, 585; P.A. Foriers, „Les situations de blocage dans les sociétés anonymes”, *T.B.H.*, 1992, p. 469 e.v.; L. Weyts, „Beraadslaging en stemming”, in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Jan Ronse Instituut (ed.), Kalmthout, Biblo, p. 212 e.v.; H. Braeckmans, „Nieuwe regelen voor bestuurders en aandeelhouders: belangenconflict, minderheidsvordering, nieuwe regelen bij het houden van een algemene vergadering, deskundigenonderzoek”, in *Het gewijzigd vennootschapsrecht 1991*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, p. 327 e.v.; J. Lievens, *De nieuwe vennootschappenwet van 18 juli 1991*, Gent, Mys & Breesch, 1991, p. 86 e.v.).

Eén van die wijzigingen betreft de sanctie.

Volgens een vaststaande rechtspraak en doctrine kon een overtreding van art. 60 Venn.W. enkel gesanctioneerd worden met de aansprakelijkheid van de bestuurders op grond van de algemene aansprakelijkheidsregel van art. 62 Venn.W. (J. Van Ryn, *Principes*, I, 1954, p. 391, nr. 600; Cass., 21

juni 1965, *R.P.S.*, 1957, nr. 4072, p. 227, noot P. Coppens; H. Laga, Artikel 60 van de vennootschappenwet, noot onder Kh. Kortrijk, 18 november 1988, *T.R.V.*, 1989, 139). Nietigverklaring van het besluit van de raad van bestuur of van de in uitvoering ervan gestelde rechtshandeling was niet mogelijk (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1011, nr. 177). Dit laatste werd in de recente rechtspraak herhaaldelijk bevestigd (Brussel, 9 oktober 1984, *R.P.S.*, 1986, nr. 6371, p. 50; Kort Ged. Kh. Brussel, 10 september 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 71 met noot; Kh. Kortrijk 18 november 1988, *T.R.V.*, 1989, 134, noot H. Laga).

Thans voorziet het nieuwe art. 60, § 2 Venn.W. in een bijzondere *nietigheidssanctie* en in een bijzondere *aansprakelijkheidssanctie* (zie uitvoerig P. Ernst, „Belangenconflicten in naamloze vennootschappen”, *R.W.*, 1991-92, p. 600, nr. 38 e.v.).

Van niet te onderschatten belang is de regel dat beide sancties slechts van toepassing zijn indien *in hoofde van de bestuurders een onrechtmatig voordeel ten nadele van de vennootschap* die een persoonlijk belang hadden, kan aangetoond worden. Deze voorwaarde relativeert in grote mate het voorschrift van art. 60 Venn.W.: kan het bewijs van een onrechtmatig voordeel niet geleverd worden dan blijft de niet-naleving van de formaliteiten voorzien in § 1 van art. 60 Venn.W. zonder sanctie.

Uiteraard kan de nietigheid van een rechtshandeling enkel tegengesteld worden aan de derde-medecontractant indien deze te kwader trouw is (art. 60, § 2, Venn.W.). Het leerstuk van de derde-medepligtigheid aan andermans contractbreuk vindt hier toepassing (H. Laga, „Artikel 60 van de vennootschappenwet”, noot onder Kh. Kortrijk, 18 november 1988, *T.R.V.*, 1989, 139).

Onder het oude recht werd gezocht naar andere rechtsgronden die wel de zo begeerde nietigheid van het besluit of de rechtshandeling waartoe besloten werd met miskenning van het voorschrift van art. 60 Venn.W., tot gevolg hadden (J. Ronse en J. Lievens, „De doorbraakproblematiek. Les limites de la personnalité juridique distincte”, in *Rechten en plichten van moeder en dochtervennootschappen*, Antwerpen, Kluwer, 1986, p. 156, nr. 27).

In het laatste geciteerde vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk werd daartoe een beroep gedaan op de theorie van de doeloverschrijdende handelingen (art. 63bis Venn.W.). Het betrof een handelshuurovereenkomst die met miskenning van de formaliteiten van art. 60 Venn.W. afgesloten werd tussen twee handelsvennootschappen: beiden werden daarbij immers vertegenwoordigd door dezelfde bestuurders die daarenboven een belangrijke participatie bezaten in één van de vennootschappen.

Door de Rechtbank werd het afsluiten van de kwestieuze huurovereenkomst aangezien als een doeloverschrijdende handeling in de zin van art. 63bis Venn.W. Zulke handeling bindt de vennootschap niet wanneer deze kan aantonen dat de derde- medecontractant op de hoogte was van de doelover-

schrijding of er, gezien de omstandigheden, niet onkundig van kon zijn. Alhoewel dit niet met zoveel woorden werd vastgesteld door de Rechtbank, was dit laatste ongetwijfeld het geval aangezien de derde-medecontractant vertegenwoordigd werd door dezelfde twee bestuurders.

In ieder geval komt de kwalificatie van de kwetsieuze huurovereenkomst als doeloverschrijdende handeling gewrongen over. Het is niet omdat een bepaalde rechtshandeling niet nuttig of dienstig is voor het bereiken van het vennootschapsdoel, dat ze dat doel overschrijdt. Uit de rechtsleer blijkt niet dat dit begrip in deze ruime, subjectieve zin moet opgevat worden. Het zou integendeel alleen deze handelingen omvatten die als het ware objectief buiten de statutaire doelomschrijving vallen (J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, 1973, p. 190, nr. 355 en de in voetnoot 1 geciteerde gevallen).

**111. DOELOVERSCHRIJDENDE HANDELING** — In een principiësarrest van 12 november 1987 besliste het Hof van Cassatie dat derden zich niet kunnen beroepen op de doeloverschrijding door organen van een N.V. Het Hof steunt deze regel op art. 63bis Venn.W. naar luid waarvan de beperking aan de vertegenwoordigingsmacht van de organen die voortvloeit uit de statutaire doelomschrijving enkel interne werking heeft. Daaruit volgt dat derden zich er niet kunnen op beroepen (Cass., 12 november 1987, *R.W.*, 1987-88, 1056; *R.C.J.B.*, 1989, 385, noot A. Benoit-Moury; *T.R.V.*, 1988, 107, noot L. Liefsoens; *T.B.H.*, 1988, 500, noot M. Grégoire; *R.P.S.*, 1989, nr. 6503, p. 42, noot D. Mougenot).

Dit arrest is een belangrijke aanvulling van art. 63bis Venn.W. Daarin wordt namelijk enkel de situatie van de *vennootschap* belicht, niet die van de derde-contractspartij. Eerstgenoemde kan de doeloverschrijding in de regel niet tegenwerpen aan derden tenzij ze kan aantonen dat de derde op de hoogte was van de doeloverschrijding of er, gelet op de omstandigheden niet onkundig van kon zijn (zie over de gelijkshakeling tussen het weten en het behoren te weten: A. Van Oevelen, „De zgn. „subjectieve” goede trouw in het Belgische materiële privaatrecht”, in *Goed en trouw. Redelijkheid en billijkheid in het privaatrecht*, *T.P.R.*, 1990, p. 1096 e.v., nrs. 3 e.v. en p. 1121, nrs. 26 e.v.).

In hun commentaar op de wet van 6 maart 1973 schreven Ronse en Simont reeds dat derden zich nooit konden beroepen op de doeloverschrijding om zich aan hun verbintenissen ten aanzien van de vennootschap te onttrekken, en dit ongeacht of ze te goeder trouw dan wel te kwader trouw waren (J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, p. 192, nr. 360; L. Simont, „La loi du 6 mars 1973”, *R.P.S.*, 1974, nr. 5786, p. 60; in dezelfde zin: A. Benoit-Moury en P. Peltzer, „La représentation de la S.A. depuis la première directive européenne de coordination du droit des sociétés”, *R.P.S.*, 1977, nr. 5932, p. 93, nr. 40; anders: J. Heenen, „La représentation de la S.A. et de la S.P.R.L.”, *Interbankendienst*, 1976, 17). Het cassatiearrest van 12 november 1987 maakt geen onderscheid tussen derden

te goeder trouw en derden te kwader trouw zodat mag aangenomen worden dat het Hof de opvatting van Ronse en Simont op dit punt deelt (in dezelfde zin: P. Van Ommeslaghe en X. Dieux, „Examen de jurisprudence (1979-1990). Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.*, 1992, p. 641 in fine-642, nr. 28).

Aan deze duidelijk regel wordt echter in belangrijke mate afbreuk gedaan door het bepaalde in art. 42 van de Handelsregisterwet. De vordering tot nakoming van een doeloverschrijdende handeling uitgaande van de vennootschap, is namelijk onontvankelijk aangezien deze bij onderstelling haar grond zal vinden in een handelsactiviteit waarvoor de vennootschap op de dag van het instellen van de vordering niet was ingeschreven in het handelsregister. Het middel moet worden ingeroepen voor iedere andere exceptie of verweermiddel.

Regularisatie is niet mogelijk in de loop van het geding (boven, nrs. 36 en 47; J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, p. 193, nr. 361). De vennootschap kan wel haar inschrijving in het Handelsregister aanvullen en dan opnieuw dagvaarden (L. Liefsoens, „Kan een wederpartij het doeloverschrijdend karakter inroepen van een handeling verricht door een orgaan namens een N.V. of B.V.B.A.”, noot onder Cass., 12 november 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 109, nr. 9).

**112. AANVRAAG TOT GERECHTELIJK AKKOORD** — Sedert de wet van 6 maart 1973 komt aan de raad van bestuur in de N.V. en aan de zaakvoerders in een B.V.B.A. de residuaire bevoegdheid toe. Naar luid van art. 54 Venn.W. is de raad van bestuur bevoegd om alle handelingen te stellen die nodig of dienstig zijn voor het bereiken van het doel van de vennootschap met uitzondering van deze welke de wet aan de algemene vergadering voorbehoudt. De raad van bestuur en het college van zaakvoerders zijn dus het opperste orgaan in de N.V. en B.V.B.A.

De algemene vergadering is enkel bevoegd ter zake van de benoeming en het ontslag van de bestuurders, de vaststelling van hun salaris, de kwijting aan bestuurders en commissarissen, het jaarverslag van de raad van bestuur en van de commissarissen, de vaststelling van de jaarrekening, alle statutenwijzigingen met inbegrip van de vervroegde ontbinding en de verlenging van duur, en de uitgifte van in aandelen converteerbare obligaties (J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, 164).

De vraag blijft echter gesteld of bepaalde beslissingen die krachtens het zonet uiteengezette behoren tot de bevoegdheid van de raad van bestuur, toch niet voorafgaandelijk de instemming vereisen van de algemene vergadering. Het betreft voornamelijk die beslissingen waardoor de structuur van de vennootschap ingrijpende wijzigingen ondergaat of die bijna onvermijdelijk leiden tot de ontbinding van de vennootschap.

Zulke voorafgaandelijke instemming heeft geen uitstaans met de mogelijkheid voor de raad van bestuur om voorafgaandelijk aan de algemene

vergadering kwijting te vragen m.b.t. bepaalde beleidsbeslissingen. Op deze kwestie wordt nader ingegaan bij de bespreking van de aansprakelijkheid van bestuurders.

De vraag is fundamenteeler. Wordt namelijk aangenomen dat de raad van bestuur voor bepaalde beslissingen de instemming behoeft van de algemene vergadering, dan is zulk besluit, in geval die instemming ontbreekt, een handeling die niet behoort tot de wettelijke bevoegdheid van de raad van bestuur in de zin van art. 54, lid 1 Venn.W. Dit heeft als gevolg dat de eruit voortspuitende onbevoegdheid door de vennootschap aan derden kan tegengeworpen worden. Derden kunnen er zich eveneens op beroepen behoudens in geval van bekrachtiging of toerekenbare schijn (J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, p. 199 e.v., nr. 374; L. Simont, *La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales*, Brussel, Bruylant, p. 52, nr. 52; H. Laga, „De vertegenwoordiging van een N.V. als zaakvoerder van een V.O.F.”, *T.R.V.*, 1991, 420; A. Benoît-Moury, „Représentation des sociétés de capitaux et limitations relatives à l’objet social”, noot onder Cass., 12 november 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 410, nr. 12).

**113.** In de besproken periode stelde zich de vraag of de raad van bestuur bevoegd was om een aanvraag van gerechtelijk akkoord met boedelafstand in te dienen zonder voorafgaandelijk besluit van de algemene vergadering. Bij arrest van 21 september 1989 antwoordde het Hof van Cassatie daarop bevestigend (M. Coipel, „Réflexions sur la dissolution d’une société pour extinction de la chose et sur le pouvoir de décider le dépôt d’une requête en concordat par abandon d’actif”, noot onder Cass., 21 september 1989, *R.C.J.B.*, 1993, 5; *R.P.S.*, 1991, nr. 6570, p. 130; *Pas.*, 1990, I, 81; *R.W.*, 1989-90, 1059).

Het Hof beroept zich uitdrukkelijk op art. 54, lid 1 Venn.W. naar luid waarvan de bestuurders de bevoegdheid hebben om alle handelingen te stellen die nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het maatschappelijk doel. Volgens het Hof is de neerlegging van een verzoek tot het bekomen van een gerechtelijk akkoord een handeling die dienstig („utile”) is voor de vennootschap. Voor zulke handeling is geen voorafgaand akkoord van de algemene vergadering vereist, behoudens andersluidend beding in de statuten.

Eisers hadden opgeworpen dat een gerechtelijk akkoord met boedelafstand, de ontbinding van de vennootschap impliceerde in toepassing van art. 1865, 2° B.W. gelet op het verdwijnen van het volledige actief van de vennootschap als gevolg van de tegeldemaking ervan ten voordele van de vennootschapsschuldeisers. De bevoegdheid om te besluiten tot de vervroegde ontbinding komt enkel toe aan de algemene vergadering die daarbij besluit in de voorwaarden voor statutenwijziging. Aangezien in casu het verzoekschrift werd ingediend door drie bestuurders zonder voorafgaandelijke

instemming van de algemene vergadering, besloten eisers tot de onontvankelijkheid van het kwestieuze verzoek.

Volgens het Hof van Cassatie is art. 1865, 2° B.W. in casu niet van toepassing. Er kon immers geen sprake zijn van „tenietgaan van de zaak” in de zin van voormelde wetsbepaling omdat het maatschappelijk doel en het vermogen van de vennootschap („le fonds social”) niet samenvielen.

Eerder werd nochtans beslist dat de aanvraag tot een gerechtelijk akkoord met boedelafstand overeenkomstig art. 30 van het Regentsbesluit van 25 september 1946 waarbij in het verzoekschrift voorstellen gedaan worden die het *ganse* vermogen van de vennootschap behelzen (zie daarover I. Verougstraete en C. Van Schoubroeck, *Faillissement en aanverwante procedures*, in W. Van Gerven, H. Cousy, J. Stuyck, *Handels- en Economisch recht*, deel 1, volume A, p. 238, nr. 213), enkel kan ingediend worden door de raad van bestuur mits voorafgaandelijk akkoord van de algemene vergadering (Kh. Brussel, 2 december 1971, *B.R.H.*, 1973, 230; *R.P.S.*, 1974, nr. 5803, p. 168 en de goedkeurende bespreking in een vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, nr. 812; in dezelfde zin, J. Van Ryn, J. Heenen, *Principes*, IV, 1981, nr. 2962, noot 1, p. 439).

Het arrest heeft belangrijke gevolgen voor alle rechtshandelingen van het bestuur waardoor het volledige vermogen van de vennootschap teloor gaat. Men denke b.v. aan de aanvraag van een faillissement in geval het actief kleiner is dan het passief, of aan de verkoop van alle activa van de vennootschap.

Het ziet er naar uit dat in al deze gevallen de raad van bestuur krachtens art. 54, eerste lid Venn.W. bevoegd is om deze rechtshandelingen alleen te stellen, met uitzondering van die gevallen waarin het maatschappelijk doel zou samenvallen met het maatschappelijk vermogen. In dat geval zal de vennootschap immers van rechtswege ontbonden zijn overeenkomstig art. 1865, 2° B.W. (B. TILLEMANS, „Het beperkte toepassingsgebied van art. 1865, 2° B.W.”, *T.R.V.*, 1993, 15).

Van belang is dat het Hof van Cassatie zich aldus aansluit bij de heersende doctrine dewelke een zeer strikte toepassing voorstaat van dit wetsartikel: het is enkel van toepassing in die zeer zeldzame gevallen waarbij een vennootschap opgericht wordt met als enig doel de exploitatie van een bepaald goed, en dit goed teniet gaat (L. Frédéricq, *Traité*, IV, nr. 247; C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, IV, tweede druk, nr. 1830; P.A. Foriers, „Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause”, noot onder Cass., 28 november 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 88, nr. 12). Men denke b.v. aan de exploitatie van een mijn of van een cruise-schip. In alle overige gevallen heeft de verdwijning van het ganse actief niet van de rechtswege ontbinding van de vennootschap tot gevolg.

Opmerking verdient dat al altijd aangenomen werd dat de raad van bestuur zonder voorafgaandelijke beslissing van de algemene vergadering het faillis-

sement van de vennootschap kan aanvragen, en dit ongeacht de verhouding tussen het actief en passief. Hij heeft daartoe zelfs de verplichting krachtens art. 440, lid 1 Faill.W. (C. Resteau, *Traité*, derde uitgave, II, p. 10, nr. 902; H. Geinger, Ph. Colle en Chr. Van Buggenhout, „Overzicht van rechtspraak 1975-1989. Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *T.P.R.*, 1991, p. 453, nr. 48 en de bespreking van Kh. Brussel, 15 februari 1982, *R.P.S.*, 1982, nr. 6184, p. 115 bevestigd door Brussel, 1 juni 1982, *R.P.S.*, 1982, nr. 6193, p. 150).

**114.** In zijn bijzonder lezenswaardige noot onder het cassatiearrest van 21 september 1989 bekritiseert Coipel de beslissing van het hoogste Hof. Volgens deze auteur kan een akkoord met boedelafstand enkel aangevraagd worden door de raad van bestuur mits voorafgaandelijk besluit van de algemene vergadering.

De gezaghebbende auteur steunt dit besluit niet op de overweging dat art. 1865, 2° B.W. in zulk geval toch van toepassing zou zijn. Volgens hem ligt in de formulering van art. 54, lid 1 Venn.W. een wettelijke beperking besloten van bevoegdheden van de raad van bestuur. Deze kan enkel handelingen stellen waardoor het maatschappelijk doel verwezenlijkt wordt. Deze regel zou een algemeen beginsel van vennootschapsrecht zijn dat van toepassing is op alle vennootschapsvormen en dat zijn wettelijke bevestiging vindt in de art. 54 en 130 Venn.W. (Coipel, *a.w.*, nr. 23, p. 42).

Een aanvraag tot gerechtelijk akkoord met boedelafstand kan onmogelijk als zulke handeling aangezien worden. Daartoe behoeft de raad van bestuur de voorafgaandelijke instemming van de algemene vergadering, dewelke evenwel niet moet gegeven worden in de voorwaarden voor statutenwijziging. Zoals hierna zal blijken is art. 1856, 2° B.W. immers niet van toepassing.

De opvattingen van Coipel m.b.t. het toepassingsgebied van art. 1856, 2° B.W. kunnen moeiteloos onderschreven worden. Hij staat de hiervoor beschreven strikte interpretatie van het wetsartikel voor, met dien verstande dat in vennootschappen waarin het doel niet meer aangezien wordt als een essentieel element in de zin van art. 70, lid 2 Venn.W., m.n. alle vennootschappen met rechtspersoonlijkheid, art. 1856, 2° B.W. überhaupt geen toepassing vindt. In die vennootschappen kan het statutair doel immers vervangen worden door een nieuw doel zodat ze niet van rechtswege ontbonden zijn in geval de zaak waarvoor ze werd opgericht, teniet gaat (zie over de theorie van de essentiële elementen, boven nrs. 22 en 64; H. Laga, *Statuten, statutenwijziging en reglement van inwendige orde getoetst aan algemene beginselen van contractenrecht*, Proefschrift, Leuven, 1991, nrs. 65-67; F. Bouckaert, „Is op de verandering van aard artikel 70bis Venn.W. toepasselijk?”, *T.R.V.*, 1989, p. 518 e.v.).

Zijn opvatting dat de raad van bestuur op grond van art. 54, lid 1 Venn.W. niet bevoegd zou zijn om handelingen te stellen die met grote waarschijnlijk-

heid een stopzetting van de activiteit van de vennootschap als gevolg hebben, kan moeilijker onderschreven worden. Het behoort immers tot de verplichting van een redelijk en weldenkend bestuur om alle nodige maatregelen te treffen waardoor een faillissement kan voorkomen worden.

Maar dan nog impliceert een akkoord met boedelafstand of een faillissement niet noodzakelijk dat de vennootschap elke activiteit stopzet, niettegenstaande het in de praktijk er meestal wel op neer komt. Noch het faillissement, zelfs niet wanneer het afgesloten wordt bij gebrek aan actief, noch het concordaat met boedelafstand, hebben op zichzelf de ontbinding van rechtswege van de vennootschap als gevolg (M. Coipel, *a.w.*, p. 36 en 37, nr. 18).

Het verdwijnen van al het actief zal wellicht de stopzetting impliceren van een bepaalde onderneming, maar betekent daarom nog niet het einde van de vennootschapsstructuur die daarvoor werd opgezet. De praktijk is voldoende bekend met slapende vennootschappen zonder enige activiteit. Niets belet de vennootschap om nieuw actief te verwerven om haar oude activiteit terug op te nemen of om een nieuwe activiteit, mits aanpassing van het statutair doel, aan te vangen (J. Van Ryn en P. Van Ommeslaghe, „Examen de jurisprudence (1957-1960), *Les sociétés commerciales*”, *R.C.J.B.*, 1962, p. 413, nr. 54).

Men ziet ook niet goed in hoe een handeling, in casu de aanvraag van een gerechtelijk akkoord met boedelafstand, die volgens Coipel niet kan aangezien worden als daad die bijdraagt tot de verwezenlijking van het maatschappelijk doel in de zin van art. 54, lid 1 Venn.W., door de raad van bestuur toch kan gesteld worden mits instemming van de algemene vergadering. Is de algemene vergadering wel bevoegd om toelating te geven tot het stellen van zulke handelingen?

**115. VERKOOP VAN HANDELSFONDS** — Zonder zich uitdrukkelijk op de leer van het cassatiearrest van 21 september 1989, te beroepen oordeelde de Rechtbank van Koophandel te Brussel dat de zaakvoerder van een B.V.B.A. gerechtigd was het volledige handelsfonds van de vennootschap aan een derde te verkopen zonder voorafgaandelijke instemming van de algemene vergadering. Zulke handeling is op zichzelf niet onverenigbaar met het maatschappelijk doel (Kh. Brussel, 18 mei 1990, *T.B.H.*, 1991, p. 66, noot E. Pottier).

Uiteraard betekent dit niet dat zulke verkoop nooit kan aangezien worden als een beleidsfout. Het nut van zulke verkoop zal voor ieder geval afzonderlijk moeten beoordeeld worden.

**116. GESCHILLEN OMTRENT HET BESTUUR VAN DE VENNOOTSCHAP EN HET KORT GEDING** — Om hun tussenkomst in vennootschapszaken te motiveren beroepen de voorzitters zich op de welhaast klassiek geworden en voornamelijk door de rechtspraak verfijnde interpretatie van de twee voorwaarden vervat

in art. 584, lid Ger. Wb. (zie b.v. Voorz. Kh. Charleroi, 11 juli 1989, *T.R.V.*, 1990, 324, noot B. Tilleman). De trend om aan de kort gedingrechter een ruime armslag toe te kennen door een ruime interpretatie van deze voorwaarden zet zich in ieder geval voort (zie S. Raes, „Het kort geding in vennootschapszaken”, *T.R.V.*, 1988, 327 e.v.; G. Horsmans, in *Le rôle du juge dans la vie des sociétés*, J.B., 1985, p. 389 e.v.; M. Storme en P. Taelman, „Het kort geding: Ontwikkelingen en perspectieven”, in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991). Uit de talrijke gepubliceerde uitspraken in kort geding in vennootschapsaangelegenheden blijkt dat partijen wellicht vaker een kort geding inspannen dan hun geschil door arbitrage te laten beslechten (G. Horsmans, „Le juge et le droit des sociétés commerciales”, *R.P.S.*, 1991, nr. 6562, p. 64).

Dat ook de *rechter ten gronde* in vennootschapszaken met grote spoed kan optreden moge blijken uit de eerste beslissing in de Wagons-Lits-zaak (Kh. Brussel, 22 november 1991, *R.P.S.*, 1991, nr. 6583, p. 270; *T.R.V.*, 1992, 361, noot S. Raes, Een versnelde rechtspleging voor de bodemrechter). De zaak werd ingeleid op de zitting van 21 november 1991. De rechtbank velde op 4 december van hetzelfde jaar een in de vakpers opgemerkt vonnis. Er werd gebruik gemaakt van de mogelijkheid geboden door het oude art. 748, laatste lid Ger.Wb. om de conclusietermijnen te verkorten. Deze bepaling werd bij wet van 3 augustus 1992 (*B.S.*, 31 augustus 1992) vervangen door het nieuwe art. 747, § 2 (zie daarover G. de Leval, De wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek (art. 16 tot 26 en art. 31 tot 33): het in staat stellen der zaken, in *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, Antwerpen, Kluwer, 1992, p. 111).

**117. VOORWAARDEN VAN HET KORT GEDING. HOOGDRINGENDHEID** — De zaak is *spoedeisend* wanneer de eiser bij het uitblijven van de beschikking schade zou lijden of ernstige ongemakken zou ondervinden (Cass., 13 september 1990, *Pas.*, 1991, I, 41; Cass., 21 mei 1987, *Arr. Cass.*, 1986-87, 1287; X. Dieux, „La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le juge des référés”, *R.C.J.B.*, 1987, 258). Werd terecht afgewezen wegens gebrek aan hoogdringendheid, de vordering tot bijeenroeping van de algemene vergadering in geval eisers zelf méér dan één vijfde van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen. Overeenkomstig art. 73, lid 2 Venn.W. hebben zij dan zelf het recht om van de raad van bestuur te vorderen dat de algemene vergadering wordt bijeengeroepen (Voorz. Kh. Brussel, 2 maart 1988, *R.P.S.*, 1988, nr. 6492, p. 208). Werd eveneens terecht afgewezen de vordering tot opschorting van besluiten van de algemene vergadering wanneer de vennoot op het ogenblik van het instellen van de vordering er reeds meer dan zes maanden kennis van had (Voorz. Kh. Brussel, 22 juni 1989, *T.R.V.*, 1990, 387). Hetzelfde geldt voor besluiten van de raad van bestuur (Voorz. Kh. Brussel, 20 juni 1990, *T.R.V.*, 1991, 51, noot B. Tilleman).

Recentelijk werd door ere procureur-generaal Krings terecht kritiek geuit

op een gangbare opvatting in de rechtspraak en rechtsleer als zou de rechter bij de beoordeling van de spoed rekening moeten houden met het belang van eiser én met dat van verweerder (zie b.v. Voorz. Kh. Brussel, 27 november 1984, *R.P.S.*, 1985, nr. 6331, p. 97; G. Horsmans, „Le rôle du juge dans la vie des sociétés”, in *Les sociétés commerciales* (ed. Jeune Barreau), 1985, 416). De schade die eiser zou oplopen indien de maatregel niet wordt bevolen, zou moeten afgewogen worden tegen de schade die verweerder zou lopen indien de maatregel wel bevolen wordt. In de verslagperiode paste de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel deze belangenafweging nochtans herhaaldelijk toe om zijn tussenkomst in vennootschapszaken te motiveren (Voorz. Kh. Brussel, 2 maart 1988, *R.P.S.*, 1988, nr. 6492, p. 208; Voorz. Kh. Brussel, 20 juni 1990, *T.R.V.*, 1991, 51, noot B. Tilleman). De enige grens van de tussenkomst van de rechter in kort geding ligt in de regel van art. 1039 Ger.W., m.n. dat de bevolen maatregel geen nadeel mag toebrengen aan de zaak zelf (E. Krings, „Het kort geding naar Belgisch recht”, *T.P.R.*, 1991, p. 1067, nr. 19).

Het is de rechter overigens niet verboden via het leerstuk van het misbruik van procesrecht rekening te houden met de belangen van de verweerder (zie M. Storme, „Over het tergend geding voor een roekeloze vriendschap. Beschouwingen m.b.t. het procesrechtsmisbruik”, *Liber Amicorum Jan Ronse*, p. 67 e.v.). In de besproken periode werden eisers in kort geding om die reden veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van 50.000 frank wegens tergend en roekeloos geding. Het betrof een betwisting inzake de geldigheid van een overdracht van aandelen (Voorz. Kh. Brussel, 10 september 1987, *T.R.V.*, p. 70 met noot). In een zaak waarbij een minderheidsaandeelhouder een misbruik van meerderheidspositie inriep, oordeelde de voorzitter dat er enkel sprake kon zijn van procesmisbruik wanneer de vordering met onmiskenbare kwade trouw werd ingesteld (Voorz. Kh. Brussel, 20 juni 1990, *T.R.V.*, 1991, 51).

**118. BESCHIKKING BIJ VOORRAAD. UITSpraak OVER DE OGENSCHIJNLIJKE RECHTEN VAN PARTIJEN** — Ten aanzien van het vereiste van het *voorlopig karakter* van de beschikking in kort geding wordt sedert het cassatiearrest van 29 september 1993 aangenomen dat de kort gedingrechter wel degelijk de rechten van partijen mag onderzoeken. Zodra het recht van eiser voldoende waarschijnlijk is, m.a.w. wanneer er sprake is van een „fumus boni iuris”, mag de rechter maatregelen vellen (zie b.v. Voorz. Kh. Brussel, 13 juni 1988, *R.P.S.*, 1988, nr. 6496, p. 275; *J.L.M.B.*, 1988, 133; Voorz. Kh. Brussel, 9 februari 1988, *J.T.*, 1988, 224).

Art. 1039 Ger.Wb impliceert evenwel dat deze maatregelen partijen geen definitief en onherstelbaar nadeel mogen berokkenen (Cass., 29 september 1983, *J.T.*, 1984, 330, noot J.P. Coppée; *R.W.*, 1984-85, 751 en 752; G. de Leval en J. Van Compernelle, „L'évolution du référé: mutation ou renouveau”, *J.T.*, 1985, 517). Aldus kan de rechter in kort geding niet de nietigheid van een besluit van een vennootschapsorgaan uitspreken (Voorz.

Kh. Kortrijk, 14 maart 1988, *T.B.H.*, 1988, 581) of de inschrijving bevelen van een overdracht van aandelen in het aandelenregister (zie nochtans: Luik, 7 december 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 226, noot M.W.).

In zijn arrest van 22 februari 1991 voegde het Hof van Cassatie daaraan toe dat een beslissing die er zich toe beperkt „na te gaan of het bestaan van een recht voldoende waarschijnlijk is om het nemen van een maatregel tot bewaring van recht te bevelen” niet kan aangezien worden als een beslissing die ten gronde uitspraak doet over de rechten van partijen. Dit heeft als gevolg dat zulke beslissing geen schending kan inhouden van materieelrechtelijke bepalingen ter zake van de beweerdde rechten van partijen, én dat de rechter niet gehouden is te antwoorden op de conclusie van de eisers betreffende de gegrondheid van de aanspraken der partijen, aldus het Hof (Cass., 22 februari 1991, *T.B.H.*, 1991, 672, noot P. Lemmens).

Het belang van dit arrest kan nauwelijks overschat worden. Het betekent immers dat wanneer de rechter in kort geding zich ertoe beperkt de ogenschijnlijke rechten van partijen vast te stellen, hij niet dient te antwoorden op de conclusies dienaangaande en deze beslissing ontsnapt aan het toezicht van de cassatierechters. Volgens Lemmens wordt de rechter in kort geding aldus in een overdreven mate verheven boven de normale regels van materieel en formeel recht (P. Lemmens, „Het onderzoek van de ogenschijnlijke rechten van partijen door de rechter in kort geding en het toezicht door het Hof van Cassatie”, *T.B.H.*, 1991, 684). Dit stemt des te meer tot nadenken nu uit de praktijk blijkt dat de beschikking in kort geding meestal een definitief einde maakt aan het geschil tussen partijen.

Het arrest heeft in ieder geval als gevolg dat nog voorzichtiger moet omgesprongen worden met de interpretatie die aan materieelrechtelijke regels van vennootschapsrecht wordt gegeven in kort gedingbeslissingen. Men hoede er zich voor om uit zulke beslissingen definitieve conclusies te trekken m.b.t. de draagwijdte van die regels.

In de verslagperiode werd een interessant arrest geveld ter zake van de mogelijkheid om in kort geding een misbruik van minderheids- of meerderheidspositie te voorkomen. Een meerderheidsaandeelhouder (63%) die vreest dat de minderheidsaandeelhouder niet zal willen toestemmen in een volgens hem voor het voortbestaan van de vennootschap noodzakelijke statutenwijziging, m.n. een kapitaalsvermindering door incorporatie van verliezen onmiddellijk gevolgd door een kapitaalsverhoging, verzoekt de rechter in kort geding om aan de minderheidsaandeelhouder het verbod op te leggen om zich tegen de statutenwijziging te verzetten.

Het Hof van Beroep te Bergen was van oordeel dat zulke maatregel niet strookte met het voorlopig karakter van een beslissing in kort geding. Terecht werd beslist dat een rechter in kort geding het stemgedrag van de minderheid slechts kan sanctioneren nadat de effectieve stemming heeft plaats gehad. De aandeelhouder moet vrij zijn stem kunnen uitbrengen ter algemene vergadering en het komt de rechter niet toe zich daarbij in zijn

plaats te stellen (Bergen, 23 maart 1989, *T.R.V.*, 1989, 343, noot D. Blommaert en L. Neefs, De bevoegdheid van de rechter in kort geding bij misbruik van minderheidspositie; anders, de beschikking a quo: Voorz. Kh. Doornik, 17 februari 1989, *R.P.S.*, 1989, nr. 6507, p. 75; zie ook verder, nrs. 174 en 244).

Een aandeelhouder kan zich dus niet tot de kort gedingrechter wenden om aan een bepaalde aandeelhouder(s) het gebod of verbod op te leggen in een bepaalde zin te stemmen (L. Simont, „Réflexions sur l'abus de minorité”, *Liber Amicorum Jan Ronse*, 1986, p. 331, nr. 20; Kh. Brussel, 13 december 1984, *R.P.S.*, 1985, nr. 6333, p. 122).

Ook de vrees dat de raad van bestuur beslissingen aangaande herstructureeringen zal nemen die het belang van de vennootschap kunnen schaden, volstaat niet om de tussenkomst van de kort gedingrechter te wettigen (Voorz. Kh. Brussel, 13 juni 1988, *R.P.S.*, 1988, nr. 6496, p. 269).

**119. ONGEGRONDHEID VAN DE VORDERING IN KORT GEDING** — In twee recente arresten heeft het Hof van Cassatie de voorstanders van de theorie luidens dewelke een vordering in kort geding die niet spoedeisend is of geen voorlopige maatregel als voorwerp heeft, *niet onontvankelijk is maar wel ongegrond*, gelijk gegeven (Cass., 11 mei 1990, *T.B.H.*, 1990, p. 774 e.v., noot D. Lindemans). Wanneer er wegens het ontbreken van spoed geen aanleiding is tot kort geding, is de vordering ongegrond (Cass., 14 juni 1991, *T.B.H.*, 1992, 257, noot A.S. Maertens, Uitspraak bij voorraad: voorschriften over de machten van de rechter in kort geding). In beide gevallen heeft de rechter zijn rechtsmacht volledig uitgeput zodat er geen sprake kan zijn van enige toepassing van art. 88, § 2 van het Gerechtelijk Wetboek of van enige verplichting voor de rechter in beroep om van de zaak zelve kennis te nemen (art. 1068 Ger. Wb.) vermits geen zaak „ten gronde” bij hem werd aanhangig gemaakt.

In vennootschapszaken vond deze rechtspraak intussen ingang (zie b.v. Brussel, 13 maart 1991, *T.B.H.*, 1991, p. 887).

**120. AARD VAN DE BEVOLEN MAATREGELEN** — De maatregelen die in kort geding worden bevolen kunnen verschillende vormen aannemen. De pleiters geven op dit vlak meestal blijk van grote inventiviteit. Zoals hierboven vermeld kan de voorzitter om het even welke maatregel bevelen op voorwaarde dat hij daardoor niet op definitieve en onherroepelijke wijze vooruitloopt op de beslissing ten gronde over de rechten van partijen (Cass., 9 september 1982, *Arr. Cass.*, 1982-83, 51; I. Verougstraete, „Het kort geding. Recente trends”, *T.P.R.*, 1980, p. 268, nr. 17).

Vaak wordt aan de Voorzitter gevraagd *beleidsbeslissingen van de raad van bestuur* op te schorten. De voorzitters leggen terecht ten aanzien van zulke vorderingen een zekere terughoudendheid aan de dag. De beoordeling door de rechter van de geldigheid van een beleidsbeslissing van de raad van

bestuur is immers noodzakelijk een beperkte marginale toetsing: aan de bestuurders wordt een zekere beleidsvrijheid gelaten (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1012, nr. 179; J. Ronse, „Marginale toetsing in het Privaatrecht”, *T.P.R.*, 210; J.L. Fagnart, „La responsabilité des administrateurs de la société anonyme”, in *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés* (ed. Jeune Barreau), 1991, 7).

Zolang de beslissing valt binnen de marge waarbinnen redelijke handelende bestuurders van mening kunnen verschillen, kan de rechter zulke beslissing niet opschorten.

Hij kan dit enkel, aldus de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Gent, wanneer door de kwestieuze beslissing het vennootschapsbelang kennelijk miskend wordt, de belangen van de minderheidsaandeelhouders klaarblijkelijk gekrenkt worden of aan de eisen van de goede trouw kennelijk niet is voldaan (Voorz., Kh. Gent, 18 mei 1988, *T.R.V.*, 1988, 300, met noot; *R.P.S.*, 1988, nr. 6495, p. 248, noot P. Coppens; *T.B.H.*, 1989, 186; *T.G.R.*, 1988, 79). De opvatting van de Brusselse Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel sluit daarbij aan: tussenkomst is enkel mogelijk ingeval van kennelijk misbruik van bevoegdheid of van kennelijke schending van het vennootschapsbelang (Voorz. Kh. Brussel, 2 maart 1988, *R.P.S.*, 1988, nr. 6492, p. 208; in dezelfde zin: Voorz. Kh. Brussel, 13 juni 1988, *R.P.S.*, 1988, nr. 6496, p. 275; *J.L.M.B.*, 1988, 133; Voorz. Kh. Brussel, 21 juni 1988, *R.P.S.*, 1989, nr. 6504, p. 47; *J.T.*, 1988, 689).

Een bijzonder duidelijke toepassing van de marginale toetsing van beleidsbeslissingen vormt de beschikking van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel van Kortrijk (14 maart 1988, *T.B.H.*, 1988, p. 580 met noot). Eisers vorderden in kort geding de opschorting van een beslissing van de raad van bestuur om voortaan gips op de markt te brengen onder de vorm van gipskartonplaten in plaats van uitsluitend in blokken.

Het komt de rechter niet toe zich te mengen in het beleid van de vennootschap en een oordeel uit te spreken over economische opties. Zich baserend op uitgebreide verslagen oordeelde de rechter in casu dat de genomen beslissing *prima facie* viel binnen de marge waarbinnen een raad van bestuur redelijkerwijze van oordeel kan zijn dat de beslissing strookte met het belang van de vennootschap. Daarentegen, aldus de voorzitter, zou het niet volgen van een marktevolutie en het daarop blijven achternahinken, strijdig zijn met het belang van de vennootschap.

Een besluit van de raad van bestuur waarbij een directiecomité werd geïnstalleerd, kan opgeschort worden omdat dat punt niet in de dagorde was opgegeven die vooraf opgestuurd was naar de bestuurders. Uit de vaststellingen van de Voorzitter bleek dat aan dit comité belangrijke bevoegdheden zouden toegekend worden ter zake van de herstructurering van de vennootschap (Voorz. Kh. Brussel, 2 maart 1988, *R.P.S.*, 1988, nr. 6492, p. 208).

**121.** Ook inzake *betwistbare overdrachten van aandelen* wordt de tussen-

komst van de Voorzitters vaak gevorderd. In het kader van zijn onderzoek naar de ogenschijnlijke rechten van partijen is het de kort gedingrechter toegelaten de inhoud en de draagwijdte van overeenkomsten tot overdracht van aandelen te bepalen. De artikelen 584, lid 1 en 1039 Ger. Wb. hebben enkel als gevolg dat de bodemrechter niet gebonden is door de analyse of interpretatie van de rechter in kort geding (Brussel, 13 maart 1991, *T.B.H.*, 1991, 890).

Meestal wordt de schorsing van de stemrechten, verbonden aan de aandelen waarvan de overdracht betwist wordt, bevolen (zie b.v. Brussel, 13 maart 1991, *T.B.H.*, 1991, 890).

In de hierboven geciteerde Brusselse beschikking van 2 maart 1988 werd de opschorting bevolen van de stemrechten verbonden aan een pakket aandelen tot definitief uitspraak zou gedaan zijn over de geldigheid van de overeenkomst tot overdracht. Naar aanleiding van de overdracht ervan zou er een meerderheidswissel optreden. In beroep werd de beschikking bevestigd met dien verstande dat de duur van opschorting van het voormelde besluit van de raad van bestuur beperkt werd in de tijd en dat de stemrechten slechts werden opgeschort tot na de betekening van het arrest (Brussel, 21 juni 1988, *R.P.S.*, 1989, nr. 6504, p. 49).

In de Uco-zaak werd de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Gent geconfronteerd met een betwiste overdracht door de N.V. Uco aan een derde van haar optierecht tot aankoop van haar eigen aandelen van de N.M.N.S. (Voorz. Kh. Gent, 18 mei 1988, *T.R.V.*, 1988, 300 met noot; *T.B.H.*, 1989, 186 met noot; *R.P.S.*, 1988, nr. 6495, p. 248, noot P. Coppens; *T.G.R.*, 1988, 79). In toepassing van het K.B. nr. 20 van 23 maart 1982 betreffende de uitgifte van bevoorrechte aandelen zonder stemrecht in het kader van de herstructurering van de textielnijverheid (*B.S.*, 25 maart 1982, 3324) had de N.M.N.S. ingeschreven op bevoorrechte aandelen zonder stemrecht in de N.V. Uco (zie over het statuut van zulke aandelen: J. Winkin, „Les actions privilégiées sans droit de vote”, *T.B.H.*, 1986, 259; B. Van Bruystegem, „Is er nog leven voor bevoorrechte aandelen zonder stemrecht?”, in *Liber Amicorum Jan Ronse*, 1986, 335 e.v.). Terloops weze opgemerkt dat deze aandelen krachtens art. 8 van het Vlaams Decreet van 18 december 1992 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting (*B.S.*, 29 december 1992), overeenkomstig art. 71 Venn.W. kunnen vervangen worden door al dan niet stemgerechtigde aandelen van gemeen recht dewelke niet langer onderworpen zijn aan de bepalingen van het voornoemde K.B. (zie ook *nieuw* art. 48, § 4 Venn.W.).

Naar aanleiding van de uitgifte van deze bevoorrechte aandelen door de N.V. Uco werden, zoals dit meestal het geval is, terzelfder tijd verschillende overeenkomsten afgesloten tussen de vennootschap en de N.M.N.S. Naast een verplichting tot inkoop van de aandelen verkreeg de N.V. UCO ook een onherroepelijk en overdraagbaar optierecht om de kwestieuze aandelen aan te kopen. Er werd bovendien overeengekomen dat de aandelen bij het lichten van de optie het karakter zouden verkrijgen van gewone stemgerech-

tigde aandelen. Naderhand droeg de N.V. Uco haar optierecht over aan de N.V. Bic, een derde niet-aandeelhouder, waardoor uiteraard de machtsverhoudingen ter algemene vergadering werden gewijzigd.

In kort geding vorderden enkele minderheidsaandeelhouders voornamelijk dat aan de N.V. Uco het verbod zou opgelegd worden de aandelen van de N.M.N.S. aan te kopen zolang niet alle bestaande aandeelhouders de kans hadden gekregen zelf de aandelen aan te kopen. Zij steunden daartoe o.m. op de schending van art. 60 Venn.W., de nietigheid van de overdracht van het optierecht, de schending van art. 71 Venn.W. en van het gelijkheidsbeginsel, de tekortkoming door de raad van bestuur aan haar fiduciaire verplichting evenals de schending van het vennootschapsbelang en misbruik van bestuursbevoegdheid.

Na alle argumenten verworpen te hebben oordeelde de Voorzitter in een uitvoerig gemotiveerde beschikking dat de betwiste aandelenoverdracht niet onredelijk was en evenmin neer kwam op een patent misbruik van bestuursbevoegdheid. Daarbij stemde de Voorzitter in met de stelling van de N.V. Uco, namelijk dat de verkoop van de aandelen aan de N.V. Bic haar de mogelijkheid bood om met een nieuwe partner een nieuwe industriële samenwerking op te zetten in de sector van decoratieve luxetapijten.

Indien aandelen als gevolg van een *overlijden in onverdeeldheid* toebehoren aan twee aandeelhoudersgroepen kan de voorzitter in kort geding bevelen dat in afwachting van de definitieve verdeling het stemrecht van alle aandelen toebedeeld wordt aan één van de twee aandeelhoudersgroepen met dien verstande dat deze zich daarbij moet laten vertegenwoordigen door een gemeenschappelijke lasthebber (Voorz. Kh. Kortrijk, 17 november 1988, *T.R.V.*, 1989, 453, noot E. Van Soest en N. Torfs, „Vennootschapsaandelen in nalatenschap. Waardering, stemrecht, verdeling”).

122. Ook wanneer zich onregelmatigheden hebben voorgedaan inzake de *bijeenroeping, de beraadslaging en de besluitvorming van de algemene vergadering* wordt de tussenkomst van de kort gedingrechter zeer frequent gevorderd. Hier moge volstaan worden met een opsomming van de aard van de maatregelen die de voorzitters in de verslagperiode uitspraken. De materieelrechtelijke regels die in de verschillende beschikkingen aan bod kwamen zullen besproken worden in het hoofdstuk omtrent de algemene vergadering.

In het kader van een openbaar bod werd aan een buitengewone algemene vergadering voorlopig verbod opgelegd om over bepaalde agendapunten uitspraak te doen o.m. omdat de vergadering onregelmatig was bijeengeroepen (Voorz., Kh. Brussel, 5 januari 1988, *T.R.V.*, 1988, 160, noot J. Tyteca; *J.T.*, 1988, 69; *J.L.M.B.*, 1988, 137, noot C. Parmentier).

Wanneer blijkt dat een aandeelhouder, niettegenstaande hij *prima facie* als aandeelhouder kan aangezien worden, niet werd uitgenodigd tot een algemene vergadering waarop over de ontbinding zou beraadslaagd worden,

dan kan de voorzitter de bijeengeroepen algemene vergadering schorsen, evenals alle andere algemene vergaderingen tot op het ogenblik dat de kwestieuze aandeelhouder behoorlijk wordt uitgenodigd en de in de statuten en de wet voorziene pleegvormen worden nageleefd (Voorz. Kh. Hasselt, 25 oktober 1990, *T.R.V.*, 1991, 183, noot W. Kupers, „De overdracht van nominatieve aandelen van een N.V. door middel van een betekening op grond van artikel 1690 van het Burgerlijk Wetboek’’).

Aan de algemene vergadering kan verbod opgelegd worden om over een bepaald agendapunt te beraadslagen, m.n. kapitaalsverminderingen en kapitaalsverhogingen, wanneer blijkt dat de echtgenote van één van de aandeelhouders erdoor al haar rechten op het pakket gemeenschappelijke aandelen verliest (Voorz. Doornik, 18 maart 1987, *R.P.S.*, 1987, nr. 6437, p. 141). De bedoeling van de ganse operatie was namelijk het vervangen van de gemeenschappelijke aandelen door eigen aandelen. In de mate dat de bevolen maatregel niet beperkt werd in de tijd lijkt hij moeilijk verenigbaar te zijn met de voorlopige aard van een kort gedingmaatregel.

Frequent wordt de opschorting bevolen van de besluiten die genomen werden op een reeds bijeengekomen algemene vergadering wanneer deze prima facie aangetast zijn door een onregelmatigheid (zie b.v. Voorz. Kh. Brussel, 6 november 1987, *T.R.V.*, 1988, 314, noot J. Ronse). Dit was het geval met een beslissing van de algemene vergadering waarbij een toegestaan kapitaal werd ingevoerd. Het kwestieuze besluit werd opgeschort voor een hernieuwbare termijn van twee maanden.

**123. VOORLOPIG BEWINDVOERDER. BEPERKING VAN DIENS MANDAAT** — Een veel gevraagde maatregel in kort geding is de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder. De wetgever heeft aan zulke aanstelling op incidentele wijze een wettelijke basis gegeven door in art. 12, § 1, 3° Venn.W. te voorzien dat de benoeming en de ambtsbeëindiging van diens mandaat moet neergelegd en bekend gemaakt worden.

Er lijkt zich evenwel een tendens af te tekenen om deze ingrijpende maatregel alsmaar minder toe te staan (zie voor een stand van zaken: B. Tilleman, „De voorlopige bewindvoerder: een laatste redmiddel”, *T.R.V.*, 1990, 324 e.v.). In het vorig overzicht werd er reeds op gewezen dat de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder inderdaad geen wondermiddel gebleken is (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1015-1017, nr. 184-185). Hij wordt gedropt in een vennootschap waarin ernstige conflicten ontstaan zijn en is vaak aangewezen op de medewerking van het zittend bestuur om zijn taak naar behoren te kunnen uitvoeren. De geloofwaardigheid van de vennootschap ten aanzien van derden, m.n. kredietverschaffers, leveranciers... wordt door de maatregel zeer dikwijls ernstig aangetast. Niet zelden worden kredieten opgezegd of worden bestaande commerciële relaties met de vennootschap verbroken (zie de overwegingen dienaangaande Voorz. Kh. Brussel, 15 janurai 1988, *T.R.V.*, 1988, 389, noot J. Tyteca). Daarom wordt vaak geopteerd voor minder ingrijpende maatregelen, zoals de aan-

stelling van een expert-bewaarnemer, een sekwester of een mandataris ad hoc, waaraan dan een zeer specifieke opdracht toegekend wordt.

In ieder geval verdient het aanbeveling om de *duurtijd* van het mandaat van de voorlopig bewindvoerder te beperken.

Is dit niet het geval, dan bestaat de kans dat de bestuursorganen opheffing vragen van de maatregel om terug in hun functies hersteld te worden. Zulke vordering is ongegrond wanneer blijkt dat het beleid van de voorlopige bewindvoerder voor de B.V.B.A. uitstekende resultaten oplevert in vergelijking met het vroegere beleid van de statutaire zaakvoerder (Voorz. Kh. Brussel, 17 december 1990, *T.B.H.*, 1991, 919).

Zo een algemeen bestuursmandaat zeker geldig is, is het aangewezen om zo, mogelijk zijn taak, ook inhoudelijk te beperken, b.v. tot het dagelijks bestuur, en om vervolgens deze beperkte bevoegdheid heel nauwkeurig en precies te omschrijven (B. Tilleman, „De voorlopige bewindvoerder: een laatste redmiddel”, *T.R.V.*, 1990, 329; G. Horsmans, „Le rôle du juge dans la vie des sociétés”, in *Les sociétés commerciales* (ed. Jeune Barreau), 1985, 427).

Anders bestaat het risico dat de Voorzitter achteraf zijn bevolen maatregel moet corrigeren of aanvullen. Zulke aanvulling dringt zich op wanneer in een N.V. blijkt dat de voorlopige bewindvoerder zijn taak van dagelijks bestuur niet kan waarnemen omdat hij daarin voortdurend belemmerd wordt door één van de bestuurders (Voorz. Kh. Brussel, 26 februari 1991, *T.B.H.*, 1991, 922). In casu bestond de raad van bestuur uit een vader, zijn twee zonen en de voorlopige bewindvoerder. Eén van de twee zonen stemde altijd naar de zin van de vader en deze laatste had als oudste bestuurder krachtens de statuten een doorslaggevende stem. In die omstandigheden werd het stemrecht van laatstgenoemde bestuurder geschorst.

**124. VOORLOPIG BEWINDVOERDER. VOORWAARDEN VAN AANSTELLING** — Een steeds weerkomende overweging in beschikkingen waarin uitspraak gedaan wordt over de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder, is dat het een ernstige en bezwarende maatregel betreft die enkel in uitzonderlijke omstandigheden kan uitgesproken worden (zie b.v. Voorz. Kh. Brussel, 7 maart 1989, *T.R.V.*, 1990, 567, met noot).

Deze uitzonderlijke omstandigheden worden door de voorzitters uiteenlopend ingevuld, maar komen in feite alle neer op een niet meer functioneren van de bestuursorganen door onenigheid. De onenigheid moet wel van die aard zijn dat het normaal functioneren van de vennootschapsorganen uitgesloten is en de belangen van allen die bij de vennootschappelijke onderneming betrokken zijn, m.n. de aandeelhouders, de werknemers, de schuldeisers, ernstig in gevaar komen (Voorz. Kh. Charleroi, 11 juli 1989, *T.R.V.*, 1990, 321, noot B. Tilleman, De voorlopige bewindvoerder: een laatste redmiddel; Voorz. Kh. Brussel, 20 juni 1990, *T.R.V.*, 1991, 51, noot B. Tilleman, „Het restrictief karakter van de aanstelling van een voorlopige

bewindvoerder''; Voorz. Kh. Brussel, 18 mei 1990, *T.R.V.*, 1991, 432; *R.P.S.*, 1991, nr. 6574, p. 144).

Onderzoek van de gepubliceerde rechtspraak leert niettemin dat opportu-  
nitsredenen een grote rol spelen bij het inwilligen van de eis tot aanstelling  
van een voorlopig bewindvoerder. Onvermijdelijk geeft zulks aanleiding tot  
casuïstiek.

**125.** Een *meningsverschil tussen aandeelhouders* volstaat op zichzelf niet.  
In een B.V.B.A. vorderde de enige statutaire zaakvoerder de aanstelling van  
een voorlopig bewindvoerder met als taak het nemen van maatregelen om  
de meningsverschillen tussen de aandeelhouders op te lossen. Eiser kwam  
echter al zijn wettelijke verplichtingen als zaakvoerder na en zijn gedwongen  
ontslag werd voorsnood niet aan de buitengewone algemene vergadering  
voorgelegd. In die omstandigheden is de aanstelling van een voorlopig  
bewindvoerder enkel te overwegen, aldus de Voorzitter van de Rechtbank  
van Koophandel te Brussel, indien de aandeelhouders eerst in een algemene  
vergadering over hun meningsverschillen hebben beraadslaagd (17 maart  
1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1385; *R.P.S.*, 1988, nr. 6471, p. 68; *T.B.H.*, 1987,  
1384).

Een voorlopig bewindvoerder is ook niet de geëigende maatregel wanneer  
de grief die eisers in werkelijkheid aanvoeren een misbruik van meerderheid  
is op het niveau van de algemene vergadering (Voorz. Kh. Brussel, 18 mei  
1990, *T.R.V.*, 1991, 432).

**126.** Een ernstig meningsverschil tussen de *verschillende bestuurders of  
zaakvoerders* volstaat evenmin. De aanstelling van een voorlopig bewind-  
voerder is enkel gewettigd wanneer kan aangetoond worden dat door  
aanhoudende meningsverschillen de normale werking van de vennootschap  
geblokkeerd wordt (Voorz. Kh. Charleroi, 11 juli 1989, *T.R.V.*, 1990, 321,  
noot B. Tilleman).

Dit was volgens de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel het geval  
in een B.V.B.A. waarvan de drie vennoten tevens zaakvoerder waren  
(Voorz. Kh. Luik, 15 november 1990, *T.B.H.*, 1991, 915). Eén van hen,  
m.n. de vader van een van de zaakvoerders, was daarenboven statutaire  
zaakvoerder. Krachtens de statuten kwam de vertegenwoordigingsbevoegd-  
heid toe aan de gezamenlijk handelende zaakvoerders én aan de alleen  
handelende statutaire zaakvoerder. Door fundamentele meningsverschillen  
tussen de twee gewone zaakvoerders enerzijds en de statutaire zaakvoerder  
anderzijds, was elk ernstig bestuur van de B.V.B.A. onmogelijk geworden.  
Zo kon de boekhouder onmogelijk de jaarrekening opstellen omdat hem  
daartoe niet de nodige documenten werden overgemaakt. Ondertussen was  
de economische situatie van de vennootschap zodanig verslechterd dat zij  
reeds het voorwerp uitmaakte van een onderzoek van de depistagediensten  
van de Rechtbank van Koophandel.

De enkele vrees dat de raad van bestuur haar bevoegdheid zal misbruiken door het actief van de vennootschap over te hevelen naar een andere vennootschap, dewelke werd opgericht door de bestuurders van de eerste vennootschap en door die vennootschap zelf, volstaat niet om de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder te rechtvaardigen. Er werd immers niet aangetoond dat de raad van bestuur niet meer functioneert. De vordering ging uit van iemand die beweerde aandeelhouder te zijn van de eerste vennootschap en had tot doel diens rechten te vrijwaren tot aan de definitieve uitspraak over het eigendomsrecht van de aandelen (Voorz. Kh. Veurne, 16 oktober 1991, *T.R.V.*, 1991, 532; vgl. vorig overzicht, *T.P.R.*, p. 1017 in fine, nr. 185).

In een N.V. waar een ernstige onenigheid bestond binnen de raad van bestuur tussen de meerderheids- en minderheidsbestuurders omtrent het te volgen beleid, werden op vordering van de minderheidsaandeelhouder en de minderheidsbestuurders twee advocaten als voorlopige bewindvoerders aangesteld (Voorz. Kh. Charleroi, 11 juli 1989, *T.R.V.*, 1990, 321, noot B. Tilleman; *R.P.S.*, 1990, nr. 6546, p. 180; *J.T.*, 1989, 679; *J.L.M.B.*, 1989, 959, bevestigd door Bergen, 25 juni 1990, *T.R.V.*, 1990, 382; *R.P.S.*, 1990, nr. 6547, p. 188; *J.L.M.B.*, 1991, 342). De noodzakelijke investeringen waartoe met unanimiteit door de voltallige raad van bestuur werd beslist, bleven onuitgevoerd, terwijl bleek dat de meerderheidsbestuurders de vennootschap met miskenning van haar eigen belang, bestuurden in het uitsluitend voordeel van de meerderheidsaandeelhouder. Aan de voorlopig bewindvoerders werd een algemeen bestuursmandaat toegewezen. Daarnaast werd hem de verplichting opgelegd de investeringen waartoe beslist werd door de raad van bestuur toch door te voeren.

Dit laatste gaat ver. De raad van bestuur heeft immers het recht om terug te komen op eerder genomen beslissingen. Door de genoemde opdracht toe te vertrouwen aan de voorlopige bewindvoerders mengt de kort gedingrechter zich ten onrechte daadwerkelijk in het beleid van de vennootschap.

**127.** Vaak wordt een bewindvoerder aangesteld in de hoop dat deze *een patstelling* op het niveau van de algemene vergadering en de raad van bestuur tussen twee gelijke aandeelhoudersgroepen zal kunnen deblokkeren. In afwachting dat ten gronde uitspraak gedaan werd over de vordering tot gerechtelijke ontbinding van een N.V. op grond van art. 1871 B.W., stelde de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Namen een bedrijfsrevisor als voorlopige bewindvoerder aan. Hij kreeg de opdracht de vennootschap te besturen en met de betrokken partijen naar een andere oplossing dan de ontbinding te zoeken waarbij de vennootschappelijke onderneming kon gevrijwaard blijven, b.v. d.m.v. een overdracht van aandelen of een splitsing van de vennootschap. Uit de debatten bleek immers dat deze zeer welvarend was (Voorz. Kh. Namen, 21 januari 1986, *Rev.Rég.Dr.*, 1986, 51). De duur van de aanstelling werd beperkt tot twee maanden indien de partijen ervoor niet tot een oplossing kwamen.

**128. AANSTELLING VAN EEN VOORLOPIG BEWINDVOERDER DAAR WAAR ANDERE SANCTIES ZICH OPDRINGEN** — Partijen vorderen soms de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder daar waar de beweerde onregelmatigheden op een andere wijze kunnen bestreden worden. In dat opzicht kan de overweging van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel dat de aanstelling van een voorlopig zaakvoerder verantwoord is wanneer de in functie zijnde zaakvoerder de regels van vennootschaps- of boekhoudrecht niet respecteert of de statuten overtreedt, moeilijk onderschreven worden (Voorz. Kh. Brussel, 15 januari 1988, *T.R.V.*, 1988, 389, noot J. Tyteca; vgl. Voorz. Kh. Tongeren, 17 februari 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 226).

In geval van fouten begaan door het bestuur, hetzij beleidsfouten, hetzij overtredingen van de wet of van de statuten, kan het instellen van de *actio mandati* voor de rechter ten gronde de aangewezen oplossing zijn en niet de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder (zie Voorz. Kh. Brussel, 7 maart 1989, *T.R.V.*, 1990, 567, met noot).

De vordering tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder die meer als taak zou hebben de verificatie van de jaarrekeningen is overbodig wanneer de vennoten in een coöperatieve vennootschap krachtens art. 147octies, § 2 ieder over de individuele controlebevoegdheid beschikken (Voorz. Kh. Brussel, 7 maart 1989, *T.R.V.*, 1990, 567, met noot).

Moeilijk te begrijpen is de aanstelling van een advocaat als voorlopig bewindvoerder in een B.V.B.A. met als voornaamste taak de in bezitname van haar vermogen evenals het opstellen van een rapport omtrent de waarde van de aandelen, de mogelijkheid tot overdracht, en het feit of rekening gehouden werd met het beslag dat door de echtgenote van een vennoot werd gelegd op diens aandelen... (Voorz. Kh. Brussel, 17 maart 1987, 14 mei 1991, *Rev.Not.*, 1991, 607). Men ziet niet goed in hoe dergelijke maatregel een oplossing kan bieden in een geval waarbij de echtgenote van een van de aandeelhouders vreest dat deze laatste zijn insolvabiliteit organiseert door zijn aandelen over te dragen aan een medevennoot. In het kader van de echtscheiding was hij veroordeeld tot het betalen van alimentatiegeld maar kwam hij deze verplichting niet na.

**129. ANDERE MAATREGELEN. BESTUURDER AD HOC, EXPERT BEWAARNEMER, SEKWESTER, MANDATARIS AD HOC** — Gelet op de terughoudendheid die de voorzitters onmiskenbaar aan de dag leggen ten aanzien van vorderingen tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder, wordt vaker beroep gedaan op minder ingrijpende maatregelen dewelke beter op maat van de bedreigde belangen gesneden zijn. De rechter moet er m.a.w. voor zorgen dat de bevolen maatregel binnen de perken van het noodzakelijke blijft. Vaak zal dan ook een meer beperkte maatregel volstaan, zoals de aanstelling van een bestuurder ad hoc met een zeer beperkte opdracht, de aanstelling van een deskundige-bewaarnemer of van een sekwester, de opschorting van bepaalde besluiten van de raad van bestuur of van de algemene vergadering

(B. Van Bruystegem, Over de aanstelling van een bestuurder ad hoc, *T.R.V.*, 1989, 155)

Aldus werd in afwachting van de definitieve beslechting van een geschil omtrent de eigendom van merken die in een vennootschap werden ingebracht, door de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel een advocaat als *gerechtelijk bestuurder ad hoc* („administrateur judiciaire ad hoc”) aangesteld (Voorz. Kh. Brussel, 18 oktober 1988, *T.R.V.*, 1989, 145, met noten). Aan hem werd geen volwaardige bestuursbevoegdheid toegekend maar enkel een veto-recht ten aanzien van die beslissingen van de raad die zouden indruisen tegen het tussengekomen bevelschrift. Daarin werd namelijk beslist dat bij de opstelling van de jaarrekening voorlopig geen rekening mocht worden gehouden met een schuld van een bestuurder jegens de vennootschap, en dat er in de jaarrekening voorlopig moet van uitgegaan worden dat de kwestieuze merken tot het vermogen van de vennootschap behoren. Tevens diende hij de jaarlijkse en een buitengewone algemene vergadering bijeen te roepen.

Wanneer de eisers er belang bij hebben dat het vermogen van de vennootschap beschermd wordt, wordt soms een *expert-bewaarnemer* („expert gardien”) aangeduid (zie Voorz. Kh. Brussel, 16 juni 1988, *R.P.S.*, 1988, nr. 6497, p. 278). Door de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel werd een expert-bewaarnemer aangesteld met als taak het controleren van de geldstromen naar derden en naar de vennoten en dit sedert de oprichting van de vennootschap, het opstellen van de jaarrekening voor het jaar 1987 en het controleren van het functioneren van de organen van de vennootschap. Bovendien diende hij de vennootschap ten aanzien van derden mee te vertegenwoordigen voor elke transactie ter waarde van méér dan 500.000 frank.

Als motief voor de bevolen maatregel wordt door de Voorzitter enkel verwezen naar ernstige conflicten op het niveau van de algemene vergadering en de raad van bestuur.

**130.** De aldus bevolen maatregel houdt blijkbaar het midden tussen een *sekwester* en een voorlopig bewindvoerder. Waar laatstgenoemde een actieve bestuurstaak toegewezen krijgt, dient de taak van eerstgenoemd noodzakelijk beperkt te zijn tot een loutere bewaarneming (D. Lindemans, „Een sekwester als beheerder bij vennootschapsgeschillen”, *T.B.H.*, 1987, p. 325; L. Maeyens, „Voorlopig vermogensbeheer en/of sekwester ener vennootschap”, *R.W.*, 1961-62, 345 e.v.; P. Lemmens, „De aanstelling van een sekwester in kort geding”, noot onder Voorz. Kh. Brussel, 8 december 1981, *R.W.*, 1982-83, 1146). Naar luid van art. 1961 B.W. kan een gerechtelijk sekwester aangesteld worden over goederen die in beslag genomen werden, over goederen waarover het eigendomsrecht betwist wordt of over goederen die een schuldenaar tot kwijting van zijn schuld aanbiedt. Art. 1962 B.W. legt aan de bewaarder de verplichting op voor het behoud van de goederen te zorgen als een goed huisvader.

Een sekwester is dus niet de geëigende maatregel wanneer de organen van bestuur van de vennootschap niet meer functioneren. Zulke aanstelling kan zich wel opdringen wanneer b.v. het eigendomsrecht over aandelen ernstig betwist wordt (Voorz. Kh. Namen, 12 augustus 1982, *R.P.S.*, 1982, nr. 6203, p. 184) of wanneer de aandelen werden overgedragen met miskenning van een voorkooprecht (G. Horsmans, *Le rôle du juge dans la vie des sociétés, Les sociétés commerciales* (ed. Jeune Barreau), 1985, p. 432, nr. 26).

Aan een sekwester kan dus niet de opdracht gegeven worden om de jaarrekening op te stellen van een B.V.B.A. en om algemene vergaderingen te beleggen (anders: Voorz. Kh. Brugge, *T.B.H.*, 1987, 377). In de geciteerde beschikking werd, op vordering van de curator van de failliete zaakvoerder, een bedrijfsrevisor als sekwester aangesteld om het vermogen van de B.V.B.A. in bewaring te nemen. Volgens de Voorzitter had zijn faillissement met de eraan verbonden buitenbezitstelling van zijn aandelen noodzakelijk „een volledige verlamming van het vennootschapsleven” als gevolg. De zaakvoerder was meerderheidsaandeelhouder met een participatie van 240 aandelen op een totaal van 250 aandelen. Wellicht drong zich in casu de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder op met een werkelijke bestuurstaak.

Nog beperkter dan de hiervoor opgesomde maatregelen is de aanstelling van een mandataris ad hoc met een precies omliggende taak. In een geschil omtrent de toelating van een aandeelhouder tot de algemene vergadering, werd een advocaat aangesteld met als taak het opnieuw bijeenroepen van een algemene vergadering, het samenstellen en voorzitten van het bureau van de vergadering, en tenslotte het samenstellen van de aanwezigheidslijst, om nadien het voorzitterschap van de vergadering over te laten aan de krachtens de statuten aangeduide voorzitter (Voorz. Kh. Brussel, 6 november 1987, *T.R.V.*, 1988, 314, noot J. Ronse). In dezelfde beschikking werden de besluiten van de eerder, onregelmatig bijeengekomen algemene vergadering geschorst.

### § 3. Dagelijks bestuur

**131. UITOEFENING VAN DE OPDRACHT VAN HET DAGELIJKS BESTUUR DOOR EEN BESTUURDER, ALS BEDIENDE** — In de besproken periode bevestigde het Hof van Cassatie opnieuw de regel dat ook een bestuurder van een naamloze vennootschap het dagelijks bestuur ervan kan waarnemen onder gezag van een orgaan, van een andere bestuurder of van een aangestelde en derhalve uit hoofde van de functie van dagelijks bestuurder alleen, door een arbeids-overeenkomst met de vennootschap verbonden kan zijn zonder dat hem andere taken dan die van dagelijks bestuur zijn opgedragen (Cass., 30 mei 1988, *T.B.H.*, 1989, 156; *J.T.T.*, 1989, 126, met opm.; *R.W.*, 1988-89, 539; *T.S.R.*, 1988, 239; *Arr.Cass.*, 1987-88, 1260; *Pas.*, 1988, I, 1169; zie eerder in dezelfde zin Cass., 28 mei 1984, *R.W.*, 1984-85, 333, eerste zaak, met

concl. Adv.-Gen. Lenaerts; S.J. Nudelhole, „Délégation à la gestion journalière de la société anonyme et contrat d'emploi”, *R.C.J.B.*, 1981, 503 e.v.; C. Engels, „Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht”, Brugge, Die Keure, 404 e.v.). Voorheen werd dit enkel aangenomen voor een niet-bestuurder die krachtens art. 63, lid 1 Venn.W. belast was met het dagelijks bestuur (Cass., 22 januari 1981, *R.C.J.B.*, 1981, 495, noot S.J. Nudelhole; *R.P.S.*, 1981, nr. 6165, p. 285, noot P.C.; zie ook vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1018, nr. 186 e.v.).

Deze nieuwe rechtspraak vond ingang bij de Hoven en Rechtbanken en mag als verworven beschouwd worden.

Het Hof van Beroep te Luik weigerde het bestaan van een gezagsverhouding t.a.v. een bestuurder, belast met het dagelijks bestuur, te aanvaarden omdat de overige leden van de raad van bestuur familieleden waren, m.n. zijn echtgenote en zijn vader, waarop hijzelf de facto gezag uitoefende. Daarenboven was ook de meerderheid van de aandelen in handen van deze familiegroep (Arbeidsh. Luik, 26 november 1987, *J.T.T.*, 1988, 189; in dezelfde zin: Arbeidsrb. Luik, 15 april 1991, *T.S.R.*, 1991, 371).

Bij dit onderzoek naar het bestaan van een gezagsverhouding is de rechter niet gebonden door de kwalificatie die door partijen aan hun overeenkomst werd gegeven. De gezagsverhouding bestaat zodra iemand **in feite** gezag kan hebben over andermans handelingen (Cass., 15 februari 1982, *R.W.*, 1982-83, 2210; Cass., 13 april 1992, *J.T.T.*, 1992, 217). Zo speelt het al dan niet betalen van bijdragen als werknemer geen enkele rol.

**132. OMVANG VAN HET DAGELIJKS BESTUUR** — De omvang van de wettelijke vertegenwoordigingsmacht van het orgaan van dagelijks bestuur zoals voorzien in art. 63, lid 1 Venn.W. blijft onduidelijk (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1021, nr. 191). Opnieuw besliste de Raad van State dat het indienen van een verzoekschrift tot nietigverklaring, geen handeling is die kadert in het dagelijks bestuur van een N.V. (R.v.St., 17 september 1984, *Pas.*, 1987, IV, 27; R.v.St., 7 maart 1986, *R.P.S.*, 1986, nr. 6409, p. 253, noot A. Benoit-Moury; R.v.St., 26 juni 1987, *T.B.P.*, 1988, 495; zie ook boven, nr. 79).

In zijn algemeenheid gaat deze uitspraak te ver. De rechter dient, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval, telkens opnieuw te oordelen of een bepaalde handeling als een daad van dagelijks bestuur kan aangezien worden in de zin van art. 63 Venn.W. (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1022, nr. 191; P. Van Ommeslaghe en X. Dieux, *Examen de jurisprudence (1979-1990). Les sociétés commerciales*, *R.C.J.B.*, 1992, p. 655, nr. 34; H. Laga, *De vertegenwoordiging van een N.V. als zaakvoester in een V.O.F.*, noot onder Antwerpen, 10 januari 1991, *T.R.V.*, 1991, 420; zie ook boven, nr. 69).

## AANSPRAKELIJKHEID VAN BESTUURDERS OF ZAAKVOERDERS

## § 1. De aansprakelijkheid volgens de Venn.W. en art. 1382 B.W.

**133. ALGEMEEN** — Waar in het vorig overzicht nog gewag kon gemaakt worden van een tendens in de rechtspraak om de professionele aansprakelijkheid van bestuurders en zaakvoerders streng te beoordelen, zijn nu tekenen te ontwaren die kunnen wijzen op een meer realistische, derhalve soepelere beoordeling van deze aansprakelijkheid.

In de besproken periode werd door het Hof van Cassatie in drie gelijklopende arresten beslist dat de laattijdige aangifte van het faillissement niet automatisch een fout is in de zin van art. 1382 B.W. (zie onder nr. 144).

Ook de nu heersende opvatting in de doctrine en rechtspraak waarmee ondergetekenden zich evenwel niet kunnen akkoord verklaren (zie, in dezelfde zin, vorig overzicht: *T.P.R.*, 1986, p. 1295, nr. 280), dat de curator over een monopolie beschikt om aansprakelijkheidsvorderingen in te stellen tegen derden die door hun foutieve gedragingen oorzaak waren van een vermindering van het actief of een vermeerdering van het passief, is niet van aard de kans dat zulke vorderingen ingesteld worden, te vergroten.

Tenslotte biedt art. 8 van de nieuwe Wet op de landverzekeringsovereenkomst (Wet 25 juni 1992) nieuwe perspectieven inzake de verzekeraarbaarheid van de grove fout in de zin van art. 63 ter Venn.W. Zoals bekend was onder de toepassing van het oude art. 16 de grove fout niet verzekeraarbaar met als gevolg dat ook de verzekeraarbaarheid van de grove fout in de zin van art. 63ter Venn.W. in vraag werd gesteld (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1324, nr. 319; J. Heenen, „L'assurance de la faute grave et la responsabilité des administrateurs de sociétés”, *T.B.H.*, 1989, p. 872; P. Van Ommeslaghe, „L'assurance de la responsabilité civile des administrateurs de sociétés et d'associations en Belgique”, in *Professionele aansprakelijkheid en verzekering*, Antwerpen, Maklu, 1991, p. 246). Krachtens de nieuwe regeling zoals uitgewerkt in art. 8 is de schade veroorzaakt door de grove schuld in beginsel verzekerd. De verzekeraar kan zich enkel van deze verplichting bevrijden voor de gevallen van grove schuld die op uitdrukkelijke en beperkende wijze in de overeenkomst zijn bepaald. De Koning kan een beperkende lijst opstellen van feiten die niet als grove schuld aangemerkt mogen worden, maar heeft vooralsnog geen gebruik gemaakt van deze bevoegdheid (zie H. Cousy, „Nieuwe wetgeving i.v.m. aansprakelijkheidsverzekering (Wet van 25 juni 1992 en Wet van 21 november 1989)”, in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, XIXe Post-Universitaire Cyclus Willy Delva (1992-1993), p. 278).

**134. DE MINDERHEIDSVORDERING** — De wetgever daarentegen heeft wel geopteerd voor een strengere aanpak van de bestuurdersaansprakelijkheid.

Tot voor de invoering van de nieuwe art. 66bis tot en met 66quater Venn.W. door de Wet van 18 juli 1991 (*B.S.*, 26 juli 1991), kon de actio mandati enkel ingesteld worden door de meerderheidsaandeelhouders. Voortaan kunnen ook één of meer minderheidsaandeelhouders ze instellen. Daartoe is vereist dat hun participatie beantwoordt aan de drempelbedragen voorzien in art. 66bis, § 2, lid 2 Venn.W., m.n. minimum 1 % bezitten van de stemrechtverlenende effecten ofwel kapitaals aandelen bezitten ter waarde van minstens vijftig miljoen frank. Bovendien mogen zij op de jaarvergadering geen kwijting verleend hebben (art. 66bis, § 2, lid 3 Venn.W.).

De minderheidsvordering verschilt niet van de „gewone” actio mandati, ingesteld op initiatief van de meerderheid. Beide vorderingen beogen de schade te vergoeden die de vennootschap leed door wanbeheer van haar bestuur. Beide worden derhalve voor rekening van de vennootschap ingesteld: de eventueel bekomen schadevergoeding komt toe aan de vennootschap en niet aan de aandeelhouders.

Voormelde vennootschapsvordering kadert in de interne contractuele verhouding die tussen de vennootschap en haar bestuurders bestaat. Deze zijn zoals lasthebbers contractueel aansprakelijk voor de fouten die zij in hun beleid hebben begaan. Deze fouten kunnen gewone beleidsfouten zijn (art. 62, eerste lid Venn.W.), overtredingen van de vennootschappenwet of van de statuten (art. 62, tweede lid Venn.W.) of onrechtmatige daden (art. 1382 B.W.). De Wet van 18 juli 1991 heeft aan deze aansprakelijkheidsgronden niets gewijzigd: de bestaande interpretatie ervan door de doctrine en rechtspraak is dus ook van toepassing op de actio mandati waartoe de minderheid het initiatief neemt.

In de besproken periode werd de nieuwe minderheidsvordering uitvoerig becommentarieerd (H. Laga, „De minderheidsvordering en het deskundigenonderzoek”, in *N.V. en B.V.B.A. na de Wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, p. 217 e.v.; O. Ralet, „La responsabilité des administrateurs et l'action minoritaire”, *DAOR*, 1991, p. 50 e.v., nr. 21; B. Van Bruystegem, „De kleine aandeelhouder in het Wetsontwerp Wathelet”, in *Financiële herregulering in België*, Antwerpen, Kluwer, 1991, p. 681 e.v.; J. Lievens, *De Nieuwe Vennootschapswet (Wet van 18 juli 1991)*, Gent, Mys & Breesch, 1991, p. 102 e.v.; H. Braeckmans, „De nieuwe vennootschapswet van 18 juli 1991”, *R.W.*, 1992, p. 1046 e.v.; dezelfde, „Nieuwe regelen voor aandeelhouders en bestuurders: belangenconflict, minderheidsvordering, nieuwe regelen bij het houden van een algemene vergadering, deskundigenonderzoek”, in *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991* (H. Braeckmans en E. Wymeersch eds.), Antwerpen, Maklu, 1992, p. 341 e.v.; M. Van der Haegen en J.M. Gollier, „Les sociétés commerciales. Loi du 18 juillet 1991”, *J.T.*, 1992, p. 210 en 211; T. Tilquin, „La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne. Evolutions récentes”, *T.B.H.*, 1993, p. 146).

Voorlopig werd nog geen rechtspraak terzake gepubliceerd.

**135. BEVOEGDE RECHTBANK** — Alleen de Rechtbank van eerste aanleg is bevoegd om kennis te nemen van aansprakelijkheidsvorderingen op grond van art. 62, tweede lid Venn.W. of van art. 1382 B.W. in geval deze uitgaan van een schuldeiser van een N.V. of B.V.B.A. Zulke vordering behoort namelijk niet tot de volstreckte bevoegdheid van de Rechtbank van koophandel zoals omschreven in art. 574, 1<sup>o</sup> en 2<sup>o</sup> Ger.Wb. (Kh. Luik, 7 december 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 441, noot M. Wyckaert; anders: Kh. Brussel, 27 januari 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 220). De curator treedt dan immers op namens derden en niet namens de vennootschap. Dit blijft zo wanneer, in geval van faillissement van de vennootschap, de schuldeisers vertegenwoordigd worden door de curator (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1283, nr. 264; noot onder Arr. Rb. Gent, 8 oktober 1984, *T.B.H.*, 1986, p. 64; anders: Arrond. Rb. Brussel, 27 april 1987, *T.B.H.*, 1990, p. 448 met afkeurende noot van Parmentier).

Stelt de curator echter een aansprakelijkheidsvordering in namens de failliete vennootschap zelf, dan is de Rechtbank van koophandel exclusief bevoegd krachtens art. 574, 1<sup>o</sup> Ger. Wb. Het gaat dan immers om een daarin vermeld geschil tussen vennoten en bestuurders.

**136. AANSPRAKELIJKHEID VAN BESTUURDERS OF ZAAKVOERDERS VOOR BELEIDSFOUTEN** — Krachtens art. 62, lid 1 Venn.W. zijn de bestuurders overeenkomstig het gemeen recht verantwoordelijk voor de vervulling van de hun opgedragen taak en aansprakelijk voor de tekortkomingen in hun bestuur. Begaan bestuurders dus zuivere beleidsfouten, m.n. fouten die niet terzelfder tijd overtredingen zijn van de wet of van de statuten of die niet terzelfder tijd een onrechtmatige daad zijn, dan zijn zij in beginsel uitsluitend contractueel aansprakelijk jegens de vennootschap.

Aldus werd terecht geoordeeld dat de curator, opkomend namens de schuldeisers, enkel een aansprakelijkheidsvordering tegen de zaakvoerders van een B.V.B.A. wegens beleidsfouten kan instellen, wanneer deze fouten terzelfdertijd overtredingen zijn van de vennootschappenwet of van de statuten, of een onrechtmatige daad in de zin van art. 1382 B.W. (Kh. Brussel, 15 april 1986, *R.P.S.*, 1986, nr. 6391, p. 170).

**137. BEOORDELING VAN DE FOUT. KOSTELOOSHEID VAN HET MANDAAT** — De fout wordt beoordeeld aan de hand van de gemeenrechtelijke regels van de lastgeving (art. 1991 B.W.). Deze zijn echter slechts van toepassing voor zover de eigen aard van de rechtsbetrekking tussen de bestuurder en zijn vennootschap zich daar niet tegen verzet. In die zin wordt aangenomen dat art. 1992 B.W. dat toelaat de aansprakelijkheid van de lasthebber milder te beoordelen indien deze hun opdracht kosteloos uitoefenen, niet zonder meer van toepassing is op bestuurders en zaakvoerders van een N.V., B.V.B.A. en C.V. Via een zeer strikte interpretatie van het begrip kosteloosheid wordt de regel van art. 1992 B.W. welhaast dode letter voor bestuurders en zaakvoerders (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1244 e.v., nrs.

211 en 212). In de meeste gevallen kan de functie van zaakvoerder of bestuurder inderdaad niet beschouwd worden als een onbaatzuchtig gepresteerde vriendendienst.

De rechters zijn dan ook niet geneigd hun oordeel over de begane beleidsfouten te milderen omdat bestuurders of zaakvoerders hun mandaat kosteloos uitoefenen (zie Rb. Kh. Leuven, 9 januari 1990, *T.R.V.*, 1990, p. 459, met noot).

**138. AANSPRAKELIJKHEID IN SOLIDUM** — De aansprakelijkheid van de bestuurders en zaakvoerders voor *loutere* bestuursfouten zoals voorzien in het eerste lid van art. 62 Venn.W. is individueel en niet hoofdelijk. Dit is het gemeen recht. Art. 62, tweede lid Venn.W. wijkt op deze twee punten af van het gemeen recht in de mate dat de aansprakelijkheid van de bestuurders wegens overtreding van de vennootschappenwet of de statuten vermoed wordt en de bestuurders bovendien hoofdelijk aansprakelijk zijn.

Een bestuurder kan dus slechts veroordeeld worden op grond van art. 62, lid 1 Venn.W. indien hem persoonlijk een fout kan ten laste gelegd worden. Werd een fout begaan door verschillende bestuurders samen, dan moet in beginsel de aansprakelijkheid tussen hen verdeeld worden.

Laatstgenoemde regel wordt echter in belangrijke mate getemperd door enkele klassieke beginselen van aansprakelijkheidsrecht zoals deze verfijnd werden door de rechtspraak van het Hof van Cassatie (zie b.v. Cass. 15 februari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, p. 661 e.v.). Zo wordt aangenomen dat medeveroorzakers van eenzelfde schade „*in solidum*” veroordeeld kunnen worden tot vergoeding ervan, in geval de schade haar oorzaak vindt in samenlopende of concurrerende fouten. Dit zijn onderscheiden fouten die ieder afzonderlijk nodig waren om de schade zoals zij zich in concreto heeft voorgedaan te veroorzaken (J. Ronse en J. Lievens, „*L'administration des sociétés. La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite*”, *J.B.*, 1985, p. 198, nr. 13; S. Van Crombrugge, „De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, *R.W.*, 1989-90, p. 1439, nr. 4; J.L. Fagnart, „*L'obligation in solidum dans la responsabilité contractuelle*”, noot onder Cass., 15 februari 1974, *R.C.J.B.*, 1986, p. 233 e.v.; L. Cornelis, „*L'obligation in solidum et le recours entre coobligés*”, noot onder Cass., 17 juni 1982, *R.C.J.B.*, 1986, p. 684 e.v.).

In geval de schade veroorzaakt werd door een gemeenschappelijke fout, d.i. een fout waarbij verschillende bestuurders wetens hebben samengewerkt tot het ontstaan van het schadeverwekkend feit, kunnen de bestuurders zelfs een *hoofdelijke* veroordeling oplopen (J. Ronse en J. Lievens, *a.w.*, *a.p.*; S. Van Crombrugge, „De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, *R.W.*, 1989-90, p. 1439, nr. 4). Dit vloeit voort uit een algemeen rechtsbeginsel waarvan art. 50 Sw.Wb. een bijzondere toepassing maakt (Cass., 15 februari 1974, *R.C.J.B.*, 1975, p. 229, noot Fagnart).

Een voorbeeld van zulke gemeenschappelijke beleidsfout is de ondertekening door de drie zaakvoerders van een B.V.B.A. van een overeenkomst met een niet-geregistreerde aannemer. Als gevolg daarvan betaalde de B.V.B.A. R.S.Z.-bijdragen ten belope van 140.000 frank. Niettegenstaande het hier om een gemeenschappelijke fout ging, werden de drie zaakvoerders ieder tot 1/3 van de aan de aannemer betaalde factuur veroordeeld (Kh. Leuven, 9 januari 1990, *T.R.V.*, 1990, p. 459 met noot ). Het bedrag van de R.S.Z.-bijdrage werd daarentegen enkel ten laste gelegd van één zaakvoerder, m.n. degene die verantwoordelijk was voor de administratie.

**139.** Loutere beleidsfouten worden in de praktijk zelden aangeklaagd. Dit spruit grotendeels voort uit het feit dat deze enkel kunnen ingeroepen worden door de vennootschap zelf via de *actio mandati*. Zoals bekend wordt deze vordering niet vaak ingesteld omdat het bestuur meestal de emanatie is van de meerderheid ter algemene vergadering en derhalve meestal automatisch kwijting verkrijgt. Ook aan de curator kan terzake de geldig verleende kwijting tegengeworpen worden. Misschien brengt de minderheidsvordering op dit punt verandering: niettegenstaande het bestuur kwijting verkreeg van de meerderheid kan de minderheid toch nog de *actio mandati* instellen mits deze uiteraard voldoet aan de wettelijke voorwaarden (boven, nr. 134).

Als voorbeelden van loutere beleidsfouten werd in de besproken periode niettemin weerhouden: het niet uitvoeren van zijn mandaat door een zaakvoerder die permanent in het buitenland verbleef en die de B.V.B.A. liet besturen door een directeur waaraan hij onvoldoende instructies gaf (Kh. Brussel, 15 april 1986, *R.P.S.*, 1986, nr. 6391, p. 170; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1246, nr. 214). In dezelfde zin werd beslist ten aanzien van een afgevaardigd bestuurder die de quasi-totaliteit van zijn bevoegdheden had gedelegeerd aan een directeur (Kh. Brussel, 27 januari 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 220, noot Lievens). Bestuurders moeten inderdaad hun opdracht zelf uitoefenen en kunnen zich nooit op permanente wijze via een lasthebber laten vervangen (H. Laga, „De vertegenwoordiging van een vennootschap bij de uitoefening van een bestuurdersmandaat”, *T.R.V.*, 1993, p. 315).

Het in dienst nemen van werknemers die het grootste gedeelte van hun tijd werken voor een verwante afnemer van de werkgever-vennootschap kan onder omstandigheden geen beleidsfout uitmaken, zo bijvoorbeeld wanneer blijkt dat de werknemers verkopers waren die er voor zorgden dat de afzet van de vennootschap-werkgever verzekerd bleef (Gent, 1 maart 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 343, noot M. Wyckaert). Indien een zaakvoerder van een B.V.B.A. een krediet niet aanwendt voor de betaling van een bepaalde schuldeiser, maakt zulks geen beleidsfout uit indien het krediet slechts werd toegestaan door de kredietverschaffer om een debetstand te regulariseren (Kh. Namen, 16 juni 1987, *T.B.H.*, 1989, p. 180).

**140. AANSPRAKELIJKHEID VOOR BELEIDSFOUTEN TEN AANZIEN VAN DERDEN —**

In de regel kunnen bestuurders enkel door hun vennootschap aansprakelijk gesteld worden wegens loutere beleidsfouten, m.n. fouten die niet tevens een schending uitmaken van de vennootschappenwet of van de statuten. Zulke fout is immers een tekortkoming aan hun „contractuele” verplichting de vennootschap behoorlijk te besturen (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1253, nr. 227). Deze verplichting bestaat in beginsel niet ten aanzien van derden. Een beleidsfout is dus niet automatisch een onrechtmatige daad in de zin van art. 1382 B.W. (J.L. Fagnart, „La responsabilité des administrateurs de la société anonyme”, in *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, J.B., 1991, p. 13).

Indien de beleidsfout echter terzelfder tijd een tekortkoming uitmaakt aan de algemene zorgvuldigheidsverplichting die jegens eenieder geldt, dan is het bestuur verplicht derde-benadeelden daarvoor te vergoeden (Y. Merchiers, „Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.”, *T.P.R.*, 1986, p. 416 e.v.). Tot dit besluit leidt een toepassing van de regels van het Hof van Cassatie inzake coëxistentie van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid (Cass., 25 oktober 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, p. 237, nr. 107; Cass., 21 januari 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, p. 641, nr. 312; *R.W.*, 1988-89, p. 675, noot E. Dirix; dezelfde, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Kluwer, 1984, p. 179 e.v.). Aldus werd in de besproken periode geoordeeld dat de niet-betalde schuldeiser van een V.Z.W. haar bestuurders kan aanspreken op grond van art. 1382 B.W. wegens verregaande verwaarlozing van hun functie en wegens grove desinteresse voor de belangen van de schuldeisers, hetgeen o.m. bleek uit het niet correct vervullen van de formaliteiten voor het bekomen van subsidies van de Staat (Bergen, 29 maart 1988, *J.T.*, 1988, p. 408).

De hamvraag bestaat er uiteraard in te weten wanneer precies een beleidsfout een schending uitmaakt van de algemene zorgvuldigheidsverplichting. M.a.w. wanneer wordt een (contractuele) wanprestatie ook een (quasi-delicte) fout? Sommige auteurs stellen dat de bestuurders een onrechtmatige daad begaan wanneer zij in hun bestuur blijf geven van onbekwaamheid (J. Van Ryn en X. Dieux, „La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers”, *J.T.*, 1988, p. 401; dezelfde, „La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers. Observations complémentaires”, *R.P.S.*, 1989, nr. 6511, p. 100 e.v.; vgl. Y. Merchiers, „De vennootschap: juridisch kader voor de onderneming in haar maatschappelijke dimensie”, *T.P.R.*, 1988, p. 357). Derden mogen er immers op rekenen dat vennootschappen bestuurd worden door personen die daartoe over de vereiste bekwaamheid beschikken.

Dat deze opvatting ver gaat behoeft geen betoog. Een bekwaam bestuurder maakt immers geen beleidsfouten. Anders is het wanneer een opeenstapeling van verkeerde beleidsbeslissingen kan aangetoond worden waaruit een

verregeande onbekwaamheid blijkt. Aldus kunnen bestuurders aansprakelijk gesteld worden ten aanzien van derden wegens het verderzetten van een onderneming die ieder redelijk en weldenkend bestuurder als reddeloos verloren zou beschouwen (zie dienaangaande, vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1265, nr. 243).

Andere auteurs waarschuwen dan ook terecht voor een te vlug verdisconteren van de belangen van derden bij de beoordeling van de verplichting van behoorlijk bestuur (S. Van Crombrugge, „De aansprakelijkheid van bestuurders”, *R.W.*, 1989-1990, p. 1441; T. Tilquin, „La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne”, *T.B.H.*, 1993, p. 141, nr. 43).

**141. AANSPRAKELIJKHEID VOOR OVERTREDINGEN VAN DE VENNOOTSCHAPPENWET OF DE STATUTEN** — Bestuurders en zaakvoerders kunnen uiteraard slechts aansprakelijk gesteld worden voor een overtreding van de vennootschappenwet wanneer de eiser kan aantonen dat door deze overtreding schade voor hem is ontstaan. Aan deze evidente regel diende het Hof van Cassatie te herinneren bij arrest van 28 oktober 1988 (*T.R.V.*, 1989, p. 42, met noot). Het betrof een vordering van de derde-schuldeiser tegen de zaakvoerder van een B.V.B.A. wegens niet-naleving van de bepalingen van de Boekhoudwet (art. 77 Venn.W.) en van het oude art. 140 Venn.W.

**142. ART. 103 EN 140 VENN.W. OORZAKELIJK VERBAND TUSSEN DE OVERTREDING VAN DE VENNOOTSCHAPPENWET EN DE SCHADE** — Om te slagen in zijn vordering zal de derde, naast de overtreding van de vennootschappenwet of de statuten en zijn schade, m.n. de vergroting van het passief, ook het oorzakelijk verband tussen beide moeten kunnen aantonen. Vóór de wetwijziging van 5 december 1984 strandden de meeste aansprakelijkheidsvorderingen wegens niet naleving van art. 103 Venn.W. op deze vereiste (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1267, nrs. 247 e.v.).

Daarom werd bij genoemde wet in lid 3 van art. 103 Venn.W. een aansprakelijkheidsvermoeden ingevoerd: de toename van het passief nadat de algemene vergadering volgens het voorschrift van art. 103 Venn.W. had moeten bijeengeroepen worden, wordt vermoed door dit verzuim veroorzaakt te zijn. De bestuurders of zaakvoerders zijn wel gerechtigd het tegenbewijs te leveren.

De vraag stelt zich of dit tegenbewijs ook nog kan slaan op het feit dat, mocht de algemene vergadering zijn bijeengeroepen, zij toch niet tot ontbinding zou hebben besloten?

In obiter dictum aanvaardde het Hof van Beroep te Gent zulk tegenbewijs (Gent, 1 maart 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 435). Indien alle vennoten van een B.V.B.A. ook zaakvoerder waren, dan is het weinig waarschijnlijk dat deze, in algemene vergadering bijeengekomen, zouden besloten hebben tot ontbinding, terwijl zij als zaakvoerders deze kwestie niet hadden voorgelegd

aan de algemene vergadering (zie evenwel vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1270 e.v., nr. 250).

**143.** AANSPRAKELIJKHEID UIT ONRECHTMATIGE DAAD. VERBINTENISSEN AANGEGAAN TIJDENS DE VERDACHTE PERIODE — De bestuurders zijn krachtens art. 1382 B.W. aansprakelijk voor de onrechtmatige daden die zij in hun functie begaan (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 821 e.v., nrs. 198 e.v.). In de besproken periode werd deze aansprakelijkheidsgrond opnieuw ingeroepen door schuldeisers die met een failliete vennootschap gecontracteerd hadden tijdens de door de faillissementsrechter vastgestelde verdachte periode. De schade waarop zij aanspraak maakten bestond uit het bedrag van hun schuldvordering op de vennootschap. Als eerste willigde de Rechtbank van Antwerpen zulke vordering in (Rb. Antwerpen, 8 maart 1982, *T.B.H.*, 1983, p. 288, noot J. Lievens).

De redenering waarop het vonnis steunt is op het eerste gezicht sluitend. Op grond van art. 440 Faill.W. rust op de bestuurders en zaakvoerders de verplichting om binnen de drie dagen nadat hun vennootschap opgehouden heeft te betalen aangifte te doen van haar faillissement. Overeenkomstig art. 442, lid 2 Venn.W. bepaalt de rechter bij hetzelfde vonnis of bij een later vonnis „het tijdstip waarop de schuldenaar heeft opgehouden te betalen”. Dit tijdstip mag niet vroeger dan 6 maanden vóór het vonnis van faillietverklaring worden vastgesteld. Welnu, uit de vaststelling van de verdachte periode blijkt dat de faillissementsvoorwaarden reeds eerder vervuld waren en wel op de aanvangsdatum van de verdachte periode. De bestuurders of zaakvoerders begingen dus een fout door het faillissement niet op die datum aan te geven. Schuldeisers die contracteerden binnen deze verdachte periode liepen daardoor schade op. Waren de bestuurders of zaakvoerders hun verplichting voortspruitend uit art. 440, lid 1 Faill.W. immers nagekomen, dan hadden zij niet meer met de vennootschap gecontracteerd.

Het Antwerpse vonnis vond aanvankelijk bijval in de doctrine (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1260, nr. 238). Door schuldeisers werd het herhaaldelijk aangegrepen als een gedroomde kans om hun verloren gewaande schuldvordering toch nog te recupereren. In de rechtspraak kreeg het veel minder navolging (zie voor de besproken periode, Rb. Namen, 4 oktober 1986, *R.P.S.*, 1989, nr. 6516, p. 183).

**144.** In drie cassatiearresten werd de euforie van de schuldeisers in de kiem gesmoord (Cass., 22 september 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89, p. 91; *R.C.J.B.*, 1990, p. 203, noot R. Dalcq; *R.W.*, 1988-89, p. 847; Cass., 18 mei 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, p. 1196, nr. 550; Cass., 7 september 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 86, noot M. Wyckaert). Door het hoogste Hof werd geoordeeld dat het niet aangeven van het faillissement binnen de drie dagen na de datum van staking van betaling dewelke door de faillissementsrechter wordt vastgesteld, niet automatisch een onrechtmatige daad uitmaakt. Daartoe is ook vereist dat de bestuurders schuld hadden aan het verzuim aangifte te doen.

Deze schuld is maar voorhanden wanneer kan aangetoond worden dat de bestuurders op het ogenblik van de aanvang van de verdachte periode konden of moesten vaststellen dat de vennootschap zich werkelijk in staat van faillissement bevond, aldus het Hof.

Men kan begrip opbrengen voor het feit dat het Hof van Cassatie halt heeft willen toeroepen aan de door het Antwerpse vonnis ingeluide rechtspraak. Deze heeft inderdaad als gevolg dat de fout van de bestuurders, m.n. de laattijdige aangifte van het faillissement, vaststaat door het enkel feit dat de faillissementsrechter een verdachte periode vaststelt. Dit kan niet de bedoeling geweest zijn van de wetgever. Bovendien wordt deze verdachte periode nagenoeg altijd automatisch vastgesteld op zes maanden voor de datum van het faillissementsvonnis (zie de overwegingen in het arrest van het Hof van Beroep te Gent, 7 november 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 545).

De voormelde cassatiearresten worden dan ook in de doctrine op goedkeuring onthaald (P. Coppens en F. t'Kint, „Examen de jurisprudence (1984-1990). Les faillites, les concordats et les privilèges”, *R.C.J.B.*, 1991, p. 489 e.v., nr. 90; I. Verougstraete en C. Van Buggenhout, „Faillissement en continuité van de onderneming”, *T.P.R.*, 1990, p. 1750, nr. 17; H. Geinger, P. Colle en C. Van Buggenhout, „Overzicht van rechtspraak (1975-1989). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *T.P.R.*, 1991, p. 456, nr. 53bis).

De motieven die het Hof ter ondersteuning van zijn opvatting formuleert zijn evenwel minder overtuigend en dit zowel vanuit de regels omtrent de bestuurdersaansprakelijkheid als vanuit de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels.

Uit de arresten volgt onvermijdelijk dat een vennootschap objectief in staat van faillissement kan zijn zonder dat de bestuurders daarvan op de hoogte moeten zijn. Het Hof acht het verzuim het faillissement aan te geven immers slechts foutief wanneer de bestuurders wisten of behoorden te weten dat de vennootschap zich in die toestand bevond.

Deze opvatting is moeilijk aanvaardbaar. Behoren bestuurders niet altijd te weten dat de voorwaarden van faillissement in hoofde van hun vennootschap vervuld zijn? Aan hen kan dienaangaande toch geen beoordelingsvrijheid gelaten worden (zie nochtans: H. Geinger, P. Colle en C. Van Buggenhout, „Overzicht van rechtspraak (1975-1989). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *T.P.R.*, 1991, p. 456, nr. 53bis). De tekst van art. 440, lid 1 Faill.W. laat zulke interpretatie niet toe: de erin vervatte verplichting geldt zodra de voorwaarden van het faillissement objectief aanwezig zijn.

145. De arresten verrassen bovendien waar ze lijken te stellen dat de materiële overtreding van een wetbepaling slechts een schuldige overtreding is, m.a.w. een fout is in de zin van art. 1382 B.W., wanneer de overtreder wist of behoorde te weten dat hij die wet overtrad, én waar ze

de bewijslast van deze wetenschap leggen bij de eiser (zie O. Dalcq, „Appréciation de la faute en cas de violation d'une obligation déterminée”, noot onder Cass., 22 september 1988, *R.C.J.B.*, 1990, p. 207 e.v.).

Uiteraard moet eerst vastgesteld worden welke gedragsregel een wettelijke bepaling precies voorschrijft alvorens kan vastgesteld worden of de regel ook werkelijk werd overtreden. Men kan er niet omheen dat art. 440, lid 1 Faill.W. een nauwkeurige gedragsregel bevat: zodra de faillissementsvoorwaarden objectief vervuld zijn, rust op de gefailleerde de verplichting binnen de drie dagen aangifte te doen van het faillissement.

Nu is een wetsovertreding inderdaad niet automatisch een onrechtmatige daad (L. Cornelis, *Beginselen van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1989, p. 59, nr. 40). Daartoe is vereist dat ook aan de schuld- en aan de toerekenbaarheidsvereiste is voldaan in hoofde van de schadeverwekker. Zo oordeelde het Hof van Cassatie nog recentelijk dat de „materiële overtreding van een wettelijke of verordeningsbepaling op zichzelf een fout is die leidt tot de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de pleger, mits die overtreding willens en wetens is begaan” (Cass., 22 september 1988, *R.W.*, 1989-90, p. 434; in dezelfde zin: Cass., 10 april 1970, *Arr. Cass.*, 1970, p. 729). In andere arresten wordt dezelfde regel geformuleerd maar wordt verwezen naar een „onoverkomelijke dwaling of een andere oorzaak van vrijstelling van aansprakelijkheid” (Cass., 13 mei 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, p. 1134; *Pas.*, 1982, I, p. 1056 met concl. Adv.-Gen. Velu; *R.W.*, 1984-85, p. 606 met noot; *R.C.J.B.*, 1984, p. 10, noot O.R. Dalcq). Het bewijs van zulke vrijstellingsgrond moet geleverd worden door de overtreder en niet door de eiser (K. Geens en H. Laga, „Kroniek vennootschapsrecht 1991”, *T.R.V.*, 1990, p. 50).

In de doctrine bestaat evenwel niet altijd duidelijkheid omtrent deze vrijstellingsgronden (zie R. Vandeputte, *Het aquiliaans foutbegrip*, p. 18 e.v.; P. Van Ommeslaghe en L. Cornelis, „Les faits justificatifs dans le droit belge de la responsabilité aquilienne”, in *In memoriam Jean Limpens*, Antwerpen, Kluwer, 1987, p. 265 e.v.). Behoudens ten aanzien van kinderen en geesteszieken, wordt het zich niet bewust zijn van het feit dat men een bepaalde wetsbepaling overtreedt, echter nergens aangezien als een oorzaak van vrijstelling van quasi-delictuele aansprakelijkheid. Het omgekeerde aannemen zou leiden tot de absurde vaststelling dat bestuurders slechts aansprakelijk zijn voor overtredingen van de vennootschappenwet (art. 62, tweede lid Venn.W.) wanneer zij zich daarvan bewust waren of hoorden te zijn. Zo zou de meldings- en onthoudingsplicht zoals voorgeschreven in art. 60 Venn.W. in geval een bestuurder een persoonlijk belang heeft bij een beslissing van de raad van bestuur, enkel gelden indien de bestuurder in kwestie op de hoogte was of behoorde te zijn van zijn persoonlijk belang...

**146.** Wellicht moet een oplossing voor het gestelde probleem eerder gezocht worden in de ratio legis zelf van de verdachte periode. Deze zou er volgens

Verougstraete en Van Buggenhout enkel in bestaan de rechtszekerheid betreffende de in die periode van zes maanden gestelde rechtshandelingen te vrijwaren („Faillissement en continuïteit van de onderneming”, *T.P.R.*, 1990, p. 1750; vgl. M.W., noot onder Cass., 7 september 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 89, nr. 3). Het tijdstip van staking van betaling bedoeld in art. 440, lid 1 Faill.W. zou dus niet hetzelfde zijn als dat waarvan sprake in art. 442, lid 2 Venn.W, m.n. de door de rechter vastgestelde aanvangsdatum van de verdachte periode. Door deze vaststelling zou de rechter geen uitspraak doen over de aansprakelijkheid van bestuurders wegens laattijdige aangifte van het faillissement.

**147.** De door de drie voormelde cassatiearresten geformuleerde regel lijkt ondertussen ingang gevonden te hebben in de rechtspraak (zie b.v. Antwerpen, 13 februari 1989, *Pas.*, II, p. 205).

Met uitdrukkelijke verwijzing naar het besproken cassatiearrest van 22 september 1988 oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout, dat de enkele vaststelling dat de bestuurders geen aangifte deden van het faillissement binnen de drie dagen na de aanvangsdatum van de verdachte periode, op zich niet volstaat om een fout in de zin van art. 1382 B.W. in hoofde van de bestuurders te weerhouden. Uit de feitelijke omstandigheden bleek immers niet dat de bestuurders op dat ogenblik wisten of behoorden te weten dat de vennootschap virtueel in staat van faillissement verkeerde (Rb. Turnhout, 15 maart 1989, *Turnh. Rechtsl.*, 1990, p. 169). Interessant is dat de Rechtbank de verschillende vorderingen apart bekijkt en nagaat of de afgevaardigde bestuurder op het ogenblik van het aangaan van de verbintenis wist of redelijkerwijze moest weten dat de N.V. deze niet zou kunnen nakomen. Er wordt dus niet nagegaan of de vennootschap zich op dat ogenblik in staat van faillissement bevond. In casu was de aanvangsdatum van de verdachte periode vastgesteld op 1 april 1985 terwijl de faillietverklaring dateerde van 1 oktober 1985. Van een verbintenis ter waarde van 9.996 frank aangegaan op 25 april mocht de bestuurder volgens de Rechtbank redelijkerwijze aannemen dat de vennootschap ze nog zou kunnen nakomen. Van verbintenissen aangegaan op 13 en 24 augustus 1985 voor een bedrag van 413.589 frank niet (Rb. Turnhout, 26 maart 1990, *Turn. Rechtsl.*, 1991, p. 111).

**148.** **BURGERRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VOOR STRAFBARE FEITEN** — Wanneer de bestuurders of zaakvoerders zich schuldig hebben gemaakt aan misdrijven binnen de uitoefening van hun functie, dan zijn zij ook persoonlijk, burgerrechtelijk aansprakelijk voor de nadelige gevolgen ervan. Zij zijn derhalve gehouden degenen die door het misdrijf schade leden, te vergoeden overeenkomstig art. 3 en 4 Voorafg. Titel Sv. en art. 1382 B.W. (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1252, nr. 225). De vraag naar hun strafrechtelijke aansprakelijkheid werd onder de nrs. 82 en 83 behandeld.

In de besproken periode oordeelde het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling

Hasselt, ter zake van een dagelijks bestuurder die de verplichtingen inzake uitbetaling van loon zoals omschreven in art. 9 van de Wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers niet was nagekomen, en zich zodoende schuldig had gemaakt aan het misdrijf zoals omschreven in art. 42 van genoemde wet. De vordering van de niet-betaalde werknemer tegen de bestuurder werd gegrond verklaard (Arbeidshof Antwerpen, afdeling Hasselt, 13 april 1989, *R.W.*, 1989-90, p. 410).

**149. ONTHEFFING VAN AANSPRAKELIJKHEID JEGENS DE VENNOOTSCHAP DOOR KWIJTING. RECHTSGELDIGHEID** — Verleent de algemene vergadering aan de bestuurders kwijting volgens het voorschrift van art. 79, derde lid Venn.W., dan volgt daaruit dat de algemene vergadering voor wat betreft het bestuur van het voorbije boekjaar afziet van een aansprakelijkheidsvordering tegen haar bestuurders op grond van art. 62, eerste en tweede lid en op grond van art. 1382 B.W.

Wanneer de curator opkomt voor de gezamenlijke schuldeisers en schade-loosstelling vordert op grond van art. 62, tweede lid Venn.W. of van art. 1382 B.W., kan hem geen kwijting of décharge worden tegengeworpen. Dit is wel het geval wanneer hij, opkomend voor de failliete vennootschap, vordert op grond van art. 62, lid 1 Venn.W. (Gent, 1 maart 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 434).

Uit art. 79, derde lid Venn.W. volgt dat deze kwijting ongeldig is wanneer de ware toestand van de vennootschap niet werd verborgen door enige weglating of onjuiste opgave in de balans. Indien de twee zaakvoerders van een B.V.B.A. tevens de enige vennoten zijn kan moeilijk aangenomen worden dat dit het geval zou zijn (Gent, 1 maart 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 435).

**150. TUSSENTIJDSE KWIJTING** — In de praktijk zal de raad van bestuur vaak eerst de instemming vragen van de algemene vergadering wanneer beleidsbepalingen met verregaande gevolgen moeten genomen worden. De vraag stelt zich dan of zulke instemming kan aangezien worden als een voorafgaandelijke kwijting? Recent werd opnieuw bepleit dat zodanige van tevoren gegeven goedkeuring, indien zij met kennis van zaken werd gegeven, een afstand behelst van de *actio mandati m.b.t.* die beleidshandeling (P.A. Foriers, „Les situations de blocage dans les sociétés anonymes”, *T.B.H.*, 1992, p. 471, nr. 11).

Enige voorzichtigheid is echter geboden. Krachtens de wettelijk voorziene bevoegdheidsverdeling tussen de algemene vergadering en de raad van bestuur rust de verplichting de vennootschap te leiden enkel op laatstgenoemde. De raad kan dus zijn verantwoordelijkheid niet afschuiven op de algemene vergadering. Bovendien volgt uit de regels die voorzien zijn in art. 79 Venn.W. dat de stemming over de kwijting onderstelt dat de jaarrekening over het betreffende boekjaar is opgemaakt en ter beschikking is gesteld van

de vennoten. Naar luid van deze bepaling moet immers kwijting gegeven worden bij afzonderlijke stemming.

**151. VERJARING** — Verjaren na verloop van vijf jaar, alle „rechtsovereenkomsten tegen zaakvoerders, bestuurders, commissarissen, vereffenaars, wegens verrichtingen in verband met hun taak, te rekenen van die verrichtingen of, indien ze met opzet verborgen zijn gehouden, te rekenen van de ontdekking” (art. 194, vierde streepje Venn.W.). Deze verkorte verjaringstermijn is toepasselijk ongeacht de aard van de fout die tot de aansprakelijkheid aanleiding geeft. Dit kunnen dus zowel loutere beleidsfouten zijn, overtredingen van de wet of van de statuten, of onrechtmatige daden (J. Van Ryn, *Traité*, I, 1954, p. 405, nrs. 634 en 636).

Indien de ingeroepen fout terzelfder tijd een strafbare inbreuk uitmaakt blijft de verjaringstermijn voor de burgerlijke rechtsovereenkomst vijf jaar krachtens art. 26 Voorafg. Titel Sv. Deze kan echter nooit verjaren voor de strafrechtsovereenkomst (Cass., 29 mei 1980, *Pas.*, 1980, II, p. 1190; *J.T.*, 1980, p. 653; *B.R.H.*, 1980, p. 563, noot A.M. Stranart; *R.W.*, 1980-81, p. 2017; *R.P.S.*, 1981, nr. 6668, p. 21, noot J.M. Nelissen Grade; *Arr. Cass.*, 1979-80, p. 1201; vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1302, nr. 291; J.L. Fagnart, „La responsabilité des administrateurs de la société anonyme”, in *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, J.B., 1991, p. 36; R. Verstraeten, *Handboek Strafrechtsovereenkomst*, Antwerpen, Maklu, 1993, p. 104 e.v.).

Deze verjaringstermijn geldt ook voor misdrijven voorzien in bijzondere wetten zoals de Vennootschappenwet.

Aldus verjaart de aansprakelijkheidsrechtsovereenkomst van de schuldeiser van een B.V.B.A. tegen haar zaakvoerder voor de uitgifte van ongedekte cheques na verloop van vijf jaar te rekenen vanaf de uitgifte ervan (Rb. Brugge, 25 september 1989, *R.W.*, 1990-91, p. 1205).

Wanneer een bestuurder-aandeelhouder van een N.V. onrechtmatig gelden van zijn vennootschap overdraagt aan de koper van zijn aandelenpakket ten einde deze toe te laten deze aankoop te financieren, dan is dit een verrichting in verband met zijn taak als bestuurder in de zin van art. 194, vierde streepje Venn.W. en niet in verband met zijn hoedanigheid van aandeelhouder. Een aandeelhouder is immers niet bevoegd om een overdracht van activa van de vennootschap te organiseren. De aansprakelijkheidsrechtsovereenkomst tegen deze bestuurder uit hoofde van die onrechtmatige overdracht verjaart dan ook na vijf jaar (Rb. Brussel, 19 februari 1987, *R.P.S.*, 1987, p. 152).

**152. COEXISTENTIE VAN AANSPRAKELIJKHEIDSOVEREENKOMSTEN VAN DE CURATOR EN DE INDIVIDUELE SCHULDEISERS** — In de praktijk komt de aansprakelijkheid van bestuurders en zaakvoerders vaak pas ter sprake na faillissement van hun vennootschap. In zijn zoektocht naar bijkomend actief zal de curator daarbij meestal als eiser optreden. Hij kan dit in een dubbele

hoedanigheid, m.n. als „vertegenwoordiger” van de failliete rechtspersoon zelf of als „vertegenwoordiger” van de gezamenlijke schuldeisers (zie daarover uitvoerig, vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1281 e.v., nrs. 261 e.v.). Uiteraard treedt de curator in beide gevallen op krachtens zijn wettelijke opdracht en niet als lasthebber in de juridisch-technische betekenis van het woord (H. Geinger, P. Colle en C. Van Buggenhout, „Overzicht van rechtspraak (1975-1989). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *T.P.R.*, 1991, p. 501, nrs. 117 e.v.).

De vraag of daarnaast nog aan de individuele schuldeisers een vorderingsrecht toekomt blijft voor betwisting zorgen in rechtsleer en rechtspraak. Zoals bekend is de oorzaak van deze twist het bekende Unac-arrest (Cass., 12 februari 1981, *Arr. Cass.*, 1981, p. 662; *Pas.*, 1981, I, p. 639 met andersluidende conclusie R. Declercq; *R.C.J.B.*, 1983, p. 5, noot J. Heenen; *J.T.*, 1981, p. 270; *R.P.S.*, 1981, nr. 6133, p. 116, noot P. Coppens, *B.R.H.*, 1981, p. 154). In dit arrest werd door het Hof van Cassatie uitspraak gedaan over een andere kwestie, m.n. de bevoegdheid van de curator om te vorderen namens de massa van de schuldeisers voor de vergoeding van collectieve schade, d.i. een vermeerdering van het actief of een vermindering van het passief. Zelfs wanneer één van de schuldeisers gedeeltelijk mede de oorzaak is van het ontstaan van collectieve schade, behoudt de curator het recht, aldus het hoogste Hof, om namens de massa van de schuldeisers daarvoor vergoeding te vorderen.

De vraag in welk geval de curator kan vorderen namens de gezamenlijke schuldeisers is dus door het arrest definitief beslecht. In de besproken periode werd de regel opnieuw bevestigd door het Hof van Beroep te Brussel (Brussel, 11 september 1987, *T.B.H.*, 1989, noot D. Devos; *Pas.*, 1988, II, met andersluidend advies van Adv.-Gen. Morlet; Kh. Brussel, 13 maart 1990, *T.R.V.*, 1990, p. 549).

Over de verdere vraag, m.n. of de curator ook een monopolie heeft om vergoeding te vorderen voor de collectief geleden schade veroorzaakt door fouten van het bestuur of van derden, werd in het Unac-arrest niet uitdrukkelijk uitspraak gedaan. Niettemin leiden sommigen er uit af dat de curator een monopolie heeft om aansprakelijkheidsvorderingen in te stellen tegen het bestuur of tegen derden voor fouten waardoor het actief van de gefailleerde werd verminderd of het passief vermeerderd. In die opvatting komt aan de individuele schuldeiser ter zake geen initiatiefrecht toe en dit tot aan de sluiting van het faillissement (zie de in het vorig overzicht aangehaalde referenties, *T.P.R.*, 1986, p. 1295 e.v., nr. 279; zie verder in de besproken periode: J. Heenen, „Préjudice collectif et action individuelle”, in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, p. 231, nr. 9; Y. Merchiers, „Aansprakelijkheid van bestuurders in de N.V. en B.V.B.A.”, *T.P.R.*, 1986, p. 411, nr. 7; P. Van Ommeslaghe en L. Simont, „De aansprakelijkheid van de bankier-kredietverlener in het Belgisch recht”, *T.P.R.*, 1986, p. 1134; P. Coppens en F. t’Kint, „Examens de jurisprudence (1984 à 1990). Les faillites, les concordats et les privilèges”,

*R.C.J.B.*, 1991, p. 349, nr. 32 en p. 350). Tot op dat ogenblik zijn zij enkel gerechtigd vergoeding te vorderen voor individueel geleden schade, d.i. schade die geen deel uitmaakt van de collectief geleden schade.

Uiteraard is de definitie van het begrip „collectieve schade” in deze opvatting van groot belang. Zo kan aangenomen worden dat een fout waardoor het actief verminderd wordt automatisch een collectieve schade teweeg brengt, aangezien ze door alle schuldeisers in dezelfde mate geleden wordt, zal dit niet altijd het geval zijn voor een fout waardoor het passief vermeerderde. In de doctrine lijkt in ieder geval omtrent dit laatste punt geen eensgezindheid te bestaan (H. Geinger, P. Colle en C. Van Buggenhout, „Overzicht van rechtspraak (1975-1989). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *T.P.R.*, 1991, p. 501, nrs. 117 e.v.; I. Verougstraete en C. Van Buggenhout, „Faillissement en continuïteit van de onderneming”, *T.P.R.*, 1990, p. 1748). Het indienen van een schuldvordering in het faillissementspassief zal inderdaad niet altijd als gevolg hebben dat alle schuldeisers daardoor in dezelfde mate en naar verhouding tot hun schuldvordering, schade lijden. Zo doet de aangifte van een gewone schuldvordering geen collectieve schade ontstaan indien het actief toch enkel volstaat om de schulden van de boedel en de bevoorrechte schuldeisers te vergoeden (J. Heenen, „Le curateur peut-il exercer, au nom des créanciers, une action en responsabilité contre un tiers dont la faute a causé une diminution de l'actif ou une aggravation du passif de la masse”, *R.C.J.B.*, 1983, p. 27). Krachtens de in België gehuldigde causaliteitsleer komt immers enkel de schade in aanmerking zoals zij zich in concreto heeft voorgedaan en niet zoals zij zich had kunnen voordoen (H. Bocken, „Actuele problemen inzake het oorzakelijk verband”, in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, XIXe Post-Universitaire Cyclus Willy Delva 1992-1993, p. 86 e.v., nrs. 8 e.v.).

Uiteraard maakt een schuldvordering die niet werd ingediend in het faillissement evenmin deel uit van de collectieve schade. Ten aanzien van zulke vordering stelt zich het probleem van de coëxistentie dan ook niet: enkel de individuele schuldeiser, met uitsluiting van de curator, kan de derde aansprakelijk stellen voor het ontstaan ervan (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1294, nr. 277).

Andere auteurs, waarmee ondergetekenden instemmen, aanvaarden wél dat de individuele schuldeiser nog de vergoeding kan vorderen voor zijn deel van de collectief geleden schade (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1295, nr. 280; zie ook de overtuigende noot van K. Vanhaerents, „Coëxistentie van de vorderingen van de curator en de individuele schuldeiser tegenover een derde aansprakelijk voor toename van het passief van een failliete vennootschap”, noot onder Kh. Brussel, 13 maart 1990, *T.R.V.*, 1990, p. 549). Sommigen voegen daaraan als voorwaarde toe een weigering of een in gebreke blijven van de curator (zie b.v. J.L. Fagnart, „La responsabilité des administrateurs de la société anonyme”, in *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, J.B., 1991, p. 31).

Aan de curator komt in deze opvatting geen monopolie toe om vergoeding

te vorderen voor collectief geleden schade, met dien verstande uiteraard dat de individuele schuldeiser enkel voor eigen rekening kan vorderen en niet voor rekening van de massa der schuldeisers. Concreet betekent dit dat hij als schadevergoeding hoogstens de betaling van zijn eigen schuldvordering kan bekomen. Worden de vordering van de curator tot vergoeding van de collectieve schade en de vordering van de individuele schuldeiser tegelijk ingesteld, dan heeft deze laatste voorrang. Om te vermijden dat de derden, b.v. de in de fout gegane bankier of bestuurder, tweemaal betalen, zal de vordering van de individuele schuldeiser in het faillissementspassief verdwijnen na de betaling door de derden (K. Vanhaerents, *a.a.*, *a.p.*, nrs. 12 e.v.).

**153.** In de besproken periode tekende zich evenwel een duidelijke tendens af in de rechtspraak ten voordele van de stelling dat aan de individuele schuldeisers geen vorderingsrecht meer toekomt voor hun deel in de collectief geleden schade.

In de twee zaken die aan het Hof van Beroep te Gent werden voorgelegd, betrof het een aansprakelijkheidsvordering tegen het bestuur wegens laattijdige aangifte van het faillissement. In de beide gevallen gingen ze uit van schuldeisers die gecontracteerd hadden binnen de verdachte periode (Gent, 26 september 1989, *T.G.R.*, 1990, p. 25; Gent, 7 november 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 545 met noot). De vraag of de laattijdige aangifte van het faillissement automatisch kan aangezien worden als een onrechtmatige daad in hoofde van het bestuur kwam hierboven aan bod (zie nr. 144). Ter zake van de coëxistentieproblematiek besloot het Hof eveneens tot de onontvankelijkheid van de individuele vorderingen van de schuldeisers. De ingeroepen fout bracht immers enkel een collectieve schade teweeg die rechtstreeks wordt geleden door de boedel en onrechtstreeks door alle schuldeisers. In zulk geval is alleen de curator bevoegd om op te treden en niet de individuele schuldeiser voor eigen rekening of voor rekening van de massa, aldus het Hof. In een gelijkaardige zaak werd door het Hof van Beroep te Antwerpen in dezelfde zin beslist (Antwerpen, 13 februari 1989, *T.B.H.*, 1990, p. 435; *Pas.*, 1989, II, p. 205).

Een vordering uitgaande van een schuldeiser van een failliete vennootschap tegen een derde, m.n. een bankier, door wiens fout het faillissementspassief was verhoogd, werd door het Hof van Beroep te Brussel eveneens onontvankelijk verklaard (Brussel, 13 januari 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 547). Tot aan de sluiting van het faillissement komt volgens het Hof de beslissing over de opportuniteit van het instellen van een vordering strekkende tot vergoeding van een collectieve schade enkel toe aan de curator.

Ook de rechtbanken verklaren de vorderingen van individuele schuldeisers tot vergoeding van collectieve schade onontvankelijk. Aldus oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge ten aanzien van de aansprakelijkheidsvordering van een schuldeiser tegen de bestuurders van een failliete N.V. wegens opstellen van onwettige balansen en het niet naleven van art.

103 Venn.W. (Rb. Brugge, 31 maart 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 168, noot K. Geens; *J.L.M.B.*, 1989, p. 606). Eiser kon niet bewijzen dat haar vordering strekte tot vergoeding van een individueel geleden schade. Immers, aldus de Rechtbank, door de gewraakte handelingen is het passief van de failliete boedel toegenomen. Dit is ontegensprekelijk een collectieve schade ter vergoeding waarvan enkel de curator kan opkomen. In dezelfde zin werd beslist door de Rechtbanken van Koophandel te Antwerpen (30 januari 1986, *T.B.H.*, 1987, p. 71 met noot) en te Luik (7 december 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 441, noot M. Wyckaert, „De aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders bij faillissement van hun vennootschap”).

**154.** In één enkele uitspraak aanvaardde de Rechtbank van Koophandel te Brussel het samengaan van de aansprakelijkheidsvordering van de curator en van de individuele schuldeiser tegen een derde door wiens fout het passief van de failliete vennootschap vermeerderde (Kh. Brussel, 13 maart 1990, *T.R.V.*, 1990, p. 549 met de lezenswaardige noot van K. Vanhaerents, „Coëxistentie van de vorderingen van de curator en de individuele schuldeiser tegenover een derde aansprakelijk voor toename van het passief van een failliete vennootschap”). Aan de derde-kredietverzekeraars werd verweten mee een schijn van solvabiliteit in hoofde van de failliete vennootschap in stand gehouden te hebben waardoor een toename van het passief werd veroorzaakt.

## **§ 2. Bijzondere faillissementsrechtelijke sancties van onbehoorlijk gedrag van bestuurders, zaakvoerders en feitelijke bestuurders**

**155.** ALGEMEEN — De toepassingsvoorwaarden van art. 63ter Venn.W. werden in de doctrine uitvoerig besproken (zie o.m.: P. Colle, „Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond art. 63ter Venn.W.”, *T.B.H.*, 1985, p. 163 e.v.; Y. Merchiers, „Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.”, *T.P.R.*, 1986, p. 419, nr. 18; zie ook vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1308, nrs. 301 e.v.).

Het wetsartikel gaf in de besproken periode nauwelijks aanleiding tot principiële betwistingen.

**156.** BEGRIP KENNELIJK GROVE FOUT — Niet om het even welke fout geeft aanleiding tot toepassing van art. 63ter Venn.W. Het moet een *grove* fout zijn, m.n. een verregaande, onvergeeflijke onzorgvuldigheid of lichtzinnigheid die aan het opzet grenst (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1311 e.v., nrs. 305 e.v.; L. Cornelis, „La faute lourde et la faute intentionnelle”, *J.T.*, 1981, p. 513 e.v.). Het moet bovendien een *kennelijk* grove fout zijn, hetgeen betekent dat de beoordeling ervan door de rechter marginaal dient te geschieden (P. Colle, „Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond art. 63ter Venn.W.”, *T.B.H.*, 1985, p. 171 e.v.).

Uiteraard kan de kennelijk grove fout in de zin van art. 63ter Venn.W.

terzelfdertijd een bestuursfout (art. 62, eerste lid Venn.W.), een overtreding van de vennootschappenwet of van de statuten (art. 62, tweede lid Venn.W.) of een onrechtmatige daad (art. 1382 B.W.) zijn (J.L. Fagnart, „La responsabilité des administrateurs de la société anonyme”, in *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, J.B., 1991, p. 23).

Een bestuurder die zich belangrijke sommen geld van de vennootschap toeëigent door afnames via rekening-courant, begaat een fout. Deze is bovendien grof in de zin van art. 63ter Venn.W. omdat ze door ieder weldenkend en redelijk bestuurder als dusdanig zou worden aangezien (Kh. Brussel, 10 september 1985, *T.B.H.*, 1987, p. 522). Het betrof in casu een som die bijna het dubbele bedroeg van het maatschappelijk kapitaal.

In hetzelfde vonnis werd terecht geoordeeld dat de kennelijk grove fout moet hebben bijgedragen tot het faillissement maar er geenszins de enige oorzaak moet van zijn. De bestuurder werpt dus ten onrechte op dat het faillissement daarnaast ook nog aan andere factoren te wijten is. Het vereiste oorzakelijke verband is dus duidelijk losser dan dat vereist voor de toepassing van art. 1382 B.W. De kennelijk grove fout moet noch de enige, noch de noodzakelijke voorwaarde zijn van het faillissement (zie hierover uitvoerig, vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1315, nr. 311).

**157. DE AANSPRAKELIJKE PERSONEN. FEITELIJKE BESTUURDERS** — In de rechtspraak werd reeds geruime tijd aanvaard dat feitelijke bestuurders dezelfde aansprakelijkheid kunnen oplopen als de in functie zijnde bestuurders (zie over dit begrip, vorige overzichten, *T.P.R.*, 1978, p. 827, nr. 208 en *T.P.R.*, 1986, p. 1239, nr. 200; J.L. Fagnart, „La responsabilité des administrateurs de la société anonyme”, in *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, J.B., 1991, p. 40, nr. 48; zie Kh. Brussel, 27 januari 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 220, noot J. Lievens).

De wetgever consacreerde deze gelijkstelling uitdrukkelijk in art. 63ter Venn.W. Niet alleen de in functie zijnde of gewezen zaakvoerders en bestuurders kunnen de erin voorziene aansprakelijkheid oplopen, maar ook alle personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad.

Het ziet er evenwel naar uit dat de rechtspraak niet geneigd is de hoedanigheid van feitelijk bestuurder lichtzinnig aan iemand toe te schrijven.

In de besproken periode werd het beroepsarrest geveld in de zaak Boddart-Fittings. Zoals bekend had de Brusselse Rechtbank van Koophandel in een ophefmakende beslissing de staat als feitelijk bestuurder aangemerkt in de zin van art. 63ter Venn.W., met als gevolg een veroordeling tot 385 miljoen frank vermeerderd met de gerechtelijk intresten (Kh. Brussel, 22 oktober 1982, *B.R.H.*, 1982, p. 574; *R.P.S.* 1982, nr. 6218, p. 244; *J.T.*, 1983, p. 113).

Door het Brusselse Hof werd het vonnis volledig hervormd (Brussel, 14 september 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 49, noot Lievens; *T.B.H.*, 1989, p. 171;

vgl. Kh. Brussel, 3 april 1984, *R.P.S.*, 1984, nr. 6292, p. 184) en werd geoordeeld dat de Staat niet als feitelijk bestuurder kon aangezien worden. Zich kennelijk inspirerend op de leer van de Franse auteur Rives-Lange ter zake, stelt het Hof vast dat het bewijs van enige positieve bestuursactiviteit in hoofde van de Staat ontbrak, zoals het vastleggen der commerciële politiek en het personeelsbeleid, het afsluiten van contracten, de aankoop van materiaal, de deelneming aan het technisch en administratief beheer, het aangaan van leningen... Het geven van suggesties of raadgevingen, of de uitoefening van toezicht volstaan op zichzelf geenszins om iemand als feitelijk bestuurder aan te merken. Door Rives-Langes wordt de feitelijke bestuurder omschreven als degene die onafhankelijk een daadwerkelijke bestuursactiviteit waarneemt („La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967", *D.*, 1975, VII, p. 41; J. Lievens, noot onder het besproken arrest, *T.R.V.*, 1989, p. 55; P. Colle, „Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond art. 63ter Venn.W.", *T.B.H.*, 1985, p. 166 e.v., i.h.b. nr. 9). De door de Staat aan de onderneming voorgestelde crisismanager, wiens aanwerving de N.M.K.N. als voorwaarde voor kredietverlening had opgelegd, vertegenwoordigde niet de Staat in de onderneming maar werd door de onderneming zelf als bediende aangeworven en trad voorts uitsluitend op onder het gezag, de leiding en het toezicht van haar raad van bestuur, aldus het Hof (zie Y. Merchiers, „Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.", *T.P.R.*, 1986, p. 421).

**158. BEVOEGDE RECHTBANK** — Alleen de Rechtbank van Koophandel, met uitsluiting van de Rechtbank van Eerste Aanleg, is bevoegd om te oordelen over de vordering ex art. 63ter Venn.W. (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1322, nr. 318; Kh. Brussel, 14 februari 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 436; noot onder Cass., 7 maart 1986, *T.B.H.*, 1986, p. 366).

Sedert de hierboven onder nr. 103 besproken cassatiearresten van 7 maart 1989 en 12 februari 1988 kan aan deze oplossing niet meer getwijfeld worden. Net als de aansprakelijkheidsvordering ex art. 35, 6° Venn.W. in geval van kennelijk ontoereikend kapitaal, betreft het hier een vordering die buiten het faillissement niet kan ontstaan én waarvan de gegevens voor de oplossing zich bevinden in het bijzonder recht dat het stelsel van het faillissement beheerst.

**159. TEGENWERPELIJKHEID VAN DE KWIJTING** — De curator die zijn aansprakelijkheidsvordering steunt op art. 63ter Venn.W. treedt op namens de gezamenlijke schuldeisers en niet namens de vennootschap. Dit betekent dat de aangesproken bestuurder hem een rechtsgeldig verleende kwijting niet kan tegenwerpen (Kh. Brussel, 10 september 1985, *T.B.H.*, 1987, p. 522; Kh. Brussel, 3 april 1984, *R.P.S.*, 1984, nr. 6292, p. 184; vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1321, nr. 316).

**160.** HET EXCLUSIEVE VORDERINGSRECHT VAN DE CURATOR — De aansprakelijkheidsvordering op grond van art. 63ter Venn.W. strekt niet tot vergoeding van schade maar wel tot gehele of gedeeltelijke betaling van schulden die de vennootschap als gevolg van het faillissement niet kan nakomen (*T.P.R.*, 1986, p. 1320, nr. 316).

Net zoals de vordering ex art. 35, 6° Venn.W. kan ook deze vordering enkel ingesteld worden door de curator en niet door een individuele schuldeiser. Het probleem van de coëxistentie van de vordering van de curator en de schuldeiser dat hierboven aan bod kwam onder nr. 152, kan zich dus m.b.t. deze vordering niet stellen (M. Wyckaert, „De aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders bij faillissement van hun vennootschap”, *T.R.V.*, 1989, p. 443).

**161.** TOEPASSINGSVOORWAARDEN VOOR DE B.V.B.A. — Naar luid van art. 133bis, lid 2 Venn.W. is art. 63ter niet van toepassing op de zaakvoerders van een B.V.B.A. die over de drie boekjaren voor het faillissement een gemiddelde omzet van minder dan 25 miljoen frank, buiten de belasting over de toegevoegde waarde, heeft verwezenlijkt en waarvan het totaal van de balans bij het einde van het laatste boekjaar niet hoger was dan 15 miljoen frank.

De vraag stelt zich hoe deze bepaling dient gelezen te worden wanneer een B.V.B.A. binnen de drie jaar na haar oprichting werd failliet verklaard. De Rechtbank van Koophandel te Brussel oordeelde dat art. 63ter in geen geval kan toegepast worden op vennootschappen de eerste drie jaar na hun oprichting. De in art. 133bis, lid 2 Venn.W. voorziene drempelbedragen inzake omzet en balanstotaal moeten immers berekend worden over drie boekjaren activiteit. Slechts wanneer deze voorbij zijn, kan vastgesteld worden of art. 63ter al dan niet van toepassing is.

Deze opvatting lijkt te stroken met de bedoeling van de wetgever de kleine B.V.B.A.'s niet te onderwerpen aan de verstrengde aansprakelijkheid, teneinde jonge zelfstandigen niet te ontmoedigen bij het begin van een beroepsactiviteit in vennootschapsvorm (*Gedr.St.*, Senaat, 1977-79, nr. 415/2, p. 152, geciteerd door M. Wyckaert, „De aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders bij het faillissement van hun vennootschap”, *T.R.V.*, 1989, p. 445, nr. 11). De tekst van art. 133bis, lid 2 Venn.W. laat in ieder geval moeilijk een andere interpretatie toe. Het is inderdaad niet logisch art. 63ter Venn.W. de eerste drie jaar na de oprichting wél van toepassing te achten ongeacht het balanstotaal en de omzet, en nadien, in geval van een faillissement meer dan drie jaar na de oprichting, vast te stellen dat de B.V.B.A. valt onder de uitzonderingsbepaling van art. 133bis, lid 2 Venn.W.

## ALGEMENE VERGADERING

**162. BIJENROEPINGSTERMIJN** — In de N.V. Assubel Leven waarvan alle aandelen op naam waren, werden de aandeelhouders bij brief van 16 december 1987 uitgenodigd tot de buitengewone algemene vergadering op 5 januari 1988. Op de agenda stond o.m. de verhoging van het bedrag van het toegestaan kapitaal. Na het versturen van de uitnodiging werd de vennootschap het voorwerp van een openbaar bod. Om die reden verstuurde de voorzitter van de raad van bestuur een brief d.d. 29 december 1988 aan alle aandeelhouders waarin hij een aanvulling van de agenda aankondigde, m.n. informatie over het bod en eventueel dienaangaande te nemen beslissingen. In dezelfde brief werden de reeds gegeven volmachten ook als geldig aangezien om te stemmen over het nieuw aangekondigde agendapunt. De voorzitter in kort geding verbood de buitengewone algemene vergadering voorlopig te beraadslagen over het genoemde agendapunt (Kort. Ged. Kh. Brussel, 5 januari 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 160, noot J. Tyteca, „Agenda van de algemene vergadering, volmachten, O.B.A.'s en de rechter”; zie ook verder, in dezelfde zaak, nrs. 206, 304 en 305). De algemene vergadering kan inderdaad slechts beraadslagen over de punten die in de tijdig verstuurde bijeenroeping worden aangekondigd. Tijdig betekent volgens art. 73, lid 4 Venn.W. minstens acht dagen op voorhand in geval de aandelen op naam zijn. Het betreft hier geen acht vrije dagen: het is voldoende dat de uitnodigingen minstens de achtste dag voor de algemene vergadering verstuurd worden. De dag van versturen wordt wél meegerekend, de dag van de vergadering niet (J. Van Ryn, *Principes*, I, 1954, p. 436, nrs. 693 en 694; L. Frédéricq, *Traité*, V, Brussel, 1950, p. 672). In casu was deze termijn dus niet gerespecteerd: het nieuwe agendapunt werd slechts meegedeeld op 29 december terwijl de buitengewone algemene vergadering plaats vond op 5 januari.

**163. ONREGELMATIGE BIJENROEPING. NIETIGHEID VAN BESLUITEN** — Nu heeft het niet-naleven van de wettelijk of statutair voorziene bijeenroepings-termijn van de algemene vergadering niet automatisch de nietigheid van haar besluiten als gevolg (J. Tyteca, *a.w.*, *a.p.*, p. 166).

Dit is in geen geval zo wanneer alle vennoten op de vergadering aanwezig waren en zij dienaangaande geen bezwaar hebben gemaakt (Kh. Veurne, 2 maart 1990, *T.B.H.*, 1991, p. 909; J. Corbiau, „Les règles relatives aux réunions de l'assemblée générale des actionnaires dans les sociétés anonymes”, *R.P.S.*, 1907, nr. 4, p. 163). Aangenomen wordt dat de vennoten immers aldus aan hun recht de nietigheid te vorderen hebben verzaakt (J. Ronse, *Nietigheid van besluiten van organen van de naamloze vennootschap*, 1966, p. 31; C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, II, p. 408, nr. 1215). Elders werd beslist dat een vennoot niet gerechtigd is in kort geding de opschorting te vorderen van een besluit van de algemene vergade-

ring omdat deze was bijeengeroepen door de voorzitter van de raad van bestuur en niet door de raad van bestuur zelf. De vennoot in kwestie had immers zonder voorbehoud deelgenomen aan de stemming over de verschillende agendapunten (Kort Ged. Kh. Turnhout, 6 juni 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 55, noot M. Wyckaert).

Deze regel werd in een recent cassatiearrest bevestigd. Een aandeelhouder vorderde de nietigheid van een besluit tot kapitaalverhoging omdat in de uitnodiging tot de buitengewone algemene vergadering niet was voldaan aan het voorschrift van art. 70, lid 3 Venn.W. Krachtens deze bepaling kan de algemene vergadering enkel geldig beraadslagen over een statutenwijziging wanneer de voorgestelde wijziging bepaaldelijk is opgegeven in de oproeping. Bij arrest van 4 maart 1988 beslist het Hof van Cassatie dat een formele onregelmatigheid in de oproeping tot de algemene vergadering niet kan opgeworpen worden door degene die nadien de aangekondigde verrichting heeft goedgekeurd (Cass., 4 maart 1988, *T.B.H.*, 1989, p. 150; *Pas.*, I, 1988, p. 802; *Arr. Cass.*, 1987-88, p. 872).

Uiteindelijk kan in deze rechtspraak een toepassing gezien worden van de gemeenrechtelijke nietigheidsleer, meer bepaald van de regel dat een relatieve nietigheid altijd kan bevestigd worden door degene wiens belang de geschonden regel beschermt (W. Van Gerven, *Algemeen deel*, p. 441; X. Dieux, „Le contrat: instrument et objet de dirigisme”, in *Les obligations contractuelles*, J.B., 1984, p. 262).

**164.** Voorts kan volgens de heersende opvatting in rechtsleer en rechtspraak een formele onregelmatigheid in de bijeenroeping, de beraadslaging en besluitvorming, slechts de nietigheid van het besluit met zich brengen indien vast staat dat het besluit door deze onregelmatigheid kon beïnvloed worden (J. Van Ryn en P. Van Ommeslaghe, „Examen de jurisprudence (1972 à 1978). Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.*, 1981, nr. 45, p. 303. Zie A. Benoit-Moury, „Nullités et droit des sociétés”, in *Les nullités en droit belge. Sanction du vice et conséquences*, Actes du colloque organisé le 7 juin 1991 par la Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège, p. 343; vgl. J.F. Taymans, „La régularité des assemblées générales de société et le rôle du notaire”, *Rev. Not. Belge*, 1986, p. 511, nr. 17). Deze opvatting biedt het voordeel dat aan de rechter een ruime appreciatiebevoegdheid toekomt: hij zal telkens in concreto dienen na te gaan of de beslissing van de algemene vergadering dezelfde zou geweest zijn indien de onregelmatigheid niet werd begaan.

Zij is bovendien in overeenstemming met de moderne doctrine die wil dat de nietigheidssanctie een kwestie is van maatwerk. Deze mag slechts uitgesproken worden voor zover nodig om het doel dat door de miskende regel beoogd werd, te bereiken (L. De Gryse, „De nietigheid in het algemeen overeenkomstenrecht”, in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, II, 1987, p. 310 en 312; W. Van Gerven, *Algemeen deel*, p. 443).

Zo heeft de schending van art. 73 Venn.W. dat voorschrijft dat in geval van aandelen aan toonder de bijeenroeping in een streekkrant moet gepubliceerd worden, niet de nietigheid van het besluit tot gevolg wanneer niet kan aangetoond worden dat het genomen besluit door deze onregelmatigheid werd beïnvloed (Kh. Verviers, 28 april 1986, *T.B.H.*, 1987, p. 541). In casu was het reeds jaren de gewoonte dat de oproeping enkel in een nationale krant verscheen. Bovendien bewezen eisers niet dat, mocht de oproeping toch zijn verschenen in een regionale krant, zij wel de algemene vergadering met hun aanwezigheid zouden gesierd hebben.

**165.** Voormelde nietigheidsgrond wordt uitdrukkelijk geconsacreerd in het nieuwe art. 190bis Venn.W. dat ingevoerd werd door de Wet van 29 juni 1993 (*B.S.*, 21 juli 1993). In deze bepaling worden de gevallen opgesomd waarin de rechtbank van koophandel voortaan de nietigheid van besluiten van de algemene vergadering kan uitspreken. Dit is ondermeer het geval indien zich een onregelmatigheid naar de vorm heeft voorgedaan, op voorwaarde dat eiser aantoonde dat de begane onregelmatigheid het genomen besluit heeft kunnen beïnvloeden (art. 190bis, § 1, lid 3°).

**166.** VERPLICHTE BIJEENROEPING (ART. 73, TWEDE LID VENN.W.) — Naar luid van art. 73, lid 2 Venn.W. is de raad van bestuur verplicht de algemene vergadering bijeen te roepen indien aandeelhouders die een vijfde van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen het vragen (zie vorige overzichten, *T.P.R.*, 1964, p. 114, nr. 94 en *T.P.R.*, 1978, p. 830, nr. 215; J. Lievens, „De wettelijke bescherming van de minderheidsaandeelhouder”, in *De bescherming van de minderheidsaandeelhouder*, *T.R.V.*, 1988, bijzonder nummer, p. I/3 e.v., nrs. 3 e.v.).

Aangenomen wordt dat de aandeelhouders in kwestie ook het recht hebben de agenda van de vergadering vast te stellen en dat het de raad van bestuur niet toekomt over de opportuniteit van de voorgestelde agendapunten te oordelen (Kort Ged. Kh. Brussel, 17 mei 1988, *R.P.S.*, 1988, nr. 6493, p. 218; *J.L.M.B.*, 1988, p. 978; C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, II, 1982, p. 335 e.v., nrs. 1130 e.v., i.h.b. nr. 1134).

Weigert de raad om de algemene vergadering bijeen te roepen binnen de drie weken na het gedane verzoek, dan riskeren de bestuurders niet alleen strafsancities (art. 201, 5° Venn.W.), maar kunnen zij zowel door de vennootschap als door derden burgerlijk aansprakelijk gesteld worden op grond van art. 62, lid 2 Venn.W. Bij wijze van herstel in specifieke vorm kan het bestuur, eventueel onder verbeurte van een dwangsom, in kort geding veroordeeld worden tot bijeenroeping van de algemene vergadering met de voorgestelde agenda (Vgl. Voorz. Kh. Brussel, 17 mei 1988, *R.P.S.*, 1988, nr. 6493, p. 218; *J.L.M.B.*, 1988, p. 978).

**167.** DEPOTCLAUSULE — Naar luid van art. 74, § 1, lid 1 Venn.W. bepalen

de statuten de voorwaarden waaraan moet voldaan worden om toegelaten te worden tot de algemene vergadering. In een N.V. met aandelen aan toonder wordt aldus frequent een zogenaamde „depotclausule” ingelast. Zulk depot strekt ertoe aan het bestuur toe te laten de algemene vergadering voor te bereiden. Aldus kan b.v. op voorhand een presentielijst opgemaakt worden (J. Ronse, „De depotbepaling en het vraagrecht”, noot onder Kort Ged. Kh. Brussel, 6 november 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 320). Het opmaken van zulke lijst is sedert de invoering van art. 74bis, § 3, lid 2 Venn.W. door de Wet van 18 juli 1991 trouwens een wettelijke verplichting geworden voor elke N.V. (F. De Bauw, „L'organisation et la tenue des assemblées générales de sociétés anonymes depuis la loi du 18 juillet 1991”, *T.B.H.*, 1992, p. 237).

In art. 74, § 1, lid 2 Venn.W. is sedert de Wet van 18 juli 1991 in een verplicht depot voorzien voor vennootschappen die een publiek beroep op het spaarwezen doen of hebben gedaan: de aandelen moeten minstens drie dagen voor de vergadering gedeponneerd worden op de plaatsen in de oproepingsbrief aangegeven (F. De Bauw, „L'organisation et la tenue des assemblées générales de sociétés anonymes depuis la loi du 18 juillet 1991”, *T.B.H.*, 1992, p. 222; L. Weyts, „Beraadslaging en stemming”, in *De N.V. en de B.V.B.A. na de Wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1991, p. 200; H. Braeckmans, „Nieuwe regelen voor bestuurders en aandeelhouders: belangenconflict, minderheidsvordering, nieuwe regelen bij het houden van een algemene vergadering, deskundigenonderzoek”, in *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991* (H. Braeckmans en E. Wymeersch eds.), p. 357, nr. 68). Voor de overige vennootschappen blijft dienaangaande de statutaire vrijheid gelden (F. t'Kint, „Les actions et le droit de vote”, *R.P.S.*, 1989, nr. 6538, p. 244, nr. 5). Algemeen wordt wel aangenomen dat melding moet gemaakt worden van de depotverplichting in de oproeping tot de algemene vergadering (Van Ryn, *Principes*, I, 1954, p. 437; J. Ronse, „De depotbepaling en het vraagrecht”, noot onder Kort Ged. Kh. Brussel, 6 november 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 320).

De voornoemde afwezigheid van een wettelijke regeling heeft soms als gevolg dat zulke statutaire depotclausule vaak onduidelijk gelibelleerd is. Zo wordt niet altijd precies bepaald hoeveel dagen op voorhand de aandelen moeten gedeponneerd worden. In een betwisting omtrent de draagwijdte van zulke clausule nam de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk een pragmatische houding aan en oordeelde dat zulke clausule in ieder geval inhoudt dat de aandelen enkele dagen op voorhand moeten worden neergelegd en niet op de vergadering zelf (Kh. Kortrijk, 11 oktober 1985, *T.R.V.*, 1989, p. 367 met noot). Zulke interpretatie moet onderschreven worden, gelet op de hierboven vermelde bedoeling van het depot. Voorts merkt de Rechtbank terecht op dat een toepassing van de klassieke interpretatieregels inzake overeenkomsten zoals vervat in de art. 1156 e.v. B.W., tot eenzelfde besluit zou leiden.

Wanneer een aandeelhouder zijn aandelen deponeert bij een andere bank

dan degene die was aangegeven in de oproeping, is deze onregelmatigheid op zich niet voldoende om hem de toegang tot de algemene vergadering te weigeren. De bank in kwestie had namelijk nog op de dag van het depot een andere bank, waar het depot wel kon verricht worden, verwittigd (Kort Ged. Kh. Brussel, 6 november 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 314, noot J. Ronse).

**168. WEDERRECHTELIJKE UITSLUITING VAN EEN AANDEELHOUDER. BEVOEGDHEID ALGEMENE VERGADERING** — Terecht werd beslist dat noch de voorzitter van de algemene vergadering (Kh. Kortrijk, 11 oktober 1985, *T.R.V.*, 1989, p. 367; vgl. F. De Bauw, „Het leiden van algemene vergaderingen van aandeelhouders”, *Notarieel en fiscaal maandblad*, 1992, p. 165), noch het bureau van de vergadering (Kort Ged. Kh. Brussel, 6 november 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 314, noot J. Ronse; Kort Ged. Kh. Brussel, 13 juni 1988, *R.P.S.*, 1988, nr. 6496, p. 269), maar enkel de algemene vergadering zelf bevoegd is om te oordelen of iemand al dan niet van deelname aan de stemming moet worden uitgesloten (C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, II, p. 395, nr. 1201; J. T’Kint, „Les actions et le droit de vote”, *R.P.S.*, 1989, nr. 6538, p. 245). Bij deze stemming kan de aandeelhouder wiens stemrecht betwist wordt, uiteraard niet meestemmen (Kh. Namen, 22 februari 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 234, noot H. Laga; J. Van Ryn, *Principes*, I, 1954, p. 439, nr. 702).

Bij betwisting over het besluit van de algemene vergadering dienaangaande dient uiteindelijk de rechtbank uitspraak te doen.

**169. WEDERRECHTELIJKE UITSLUITING. NIETIGHEID VAN BESLUITEN** — Indien mathematisch komt vast te staan dat een andere samenstelling van de algemene vergadering tot een ander resultaat had kunnen leiden, dan is het genomen besluit van de algemene vergadering nietig (Kh. Kortrijk, 11 oktober 1985, *T.R.V.*, 1989, p. 367 met noot; J. Heenen, „L’observation des règles de forme prescrites pour les délibérations des organes d’une société ou d’une association”, noot onder Cass., 4 april 1975, *R.C.J.B.*, 1977, p. 570).

Bestaat de onregelmatigheid erin dat een aandeelhouder onrechtmatig werd uitgesloten van deelname aan de beraadslaging en de stemming, dan mag voormelde opvatting niet herleid worden tot de theorie van het rekensommetje: zodra de uitgesloten aandeelhouder toch niet over voldoende stemkracht beschikt om een beslissing te beïnvloeden, zou de vordering tot nietigverklaring moeten afgewezen worden.

Zulke mathematische zekerheid is echter lang niet altijd vereist. De hierboven onder nr. 165 vermelde opvatting inzake nietigheid van besluiten wegens schending van formele vergaderingsregels betekent geenszins dat, in geval de onregelmatigheid bestaat in een onrechtmatige uitsluiting van een aandeelhouder van deelname aan de stemming, het besluit als geldig moet aangezien worden zodra vaststaat dat de aandeelhouder in kwestie, gelet op

zijn stemkracht, toch niet bij machte zou zijn geweest om de besluitvorming daadwerkelijk te beïnvloeden. De zogenaamde theorie van het rekensommetje is inderdaad reeds lang verworpen (J. Heenen, „L'inobservation des règles de forme prescrites pour les délibérations des organes d'une société ou d'une association", noot onder Cass., 4 april 1975, *R.C.J.B.*, 1977, p. 563, nr. 8; J. Ronse, *Nietigheid van besluiten van organen van de naamloze vennootschap*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1966, p. 22).

Thans wordt aangenomen dat het volstaat dat de wederrechtelijk uitgesloten aandeelhouder kan aantonen dat hij door die onregelmatigheid in zijn belangen werd geschaad (Kort Ged. Kh. Brussel, 6 november 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 314, noot J. Ronse; Cass., 4 april 1975, *R.W.*, 1974-75, p. 2461 met concl. F. Dumon; *R.C.J.B.*, 1977, p. 551, noot J. Heenen; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 836, nr. 226). Daartoe is dus geenszins vereist dat hij over voldoende stemkracht beschikte om de uitslag van de stemming te veranderen.

In zijn noot onder de geciteerde beschikking benadrukt Prof. Ronse dat besluitvorming immers niet geschiedt door het louter optellen van voor- en tegenstemmen maar door beraadslaging: „Het recht van de aandeelhouder is niet de deelneming aan de stemming, maar omvat het recht aan de beraadslaging deel te nemen (...)”. Gelet op het belang dat de recente rechtspraak hecht aan het vraagrecht van elke aandeelhouder ter vergadering (art. 70ter Venn.W.), zal bijna elke wederrechtelijk uitgesloten aandeelhouder in zijn belang geschaad zijn, al was het maar omdat hij dat recht niet kon uitoefenen. Toch zal hij moeten kunnen aannemelijk maken dat hij van plan was ernstige vragen te stellen en dat het antwoord een wezenlijke bijdrage kon leveren tot de discussie ter vergadering.

Een aandeelhouder die wel werd toegelaten tot de vergadering en de beraadslaging, maar die niet mocht stemmen met al zijn aandelen terwijl hij hoe dan ook niet over voldoende stemkracht beschikte om de stemming te beïnvloeden, is door deze onregelmatigheid niet in zijn belangen geschaad. De aandeelhouder in kwestie heeft immers de gelegenheid gehad deel te nemen aan de discussie door vragen te stellen en voorstellen te formuleren (Kort Ged. Kh. Brussel, 20 september 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 156, noot M. Wyckaert).

**170. VRAAGRECHT** — Naar luid van art. 70 ter Venn.W. moeten de bestuurders antwoorden op de vragen die hen door de aandeelhouders worden gesteld met betrekking tot hun verslag. Deze bepaling werd ingevoerd door de wet van 5 december 1984 (zie B. Van Bruystegem, *De Vennootschappenwet 1986*, Antwerpen, Kluwer, 1986, p. 114; M. Massagé, *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux deuxième et quatrième directives européennes*, Brussel, Swinnen, 1985, p. 198; G. Keutgen, „L'information des actionnaires”, *Ann. Dr. Louvain*, 1985, p. 197 e.v.).

Vast staat dat dit vraagrecht dwingend is en dus in de statuten niet kan

beperkt of opgeheven worden (J. Ronse, „De depotbepaling en het vraagrecht”, *T.R.V.*, 1988, p. 322). Het is dan ook niet mogelijk in de statuten te voorzien dat de vragen voor de vergadering schriftelijk aan het bestuur moeten overgemaakt worden (E. Wymeersch, „De nieuwe voorschriften inzake vennootschapsinformatie”, in *Het nieuwe vennootschappenrecht na de wet van 5 december 1984* (H. Braeckmans en E. Wymeersch eds.), Antwerpen, Kluwer, 1985, p. 90).

In de besproken periode werd de eerste rechterlijke uitspraak gepubliceerd over de draagwijdte van deze bepaling, meer bepaald over de vraag of het bestuur het recht heeft bepaalde vragen niet te beantwoorden (Kort Ged. Kh. Brussel, 6 november 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 314, noot J. Ronse). Volgens de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel kan het bestuur enkel weigeren vragen te beantwoorden wanneer ze geen betrekking hebben op het verslag en de agendapunten zoals voorgeschreven in art. 70ter Venn.W. Hij verwierpt daarmee de stelling dat het bestuur kan weigeren te antwoorden wanneer daardoor de vennootschap schade zou lijden.

In zijn noot onder de beschikking bekritiseert Ronse de beschikking op dit punt („De depotbepaling en het vraagrecht”, *T.R.V.*, 1988, p. 322). Het lijkt inderdaad aannemelijk dat het bestuur bepaalde vragen in het belang van de vennootschap onbeantwoord kan laten (zie M. Massagé, *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux deuxième et quatrième directives européennes*, Brussel, Swinnen, 1985, p. 199; G. Keutgen, „L'information des actionnaires”, *Ann. Dr. Louvain*, 1985, p. 197). Onder de aandeelhouders kunnen zich bijvoorbeeld concurrenten bevinden.

Uiteraard valt een weigering te antwoorden onder de verantwoordelijkheid van het bestuur. Evenwel kan dit leiden tot een weigering van kwijting of zelfs tot zijn afzetting. Uiteindelijk zal de rechter oordelen of een weigering onrechtmatig was of niet (J. Ronse, „De depotbepaling en het vraagrecht”, *T.R.V.*, 1988, p. 322). Gebeurlijk kan de kort gedingrechter, in geval hij oordeelt dat de weigering kennelijk onrechtmatig was, de opschorting bevelen van de besluiten genomen met miskenning van het vraagrecht.

**171. BIJSTAND DOOR EEN ADVOKAAT** — In de besproken periode is de discussie verder gevoerd omtrent de vraag of een aandeelhouder het recht heeft zich op de algemene vergadering te laten bijstaan door een advocaat.

Twee opvattingen zijn gangbaar. Een minderheidsopvatting wil dat een aandeelhouder hoe dan ook, dus ongeacht de aard van de te bespreken agendapunten, het recht heeft om zich te laten vergezellen van een advocaat (S. Raes, „De bijstand van een advocaat als raadsman op de vergadering van een orgaan van een rechtspersoon”, *T.R.V.*, 1989, p. 36). Door de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde werd zulke vordering tot bijstand, ingesteld bij eenzijdig verzoekschrift, toegestaan (Kort Ged. Kh. Dendermonde 11 juni 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 77).

Volgens de meerderheidsopvatting beslist de algemene vergadering op de soevereine wijze over de toelating van derden tot de algemene vergadering. Deze opvatting verdient zonder twijfel de voorkeur (zie ook vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1326, nr. 322; J.P. Blumberg, noot onder Kort Ged. Kh. Gent, 1 september 1989, *T.B.H.*, 1991, p. 39). Een algemene vergadering heeft immers in beginsel geen openbaar karakter (Kort Ged. Kh. Kortrijk, 25 augustus 1987, *T.R.V.*, 1989, p. 76). De omstandigheid dat op de vergadering meningsverschillen kunnen rijzen impliceert niet dat het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging van toepassing wordt (Antwerpen, 6 maart 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 430 met noot).

Het recht op bijstand geldt echter wel in geval de aandeelhouder voornoemd algemeen rechtsbeginsel wél kan invoeren, b.v. wanneer in een coöperatieve vennootschap moet beraadslaagd worden over de uitsluiting van een vennoot (Kort Ged. Kh. Gent, 1 september 1989, *T.B.H.*, 1991, p. 34, noot J.P. Blumberg; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1400, nr. 410). Sedert de Wet van 20 juli 1991 is het recht van verdediging in dit geval trouwens op dwingende wijze geregeld in art. 152, § 1 Venn.W. (H. Laga, „Bepalingen gemeen aan de C.V. en de C.V.O.H.A.”, in *De coöperatieve vennootschap na de Wet van 20 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, p. 44, nr. 71). Dit is echter niet het geval wanneer de vergadering moet beslissen over het ontslag van bestuurders in een N.V. (anders: J. P. Blumberg, *a.w.*, *a.p.*, p. 41). Deze kunnen immers zonder opgaaf van redenen, m.a.w. ad nutum, ontslagen worden (D. Van Gerven, „Kan het ad-nutum karakter van de opdracht van bestuurders in een N.V. worden afgezwakt”, *T.R.V.*, 1988, p. 48; Cass., 13 april 1989, *R.C.J.B.*, 1991, p. 205, noot J.M. Nelissen Grade; *T.R.V.*, 1989, p. 321, noot M. Wyckaert en F. Bouckaert; *J.T.*, 1990, p. 751, noot D. Michiels; *T.B.H.*, 1989, p. 878; *R.W.*, 1989-90, p. 253; 253; *Arr. Cass.*, 1988-89, p. 920).

**172. VERTEGENWOORDIGING DOOR EEN ADVOKAAT** — Naast de vraag naar het recht op bijstand door een advocaat, stelt zich de vraag naar het recht op vertegenwoordiging door een advocaat. Deze kan gemakkelijk beantwoord worden aan de hand van de regels omtrent de vertegenwoordiging van een aandeelhouder door een lasthebber ter algemene vergadering.

Naar luid van art. 74, § 2, lid 1 Venn.W. kan een vennoot zich op de algemene vergadering van een N.V. laten vertegenwoordigen door een lasthebber. Vóór de Wet van 18 juli 1991 was daaraan toegevoegd dat deze mogelijkheid gold „niettegenstaande andersluidende statutaire bepaling”, maar in de commentaren op de Wet van 18 juli 1991 wordt terecht aan het wegvallen van deze zinsnede geen betekenis gehecht en wordt benadrukt dat de vroegere regel onveranderd blijft gelden (F. De Bauw, „L’organisation et la tenue des assemblées générales de sociétés anonymes depuis la loi du 18 juillet 1991”, *T.B.H.*, 1992, p. 359; H. Braeckmans, „Nieuwe regelen voor bestuurders en aandeelhouders: belangenconflict, minderheidsvoordring, nieuwe regelen bij het houden van een algemene vergadering, deskun-

digenonderzoek'', in *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991* (H. Braeckmans en E. Wymeersch eds.), Antwerpen, Maklu, 1992, p. 359; J. Lievens, *De nieuwe Vennootschappenwet (wet van 18 juli 1991)*, Gent, Mys & Breesch, 1991, p. 119). Art. 74, § 2 lid 1 is dus integraal van dwingend recht: de statutaire clause die een vennoot het recht ontnemt om zich te laten vertegenwoordigen door een lasthebber blijft nietig.

Uiteraard kan een advocaat als lasthebber aangesteld worden op voorwaarde dat in de statuten niet de in de praktijk gebruikelijke clause voorkomt dat een aandeelhouder zich enkel door een andere aandeelhouder kan laten vertegenwoordigen (F. T'Kint, „Les actions et le droit de vote'', *R.P.S.*, 1989, p. 245).

**173. BEWIJSKRACHT VAN DE NOTULEN** — Het opmaken van notulen van de algemene vergadering is een formaliteit die in art. 74bis, § 3, lid 1 Venn.W. „ad probationem'' is voorgeschreven en niet „ad validitatem''. Het ontbreken of onvolledig zijn van de notulen brengt dus in geen geval de nietigheid met zich van de genomen besluiten (J. Van Ryn en P. Van Ommeslaghe, „Examen de jurisprudence. Les sociétés'', *R.C.J.B.*, 1973, p. 534, nr. 70).

De notulen zijn evenwel niet het enige mogelijke bewijsmiddel van hetgeen waartoe op de algemene vergadering werd besloten. Indien een aandeelhouder zich niet kan akkoord verklaren met de notulen, kan hij hetgeen werkelijk gebeurd is op de algemene vergadering aantonen met andere bewijsmiddelen (anders: C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, II, 1982, p. 465, nr. 1267).

De beslissing van de Rechtbank van Koophandel te Namen dat de notulen in ieder geval tegenwerpelijk zijn aan de vennootschap en aan alle aandeelhouders indien ze door de meerderheid onder hen ondertekend werden, is dan ook bekritiseerbaar (Kh. Namen, 22 februari 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 234, noot H. Laga; *R.P.S.*, 1990, nr. 6540, p. 125).

De notulen hebben echter wel bewijskracht ten aanzien van hen die ze ondertekenden (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 896, nr. 292).

**174. MISBRUIK VAN MINDERHEID** — In de recente doctrine kwam het thema van het misbruik van minderheid herhaaldelijk aan bod in belangwekkende bijdragen (zie L. Simont, „Réflexions sur l'abus de minorité'', in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, p. 307 e.v.; J. Ronse en K. Geens, „Misbruik van minderheidspositie'', in *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. J.J.M. Maeijer*, Zwolle, p. 227 e.v.; P.A. Foriers, „Les situations de blocage dans les sociétés anonymes'', *T.B.H.*, 1992, p. 473 en p. 488; X. Dieux, „La responsabilité civile des associés en matière de sociétés commerciales. Evolutions récentes'', in *La responsabilité des associés, Organes et Préposés des Sociétés*, J.B. 1991, p. 89, nr. 9; O. Ralet en P. Kileste, „Droit et protection de l'actionnaire minoritaire'', *T.B.H.*, 1989, p. 826). Nu het Hof van Cassatie sedert de arresten over misbruik van contractuele rechten de deur heeft opengezet

voor een toetsing van om het even welk recht aan de klassieke misbruikcriteria (Cass., 18 februari 1988, *T.B.H.*, 1988, p. 696; Cass., 16 januari 1986, *R.W.*, 1987-88, p. 1470, noot A. Van Oevelen; E. Dirix, „De beperkende werking van de goede trouw”, *T.B.H.*, 1988, p. 660 e.v.; L. Cornelis, „Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw”, in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, XIXe Post-Universitaire Cyclus Willy Delva (1992-1993), p. 59; W. Van Gerven, „Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux”, *J.T.*, 1992, p. 305 e.v.; S. Stijns, „Abus de droits, mais de quel(s) droit(s)”, *J.T.*, 1990, p. 33), is het niet verwonderlijk dat ook de wijze waarop minderheidsaandeelhouders van hun aandeelhoudersrechten gebruik maken aan deze toets onderworpen wordt (zie de bespreking hierboven van Bergen, 23 maart 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 342, noot L. Neefs en D. Blommaert, „Bevoegdheid van de rechter in kort geding bij misbruik van minderheidspositie”; *T.B.H.*, 1990, p. 326, noot J. Romain; zie ook, nrs. 118 en 244).

Men behoeft zich echter voor overdrijving. Deze kan er b.v. in bestaan een misbruik van minderheidspositie te onderkennen in gevallen waar kennelijk andere rechten worden misbruikt. Aldus werd in de Railtour-zaak het instellen van een vordering tot nietigverklaring van besluiten van de algemene vergadering bestempeld als een misbruik van minderheidspositie. De maatregelen waartoe werd besloten, m.n. een kapitaalsvermindering gevolgd door een kapitaalsvermeerdering, werden namelijk als onontbeerlijk aangezien voor het verder bestaan van de C.V. Railtour (Voorz. Kh. Brussel, 26 oktober 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 389, noot H.L.). Bij nader toezien betreft het hier echter een misbruik van procesrecht en geen misbruik van rechten die de aandeelhouder ontleent aan zijn minderheidsparticipatie (zie T. Tilquin, „Les opérations d'assainissement du capital des sociétés en difficulté et l'abus de droit des actionnaires”, *T.B.H.*, 1991, p. 13, nr. 11; P. Taelman, „Gebruik en misbruik van procesrecht”, *T.P.R.*, 1988, p. 89 e.v.; M.E. Storme, „L'obligation de procéder de manière diligente et raisonnable: une obligation indépendante du fond de l'affaire”, noot onder Brussel, 25 januari 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 457 e.v.).

**175. MISBRUIK VAN MEERDERHEID** — De cassatierechtspraak die in het vorig randnummer geciteerd werd aangaande misbruik van contractuele rechten, zal wellicht ook nopen tot een herdenken van het leerstuk omtrent misbruik van meerderheidspositie ter algemene vergadering (K. Geens, „De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder”, *T.P.R.*, 1989, (33), p. 63 e.v.).

Misbruik van meerderheid is uiteindelijk een misbruik van stemrecht. Uit voornoemde cassatierechtspraak volgt dat rechten die iemand aan een overeenkomst ontleent eveneens kunnen misbruikt worden. Om zulk misbruik op te sporen wordt de wijze van uitoefening getoetst aan de klassieke, door rechtsleer en rechtspraak ontworpen misbruikcriteria ter opsporing van het klassieke rechtsmisbruik (W. Van Gerven, *Algemeen deel*, 1969, p.

184, nr. 70; L. Cornelis, „Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw”, in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, XIXe Post-Universitaire Cyclus Willy Delva (1992-1993), p. 48, nr. 38; A. Alen en P. Peeters, „Bundestreue in het Belgisch grondwettelijk recht”, *R.W.*, 1989-90, p. 1138, nr. 35).

Eén ervan is de uitoefening van een recht met de uitsluitende bedoeling een ander schade toe te brengen. Daarin herkent men het criterium dat in de klassieke doctrine en rechtspraak omtrent misbruik van meerderheid als voorwaarde aangezien wordt, wil er sprake kunnen zijn van zulk misbruik (J. Van Ryn en P. Van Ommeslaghe, „Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1972-1978)”, *R.C.J.B.*, 1981, p. 400, nr. 71; Kh. Brussel, 6 juni 1977, *R.P.S.*, 1977, nr. 5952, p. 202; X. Fossoul, „La bonne foi et le droit de sociétés”, in *La bonne foi*, Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du jeune Barreau de Liège, p. 292; O. Ralet en P. Kileste, „Droits et protection de l'actionnaire minoritaire”, *T.B.H.*, 1989, p. 292, nr. 37).

Een ander, ruimer klassiek misbruikcriterium is echter het evenredigheids-criterium. Het wordt in recente doctrine en rechtspraak méér en méér als bijzonder geschikt aangevoeld om misbruik van hetzij contractuele, hetzij buitencontractuele rechten op te sporen (zie recent nog: W. Van Gerven, „Het evenredigheidsbeginsel: een beginsel met een groot verleden en een grote toekomst”, in *In het nu, wat het worden zal, Liber Amicorum Schoordijk*, Deventer, 1991, p. 75). Aldus is een bepaalde wijze van uitoefening van een recht verboden wanneer het belang dat de houder van het recht heeft bij een bepaalde uitoefeningswijze, niet in redelijke verhouding staat tot het nadeel dat hij daardoor aan een andere berokkent.

Dit criterium kan zonder enige twijfel toepassing vinden op gevallen van misbruik van meerderheidspositie ter algemene vergadering (H. Laga, „Het gelijkheidsbeginsel in het vennootschaps- en het effectenrecht”, *R.W.*, 1991-1992, p. 1177, nr. 44; zie eveneens: X. Dieux, „La responsabilité civile des associés en matière de sociétés commerciales. Evolutions récentes”, in *La responsabilité des associés, Organes et Préposés des Sociétés*, J.B. 1991, p. 84; vgl. Brussel, 9 oktober 1984, *R.P.S.*, 1986, nr. 6371, p. 50).

In de besproken periode werd het door de Rechtbank van Koophandel te Brussel toegepast op de statutenwijziging van een C.V. Op een buitengewone algemene vergadering werd het statutair verbod vennoten uit te sluiten afgeschaft en vervangen door de mogelijkheid om vennoten uit te sluiten, indien zij door hun gedrag de belangen van de vennootschap schaden. Kort na deze wijziging werd een bepaalde vennoot uitgesloten op grond van de nieuwe statutaire bepaling. De vordering van de uitgesloten vennoot tot nietigverklaring van beide besluiten wegens misbruik van meerderheid werd ingewilligd (Kh. Brussel, 31 mei 1991, *T.B.H.*, 1991, p. 927, noot J.M. Nelissen Grade).

De Rechtbank oordeelde dat niet werd aangetoond dat voormelde statuten-

wijziging het belang van de vennootschap diende, terwijl vast stond dat ze als enig doel had een bepaalde vennoot uit te sluiten. In een korte, heldere noot onderschrijft Nelissen Grade de ruime opvatting van de notie misbruik van meerderheid die hij in het vonnis leest, maar acht hij de uiteindelijk door de Rechtbank weerhouden motieven niet zwaarwichtig genoeg om in casu tot zulk misbruik te kunnen besluiten.

**176. STEMAFSPRAKEN** — In de besproken periode velde het Hof van Cassatie voor het eerst een opgemerkt arrest waarin de geldigheid van stemafspraken wordt erkend (Cass., 13 april 1989, *R.C.J.B.*, 1991, p. 205, noot J.M. Nelissen Grade; *T.R.V.*, 1989, p. 321, noot M. Wyckaert en F. Bouckaert; *J.T.*, 1990, p. 751, noot D. Michiels; *T.B.H.*, 1989, p. 878; *R.W.*, 1989-90, p. 253; *Arr. Cass.*, 1988-89, p. 920; zie ook hoger, nr. 67). Zich uitsprekend over de geldigheid van een testamentaire clause waarbij door de erfflater aan zijn zoon de verplichting werd opgelegd om zijn stemrecht ter algemene vergadering zo aan te wenden dat zijn dochter bestuurder kan blijven en dat haar bovendien een serieuze vergoeding toegekend wordt, formuleerde het Hof de regel dat bedingen omtrent de uitoefening van het stemrecht in de algemene vergadering nietig zijn indien ze ingegeven zijn door bedrog of strijden met het vennootschapsbelang. Zulke bedingen zijn daarentegen wel geldig wanneer ze de aandeelhouder niet het recht ontnemen om deel te nemen aan de besluitvorming, aldus het hoogste Hof.

Het erkennen van de rechtsgeldigheid van stemafspraken werd in de besproken periode in de doctrine nogmaals bepleit (zie P. Van Ommeslaghe, „Les conventions d'actionnaires”, *R.P.S.*, 1989, nr. 289, p. 310; L. Weyts, „De redactie van de aandeelhoudersovereenkomst”, in *Liber amicorum Jan Ronse*, p. 419; M. Wyckaert, „De conventionele bescherming van de minderheidsaandeelhouder”, *T.R.V.*, 1988, bijzonder nummer, V).

Het arrest werd echter vrijwel onmiddellijk achterhaald door de invoering van het nieuwe art. 74ter door de Wet van 18 juli 1991. Daarin wordt de geldigheid van stemovereenkomsten erkend op voorwaarde dat zij slechts gelden voor vijf jaar, niet strijden met de vennootschappenwet of met het belang van de vennootschap en geen verplichting inhouden te stemmen op instructie van organen van de vennootschap of van haar dochtervennootschappen.

Het nieuwe artikel gaf nog geen aanleiding tot rechtspraak maar werd uitvoerig besproken in de commentaren op de Wet van 18 juli 1991 (zie J.M. Nelissen Grade, „Goedkeurings- en voorkoopclausules in de naamloze vennootschap. Overeenkomsten betreffende de uitoefening van het stemrecht”, in *De N.V. en de B.V.B.A. na de Wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, p. 83 e.v.; P. Dewolf en B. Feron, „Les conventions d'actionnaires. Une évolution inachevée”, *DAOR*, 1991/92, p. 29; J. Lievens, *De nieuwe Vennootschappenwet (wet van 18 juli 1991)*, Gent, Mys & Breesch, 1991, p. 125 e.v.; M. van der Haegen en J.M. Gollier, „Les sociétés commerciales. Loi du 18 juillet 1991”, *J.T.*, 1992, p. 200 e.v., nrs. 35 e.v.).

## CONTROLE

**§ 1. Controle door een commissaris of door een individuele vennoot**

**177. NIEUWE WETGEVING** — In de besproken periode trad de nieuwe wetgeving van 21 februari 1985 op de controle van vennootschappen in werking (voor de problemen van overgangsrecht, zie H. Laga, „Wet van 21 februari 1985 tot hervorming van het bedrijfsrevisoraat”, *R.W.*, 1984-85, p. 2933; J.P. Bonte, „Bedrijfsrevisoraat en overgangsrecht”, noot onder Kort Ged. Kh. Brussel, 21 juni 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 466; zie voor portefeuillemaatschappijen, Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1985-86, 88).

Zoals men weet, bevat de wet verscheidene nieuwigheden.

Vooreerst is de functie van commissaris voortaan exclusief voorbehouden aan de bedrijfsrevisoren; het is derhalve overbodig geworden om nog te spreken van een commissaris-revisor, omdat voortaan elke commissaris noodzakelijkerwijze revisor is.

Voorts moet in elke grote vennootschap in de zin van art. 12, § 2 W. 17 juli 1975 voortaan een commissaris worden benoemd, zoals in elke onderneming met ondernemingsraad een bedrijfsrevisor moet worden aangesteld om de financieel-economische informatie te verifiëren.

In grote vennootschappen met een ondernemingsraad is er éénheid van controle: één en dezelfde bedrijfsrevisor vervult zowel de functie van commissaris ten behoeve van de algemene vergadering als die van revisor ten behoeve van de ondernemingsraad. In die vennootschappen wordt de commissaris benoemd door de algemene vergadering, na bindend advies van de ondernemingsraad, op voordracht van het bestuursorgaan.

In kleine vennootschappen is de aanstelling van een commissaris facultatief. Bij gebreke aan zulke aanstelling, is elke vennoot individueel controlebevoegd. Hij kan zich daarbij laten vertegenwoordigen door een extern accountant, d.i. een beroep dat werd gereguleerd bij diezelfde W. 21 februari 1985.

**178. INDIVIDUELE CONTROLEBEVOEGDHEID** — Het is duidelijk dat het zich aanbieden ter uitoefening van het individueel controlerecht zonet zelden als oorlogsverklaring zal gelden, dan toch dikwijls als zodanig zal begrepen worden.

Dit zou kunnen leiden tot een restrictieve houding van de rechtspraak.

Het is op zijn minst merkwaardig te noemen dat het *oude* art. 134 Venn.W. dat reeds sedert 1935 in een individueel controlerecht van de vennoten voorzag in een B.V.B.A. met 5 vennoten of minder, tot niet meer betwistingen aanleiding gaf.

De inspiratie voor dat *oud* art. 134, derde lid Venn.W. werd gevonden in art. 22 Venn.W. dat in een controlerecht voorziet voor de stille vennoot in

de gewone commanditaire vennootschap (J. Van Houtte, *Traité des S.P.R.L.*, Leuven, Larcier, 1935, p. 306, nr. 181). Op zijn beurt is dat controlerecht steeds ruim opgevat en mede op de algemene rekenschapsverplichting ex art. 1993 B.W. gebaseerd geworden (C. Houpin en H. Bosvieux, *Traité général théorique et pratique des sociétés*, Parijs, 1935, 7de uitg., t. I, p. 308-309, nr. 263; J. Van Ryn, *Principes*, t. I, 1ste uitg., 1954, p. 302, nr. 434 en p. 307, nr. 443 en t. II, 1ste uitg., 1957, p. 42, nr. 945).

De stille vennoot kon zich reeds laten bijstaan door een deskundige indien hij zelf onvoldoende bekwaam was (Gent, 21 november 1927, *Jur.Com.Fl.*, 1928, p. 17).

Het is bij die traditie dat het *nieuwe* art. 64, § 2, tweede lid Venn.W. aanknoopt. Een afwijking van deze historische lijn moet grondig gemotiveerd worden. Dat de grotere agressiviteit van het hedendaags zakenleven tot voorzichtigheid aanzet, is een motief. Of het een voldoende geldig motief is, mag betwijfeld worden.

In art. 64, § 2, tweede lid Venn.W. wordt immers expliciet bepaald dat, bij gebreke aan commissaris(-revisor), ieder vennoot individueel de onderzoeks- en controlebevoegdheid van een commissaris heeft.

Het ligt derhalve voor de hand dat men zich, bij de beoordeling van de uitgestrektheid van de controle- en onderzoeksbevoegdheid van de individuele vennoot, zal verlaten op de wettelijke omschrijving van de commissarisopdracht (Kort Ged. Kh. Dendermonde, 20 maart 1991, *T.R.V.*, 1991, p. 430). Deze opdracht bestaat luidens art. 64, § 1 Venn.W. in de controle op de financiële toestand en op de jaarrekening, alsook op de regelmatigheid, vanuit het oogpunt van de vennootschappenwet en van de statuten, van de verrichtingen weer te geven in de jaarrekening (*Gedr.St.*, Kamer, 1982-83, nr. 552/35, p. 30-31).

Om die opdracht naar behoren te vervullen, kan de commissaris op grond van art. 64sexies Venn.W. te allen tijde ter plaatse inzage nemen van de boeken, brieven, notulen en in het algemeen van alle documenten en geschriften van de vennootschap. Een weigering van de bestuurders om daarbij behulpzaam te zijn kan zelfs strafrechtelijk gesanctioneerd worden (art. 204, 6° Venn.W.).

De samenlezing van art. 64, § 2, tweede lid met art. 64, § 1 en vooral art. 64sexies Venn.W. bracht één van de weinige auteurs die het onderwerp besprak er dan ook toe te stellen: „... sans préavis ni autorisation préalable tout associé peut accomplir toute investigation qu'il juge utile” (I. Verougstraete, „Le contrôle financier des sociétés anonymes”, in *Les sociétés commerciales*, Brussel, J.B., 1985, (259), p. 294).

Het is ongetwijfeld tegen die achtergrond dat de houding van eiser in een beschikking d.d. 27 september 1988 van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel moet worden begrepen. Als medevennoot van zijn echtgenote die tevens zaakvoerster was van de betrokken vennootschap, bood hij zich onaangekondigd aan, vergezeld van een gerechtsdeurwaarder

en een accountant, om tot een individueel onderzoek en dito controle over te gaan. Nadat zijn mondeling verzoek om inzage te krijgen in de boekhouding, de stavende stukken en de „wettelijke registers” was afgewezen, krijgt hij evenzeer nul op het rekwest na een soortgelijk verzoek bij aangetekend schrijven.

Gevorderd dit verzoek in te willigen in kort geding, oordeelt de Voorzitter dat het verder gaat dan de onderzoeksbevoegdheden van een commissaris kunnen reiken. Uit een aandachtige lezing van de beschikking blijkt dat de voorzitter van oordeel is dat de onderzoeksbevoegdheden die door art. 64sexies Venn.W. aan de commissaris — in dit geval, aan de individuele vennoot — worden toevertrouwd, functioneel zijn, d.w.z. enkel mogen aangewend worden in functie van de drievoudige controle waarvan sprake in art. 64, § 1 Venn.W. (zie daarover H. Olivier, „Nouveau régime du contrôle”, *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1985, p. 36).

Uit de omstandigheden bleek dat het de individuele vennoot in de vennootschap waarin zijn vrouw zaakvoerster was, niet zozeer om de controle, dan wel om de storing alsook om de informatie op zich te doen was. Tot dan toe had hij zich immers geheel verlaten op de boekhouder van de B.V.B.A., die toevalligerwijze ook boekhouder was van een andere B.V.B.A. waarin de echtelijke rollen omgekeerd waren (man-zaakvoerder en zijn echtgenote-vennoot).

In dat perspectief komt de weigering van de Brusselse Voorzitter om de eis tot onderzoek in te willigen begrijpelijk voor, met een motivatie die naar rechtsverwerking zweemt.

Bij de concrete uitoefening van het controlerecht kan misbruik gemaakt worden. Een gebruik van door art. 64sexies Venn.W. toegekende onderzoeksrechten voor andere doeleinden dan de in art. 64, § 1 Venn.W. bedoelde controle, kan daarop wijzen (vgl. Kort Ged. Kh. Brussel, 20 december 1988, *T.R.V.*, 1990, p. 570).

Uiteraard zal de controlerende vennoot die tevens concurrent is van de vennootschap niet zelden zijn controlerecht willen benutten om een mededingsvoordeel te bekomen dat andere concurrenten niet kunnen bekomen. D.i. juist één van de redenen waarom het individueel controlerecht in een grote vennootschap totaal ondenkbaar is.

Een kwalificatie van de controlerechten van de individuele vennoot als louter doelgebonden ware wellicht overdreven. Zoals het stemrecht (vgl. J. Dabin, *Le droit subjectif*, 1952, p. 254-255; P. Coppens, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, 1947, p. 83, nr. 56; K. Geens, De bescherming tegen de bescherming, *T.R.V.*, 1988, bijzonder nummer, p. II/11 e.v.), kenmerkt het controlerecht zich immers door het feit dat het ook *niet* kan uitgeoefend worden: het is een recht, geen plicht (J.P. Maes, K. Van Hulle, *De hervorming van het bedrijfsrevisoraat en de organisatie van het accountantsberoep*, Antwerpen, Kluwer, 1985, p. 62; J. Lievens, „De wettelijke bescherming van de minderheidsaandeelhouder”, *T.R.V.*, 1988, bijzonder

nummer, p. I/38, nr. 48; B. Van Bruystegem, *De vennootschappenwet 1986*, Antwerpen, Kluwer, p. 97; anders: E. Wymeersch, „De vernieuwingen in het ondernemingsrecht”, in *Wijzigingen vennootschapsrecht, Balans-Fiskoloog Informatiedossier*, Kalmthout, Biblo, 1984, p. 71).

De beslissing dit controlerecht al dan niet uit te oefenen mag zeker ook worden ingegeven door het eigen vermogensbelang van de aandeelhouder of vennoot, en niet uitsluitend door het vennootschapsbelang.

Wellicht is het controlerecht meer doelgebonden wanneer het in een C.V., op grond van art. 147octies, § 2 Venn.W., wordt toevertrouwd aan een comité van de controlerende vennoten in de C.V. (J. Gollier en P. Vandepitte, „De individuele controlebevoegdheid van de vennoot in kleine en middelgrote vennootschappen: enkele beschouwingen”, *T.R.V.*, 1990, (574), p. 575).

**179.** In het verlengde van wat voorafgaat ligt de vraag hoe ruim de onderzoeks- en controlebevoegdheid van de individuele vennoten is. Bij herhaling oordeelde de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel dat het individueel controlerecht zich beperkt tot het lopende boekjaar (Kort Ged. Kh. Brussel, 27 september 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 217; Kort Ged. Kh. Brussel, 13 oktober 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 220).

In elk geval kan dit enkel zo begrepen worden dat de individuele vennoot ook recht heeft op controle van het voorbije boekjaar in zoverre de desbetreffende jaarrekening nog niet goedgekeurd en afgesloten is (vgl. Kort Ged. Kh. Brussel, 20 december 1988, *T.R.V.*, 1990, p. 571).

Wellicht moet nochtans verder gegaan worden, en dient de individuele vennoot, zoals de commissaris, het recht te krijgen om alle voorgaande boekjaren en jaarrekeningen te onderzoeken, in zoverre dit relevant is om de jaarrekening te begrijpen m.b.t. het voorbije boekjaar (in die zin, terecht, J. Gollier en P. Vandepitte, *a.a.*; vgl. Kort Ged. Kh. Dendermonde, 1 maart 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 223; zie ook de aanhef van voorgaand randnummer).

**180.** VERTEGENWOORDIGING DOOR EEN ACCOUNTANT — De aard van het individueel controlerecht wijzigt niet indien een vennoot ervoor opteert zich door een accountant te laten vertegenwoordigen. De accountant heeft dan niet de opdracht van algemeen belang waarmee de commissaris bekleed is: „il fournit des prestations techniques au profit de celui qui l'a désigné. Il n'est pas indépendant au sens où l'est le réviseur” (I. Verougstraete, *a.a.*, p. 294, nr. 44).

**181.** In de rechtsleer was de vraag reeds gesteld of een vennoot zich niet alleen door een accountant kan laten vertegenwoordigen, maar zich er ook door kan laten bijstaan. Weliswaar gewaagt de tekst van art. 64, § 2, tweede lid Venn.W. enkel van vertegenwoordigen. Op grond van het adagium „Qui

peut le plus, peut le moins'' kon de opvatting verdedigd worden dat men zich ook kan laten bijstaan door een accountant (J. Lievens, De wettelijke bescherming van de minderheidsaandeelhouder, *T.R.V.*, 1988, bijzonder nummer, p. I/38, nr. 49; J. 't Kint, *Les modifications apportées au droit des sociétés anonymes par la loi du 5 décembre 1984 et par la loi du 21 février 1985*, Brussel, Larcier, 1985, p. 168, nr. 305; B. Van Bruystegem, *a.w.*, p. 98).

Voor die stelling is steun te vinden in de Memorie van Toelichting voorafgaand aan het Wetsontwerp tot hervorming van het bedrijfsrevisoraat: „In diezelfde hypothese voorziet het artikel dat iedere vennoot zich kan laten vertegenwoordigen, a fortiori zich kan laten bijstaan'' (*Gedr.St.*, Kamer, 1982-83, nr. 552/1, p. 14).

Deze stelling wordt impliciet gevolgd in een beschikking van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde d.d. 1 maart 1989 (*T.R.V.*, 1989, p. 223).

Maar de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel was een andere mening toegedaan (Kort Ged. Kh. Brussel, 13 oktober 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 220). Zonder te beweren dat de accountant toch de onafhankelijkheid en het algemeen belang in acht zou moeten nemen zoals de revisor, wijst de Brusselse Voorzitter er niettemin op dat de accountant gehouden is de confidentialiteit na te leven.

Klaarblijkelijk is het de Voorzitter vooral te doen geweest om de hoger bedoelde gevaren van commerciële spionage die niet zelden tot aanstelling van een commissaris leiden, zelfs in een vennootschap waar er geen moet worden aangesteld (I. Verougstraete, *a.a.*, p. 294, nr. 43).

Dit wordt bevestigd door een andere beschikking van een (andere) Voorzitter van de Brusselse Rechtbank waarin hij de bijstand door een accountant wel mogelijk acht (Kort Ged. Kh. Brussel, 15 juni 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 564).

Het gevaar op commerciële spionage vermindert uiteraard indien de vertegenwoordigende accountant niet mag vergezeld zijn van de vertegenwoordigde vennoot, en indien hij bovendien tot geheimhouding t.o.v. zijn lastgever gehouden is.

De vraag mag nochtans gesteld worden of het beroepsgeheim bedoeld in art. 95, tweede lid W. 21 februari 1985 ook moet worden nageleefd t.a.v. de eigen cliënt. Van de geneesheer of advocaat zal men zulks alleszins niet eisen.

De commissaris-revisor is wel gehouden tot een zekere geheimhouding t.o.v. de aandeelhouders en vennoten (art. 27 W. 22 juli 1953, zoals gewijzigd bij art. 61A W. 21 februari 1985), maar zij zijn strikt genomen niet de cliënt van de commissaris-revisor, die wordt aangesteld op voordracht van de raad van bestuur en die wordt betaald door de vennootschap: het beroepsgeheim dient hier niet zozeer de loyauteit t.a.v. „de cliënt'', dan wel de objectiviteitsplicht t.a.v. het algemeen belang (K. Geens, *Het vrij beroep*, proef-

schrift, K.U.Leuven, 1986, nrs. 134, 181, 230 e.v. en 280; Id., „De reglementering van het vrij beroep”, *T.P.R.*, 1988, (127), p. 151, nr. 21 en p. 158-160, nrs. 35-39).

Acht men de accountant gehouden tot het beroepsgeheim jegens de vennoot of aandeelhouder die hem een controlemandaat gaf, dan vertoont zijn taak meer gelijkenis met die van een commissaris dan met die van een deskundige lasthebber.

Deze gelijkenis is minder ver gezocht indien de vergoeding van de accountant ten laste komt van de vennootschap: zoals de commissaris wordt de accountant dan niet bezoldigd door degene ten behoeve van wie hij de controle waarneemt, maar wel door de vennootschap zelf (zie volgend randnummer).

De neiging hieruit conclusies te trekken vermindert wanneer men vaststelt dat de Regering de mogelijkheid om de vergoeding ten laste te leggen van de vennootschap, slechts opnam in art. 64, § 2 Venn.W. op instigatie van de Raad van State (*Gedr.St.*, Kamer, 1982-83, nr. 552/1, p. 68, voetnoot 3).

De Regering voegde dan zelf de compensatie toe dat de accountant in dat geval — d.i. als de vennootschap betaalt — haar zijn opmerkingen („le rapport”) moet meedelen (art. 64, § 2, tweede lid, laatste zin Venn.W.). Nergens in de parlementaire besprekingen vindt men terug of de accountant in dat geval alleen aan de vennootschap of ook aan de vennoot in kwestie zijn opmerkingen moet laten worden (in deze laatste zin: J. Lievens, *De éénpersoons-B.V.B.A.*, Antwerpen, Kluwer, 1986, p. 128, nr. 204; blijkbaar in de andere zin: J.P. Maes, K. Van Hulle, *a.w.*, p. 63).

**182. DE VERGOEDING VAN DE ACCOUNTANT** — Zoals gezegd, werd de mogelijkheid om de vergoeding van de accountant ten laste te leggen van de vennootschap in het nieuwe art. 64, § 2 Venn.W. ingevoegd op suggestie van de Raad van State.

Uiteraard kan de raad van bestuur of de zaakvoerder de bezoldiging van de accountant vrijwillig ten laste nemen: zij wordt luidens de wettekst geacht zulks te doen indien zij instemt met de benoeming van de accountant.

De vergoeding kan ook ten laste gelegd worden van de vennootschap ingevolge een rechterlijke beslissing. In het Kamerverslag stelde de Minister van Justitie dat de rechter zich in zijn oordeel kan laten leiden door het resultaat van het door de accountant gedane onderzoek (a posteriori) of door het onredelijk karakter van de weigering van de vennootschap (a priori) (*Gedr.St.*, Kamer, 1982-83, nr. 552/35, p. 35; J. Lievens, *a.a.*, p. I/39, nr. 40; J. Maes en K. Van Hulle, *a.w.*, p. 63; I. Verougstraete, *a.a.*, p. 295, nr. 44).

In de eerste commentaren op de nieuwe wet werd reeds geschreven dat de rechterlijke beslissing waarvan sprake in art. 64, § 2, tweede lid Venn.W., ook een beschikking in kort geding kon zijn (I. Verougstraete, *a.a.*).

Wel valt op hoe weinig aandacht door de Voorzitters wordt besteed aan de redenen waarom de vergoeding ten laste wordt gelegd van de vennootschap. Het wordt gewoon en vrij apodictisch bestatigd in het dispositief van hun beslissing. Daaruit werd door sommigen al afgeleid dat de vergoeding van de accountant in beginsel ten laste van de vennootschap komt (P. Vandepitte, J.M. Gollier, *a.a.*, (574), p. 578).

**183. BENOEMING VAN EEN COMMISSARIS-REVISOR OP VOORDRACHT VAN DE ONDERNEMINGSRAAD** — In het begin van de verslagperiode ontstonden enkele interpretatieproblemen m.b.t. het aan de ondernemingsraad toegekende recht om een kandidaat-commissaris aan de algemene vergadering voor te dragen.

In art. 15ter W. 21 februari 1985 wordt voorgehouden dat de ondernemingsraad beraadslaagt op initiatief en voorstel van de raad van bestuur. In verschillende ondernemingsraden werd voorgehouden dat de raad van bestuur meerdere kandidaturen moet voorleggen aan de ondernemingsraad, waartussen deze dan kan kiezen.

Evenmin als de ondernemingsraad meerdere kandidaten moet voordragen aan de algemene vergadering, bestaat in hoofde van de raad van bestuur de verplichting om aan de ondernemingsraad de keuze te laten tussen meerdere mogelijke commissarissen. Dergelijke verplichting kan althans niet uit de wet worden afgeleid (Voorz. Kh. Nijvel, 10 april 1986, *T.B.H.*, 1986, p. 605). Enkel in art. 2 van het K.B. van 17 maart 1986 — betreffende de voordracht van de ondernemingsraden van kandidaten voor de opdracht van commissaris-revisor of van bedrijfsrevisor — wordt in het meervoud gewaagd van de „voorstelling van *kandidaturen*”, zonder dat dit meervoud dwingend kan begrepen worden (in dezelfde zin, H. Braeckmans, „De benoeming van de commissaris-revisor: nieuwe rechtspraak”, *R.W.*, 1986-87, (1793), p. 1797).

Wel kan de ondernemingsraad de haar voorgestelde kandidaat weigeren — dit moet tot tweemaal toe gebeuren — en op die manier de raad van bestuur tot een nieuw voorstel uitnodigen (art. 3 K.B. 17 maart 1986).

Indien de raad van bestuur niet op deze uitnodiging ingaat, kan de ondernemingsraad, zoals elke belanghebbende overigens, de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel, zetelend zoals in kort geding, vorderen om een commissaris-revisor aan te duiden.

De Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel moet de ondernemingsraad niet horen, maar kan dat doen (Voorz. Kh. Luik, 16 april 1986, *R.P.S.*, 1986, nr. 6392, p. 173). Hoewel de ondernemingsraad zijn weigering om in te gaan op het voorstel van de kandidatuur niet moet motiveren, ligt het voor de hand dat de Voorzitter minder geneigd zal zijn om op een ongemotiveerde weigering in te gaan (Voorz. Mechelen, 9 mei 1986, *T.B.H.*, 1986, p. 613; *Gedr.St.*, Kamer, 1983-84, nr. 2, p. 20).

Het is uiteraard onmogelijk om binnen dit bestek in te gaan op de veelheid

aan redenen die de ondernemingsraden inroepen om niet over te gaan tot voordracht van de hen voorgestelde kandidaat-commissaris. Niet zelden werd aangevoerd dat de commissaris in het verleden geen contact gezocht had met de ondernemingsraad. Dit was in 1986 nog verschoonbaar omdat de commissaris voordien geen uitstaans had met de ondernemingsraad. Een andere argumentatielijn die soms wordt benut, betreft het feit dat de revisor te weinig uren zou besteden aan de controle, of teveel beroep zou doen op medewerkers. Om het eerste argument te beoordelen, is een erg gedetailleerde kennis van de onderneming vereist. Een goede inschatting van het aantal vereiste uren door de revisor wordt des te waarschijnlijker naarmate hij reeds langer met de onderneming vertrouwd is (b.v. Voorz. Kh. Brussel, 5 juni 1986, *T.B.H.*, 1986, p. 616; Voorz. Hasselt, 23 mei 1986, *R.W.*, 1986-87, p. 1838). Wat de mogelijkheid zich te laten bijstaan door medewerkers aangaat, moet worden opgemerkt dat daarin expliciet voorzien werd door art. 64sexies, in fine Venn.W. (in dezelfde zin, H. Braeckmans, „De benoeming van de commissaris-revisor: nieuwe rechtspraak”, *R.W.*, 1986-87, (1793), p. 1803).

**184. BENOEMING VAN EEN BURGERLIJKE VENNOOTSCHAP MET RECHTSPERSONLIJKHEID TOT COMMISSARIS** — Men zal zich herinneren dat ten tijde van de goedkeuring van de wetgeving tot hervorming van het bedrijfsrevisoraat, nog gehoopt werd dat het wetsontwerp nr. 1107 tot invoering van een professionele vennootschap dat in de Kamer werd goedgekeurd (*Gedr.St.*, Kamer, 1984-85, nr. 1108/7), ook in de Senaat zou gestemd raken. Uiteindelijk stierf dit wetsontwerp een zachte dood.

In art. 67 en 100 van de W. 21 februari 1985 tot hervorming van het bedrijfsrevisoraat wordt evenwel een overgangperiode ingesteld die zal duren tot drie jaar na de invoering, krachtens voormeld wetsontwerp, van de professionele vennootschap voor revisoren en accountants (zie ook hoger, nr. 21).

Deze overgangperiode duurt nog steeds, en zal waarschijnlijk nog erg lang duren. Gedurende die overgangperiode is het mogelijk voor bedrijfsrevisoren om zich, onder zekere voorwaarden, te organiseren in een burgerlijke vennootschap met de vorm van een V.O.F., een B.V.B.A. of een C.V. (art. 33, § 1 W. 22 juli 1953, zoals ingevoegd door art. 67 W. 21 februari 1985; Koninklijk Besluit van 15 mei 1985 tot uitvoering van de overgangsbepalingen in de Wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut der Bedrijfsrevisoren, ingevoegd door de Wet van 21 februari 1985; K. Geens, „De professionele en interprofessionele vennootschap: een stand van zaken”, *Accountancy en Bedrijfskunde*, 1985/5, p. 1 e.v.).

De burgerlijke vennootschap kan, vermits ze de rechtspersoonlijkheid bezit, met een controleopdracht belast worden, maar moet voor de uitvoering daarvan beroep doen op een zaakvoerder, bestuurder of vennoot, die als vast vertegenwoordiger in naam en voor rekening van de rechtspersoon handelt, alsof hij in eigen naam en voor eigen rekening handelde. Dit wil

zeggen dat de vaste vertegenwoordiger hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijk is met de rechtspersoon, zowel op burgerrechtelijk, strafrechtelijk als tuchtrechtelijk vlak.

Dit systeem van vaste vertegenwoordiging is ontleend aan voormeld wetsontwerp nr. 1107 inzake de burgerlijke professionele vennootschap, dat op zijn beurt leentje buur speelde bij de Franse vennootschapswet waarin een soortgelijk mechanisme werd opgezet voor de rechtspersoon die wordt aangesteld tot lid van de raad van toezicht (art. 92 L. 24 juli 1966; art. 87 Décr. 1967; zie ook het Belgisch zgn. „groot ontwerp” houdende een nieuwe handelsvennootschappenwet, *Gedr.St.*, Kamer, 1979-80, nr. 387/1, art. 99; H. Laga, „De vertegenwoordiging van een vennootschap bij de uitoefening van een bestuurdersmandaat”, *T.R.V.*, 1993, p. 313).

Men ziet niet in hoe een professionele vennootschap van revisoren met rechtspersoonlijkheid anders dan zelf met de controle-opdracht belast kan worden. Vermits de revisoren hun beroep uitoefenen in naam en voor rekening van de rechtspersoon, is het noodzakelijkerwijze deze laatste die, mits aanduiding van een vaste vertegenwoordiger, de mandaten moet waarnemen. Wij kunnen het dan ook niet eens zijn met een beslissing van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel waarin de formule van vaste vertegenwoordiging bij rechtspersonen-revisor wordt voorgesteld als een alternatief voor de aanstelling van de natuurlijke persoon-vennoot (Voorz. Brussel, 13 januari 1987, *R.W.*, 1986-87, p. 1845).

Hoewel de wetgever door het systeem van de vaste vertegenwoordiging poogde het intuïtu personae karakter van de commissarisopdracht gestalte te geven (Kh. Brussel, 26 juni 1986, *R.W.*, 1986-87, p. 1838, met noot), is het actuele mechanisme ontoereikend omdat de aanstelling en de vervanging van de vaste vertegenwoordiger, luidens de tekst van art. 33, § 2 W. 22 juli 1953, tot de uitsluitende verantwoordelijkheid van de aangestelde rechtspersoon-bedrijfsrevisor zou horen. Het is onmiskenbaar dat ook de raad van bestuur, de ondernemingsraad en de algemene vergadering hierin graag betrokken worden.

In de praktijk gebeurt dit doordat de rechtspersoon, nog voor zijn aanstelling, meteen ook de naam van zijn vaste vertegenwoordiger meedeelt (Kh. Brussel, 26 juni 1986, *R.W.*, 1986-87, p. 1838, met noot). De tekst van art. 33 Wet 22 juli 1953 maakt van die praktijk echter geen vereiste, en het is slechts met veel goede wil dat de voorafgaande neerlegging van een curriculum vitae zoals bedoeld in art. 4 K.B. 17 maart 1986 als zodanig kan begrepen worden (vgl. H. Braeckmans, „De benoeming van de commissaris-revisor: nieuwe rechtspraak”, *R.W.*, 1986-87, (1793), p. 1807).

Zeer twijfelachtig is trouwens of een andere praktijk die erin bestaat namens eenzelfde rechtspersoon meerdere vaste vertegenwoordigers aan te stellen in de verschillende ondernemingsraden van dezelfde rechtspersoon überhaupt in overeenstemming kan gebracht worden met de principes van éénheid van rechtspersoonlijkheid en éénheid van controle (vgl. Instituut

der Bedrijfsrevisoren, *Jaarverslag*, 1985, p. 31 e.v.; Kh. Brussel, 26 juni 1986, *R.W.*, 1986-87, p. 1838, met noot). Enerzijds kunnen meerdere vaste vertegenwoordigers van eenzelfde rechtspersoon geen college vormen, want dat is strijdig met de gedachte van éénheid van rechtspersoonlijkheid: er is maar één rechtspersoon, en dus maar één commissaris. Anderzijds kan moeilijk voorkomen worden dat meerdere vaste vertegenwoordigers van eenzelfde rechtspersoon soms verschillende opinies zullen uiten, en aldus afbreuk doen aan die éénheid. Dit is des te gevaarlijker omdat de meervoudigheid in vaste vertegenwoordiging meestal het gevolg zal zijn van de wens in verschillende ondernemingsraden verschillende revisoren aan het woord te laten, zeker wanneer de bedrijfszetels in verschillende rechtsgebieden gelegen zijn. Indien deze revisoren niet spreken uit één mond, wordt aldus bovendien afbreuk gedaan aan de éénheid van controle, meer dan het geval is bij een college van commissarissen, omdat de éénheid daar bewaard wordt door de regels van de beraadslagende lichamen toe te passen.

**185. ONTSLAG COMMISSARIS. WETTIGE REDEN** — Zoals men weet, moet in vennootschappen die niet voldoen aan de criteria van art. 12, § 2 W. 17 juli 1975 inzake de boekhouding en jaarrekening van ondernemingen, geen commissaris worden aangesteld. Indien toch een commissaris wordt aangesteld, vervalt het individueel controlerecht (hoger, nr. 177), en is het commissarismandaat in alle opzichten onderworpen aan de gewone regels (art. 64, § 2 Venn.W.).

Het gaat dus niet op in een kleine onderneming waarin gebruik gemaakt werd van de faculteit om een commissaris te benoemen, de aangestelde — en onverwacht „lastige” — commissaris zomaar te ontslaan gedurende zijn termijn van drie jaar, omdat zijn bezoldiging te zwaar op het budget zou wegen. Dit laatste is inderdaad geen geldig motief in de zin van art. 64quater, tweede lid Venn.W. (Luik, 23 november 1989, *R.P.S.*, 1990, nr. 6545, p. 178). Onder wettige redenen kunnen daarentegen wel begrepen worden, de verwaarlozing van zijn mandaat door de commissaris, ziekte en andere soortgelijke omstandigheden (*Gedr.St.*, Kamer, 1982-83, nr. 552/1, p. 18).

## **§ 2. De gerechtelijke commissaris / Het deskundigenonderzoek (art. 191 Venn.W.)**

**186. WET VAN 18 JULI 1991** — Art. 191 Venn.W. met de erin voorziene mogelijkheid tot aanstelling van een gerechtelijk commissaris werd ingrijpend gewijzigd door de Wét van 18 juli 1991 (*B.S.*, 26 juli 1991). Eén of meer vennoten, aldus het nieuwe art. 191, lid 1 Venn.W., die minstens 1% bezitten van de stemrechtverlenende effecten of kapitaals aandelen ter waarde van vijftig miljoen frank, kunnen de aanstelling vorderen van een deskundige indien er aanwijzingen zijn dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen.

Van belang is dat de vordering een volkomen zelfstandig karakter vertoont. De aanstelling van een deskundige kan dus niet enkel gevorderd worden in het kader van een ander geschil, maar ook louter als onderzoeksmaatregel (H. Laga, „De minderheidsvordering en het deskundigenonderzoek”, in *De N.V. en de B.V.B.A. na de Wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, p. 243, nr. 56; vgl. Y. Merchiers, „Le commissaire-vérificateur, commissaire-investigateur ou expert et droit d'enquête en droit Néerlandais”, *R.D.A.I.*, 1991, p. 593). Deze zelfstandigheid werd benadrukt in het eerste vonnis van Rechtbank van Koophandel te Brussel dat toepassing maakt van het nieuwe art. 191 Venn.W. (Kh. Brussel, 3 september 1992, *DAOR*, 1992, p. 93, nr. 25, noot J. Billiet).

De vordering op grond van art. 191 Venn.W. zal in de praktijk evenwel dikwijls een minderheidsvordering of een vordering tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder of tot vernietiging van een besluit wegens misbruik van meerderheid, voorafgaan (J. Lievens, *De nieuwe vennootschaps-wet (wet van 18 juli 1991)*, Gent, Mys & Breesch, 1991, p. 161). Vaak zal het voor de minderheidsaandeelhouder die niet vertegenwoordigd is in de raad van bestuur, de enige mogelijkheid mogelijkheid zijn om de vermelde vorderingen van bewijsmateriaal te voorzien.

Wordt de aanstelling van de deskundige in de zin van art. 191 Venn.W. toch in het kader van een ander geding gevorderd, dan kan gebeurlijk de deskundige op grond van art. 19, lid 2 Ger. Wb. op de inleidingszitting aangeduid worden (D. Lindemans, „Voorlopige maatregel door de rechter ten gronde”, *T.B.H.*, 1989, p. 218; P. Lemmens, „De voorlopige regeling van de toestand der partijen ten gronde, na een behandeling ter inleidende zitting”, *R.W.*, 1984-85, p. 2011).

**187. TOEPASSINGSGBIED** — Voortaan is de aanstelling van een deskundige, door de wetgever voorheen commissaris genoemd, mogelijk in alle vennootschappen met rechtspersoonlijkheid (K. Geens, „De overgangsregeling in de nieuwe vennootschapswetten van 18 juli en 20 juli 1991”, *T.R.V.*, 1991, nr. 10, p. 286). Anderen achten de vordering mogelijk in alle vennootschapstypes (O. Ralet, „La responsabilité des administrateurs et l'action minoritaire”, *DAOR*, 1991, p. 60; vgl. H. Braeckmans, „Nieuwe regelen voor bestuurders en aandeelhouders: belangenconflict, minderheidsvordering, nieuwe regelen bij het houden van een algemene vergadering, deskundigenonderzoek”, in *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991* (H. Braeckmans en E. Wymeersch eds.), Maklu, Antwerpen, 1992, p. 369, nr. 89).

Onder het oude recht werd beweerd dat zij alleen van toepassing was op de N.V. en de C.V. omdat in art. 191 Venn.W. enkel sprake was van „aandeelhouders of van leden van een coöperatieve vennootschap”. De rechtspraak hield zich evenwel niet aan deze strikte interpretatie en in de besproken periode werd nog geoordeeld dat de aanstelling ook kon gevorderd worden in een B.V.B.A. (Kort Ged. Kh. Charleroi, 7 augustus 1985, *T.B.H.*, 1987, p. 365).

**188.** TOEPASSINGSVOORWAARDEN — Vóór de wijziging van art. 191 Venn.W. door de Wet van 18 juli 1991 kon een gerechtelijk commissaris slechts aangesteld worden indien er „uitzonderlijke omstandigheden” voorhanden waren. Deze zware bewijslast had als gevolg dat de vordering zelden ingewilligd werd.

Daarbij mag echter niet uit het oog verloren worden dat de vordering vaak door minderheidsaandeelhouders oneigenlijk gebruikt werd, bv. omdat zij zich niet konden akkoord verklaren met het door de raad van bestuur gevoerde beleid (Kort Ged. Kh. Luik, 15 juli 1986, *T.B.H.*, 1987, p. 546).

Toch werd in de rechtspraak gepoogd de notie „uitzonderlijke omstandigheden” ruim te interpreteren om aan de vordering toch een aanvaardbaar toepassingsgebied te geven. Zo vergenoegde de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Tongeren zich met het bewijs van ernstige vermoedens van onregelmatigheden in het bestuur (Voorz. Kh. Tongeren, 11 mei 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 97; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1347, nrs. 350 e.v.).

De nieuwe tekst van art. 191 Venn.W. is beduidend soepeler (H. Laga, „De minderheidsvordering en het deskundigenonderzoek”, in *De N.V. en de B.V.B.A. na de Wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1991, p. 245, nr. 60; H. Braeckmans, „Nieuwe regelen voor bestuurders en aandeelhouders: belangenconflict, minderheidsvordering, nieuwe regelen bij het houden van een algemene vergadering, deskundigenonderzoek”, in *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991* (H. Braeckmans en E. Wymeersch eds.), Antwerpen, Maklu, 1992, p. 368, nr. 88). De eiser moet enkel aantonen dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen. Volgens de voorbereidende werken mag voormelde uitdrukking niet worden verstaan in de zin van een „rechtstreekse overtreding van de wet of van de statuten” maar wel in de ruime zin van handelingen, verzuim of nalatigheid die de belangen van de vennootschap kunnen schaden (*Gedr.St.*, Senaat, 1990-1991, nr. 1107/3, p. 299).

Anderzijds lijkt de door de wetgever gebruikte uitdrukking „op ernstige wijze” erop te wijzen dat niet om het even welke onregelmatigheid grond kan zijn voor de aanstelling van een deskundige.

**189.** DE HOEDANIGHEID VAN DE DESKUNDIGE. OPDRACHT. VERSLAG — De deskundige kan om het even wie zijn. Gelet op de aard van de gevraagde opdracht zal in vele gevallen een accountant of bedrijfsrevisor de aangewezen persoon zijn.

Is de deskundige een gerechtelijke deskundige in de zin van art. 962 Ger.Wb.? Sommige auteurs menen van niet (J. Lievens, *De nieuwe vennootschapswet (wet van 18 juli 1991)*, Gent, Mys & Breesch, 1991, p. 165 en 166; M. Van Der Haegen en J.M. Gollier, „Les sociétés commerciales”, *J.T.*, 1992, p. 220, nr. 75). Nochtans bepaalt art. 2 Ger.Wb. dat de in het wetboek gestelde regels in beginsel van toepassing zijn op alle rechtsplegin-

gen behoudens wanneer daarvan afgeweken wordt in bijzondere rechtsplegingen (A. Kohl, „Le code judiciaire, droit commun de la procédure”, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1975, p. 410). De art. 792 e.v. Ger.Wb. zijn dus van toepassing in de mate dat art. 191 Venn.W. er niet van afwijkt (H. Laga, „De minderheidsvordering en het deskundigenonderzoek”, in *De N.V. en de B.V.B.A. na de Wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, p. 245, nr. 62; J. Billiet, „Het deskundig onderzoek op grond van art. 191 Venn.W.”, *DAOR*, 1992, p. 96). Men ziet inderdaad niet goed in waarom deze wettelijke regels die er voornamelijk toe strekken de rechten van verdediging te vrijwaren, in casu niet van toepassing zouden zijn.

Van niet te onderschatten belang is dat ook de opdracht van de deskundige gevoelig werd verruimd. Vroeger kon hij enkel de boeken en rekeningen van de vennootschap nazien. Nu kan hij ook nog worden belast met een nazicht van de verrichtingen van de organen van de vennootschap. Daaronder vallen de raad van bestuur, de zaakvoerders, de algemene vergadering, de commissarissen en de vereffenaars (J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, p. 155, nr. 297). De deskundige kan dus belast worden met een onderzoek van al de verslagen van deze organen.

**190. PROCEDURE** — Op het vlak van de te voeren procedure onderging art. 191 Venn.W. geen wijzigingen.

Soms wordt voorgehouden dat de aanstelling van een deskundige nooit kan gevorderd worden in kort geding. Art. 191 Venn.W. zou een wettelijke uitzondering vormen op de in art. 584 Ger. Wb. omschreven bevoegdheid van de Voorzitter. De aanstelling zou evenmin kunnen op eenzijdig verzoekschrift: art. 191, tweede lid Venn.W. schrijft namelijk voor dat de partijen in raadkamer moeten worden gehoord (J. Lievens, *De nieuwe vennootschapswet (wet van 18 juli 1991)*, Gent, Mys & Breesch, 1991, p. 164).

Deze opvatting vindt geen steun in de tekst van art. 191 Venn.W. en strijdt met art. 584, tweede lid Venn.W. naar luid waarvan de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel bij voorraad uitspraak kan doen in de gevallen die hij spoedeisend acht *in aangelegenheden die tot de bevoegdheid behoren van de Rechtbank van koophandel* (H. Laga, „De minderheidsvordering en het deskundigenonderzoek”, in *De N.V. en de B.V.B.A. na de Wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, p. 247, nr. 67). Ze werd in de besproken periode niet gevolgd door de Voorzitters (zie Kort Ged. Kh. Tongeren, 11 mei 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 97).

Ook de opvatting dat de aanstelling niet kan gevorderd worden bij eenzijdig verzoekschrift snijdt geen hout (H. Laga, „De minderheidsvordering en het deskundigenonderzoek”, in *De N.V. en de B.V.B.A. na de Wet van 18 juli*, Kalmthout, Biblo, 1992, p. 248, nr. 69). Partijen moet immers altijd gehoord worden door de rechter. Art. 191 Venn.W. wijkt enkel af van het gemeen recht door dat dit dient te gebeuren in raadkamer „afin d'éviter que le bruit des discussions n'aille jusqu'aux oreilles des tiers et ne nuise au

crédit de la société'' (C. Resteau, *Traité*, III, 1985, p. 91, nr. 1429; J. Van Ryn, *Principes*, I, 1954, p. 454, nr. 738). Men kan zich trouwens afvragen of dit voorschrift dat dateert van 1873, nog verzoenbaar is met de regel dat de zittingen in beginsel openbaar zijn (art. 96 Ger. Wb. en art. 6, 1 E.V.R.M.).

Volstreekte noodzakelijkheid in de zin van art. 584, derde lid Ger. Wb. blijft uiteraard vereist. Dit is het geval wanneer bij een tegensprekelijke procedure het gevaar bestaat dat de verweerder de boekhoudkundige stukken waarvan onderzoek gevorderd wordt, zou doen verdwijnen (Kh. Charleroi, 7 augustus 1985, *T.B.H.*, 1987, p. 365). Aangenomen wordt immers dat volstreekte noodzakelijkheid niet alleen aanwezig is in uiterst spoedeisende gevallen maar ook telkens de tegensprekelijke rechtspleging de uit te spreken maatregel elke doeltreffendheid zou ontnemen (S. Raes, „Het kort geding in vennootschapszaken'', *T.R.V.*, 1988, p. 337).

Ontstaat de vrees voor het verdwijnen van documenten pas nadat de tegensprekelijke procedure in kort geding tot aanstelling is ingeleid, dan kan de Voorzitter nog altijd op eenzijdig verzoekschrift een sekwester over de boekhouding aanstellen (Kort Ged. Kh. Tongeren, 4 april 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 98, noot N. Hollanders de Ouderaen, „De gerechtelijke commissaris op eenzijdig verzoekschrift''; zie verder D. Lindemans, „Een sekwester als beheerder bij vennootschapsgeschillen'', *T.B.H.*, 1987, p. 325 e.v.).

---

**191. BEKENDMAKING VERSLAG** — Nieuw is dat de Rechtbank van Koophandel voortaan ook de bekendmaking van het verslag van de deskundige kan bevelen. Het is geen verplichting. Zij kan onder meer beslissen dat het verslag op kosten van de vennootschap moet worden bekendgemaakt volgens de regels die zij bepaalt, aldus het laatste lid van art. 191 Venn.W. Daarbij zal de rechter het belang van de eisers bij de bekendmaking moeten afwegen tegen het belang van de vennootschap (B. Van Bruystegem, „De kleine aandeelhouder in het Wetsontwerp Wathelet'', in *Financiële herregulering in België*, Antwerpen, Kluwer, 1991, p. 695; H. Laga, „De minderheidsvordering en het deskundigenonderzoek'', in *De N.V. en de B.V.B.A. na de Wet van 18 juli*, Kalmthout, Biblo, 1992, p. 246, nr. 65). Het hoeft geen betoog dat deze maatregel, net zoals de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder, de credibiliteit van de vennootschap ten aanzien van derden, o.m. leveranciers, banken, enz. ernstig kan aantasten.

#### AFDELING 6

#### JAARREKENING

**192. TOEPASSINGSGBIED. CRITERIA K.M.O.'S** — Net als in de vorige verslagperiode, was het jaarrekeningenrecht ook in de voorbije periode sterk in evolutie. Hoewel de evolutie vooral de geconsolideerde jaarrekening betrof

(zie daarvoor, nr. 196), werd ook gesleuteld aan het toepassingsgebied van de basiswetgeving van 17 juli 1975 en van de desbetreffende bepalingen in de handelsvennootschappenwet (zie over het oude toepassingsgebied, „Le domaine d'application des comptes annuels”, *La vie au bureau*, juni-juli 1989, 3-8; P. Ernst, „De jaarrekening in het vennootschapsrecht”, in *Praktijkids voor de jaarrekening*, Antwerpen, Kluwer; zie voor een overzicht van het nieuwe recht, D. Meulemans, „De nieuwe voorschriften met betrekking tot de openbaarmaking van de jaarrekening en de revisorale controle”, in *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen: financieel recht, vennootschaps- en boekhoudrecht* (ed. D. Meulemans, M. Flamée), Brugge, Die Keure, 1993, 263).

De wijziging en uitbreiding van het toepassingsgebied vond vooral zijn oorzaak in de Europese Richtlijnen 90/604 en 90/605, beide van 8 november 1990, tot wijziging van de Vierde en de Zevende Richtlijn (Pb. L 317, 11 november 1990, resp. p. 57 e.v. en p. 60 e.v.).

Ingevolge Richtlijn 90/604 werden de criteria opgetrokken op grond van dewelke de kleine en middelgrote ondernemingen die hun jaarrekening niet moeten openbaar maken, worden onderscheiden (art. 12, § 2 W. 17 juli 1975, zoals gewijzigd bij K.B. 30 december 1991). Wat nogal eens uit het oog verloren wordt, is dat deze criteria voor verbonden ondernemingen hoe dan ook moeten toegepast worden op geconsolideerde basis (art. 12, § 2 K.B. 12 september 1983 tot uitvoering van de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen).

**193. TOEPASSINGSGEBIED. PERSONENVENNOOTSCHAPPEN** — Ingevolge Richtlijn 90/605 moest het toepassingsgebied van de Vierde en de Zevende Richtlijn van de N.V., de B.V.B.A. en de Comm.V. Aand. uitgebreid worden tot de V.O.F. en de gewone commanditaire vennootschap waarvan alle onbeperkt aansprakelijke vennoten zelf kapitaalvennootschappen zijn (de zgn. beperkte aansprakelijkheid in de tweede graad).

België was hierop vooruitgelopen, en zelfs strenger geweest, door reeds in 1983 de basisregeling van de jaarrekening en het commissariaat uit te breiden tot de vóór die datum opgerichte grote V.O.F. en de grote gewone commanditaire vennootschappen waarvan niet alle onbeperkt aansprakelijke vennoten natuurlijke personen waren (art. 10 K.B. 12 september 1983 tot uitvoering van de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekening van ondernemingen).

Naar aanleiding van de aanpassing aan de Richtlijn 90/605 was de Belgische regering nog verder gegaan. Voortaan zouden de grote V.O.F., de grote gewone commanditaire vennootschap en de C.V.O.H.A. enkel dan niet onderworpen zijn, wanneer al hun vennoten natuurlijke personen waren (art. 10 K.B. 12 september 1983, zoals gewijzigd bij K.B. 30 december 1991). Het zou dus niet langer volstaan dat alle onbeperkt aansprakelijke vennoten in de gewone commanditaire vennootschap natuurlijke personen waren, ook de stille vennoten moesten dat zijn.

Op te merken valt ook dat deze regeling werd uitgebreid tot de C.V.O.H.A. die ingevolge de W. 20 juli 1991 in beginsel niet langer onderworpen wordt aan de regeling op het stuk van jaarrekeningen en commissariaat van de kapitaalvennootschappen (nieuwe artt. 147octies en 158 Venn.W.).

Uiteindelijk werd een minder strenge, en meer richtlijnconforme regeling uitgevaardigd die erop neerkomt dat voortaan *elke* grote V.O.F., *elke* grote gewone commanditaire vennootschap en elke grote C.V.O.H.A. waarvan alle *onbeperkt* aansprakelijke vennoten natuurlijke personen zijn, niet onder het toepassingsgebied valt (art. 10 K.B. 12 september 1983, zoals gewijzigd bij K.B. 6 augustus 1992).

Toch blijft de Belgische regeling strenger dan gevergd wordt door de richtlijn, in die zin dat niet volstaat dat één onbeperkt aansprakelijke vennoot natuurlijke persoon is, maar dat alle onbeperkt aansprakelijke vennoten natuurlijke persoon moeten zijn (zie voor een vergelijking met Nederland, K. Geens, „Toespraak bij het afscheid van Prof. W.C.L. Van der Grinten als voorzitter van de Commissie Vennootschapsrecht”, *De N.V.*, 1993, p. 3 e.v.).

Op te merken valt ook dat deze regeling werd uitgebreid tot de C.V.O.H.A. die ingevolge de W. 20 juli 1991 niet langer onderworpen wordt aan de regeling op het stuk van jaarrekeningen en commissariaat van de kapitaalvennootschappen (nieuwe artt. 147octies en 158 Venn.W.).

**194. TOEPASSINGSGEBIED. BUITENLANDSE VENNOOTSCHAPPEN** — Ingevolge de Elfde Richtlijn 89/666 (Pb. L 395, 30 december 1989, p. 36 e.v.) kan van vennootschappen die onder het recht van een E.G. Lid-Staat vallen, met een bijkantoor of een centrum van werkzaamheden in een andere Lid-Staat, niet langer geëist worden dat zij een afzonderlijke jaarrekening voor hun bijkantoor of voor hun centrum van werkzaamheden openbaar maken. Dit kan nog wel geëist worden van een vennootschap die niet onder het recht van een Lid-Staat valt indien zij in haar land van herkomst niet onder verplichtingen valt die gelijkwaardig zijn aan degene die worden opgelegd in de Vierde Richtlijn.

Bij de omzetting van deze verplichtingen in het boekhoudrecht maakte de Belgische wetgever geen onderscheid tussen de vennootschappen die onder het recht van een E.G. Lid-Staat vallen en de andere (art. 10 K.B. 12 september 1983). Wel blijft de Belgische wetgever de verplichting opleggen om een afzonderlijke jaarrekening en boekhouding te voeren voor het centrum van werkzaamheden of het bijkantoor (art. 1, tweede lid W. 17 juli 1975), en wel volgens het door de Koning opgelegd model, behoudens wanneer dit centrum of bijkantoor geen autonoom commercieel, industrieel of financieel bedrijf heeft, d.i. geen eigen opbrengsten door verkoop of dienstverlening aan derden of aan de buitenlandse onderneming waarvan zij afhangt en waarvan de werkingskosten volledig door laatstgenoemde worden gedragen (art. 1, 4<sup>o</sup> K.B. 8 oktober 1976).

Deze afzonderlijke jaarrekening van het bijkantoor moet echter niet langer openbaar gemaakt worden. Wel moet art. 198 Venn.W. nog in dier voege aangepast worden dat de openbaarmaking van de jaarrekening van de buitenlandse vennootschap gegarandeerd wordt (*Gedr. St.*, Kamer, 1992-93, nr. 1005/1, p. 45).

De publiciteit van jaarrekeningen van buitenlandse vennootschappen die geen centrum van werkzaamheden of bijkantoor in België hebben, blijft beheerst door art. 199 Venn.W. en art. 9 K.B. 21 februari 1985: zij moeten enkel tot openbaarmaking overgaan indien zij in België beursgenoteerd zijn. Voor deze vennootschappen wordt een afzonderlijk register van buitenlandse vennootschappen gehouden (art. 4 K.B. 25 november 1991). De andere buitenlandse vennootschappen — met centrum van werkzaamheden in België — moeten hun plaats vinden in de Belgische registers (resp. van burgerlijke en handelsvennootschappen).

**195. NEERLEGGING EN OPENBAARMAKING JAARREKENING. NATIONALE BANK** — Wat de neerlegging en openbaarmaking van de jaarrekening betreft, neemt de Nationale Bank ingevolge de W. 18 juli 1991 voortaan de functie van de griffies en van het Belgisch Staatsblad op dit stuk over (zie nieuwe artt. 80, 80bis, 177bis e.v. Venn.W.).

Dienvolgens werd het desbetreffende K.B. van 7 augustus 1973 integraal vervangen door een nieuw K.B. 25 november 1991.

Bij W. 29 juni 1993 werden de wetten van 12 juli en 17 juli 1989 inzake de E.S.V.'s en de E.E.S.V.'s nog bijgestuurd, omdat men daar vergeten was de vroegere rol van de griffies toe te bedelen aan de Nationale Bank.

**196. GECONSOLIDEERDE JAARREKENING** — Het K.B. van 6 maart 1990 inzake de geconsolideerde jaarrekening behelst de aanpassing van het Belgisch recht aan de Zevende E.G.-Richtlijn terzake — de aanpassing kon bij K.B. gebeuren omdat art. 11 W. 17 juli 1975 daartoe de machtiging bevatte (K. Van Hulle, „De aanpassing van de Belgische wetgeving aan de Zevende E.E.G.-Richtlijn inzake de geconsolideerde jaarrekening: een overzicht”, *Economisch en sociaal tijdschrift*, 1990, p. 205; J.P. Maes, Y. Stempnierswky, „La transposition en droit belge de la septième directive”, *T.B.H.*, 1990, p. 460; J.P. Maes, „De boekhoudkundige aspecten van het consolidatiebesluit”, en C. Dauw, „De invloed van verschillende consolideringsprincipes en -methodes op resultaat en eigen vermogen”, beide bijdragen opgenomen in *Financiële herregulering in België* (eds. G. Schrans, E. Wymeersch), Antwerpen, Kluwer, 1991, resp. p. 195 en p. 229; J.P. Maes, „De geconsolideerde jaarrekening van industriële en commerciële ondernemingen — Juridische aspecten van het K.B. van 6 maart 1990”, in *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen: financieel recht, vennootschaps- en boekhoudrecht* (ed. D. Meulemans, M. Flamée), Brugge, Die Keure, 1993, 299).

In het K.B. van 6 maart 1990 wordt niet alleen de consolidatietechniek geregeld, maar ook het controlebegrip in detail gedefinieerd (art. 2 e.v.). Het in het consolidatiebesluit gebruikt begrip, dat reeds een zeker voorgaande vond in het K.B. van 8 november 1989 betreffende de openbare overnamebiedingen, stond model voor de controlebegrippen in de rest van de boekhoudwetgeving (K.B. 8 oktober 1976, bijlage III, hoofdstuk III, IV A, zoals gewijzigd bij K.B. 6 maart 1990) en in de vennootschapswetgeving (K.B. 14 oktober 1991, uitgevaardigd op basis van de nieuwe art. 52quinquies-sexies Venn.W.).

De vraag mag gesteld worden of zo'n ongedifferentieerd gebruik van het controlebegrip over de grenzen van de onderscheidene wetgevingstakken heen, gepast is (J. Wouters, „Controle over een vennootschap als regelgevend criterium”, *T.R.V.*, 1993, p. 109).

Ook de openbaarmaking van, en de revisorale controle op de geconsolideerde jaarrekening vinden hun regeling in het consolidatie-K.B. (zie Controleaanbeveling IBR inzake de certificering van de geconsolideerde jaarrekening d.d. 7 februari 1992, *Vademecum IBR*, II, p. 203; Hoge Raad voor het Bedrijfsrevisoraat, *Jaarverslag 1992-93*, 34).

Ondanks het feit dat zij de economische realiteit beter weergeeft dan een enkelvoudige jaarrekening, kan geen rechtsgevolg aan de geconsolideerde jaarrekening gehecht worden, „noch op het vlak van de vennootschapsrechtelijke verslaggeving, van de bepaling van de uitkeerbare winst, van de aansprakelijkheid van een tot het geconsolideerde geheel behorende onderneming voor de schulden of verplichtingen van een andere geconsolideerde onderneming, als op het vlak van de toepassing van de belastingwetten” (Verslag aan de Koning bij K.B. 6 maart 1990, *B.S.*, 27 maart 1990). Enkel op grond van een bijzondere wetsbepaling kan aan een geconsolideerde jaarrekening enig rechtsgevolg verbonden worden, maar tot nog toe werd geen dergelijke bepaling uitgevaardigd (vgl. F. Herbay, N. Nemry, „Approche économique et juridique des comptes consolidés en Belgique”, *Aspecten van ondernemingsgroepen* (eds. H. Biron en C. Dauw), Antwerpen, Kluwer, 1989, p. 343; H. Biron, e.a., *Juridische aspecten van de geconsolideerde jaarrekening*, Antwerpen, Kluwer, 1982, in het bijzonder de bijdrage van P. Van Ommeslaghe).

De afsluitdata van de jaarrekeningen van de ondernemingen in de consolidatiekring mogen drie maanden verschillen (art. 25 K.B. 6 maart 1990), zowel voor als na de datum waarop de geconsolideerde jaarrekening wordt opgesteld (Commissie voor boekhoudkundige normen, Advies C 100, *Bull.Boekh.Normen*, nr. 26, maart 1991, p. 29).

Melden we tenslotte dat bij K.B. 30 december 1991 de definitie van het consortium werd gewijzigd (M. Maes, „Enkele beschouwingen bij de nieuwe boekhoudwetgeving”, in *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen: financieel recht, vennootschaps- en boekhoudrecht* (ed. D. Meulemans, M. Flamée), Brugge, Die Keure, 1993, 353).

**197. GECONSOLIDEERDE JAARREKENING. PORTEFEUILLEMAATSCHAPPIJEN** — Inmiddels is, eveneens van E.G.-zijde, de tendens gegroeid om de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening voor bepaalde bedrijvigheden aan specifieke richtlijnen te onderwerpen. Zo is er voor de banksector de Richtlijn van 8 december 1986 met betrekking tot de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen (Pb. L 372, 31 december 1986, p. 1). Aan deze Richtlijn werd in België gevolg gegeven bij K.B. van 23 september 1992 betreffende de geconsolideerde jaarrekening van kredietinstellingen.

Een andere Richtlijn dateert slechts van 19 december 1991 en betreft de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van de verzekeringsmaatschappijen (Pb. L 374, 31 december 1991, p. 7 e.v.) (zie M. Van Acoleyen, „Bedenkingen bij het opstellen van geconsolideerde jaarrekeningen voor portefeuillemaatschappijen, banken en financiële instellingen”, *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen: financieel recht, vennootschaps- en boekhoudrecht* (ed. D. Meulemans, M. Flamée), Brugge, Die Keure, 1993, 339).

Zoals men weet, was het Koninklijk besluit van 29 november 1977 met betrekking tot de jaarrekening van portefeuillemaatschappijen de eerste regelgeving in België die consolidatieverplichtingen bevatte, nog voor een Europese richtlijn daartoe verplichtte (zie P. Bogaert, „Gebruikte consolidatiemethodes en -technieken”, *Accountancy en Bedrijfskunde*, 1987/2).

Het K.B. van 29 november 1977 werd inmiddels vervangen door het K.B. van 1 september 1986 betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van portefeuillemaatschappijen, waarbij tevens de verplichting om een geconsolideerd jaarverslag op te stellen werd opgelegd.

Hoewel het K.B. van 1 september 1986 reeds grotendeels beantwoordde aan de principes die op het stuk van consolidatie vervat lagen in de Zevende E.G.-Richtlijn, werd het opnieuw gewijzigd bij K.B. 25 november 1991, om het geheel af te stemmen op het reeds vermelde K.B. 6 maart 1990 (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1985-86, p. 89-90; zie voor de tussentijdse verslaggeving van beursgenoteerde ondernemingen, verder, nr. 247).

De kwantitatieve vrijstellingsdrempels voorzien in art. 9 K.B. 6 maart 1990 gelden niet voor portefeuillemaatschappijen. De aan het K.B. nr. 64 onderworpen holdings worden zo belangrijk geacht voor het maatschappelijk verkeer dat zij in elk geval moeten consolideren (Verslag aan de Koning bij K.B. 25 november 1991). Tot 1991 kon de Commissie voor het Bank- en Financiewezen, in uitzonderlijke gevallen vrijstellen van de consolidatieplicht (art. 13 K.B. 1 september 1986). De Commissie maakte zeer spaarzaam gebruik van deze mogelijkheid, bijvoorbeeld wanneer de portefeuillemaatschappij nog zeer jong of klein was (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1985-86, p. 91).

De Commissie maakte echter vooral gebruik van deze vrijstellingsmogelijkheid indien de portefeuillemaatschappij zelf dochter was van een consolide-

rende onderneming. Die vrijstelling vindt nu echter haar basis in art. 8 K.B. 6 maart 1990 dat integraal toepasselijk is op portefeuillemaatenschappen (art. 6 K.B. 1 september 1986, zoals gewijzigd bij K.B. 25 november 1991). Overigens dient opgemerkt dat de vrijstelling van subconsolidatie niet tegenwerpelijk is aan de ondernemingsraad (art. 17 K.B. 27 november 1973).

Uit een onderzoek op het terrein bleek dat de portefeuillemaatenschappen zich doorgaans goed aan hun consolidatieverplichtingen houden (H. Theunisse, „Consolidatie, een duistere zaak? Onderzoek van de geconsolideerde jaarverslagen van de portefeuillemaatenschappen”, *Accountancy en Bedrijfskunde*, 1989/1, p. 17)

**198.** Voor portefeuillemaatenschappen kan de (integrale) consolidatie hinderlijk zijn, wanneer de opname van de dochteronderneming in de kring de coherentie of het getrouw beeld schaadt.

Indien de dochteronderneming danig uiteenlopende werkzaamheden verricht, of indien de moederonderneming slechts de feitelijke controle heeft, kunnen bepaalde dochterondernemingen buiten de consolidatiekring blijven indien het getrouw beeld daardoor zou geschaad worden (art. 14 K.B. 6 maart 1990).

Is de moederonderneming een portefeuillemaatenschap, dan zal zij voor dergelijke afwijking de toestemming moeten krijgen van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen, waarbij deze de dwingende principes van de Vierde en Zevende E.G. Richtlijnen moet respecteren (artt. 4 en 8 K.B. 1 september 1986). Ook daar maakt de Commissie spaarzaam gebruik van. Op vraag van een portefeuillemaatenschap die, om een strategische reden, vroeg het exact aantal aandelen dat een 100%-dochter aanhield in de portefeuillemaatenschap te mogen weglaten uit de toelichting bij de eigen jaarrekening (post III, C), antwoordde de Commissie negatief, met verwijzing naar art. 52bis Venn.W. (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1989-90, p. 137).

Indien het getrouw beeld door de afwijking niet wordt geschaad, maar er integendeel door wordt bevorderd, zal de Commissie milder zijn in haar beoordeling.

Een belangrijke holding (GBL) vroeg aan de Commissie om haar operationele dochters te mogen consolideren door middel van de vermogensmutatiemethode, omdat de integrale consolidatie zou verhinderen dat de portefeuillemaatenschap als financiële groep tot zijn recht zou komen. De Commissie was in casu van oordeel dat deze afwijking kon toegestaan worden, omdat zij niet inging tegen maar veeleer strookte met de beginselen van de Zevende Richtlijn (art. 8 K.B. 1 september 1986) (Commissie voor het Bank- en Financiewezen, *Jaarverslag*, 1990-91, p. 97). De Commissie ging daarbij niet in op de regel die vervat ligt in art. 14, § 2, laatste lid K.B. 6 maart 1990, nl. dat het loutere feit in andere sectoren werkzaam te zijn op zich geen

voldoende reden vormt om de consolidatieverplichting los te laten of af te zwakken.

Toen een andere holding een soortgelijke afwijking vroeg, die te maken had met het feit dat hij slechts de feitelijke controle had over een bepaalde (klein-)dochteronderneming, werd dit niet toegestaan omdat het getrouw beeld in dat geval wel zou geschaad worden. De Generale Maatschappij bezat 40% in Tractebel, dat op zijn beurt rechtstreeks en onrechtstreeks 40% aanhield in Electrabel. In beide gevallen was 40 % voldoende voor feitelijke controle. De Generale wilde weliswaar Tractebel integraal consolideren, maar vond dat deze laatste vennootschap Electrabel moest integreren middels de vermogensmutatiemethode. Een integrale consolidatie van Electrabel zou volgens de Generale haar posten te zeer aandikken, terwijl zij slechts een procentueel aandeel in Electrabel van ongeveer 10 % had -procentueel aandeel dat bekomen wordt door vermenigvuldiging van het deelnemingspercentage van de moeder in de dochter, met dat van de dochter in de kleindochter. De Commissie voor Bank- en Financieuzen gaf te kennen dat het procentueel aandeel niet meer dan een financieel begrip is dat, hoe klein ook, niet kan beletten dat wanneer A de feitelijke controle heeft over B, en B de feitelijke controle heeft over C, A ook de feitelijke controle heeft over C. Zij stond de gevraagde afwijking derhalve niet toe (Commissie voor het Bank- en Financieuzen, *Jaarverslag*, 1990-91, p. 97).

**199.** Anderzijds beveelt de Commissie soms ten stelligste aan dat een portfeuillemaatschappij bijkomend melding zou maken van bepaalde gegevens tot openbaarmaking waarvan ze strikt genomen niet gehouden is. Dit gebeurt dan om het getrouwe beeld te verzekeren (oud art. 6, 4° K.B. 1 september 1986).

Zo vroeg de Commissie aan een portfeuillemaatschappij om *afzonderlijk* melding te maken van de netto-resultaten van ondernemingen waarin zij een onrechtstreekse deelneming aanhield in de toelichting bij haar geconsolideerde jaarrekening. Normalerweise moet immers enkel melding gemaakt worden van de resultaten van de ondernemingen waarin een rechtstreekse deelneming wordt aangehouden (K.B. 8 oktober 1976, afdeling 3, toelichting, staat V). De eis van de Bankcommissie levert vooral problemen op wanneer de onderneming waarin een onrechtstreekse deelneming wordt aangehouden, krachtens haar nationaal recht geen publiciteit dient te geven aan haar resultatenrekening, meer nog wanneer de portfeuillemaatschappij zich t.a.v. die onderneming tot discretie verbond (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1986-87, p. 125).

Zoals men weet kan een niet opgevolgde aanbeveling van de Bankcommissie aan een portfeuillemaatschappij aanleiding geven tot een bekendmaking door de Commissie voor Bank- en Financieuzen (art. 6 K.B. nr. 64 van 10 november 1967). Zij zal normalerweise verzoeken haar opmerkingen, in zoverre daaraan geen gevolg werd gegeven, op te nemen in het jaarverslag. Indien het daarvoor te laat is, kan ze echter aan de voorzitter van de raad

van bestuur vragen haar opmerkingen mondeling mee te delen op de jaarvergadering (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1987-88, p. 113).

**200.** JAARREKENING. DEFINITIEF EN BINDEND KARAKTER — De jaarrekening krijgt pas een definitief karakter nadat zij is goedgekeurd door de algemene vergadering (Brussel, 13 mei 1985, *J.T.*, 1987, p. 613; vgl. Cass., 30 december 1946, *Arr.Cass.*, 1946, p. 451).

Zolang zij niet is goedgekeurd, moet zij niet worden neergelegd. Dat althans besliste de Correctionele Rechtbank te Kortrijk m.b.t. de jaarrekening van een vennootschap in vereffening (Corr. Kortrijk, 17 oktober 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 229, met noot). De Correctionele Rechtbank ging ervan uit dat art. 178 Venn.W. niet voorziet in de goedkeuring van de jaarrekening door de algemene vergadering, zodoende dat de termijn voor neerlegging bedoeld in art. 80 Venn.W. niet begint te lopen, en de strafsanctie derhalve niet kan toegepast worden. De Commissie voor Boekhoudkundige Normen daarentegen was van oordeel dat de jaarrekening gedurende de vereffening weliswaar niet moest worden goedgekeurd door, maar wel diende te worden 'voorgelegd' aan de algemene vergadering, om nadien te worden neergelegd (Commissie voor Boekhoudkundige Normen, *Bull.C.B.N./17*, september 1985, p. 19).

**201.** Vanaf haar goedkeuring is de jaarrekening bindend, d.w.z. dat de algemene vergadering niet meer kan terugkomen op beslissingen die hun neerslag vinden in de jaarrekening.

Anderzijds is de goedkeuring door de algemene vergadering geen bekrachtiging van de nietige rechtshandelingen die vervat zijn in de jaarrekening indien de algemene vergadering niet op de hoogte is van de onregelmatigheid van de betrokken verrichting (Kh. Brussel, 15 maart 1988, *R.P.S.*, 1988, nr. 6494, p. 234).

Het is onmiskenbaar zo dat de jaarrekening ten dele een weergave is van externe gegevens, maar evenzeer is het waar dat de jaarrekening de reflectie is van de juridische structuur die de vennootschap aan de werkelijkheid oplegt. Eens dus *beslist* werd een bepaalde kost nog niet op te nemen, of een bepaalde afschrijvingsmethode aan te wenden, kan de jaarrekening op dit stuk niet meer gecorrigeerd worden (Brussel, 31 maart 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 151, noot S. Van Crombrugge).

Het is wel nog mogelijk vergissingen recht te zetten (Cass., 12 mei 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 423, noot S. Van Crombrugge; *Pas.*, 1989, I, p. 963; *Arr.Cass.*, 1988-89, p. 1066; *A.F.T.*, 1989, p. 305, noot M. Jorion; *N.F.M.*, 1990/5, p. 149, noot S. Dekeyser; arrest a quo: Antwerpen, 8 september 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 157, noot S. Van Crombrugge; Instituut der Bedrijfsrevisoren, *Jaarverslag*, 1990-91, p. 150-151). Dat de grenslijn tussen vergissingen en beslissingen moeilijk te trekken valt, is duidelijk. Zo staat de fiscus traditioneel toe om voorzieningen voor waarschijnlijke verliezen

nog om te zetten in werkelijk geleden verliezen (Brussel, 6 oktober 1987, *Fiscale Koerier*, 1987, p. 446; *F.J.F.*, 88/11).

**202.** Behalve wat haar bestaan aangaat, is de jaarrekening niet tegenwerpe-lijk aan derden, wat impliceert dat derden zich er ook niet op kunnen beroepen t.o.v. de vennootschap. De fiscus laat zich nochtans meestal inspireren door de gedachte dat de jaarrekening een buitengerechterlijke bekentenis behelst, en dus — behoudens dwaling in feite of in rechte — een vergelijkbare bewijskracht bezit (J. Van Ryn, P. Van Ommeslaghe, „Examen de jurisprudence (1972-1978). Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.*, 1981, p. 140). Daarbij dient wel opgemerkt dat de fiscus strikt genomen geen partij is (S. Van Crombrugge, „Kroniek boekhoudrecht”, *T.R.V.*, 1988, p. 46, nr. 22; vgl. L. en S. Fredericq, *Handboek van Belgisch handelsrecht*, I, Brussel, Bruylant, 1976, nr. 180).

Is de jaarrekening niet tegenwerpe-lijk t.o.v. derden, dan is zij, eens goedge-keurd, wel tegenwerpe-lijk aan de vennoten en de bestuurders. Ook al heeft een bestuurder de jaarrekening niet mede ondertekend, dan nog kan hij een schuld t.o.v. de vennootschap die uit de jaarrekening blijkt niet meer betwisten, eens de jaarrekening werd goedgekeurd (Rb. Kortrijk, 27 novem-ber 1986, *Bull.Bel.*, 1989, p. 1109)

**203.** WAARDERINGSREGELS. ALGEMEEN — De basisbeginselen voor waarde-ring in de jaarrekening worden nog dagelijks geëxpliciteerd.

Zoals ook bleek uit de bespreking van de geconsolideerde jaarrekening, is het principe van het getrouw beeld in zekere zin „overruling”: indien een zich conformeren aan de wettelijk opgelegde voorstelling schaadt aan het getrouw beeld, moet de wet terzijde gesteld worden (vgl. Brussel, 20 mei 1987, *R.P.S.*, 1987, nr. 6451, p. 226; artt. 3, 9, tweede lid en 16 K.B. 8 oktober 1976; art. 2, derde en vijfde lid Vierde Richtlijn).

Het is duidelijk dat het principe van het getrouw beeld in de Angelsaksische traditie zwaarder weegt dan in de Duitse, waar een wetsconforme opstelling primeert, in die zin dat indien deze schaadt aan het getrouw beeld, zulks enkel in de toelichting mag vermeld worden (R. Kreile, „Der Finanzaus-schuss und die steuerneutrale Transformation der EG-Bilanzrichtlinie”, *Deutsche Steuer-Zeitung*, 1987, p. 449).

In de reeds aangehaalde beslissing van 20 mei 1987 oordeelde het Hof van Beroep te Brussel dat naar Belgisch recht de Angelsaksische principes niet als 'generally accepted' kunnen beschouwd worden, omdat ons land in het kader van de E.G.-Richtlijnen veeleer het Frans-Duitse model aankleeft. Het getrouw beeld is dus naar Belgisch recht minder dominant dan in het Angelsaksisch model: of de ondernemer er al dan niet tegen gezondigd heeft, moet marginaal getoetst worden (W. Van Gerven, A. Dewael, „Goede trouw en getrouw beeld”, in *Liber Amicorum J. Ronse*, Brussel, Story, 1986, p. 119; H. Clemm, „Bilanzpolitik und Ehrlichkeits-(true and fair view) Gebot”, *Die Wirtschaftsprüfung*, 1989, p. 357-366).

**204.** Het voorzichtigheidspostulaat is ondergeschikt aan het vereiste van het getrouw beeld, en kan dus geen voorwendsel vormen voor een onderwaardering van activa (S. Van Crombrugge, „Boekhoudrecht en boekhoudtheorie”, *T.P.R.*, 1981, p. 995; C. Lempereur, „Principes du droit de la comptabilité et des comptes annuels des entreprises”, in *L'évolution récente du droit commercial et économique*, Brussel, J.B., 1978, p. 239 ).

De subsidiariteit van het voorzichtigheidsbeginsel werd door de Bankcommissie in de besproken periode bij herhaling bevestigd. Zo kunnen in naam van dit postulaat geen abnormaal hoge winstcijfers worden gecamoufléerd (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1988-89, p. 93), evenmin als het volstaat zekere afschrijvingen te verantwoorden als „louter uit voorzichtigheid” gedaan, vermits alle afschrijvingen — mede — door het voorzichtigheidsbeginsel moeten geschraagd worden (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1987-88, p. 114-115). Zoals voor afschrijvingen, geldt ook voor waardeverminderingen en voorzieningen dat zij in het algemeen tot doel hebben een inzicht te geven in de rentabiliteit en het patrimonium, en niet alleen de voorzichtigheid te dienen (*Bull.C.B.N./21*, januari 1988, p. 20).

**205.** Om een getrouw beeld te krijgen, moeten de opeenvolgende jaarrekeningen onderling vergelijkbaar zijn. Dit veronderstelt eenzelfde periodiciteit, bestendigheid en continuïteit.

Wat de periodiciteit betreft, kan een boekjaar van minder dan een jaar uitzonderlijk gerechtvaardigd zijn (vgl. artt. 2 en 11, par. 3 K.B. 12 september 1983 tot uitvoering van de Wet van 17 juli 1975), maar het moet in elk geval in de toelichting worden verantwoord (Instituut der Bedrijfsrevisoren, *Jaarverslag*, 1991, p. 152-153).

Zoals het voorzichtigheidsbeginsel is het bestendigheidsprincipe ondergeschikt aan het principe van het getrouw beeld (U. Leffson, „Das Gebot der Stetigkeit im europäischen Bilanzrecht”, *Die Wirtschaftsprüfung*, 1988, p. 441). Het houdt in dat eens vastgelegde voorstellings- en waarderingsgrondslagen stelselmatig worden gehandhaafd tijdens opeenvolgende boekhoudperiodes (artt. 3 en 13 Vierde Richtlijn; artt. 10, 17, eerste lid en 19, tweede lid K.B. 8 oktober 1976).

Wanneer het getrouw beeld zulks vergt, kan men dus de waarderingsregels wijzigen, bv. bij een aanzienlijke verandering van de activiteiten van de onderneming, van de structuur van haar vermogen (J.P. Vincke, „Wijziging van het kapitaal en continuïteit van de jaarrekening”, in *Praktijkgids voor de jaarrekening*, Antwerpen, Kluwer, afl. 17), of van de economische en technologische omstandigheden. Zoals gezegd, kan de wijziging van waarderingsregels echter niet geschieden in functie van het resultaat van het boekjaar, zgn. uit voorzichtigheid (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1985-86, p. 94).

Een wijziging van de waarderingsregels vergt hoe dan ook een verantwoording in de toelichting (art. 17, derde lid K.B. 8 oktober 1976), zelfs wanneer

de éne wettelijke waarderingsregel werd vervangen door een andere (Commissie voor Boekhoudkundige Normen, *Bull. C.B.N./23*, december 1988, p. 14).

**206.** Normalerweise wordt de boekhouding gevoerd en de jaarrekening opgesteld, uitgaande van de hypothese dat de onderneming zal blijven bestaan: men noemt dit de continuïteitsonderstelling (art. 15, derde lid en 40 K.B. 8 oktober 1976).

Indien deze continuïteitsonderstelling niet langer staande gehouden kan worden, moeten andere waarderingsregels worden toegepast („Les obligations comptables des entreprises en liquidation”, *La Vie au Bureau*, september 1988, p. 11; G. Delvaux, „Les aspects comptables de l’entreprise en difficulté”, *Rev.b.Compt.Inf.*, 1988, nr. 2, p. 17).

De vraag vanaf wanneer deze continuïteitsonderstelling moet verlaten worden in de jaarrekening, zodat het voorzichtigheidspostulaat de bovenhand krijgt, heeft tot nog toe geen eenduidig antwoord gekregen. Uiteraard zal dit het geval zijn bij ontbinding en vereffening van de vennootschap (vgl. Hof ’s Gravenhage, 26 mei 1986, *B.N.B.*, 1987, p. 288). Zelfs bij gebreke aan formele beslissing tot invereffeningstelling, moeten de waarderingsregels worden aangepast op het ogenblik waarop de onderneming heeft besloten haar bedrijf stop te zetten, of op het ogenblik dat ze heeft vastgesteld dat er niet meer van kan worden uitgegaan dat ze haar bedrijf zal voortzetten (Commissie voor Boekhoudkundige Normen, *Bull. C.B.N./25*, juni 1990, p. 25; zie voor een kritiek, S. Van Crombrugge, „Kroniek Boekhoudrecht”, *T.R.V.*, 1991, p. 23). Meermaals werd voorgehouden dat een waardering op continuïteitsbasis geoorloofd blijft zolang één redelijke kans op overleving blijft bestaan (H. Biron, e.a., *Ondernehmensdiscontinuïteit*, Antwerpen, Kluwer, 1984).

**207.** De Commissie voor Boekhoudkundige Normen kreeg ook verschillende malen de gelegenheid om het belang te onderstrepen van het overeenstemmingsbeginsel („matching principle”) dat inhoudt dat kosten en opbrengsten m.b.t. eenzelfde verrichting in dezelfde jaarrekening moeten opgenomen worden (art. 19, vierde lid K.B. 8 oktober 1976; vgl. Commissie voor Boekhoudkundige Normen, *Bull. C.B.N./25*, juni 1990, p. 17).

Het is aan het overeenstemmingsbeginsel dat de overlopende rekeningen hun bestaan te danken hebben. Zij strekken ertoe kosten of opbrengsten die in het boekjaar gemaakt of genoten werden, over te dragen naar een volgend boekjaar pro rata van het aandeel dat correspondeert met de opbrengsten, resp. kosten van dat jaar (Kort Ged. Kh. Brussel, 15 januari 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 384, noot J. Tyteca).

In de besproken periode werd betoogd dat het overeenstemmingsprincipe zich moeilijk of niet laat verstaan met de fiscale wetgeving. Deze laat immers toe de kosten af te trekken als bedrijfslast indien zij gedaan of gedragen

werden in het betrokken jaar, zelfs wanneer de ermee verband houdende inkomsten in een ander jaar worden genoten (art. 49 W.I.B.). Wie zich aan het overeenstemmingsbeginsel houdt, moet het fiscaal voordeel dat hij zou kunnen doen eventueel uitstellen. De jaarrekening bindt de belastingplichtige immers jegens de fiscus. De vraag werd gesteld of het theoretisch niet verdedigbaar is aan de fiscale wet voorrang te geven boven het boekhoudbesluit (S. Van Crombrugge, „Het fiscaal winstbegrip”, in *Vennootschap en belastingen*, Antwerpen, Kluwer, deel III, hfdst. 3, afd. 1, nr. 800-830).

Het overeenstemmingsbeginsel houdt onvermijdelijk een realisatieonderstelling in: een opbrengst mag slechts beschouwd worden als verwezenlijkt wanneer een factuur is opgesteld. Weliswaar ontstaat de schuldvordering in de verbintenisrechtelijke zin van het woord lang voor het tijdstip van facturering, nl. zodra het contract gesloten is. Indien men dan evenwel tot boeking zou overgaan, moeten op grond van het 'matching principe' ook de op die opbrengsten betrekking hebbende kosten reeds geboekt worden, ook al zijn die dan nog grotendeels onbekend (S. Van Crombrugge, „Kroniek boekhoudrecht”, *T.R.V.*, 1989, p. 406; vgl. Commissie voor Boekhoudkundige Normen, *Bull.C.B.N./23*, december 1988, p. 16).

**208. WAARDERINGSREGELS VOOR DEELNEMINGEN** — Het valt buiten het bestek van een overzicht van rechtspraak vennootschapsrecht om een systematische recapitulatie te brengen van alle bijzondere waarderingsregels die in de verslagperiode aan bod kwamen. Slechts de regels die betrekking hebben op deelnemingen en effecten vinden hier hun plaats.

Ingevolge het K.B. van 6 maart 1990 werd het begrip deelneming in het Jaarrekeningenbesluit, evenals de begrippen controle en verbonden ondernemingen (hoger, nr. 196), gewijzigd (bijlage K.B. 8 oktober 1976, hoofdstuk III, rubriek IV „Financiële vaste activa”).

Waardeverminderingen op deelnemingen mogen geboekt worden wanneer de toestand, de rendabiliteit of de vooruitzichten van de betrokken vennootschap zulks rechtvaardigen (art. 29, par. 2 K.B. 8 oktober 1976). Een dalende beurskoers, zeker wanneer die effectief gepaard gaat met een steeds slechtere financiële situatie van de betrokken vennootschap kan dus een voldoende reden vormen voor het boeken van een waardevermindering (Brussel, 24 juni 1987, *R.P.S.*, 1987, nr. 6452, p. 250).

**209. PARTICIPATIECERTIFICATEN** — In de besproken periode kwamen „nieuwe” effecten in zwang. Zo werden door een dochtermaatschappij van de N.I.M. nieuwsoortige winstbewijzen uitgegeven in ruil voor een inbreng in geld; deze winstbewijzen werden uitgegeven onder ontbindende voorwaarde van een openbaar bod, wat erop neerkwam dat zij als een „poison pill” werkten. Indien de vennootschap werd overgenomen door de bieder, moet hij de winstbewijzen mee overnemen (d.i. terugbetalen), hoewel ze het voor hem interessante stemrecht niet verlenen (vgl. J.P. Blumberg, „Over

participatiecertificaten of de uitgifte van winstbewijzen voor een geldinbreng'', *T.R.V.*, 1991, p. 325; H. Du Faux, „L'émission de parts bénéficiaires en cours d'existence de la société anonyme'', *Rev.Not.b.*, 1988, p. 284-286; K. Geens, „Beschermingsconstructies: enkele recente evoluties'', in *Openbaar bod en beschermingsconstructies* (ed. J. Ronse Instituut), Kalmthout, Biblo, 1990, (77), p. 92-93).

Aan de Commissie voor Boekhoudkundige Normen werd gevraagd hoe deze participatiecertificaten bij de emitterende vennootschap moeten geboekt worden. Het antwoord luidde dat zij als eigen vermogen konden doorgaan, en als een participatiepremie (vgl. uitgiftepremie) onder het kapitaal konden geboekt worden (Commissie Boekhoudkundige Normen, *Bull.C.B.N./26*, maart 1991, p. 28).

Daaraan kan toegevoegd worden dat de Commissie voor Boekhoudkundige Normen zich in de besproken periode tot tweemaal toe boog over de problematiek van de waardering van de obligaties met warrant (Commissie voor Boekhoudkundige Normen, *Bull.C.B.N./22*, juni 1988, p. 16-17; *Bull.C.B.N./25*, juni 1990, p. 13; vgl. „Le traitement comptable des opérations relatives aux droits de souscription'', *La Vie au bureau*, juni-juli 1988, p. 3; J.P. Blumberg, „De uitgifte van naakte warrants of autonome inschrijvingsrechten op aandelen in de naamloze vennootschap'', *T.R.V.*, 1989, p. 122).

**210. UITGIFTEPREMIE** — Een uitgiftepremie wordt doorgaans beschouwd als een externe inbreng en niet als een in de onderneming gerealiseerde winst (Cass., 3 juni 1969, *Arr.Cass.*, 1969, p. 959; Commissie voor Boekhoudkundige Normen, *Bull.C.B.N./13*, januari 1984, pp. 23-24). Vandaar dat hij krachtens de nieuwe boekhoudwetgeving terecht afzonderlijk wordt geboekt onder het kapitaal, en niet als reserve (bijlage bij K.B. 8 oktober 1976, hoofdstuk III).

Doorgaans wordt statutair bedongen dat voor de uitkering van de uitgiftepremie dezelfde voorwaarden moeten nageleefd worden als voor een kapitaalvermindering. Indien de uitgiftepremie statutair immers niet onbeschikbaar wordt gemaakt zal hij worden getaxeerd in de vennootschapsbelasting op het ogenblik van de inbreng (Cass., 13 april 1978, *Pas.*, I, p. 902, concl. E. Krings).

Het gaat evenwel te ver indien men om die reden aan de statutaire onbeschikbaarheid een louter intern vennootschapsrechtelijke functie toekent, en de waarborgfunctie ervan jegens derden volledig negeert. Tot die conclusie kwam de Brusselse Rechtbank van Koophandel wellicht vooral om de terugname van renteloze voorschotten door een vennoot te kunnen billijken: de voorwaarde voor deze terugname was inderdaad de aanwezigheid van een „beschikbaar'' eigen vermogensbestanddeel, andere dan kapitaal, en enkel de uitgiftepremie kwam voor die kwalificatie in aanmerking (Kh. Brussel, 20 mei 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 461, noot S. Van Crombrugge).

Indien de uitgiftepremie statutair niet onbeschikbaar werd gemaakt, kan ze dus, zoals winst, worden uitgekeerd. In die zin komt de stelling merkwaardig voor als zou de uitgiftepremie niet kunnen benut worden om de — onbeschikbare — wettelijke reserve te spijsen (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1989-90, 130; zie voor een kritische beschouwing, S. Van Crombrugge, „Kroniek boekhoudrecht”, *T.R.V.*, 1991, p. 259).

**211. VALSHEID IN DE JAARREKENING** — De vraag wanneer er strafrechtelijk sanctioneerbare valsheid in de jaarrekening geslopen is, moest in het vorig overzicht ter dege onderzocht worden (artt. 207-208 Venn.W.; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1359, nr. 363). In de besproken periode is enkel een beslissing vermeldenswaard waaruit blijkt dat marginale toetsing aangewezen is bij de beoordeling van dit misdrijf. Er is geen valsheid in de balans voorhanden wanneer de waardering van een deelneming bij benadering aan de werkelijkheid beantwoordt, d.i. bij benadering een getrouw beeld geeft (vgl. hoger, nr. 203). Dit was de conclusie waartoe het Hof van Beroep te Brussel kwam bij de beoordeling van een minwaarde die geboekt was bij een voortdurende daling van de beurskoers die het gevolg was van ernstige financiële moeilijkheden (Brussel, 24 juni 1987, *R.P.S.*, 1987, nr. 6452, p. 250).

#### AFDELING 7

### KAPITAAL, AANDELEN EN ANDERE EFFECTEN VAN DE N.V.

#### § 1. Aandelenoverdracht

**212. BEVOEGDE RECHTER. RATIONE LOCI** — Bij verkoop van aandelen op naam van een Belgische vennootschap is de Belgische rechter *ratione loci* bevoegd indien het geschil de uitvoering van de leveringsverbintenis betreft, zelfs indien de debiteur van die verbintenis geen Belg is en geen woonplaatskeuze in België heeft gedaan. Deze verbintenis moet immers uitgevoerd worden door inschrijving van de overdracht in het aandelenregister. Vermits dit register zich in België bevindt, wordt de verbintenis noodzakelijkerwijze in België uitgevoerd (art. 635, 3<sup>o</sup> Ger.W.) (Kh. Brussel, 1 oktober 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 52).

**213. BEVOEGDE RECHTER. RATIONE MATERIAE** — Meestal wordt aanvaard dat betwistingen tussen de overdrager en de overnemer van aandelen in een handelsvennootschap geen geschillen uitmaken in de zin van art. 574, 1<sup>o</sup> Ger.W. Dergelijke geschillen ontstaan immers niet *terzake* („pour raison de”) van de vennootschap, d.i. zij betreffen noch het bestaan noch de werking van de vennootschap. *Ratione materiae* is het derhalve niet de rechtbank van koophandel maar de burgerlijke rechtbank die normalerwijze kennis neemt van dergelijke geschillen (Kh. Brussel, 12 februari 1986,

*R.P.S.*, 1986, nr. 6374, p. 73; 8 juli 1986, *R.P.S.*, 1986, nr. 6411, p. 263; *T.B.H.*, 1987, p. 237).

Uit voorgaande vonnissen blijkt wellicht dat het geval Dupuis dat in vorig overzicht besproken werd een alleenstaande beschikking zal blijven. Op vindingrijke wijze verklaarden de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel alsook het Hof van Beroep zich in die zaak bevoegd om kennis te nemen van een betwisting, in kort geding, nopens een aandelenoverdracht (Brussel, 3 januari 1985, *R.P.S.*, 1985, nr. 6332, p. 109; Kort Ged. Kh. Brussel, 27 november 1984, *R.P.S.*, 1985, nr. 6331, p. 81; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 928, nr. 81, en p. 1013, nr. 180).

**214. CULPA IN CONTRAHENDO** — Datzelfde geval Dupuis is een mooie illustratie van de culpa in contrahendo in de meeste strikte zin van het woord (Kh. Brussel, 24 juni 1985, *J.T.*, 1986, p. 236; voor de antecedenten, zie vorig randnummer).

Nopens de overdracht van haar aandelen aan GBL en Hachette had de familie een voorlopige overeenkomst bereikt. De familie maakte het bereikte akkoord bekend aan de pers en aan de werknemers, op die manier aan GBL en Hachette te kennen gevend dat de onderhandeling van de definitieve overeenkomst weinig meer dan een formaliteit zou zijn. Toch worden de onderhandelingen abrupt afgebroken, en minder dan 48 uur later worden de aandelen verkocht aan een andere koper.

De rechtbank van koophandel stelt vast dat het bereikte voorlopige akkoord geen definitieve overdracht wilde tot stand brengen, maar slechts een principiële akkoord was, d.i. een contractuele verbintenis aangegaan om de aan gang zijnde onderhandeling voort te zetten, met het oog op het sluiten van een definitieve overeenkomst, maar zonder verplichting daartoe.

Des te meer is de rechtbank van oordeel dat de familie, door bewust of lichtzinnig een valse schijn te creëren, die van aard was het rechtmatig vertrouwen van de andere partij te misleiden, een culpa in contrahendo gepleegd heeft (A. De Bersaques, „La 'culpa in contrahendo'”, *R.C.J.B.*, 1964, p. 281; A. Vanwijck-Alexandre, „La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats”, *Ann.dr.Liège*, 1980, p. 22-23; G. Schrans, „De progressieve totstandkoming van contracten”, *T.P.R.*, 1984, p. 6; L. Cornelis, „La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel”, *T.B.B.R.*, 1990, p. 399; X. Dieux, noot onder Luik, 20 oktober 1989, *T.B.H.*, 1990, p. 528).

GBL en Hachette waren van oordeel dat de schadeloosstelling in specifieke vorm („in natura”) diende te gebeuren onder vorm van toekenning van de eigendom van de nadien aan derden verkochte aandelen. De rechtbank is terecht van oordeel dat de eisers geen aanspraak konden maken op die schadeloosstelling omdat de culpa in contrahendo hen slechts beroofd had van de voortzetting ter goeder trouw van de onderhandelingen, maar niet van het verwachte contractueel voordeel. Het bereikte principiële akkoord hield inderdaad geen verplichting in om tot contracteren te komen.

Tenslotte weze opgemerkt dat de culpa in contrahendo door de rechtbank als contractueel gekwalificeerd werd omwille van het reeds bereikte principiële sakkkoord. Al bij al is deze vaststelling moeilijk verzoenbaar met een andere overweging in het vonnis luidens dewelke geen grond bestaat voor derde-medeplichtigheid aan contractbreuk van de uiteindelijke kopers, omdat de familie Dupuis geen contractuele fout gemaakt had t.a.v. GBL en Hachette.

**215. INFORMATIEVERPLICHTING. BEDROG** — Meermaals stelt zich de vraag of en in hoeverre op de verkoper van aandelen een informatieverplichting rust. Het is niet steeds duidelijk wanneer de verkoper die een bepaald gegeven niet meedeelt, zich schuldig maakt aan een verzwijging die neigt naar bedrog.

Met het Hof van Cassatie en de doctrine aanvaardt de rechtspraak terzake dat op de verkoper enkel een informatieverbintenis rust in de mate waarin de wet, de overeenkomst of zijn beroep hem daartoe uitdrukkelijk verplicht. Het al dan niet bewust verzwijgen van bepaalde gegevens kan derhalve slechts zeer uitzonderlijk als bedrog in de zin van art. 1116 B.W. gekwalificeerd worden, nl. wanneer de verkoper van de aandelen iets verzwijgt tot mededeling waarvan men gelet op de omstandigheden gehouden was. Het spreekt vanzelf dat ook de ervaring en de kennis van de koper bij de rechterlijke appreciatie een rol zullen spelen (vgl. Cass., 8 juni 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1156; J. Declerck-Goldfracht, „Le dol dans la conclusion des conventions”, *R.C.J.B.*, 1972, p. 255; J. Ghestin, „La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles”, *D.*, 1971, p. 247; R. Kruithof, „Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen”, *T.P.R.*, 1983, p. 557; C. Parmentier, „La volonté des parties dans les obligations contractuelles”, *Les obligations contractuelles*, Jeune Barreau, Brussel, 1984, p. 76; P. Van Ommeslaghe, „Examen de Jurisprudence. Les obligations”, *R.C.J.B.*, 1986, p. 69-70).

De in de besproken periode gepubliceerde vonnissen dragen weinig bij tot verfijning van de vraagstelling omdat telkens overduidelijk was dat er van bedrog hoegenaamd geen sprake kon zijn.

In de bekende zaak „Forges de Ciney” verweet de koper bedrog aan de verkoper. Om het bewijs daarvan te kunnen leveren, had hij klacht neergelegd, op grond van indiciën van een valse balans en koersmanipulatie. Het strafonderzoek had evenwel zowel in eerste als in tweede aanleg tot een buitenbeschuldigingstelling door het verwijzingsgerecht aanleiding gegeven. Zo bleek het verschil tussen de neergelegde balans en een externe audit enkel te wijten aan het feit dat deze laatste volgens Angelsaksische boekhoudkundige normen was geschied. Het vermoeden van een kunstmatig verwerkte beurskoershausse net voor de verkoop bleek dan weer enkel te berusten op een aankooporder dat door een bank geplaatst was die, op een nauwe markt, dringend effecten „aan gelijk welke prijs” wilde inkopen na per vergissing effecten van een cliënt verkocht te hebben (Brussel, 20 mei 1987,

*R.P.S.*, 1987, nr. 6451, p. 226; *T.B.H.*, 1988, p. 35, noot D. Devos; zie ook inzake Forges de Ciney, Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1988-89, p. 80).

In een andere betwisting had de verkoper verzwegen dat een schuldvordering die op de balans voorkwam mogelijks niet zou kunnen geïnd worden. De Rechtbank van Koophandel te Charleroi oordeelde geen schuldige tekortkoming aanwezig omdat de vordering, hoewel weliswaar moeilijk inbaar, toch niet in de technische zin als een dubieuze vordering kon beschouwd worden. In casu had ook de accountant van de verkoper t.o.v. de koper geen melding gemaakt van de aard van de schuldvordering. Het zou echter hoogst merkwaardig geweest zijn mocht hij dat wel gedaan hebben. De accountant is weliswaar door een professionele informatieplicht gehouden, maar niet jegens mensen met wie hij geen enkele contractuele betrekking heeft (Kh. Charleroi, 12 november 1987, *Rev.Rég.Dr.*, 1988, p. 384).

**216. VERKOOP AANDELEN. VOORWERP** — Overigens mag de discussie over het bestaan van een zekere informatieplicht niet misleiden omtrent het eventueel voorwerp van die plicht, dat noodzakelijkerwijze samenvalt met het voorwerp van de verkoop zelf. De rechtspersoonlijkheid van de vennootschap impliceert noodzakelijkerwijze dat de verkoop van aandelen slechts de aandelen zelf tot voorwerp heeft, en niet een daaraan beantwoordend deel van de vennootschappelijke onderneming (Brussel, 20 mei 1987, *R.P.S.*, 1987, nr. 6451, p. 226; *T.B.H.*, 1988, p. 35, noot D. Devos).

In dezelfde zin werd beslist dat een verkopend aandeelhouder die de betaling van zijn aandelen door de koper zou mogelijk gemaakt hebben door in zijn hoedanigheid van bestuurder de vennootschap leningen te laten toestaan aan de koper, slechts zijn aansprakelijkheid als bestuurder in het gedrang kan brengen. De mogelijkheid activa van de vennootschap uit te lenen ontsnapt immers aan zijn bevoegdheid als aandeelhouder (in de bekende zaak Wiskemann: Rb. Brussel, 19 februari 1987, *R.P.S.*, 1987, nr. 6441, p. 152; zie, voor de antecedenten, Kh. Brussel, 13 januari 1980, *B.R.H.*, 1980, p. 420; en, voor het vervolg, Brussel, 15 december 1992, *J.T.*, 1993, p. 312).

**217. VERBORGEN GEBREKEN. GARANTIES** — Indien men de wettelijke garantieverplichting voor verborgen gebreken wil inroepen tegen de verkoper (art. 1641 B.W.), zal men derhalve moeten aantonen dat het aandeel zelf, op het ogenblik van zijn verkoop, door een gebrek is aangetast dat het gebruik onmogelijk maakt waartoe het aandeel normalerwijze dienstig is. Dergelijk gebrek zou bijvoorbeeld bestaan indien een verzet wegens ongewilde buitenbezitstelling op de verkochte titels zou wegen, of indien de titels vóór hun verkoop zouden uitgeloot zijn bij een kapitaalaflossing (vgl. J. Corbiau, „Du vice caché dans les ventes d'actions et d'obligations de société”, *R.P.S.*, 1914, nr. 2388, p. 89; Nouvelles, *Droit commercial*, t. III, nr. 3000; R.P.D.B., v° *Titres au porteur*, nr. 116).

Dat het patrimonium van de vennootschap waarin de verkochte aandelen worden aangehouden kleiner zou zijn dan verwacht, kan echter niet als een verborgen gebrek van het aandeel worden aangezien (Brussel, 20 mei 1987, *R.P.S.*, 1987, nr. 6451, p. 226; *T.B.H.*, 1988, p. 35, noot D. Devos).

Uiteraard blijft het mogelijk om tussen verkoper en koper aanvullende garantieverbintenissen overeen te komen, die de wettelijke waarborg m.b.t. de aandelen uitbreidt naar de onderneming zelf. Deze waarborgverbintenis kan strekken tot betaling van alle schuldvorderingen op de balans van de vennootschap die oninbaar zouden blijken, alsook tot betaling van die schulden die verkeerdelijk niet in de balans van de vennootschap werden opgenomen (Rb. Brussel, 6 november 1987, *R.P.S.*, 1988, nr. 6473, p. 75).

Evenzeer kan de verbintenis strekken tot behoud van de tewerkstelling (Cass., 28 januari 1985, *R.P.S.*, 1987, nr. 6430, p. 117, noot D. Mougenot).

Uiteraard wordt dergelijke waarborgverbintenis slechts voor een zekere periode verstrekt. De debiteur moet gedurende die periode op de gewone wijze in gebreke gesteld worden, met vermelding van voorwerp en bedrag van de eisen die de koper eraan ontleent (Brussel, 20 mei 1987, *R.P.S.*, 1987, nr. 6451, p. 226; *T.B.H.*, 1988, p. 35, noot D. Devos).

Normalerweise is het enkel de koper, en niet de vennootschap zelf of een andere derde (b.v. werknemer) die kan dagvaarden tot nakoming van deze garantieverplichtingen. Dit zou anders liggen indien in de garantieverbintenis terzelfdertijd uitdrukkelijk een beding ten behoeve van een derde, in casu van de vennootschap, vervat ligt (Rb. Brussel, 6 november 1987, *R.P.S.*, 1988, nr. 6473, p. 75).

**218. EIGENDOMSVOORBEHOUD** — Tot zekerheid van betaling van de prijs, maakt de verkoper van aandelen niet zelden een eigendomsvoorbehoud. Behoudens in geval van faillissement, is dergelijk eigendomsvoorbehoud tegenwerpelijk aan derden, ook aan de vennootschap. Derhalve kan niet tot inschrijving van de koper in het aandelenregister worden overgegaan, zolang de betaling niet geschied is. Indien de uitoefening van het stemrecht tussen partijen niet geregeld werd, is enkel de verkoper stemgerechtigd vermits enkel de eigenaar kan stemmen (art. 200 Venn.W.). Wil de koper niettemin het stemrecht uitoefenen, omdat hij er op onrechtmatige wijze in geslaagd is de inschrijving in het aandelenregister te verkrijgen, dan kan de kort gedingrechter bij wijze van preventieve maatregel het aan de verkochte aandelen verbonden stemrecht schorsen (Brussel, 13 maart 1991, *T.B.H.*, 1991, p. 887).

**219. VERKOOP AANDELEN. INTERPRETATIE** — De overeenkomst tot verkoop van aandelen is onderworpen aan de gemeenrechtelijke interpretatieregels (art. 1156 e.v. B.W.). Indien de prijs om een call-optie op aandelen uit te oefenen luidens de overeenkomst moet bepaald worden aan de hand van de laatste balans, en de call-optie wordt gelicht in het begin van een

kalenderjaar, dan moet de term „laatste balans” begrepen worden in de betekenis waarin hij zinvol effect kan ressorteren (art. 1157 B.W.). In casu voorzag de overeenkomst erin dat de call-optie moest gelicht worden binnen de twee maanden nadat de mogelijkheid tot lichting ontstaan was. Het heeft dan geen zin de term 'balans' anders te verstaan dan met verwijzing naar de laatst *goedgekeurde* balans. Het is immers weinig waarschijnlijk dat in de gegeven contractuele omstandigheden de optie „blind” zou gelicht worden, d.i. in afwachting van goedkeuring van de allerlaatste ontwerp-balans (Brussel, 13 mei 1987, *J.T.*, 1987, p. 613).

**220. OVERDRACHT VAN NOG NIET GEDRUKTE AANDELEN AAN TOONDER** — Indien de statuten bepalen dat de aandelen aan toonder luiden, en deze werden niet gedrukt, kunnen zij worden overgedragen zoals onlichamelijke rechten, m.n. op dezelfde wijze als een schuldvordering, d.i. overeenkomstig art. 1689 e.v. B.W. (Kort Ged. Kh. Brussel, 20 september 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 156, noot M. Wyckaert, „De overdracht van nog niet gedrukte titels aan toonder”; vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1374 e.v., nr. 384).

**221. SCHENKING VAN AANDELEN OP NAAM** — De schenking van aandelen op naam moet bij authentieke akte geschieden (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 860-861, nrs. 253-254).

Bij gebreke aan dergelijke authentieke akte, is de schenking normalerwijze absoluut nietig (art. 931 B.W.). Indien de begiftigde een erfgenaam is, wordt de nietigheid echter relatief vanaf het overlijden (art. 1340 B.W.). De nietigheidssanctie heeft van dat tijdstip af immers geen andere bedoeling meer dan de bescherming van de erfgenamen, en daartoe volstaat de relatieve nietigheid vanaf het overlijden. De begiftigde erfgenaam kan dan de schenking bevestigen door aan de nietigheidsvordering te verzaken.

In casu hadden twee echtgenoten — onverdeelde medeëigenaars van een pakket aandelen op naam — deze geschonken bij onderhandse akte. Na eerst de nietigverklaring daarvan gevorderd te hebben, wilden de schenkers afstand doen van deze vordering, omdat de vennootschap waarin de geschonken aandelen werden aangehouden failliet verklaard was. Afstand kan echter geen gevolg hebben indien het recht waaraan de vordering ontleend wordt de openbare orde raakt, omdat de rechtbank het middel dan ambtshalve moet opwerpen. Toen vervolgens één van de twee echtgenoten overleden was, meende de andere echtgenoot zich te kunnen beroepen op het relatief karakter van de nietigheid na overlijden om de afstand effect te laten ressorteren. Vermits deze echtgenoot echter zelf nog in leven was, en bovendien als mede-schenker kon beschouwd worden, bleef afstand onmogelijk en werd de schenking derhalve vernietigd (Rb. Brussel, 3 januari 1986, *Rev.Not.B.*, 1986, p. 185).

**222. OMZETTING VAN AANDELEN AAN TOONDER IN AANDELEN OP NAAM** —

Zoals men weet, is het zo in een N.V. dat de aandelen principieel op naam luiden. Indien de statuten erin voorzien dat de aandelen aan toonder kunnen zijn, kan elke aandeelhouder niettemin te allen tijde vragen dat zijn aandelen op naam zouden worden gezet.

In de besproken periode stelde zich de vraag of een statutaire clause die erin voorziet dat de aandelen aan toonder kunnen zijn, later opnieuw kan geschrapt worden zodat de aandelen verplicht op naam moeten gesteld worden.

Aangetoond werd dat dergelijke statutenwijziging inderdaad tot de mogelijkheden behoort (K. Geens, „La clause d'agrément”, *R.P.S.*, 1989, nr. 6533, (323), p. 335). Enkel een verstarde verworven rechten-theorie kan tot een tegengestelde conclusie leiden (voor een weerlegging van die theorie, zie K. Geens, „De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder”, *T.P.R.*, 1989, (33), p. 77 e.v., inz. p. 88-89).

Dergelijke omzetting van aandelen aan toonder in aandelen op naam kan de aankondiging zijn van een aanvaardingsclause die inderdaad beter verenigbaar is met aandelen op naam (zie boven, nr. 22 en verder nr. 224).

Indien de verplichte omzetting in een beursgenoteerde onderneming enkel tot bedoeling heeft aan de ondernemingsleiding toe te laten haar aandeelhoudersbestand exact te kennen, weegt dit voordeel niet op tegen de nadelen die voor de kleine aandeelhouders aan het verplicht nominatief karakter verbonden zijn. In die omstandigheden heeft de Commissie voor het Bank- en Financiewezen de statutair verplichte omzetting ontraden aan de bestuurders van de betrokken onderneming (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1985-86, 95).

Overigens dient opgemerkt dat het oogmerk van transparantie van de aandeelhoudersstructuur vandaag beter kan bereikt worden door statutair de meldingsdrempel bepaald in de wet van 2 maart 1989 zo laag mogelijk te leggen.

## § 2. Overdrachtsbeperkingen

**223.** NIETIGHEID VAN DE OVERDRACHT VAN AANDELEN VOOR DE OPRICHTING OF VOOR DE KAPITAALVERHOOGING — Aandelen die nog niet bestaan, zijn toekomstige zaken die ingevolge art. 46 Venn.W. niet het voorwerp kunnen uitmaken van een overdracht (Kh. Tongeren, 19 november 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 520, boven besproken onder nr. 41).

In de bekende Carlam-zaak (zie boven, nr. 3), was het ook op grond van deze bepaling dat de portage-overeenkomst tussen de N.I.M. en Copeba in eerste aanleg werd vernietigd (zie vorig overzicht *T.P.R.*, 1986, p. 1374, nr. 383).

In het vonnis werd bevestigd dat art. 46 van openbare orde was. De rechtbank achtte de bepaling weliswaar in casu niet toepasselijk omdat het een voorovereenkomst gold tussen toekomstige aandeelhouders omtrent

hun respectievelijke deelneming in het kapitaal, waarbij het gevaar van windhandel en speculatie dat de aangehaalde bepaling wil voorkomen, niet bestond (zie vorig overzicht *T.P.R.*, 1986, p. 1374, nr. 383; *Cass.*, 14 mei 1926, *Pas.*, 1926, I, p. 374; Van Ryn, I, eerste druk, p. 361, nr. 539).

In hoger beroep werd de toepasselijkheid van art. 46 Venn.W. dan weer wel aangenomen. Art. 46 verbiedt volgens het Hof zonder onderscheid elke overdracht van nog niet bestaande aandelen, ook degene die zonder inzicht van speculatie tot stand is gekomen.

De enige door het Hof gelaten ruimte geldt de verkoop van warrants en inschrijvings- of voorkeurrechten. Voor de verkoop van opties op niet bestaande aandelen wordt echter geen uitzondering gemaakt (Brussel, 5 april 1933, *Pas.*, 1933, II, p. 108; Van Ryn, I, eerste druk, p. 360, nr. 537; vgl. Kort Ged. Kh. Gent, 18 mei 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 300, noot; *T.B.H.*, 1989, p. 186, noot; *R.P.S.*, 1988, nr. 6495, p. 248, noot P.C.; *T.G.R.*, 1988, p. 79).

In noot bij het arrest wordt aan de hand van oude rechtspraak terecht opgemerkt dat de eerste rechter de traditie aan zijn zijde had toen hij art. 46 Venn.W. niet toepasselijk achtte op de „voorovereenkomst” tussen de opdrachtnemer die de kapitaalverhoging zal onderschrijven en degene voor wiens rekening hij dat zal doen (D. Van Gerven, „Observations sous l'arrêt de la Cour d'Appel du 3 décembre 1986”, *R.P.S.*, 1987, nr. 6420, (58), p. 66).

**224. AANVAARDINGSCLAUSULE. NIEUWE WETGEVING** — Bij gelegenheid van de Wet van 18 juli 1991 werd de materie van de aanvaardingsclausules en de voorkooprechten grondig dooreengeschud.

Zoals men weet, hield de rechtsleer traditioneel voor dat een feitelijke onoverdraagbaarheid van de aandelen zich niet verstond met de eigen aard van de N.V. (zie K. Geens, „Quelques aspects de la clause d'agrément dans la société anonyme”, *R.P.S.*, 1989, nr. 6533, (323), p. 340 e.v.).

De wetgever heeft gemeend dit principe te moeten concretiseren door in de wet te schrijven dat een goedkeuringsclausule of een voorkoopclausule niet voor gevolg mag hebben dat de onoverdraagbaarheid van de aandelen met meer dan drie maanden verlengd wordt (nieuw art. 41, §2 Venn.W.).

Deze regel die geïnspireerd werd op een soortgelijke Franse bepaling, is technisch niet erg gelukkig uitgewerkt, en gaf aanleiding tot grote rechtsonzekerheid (J.M. Nelissen Grade, „Goedkeurings- en voorkoopclausules in de naamloze vennootschap”, in *De N.V. en de B.V.B.A. na de Wet van 18 juli 1991* (ed. J. Ronse Instituut), Kalmthout, Biblo, 1991, p. 53).

Er mag dan ook verwacht worden dat de regel zal vereenvoudigd worden bij een volgende wetswijziging (zie reeds *Gedr.St.*, Kamer, 1992-93, nrs. 1005/1 en 10).

In art. 41, §2 werd door de wetgever van 18 juli 1991 ook bevestigd dat het mogelijk is aanvaardingsclausules in te lassen bij statutenwijziging, zelfs

voor aandelen aan toonder (*Gedr.St.*, Senaat, 1990-91, nr. 1107/3, p. 243; vgl. Gent, 12 april 1990, *T.R.V.*, 1990, p. 314; K. Geens, „Vooronderstelt een aanvaardingsclausule in een naamloze vennootschap dat de aandelen op naam zijn?“, *T.R.V.*, 1989, p. 414 en I. Peeters, „Kunnen beperkingen van de overdraagbaarheid van de aandelen van een N.V. jegens een derde-verkrijger enkel afgedwongen worden op grond van het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk“, *T.R.V.*, 1991, p. 514; boven, nrs. 22 en 222).

Tot slot weze vermeld dat reeds in het K.B. van 8 november 1989 inzake openbare overnames, en later — ingevolge de W. 18 juli 1991 — in art. 41, § 3-4 Venn.W., het lot van aanvaardingsclausules bij openbaar bod werd geregeld, geheel in overeenstemming met de doctrine die de Bankcommissie ontwikkeld had in de Assubel-zaak (zie verder, nr. 305).

**225. AANVAARDINGSCLAUSULE EN VOORKOOPRECHT. ONDEELBAARHEID** — In de besproken periode kwam de lang verwachte uitspraak ten gronde over de overdracht van de aandelen in de zaak Rossel (over de antecedenten: zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 994, nrs. 158 e.v., alsmede p. 1012, nrs. 180 e.v.).

Zoals men weet, was in de statuten van deze N.V. een aanvaardingsclausule opgenomen luidens dewelke elke overdracht van aandelen moest goedgekeurd worden door de helft van de aandeelhouders die gezamenlijk drie vierden van het kapitaal bezaten (vgl. art. 126 Venn.W.). Bij weigering rustte op de weigerende aandeelhouders een voorkoopplicht.

De aandelen waren verdeeld tussen de twee takken van de familie, een categorie A, in handen van de meerderheid met 58 %, en een categorie B, in handen van de minderheid met 42 %.

De zes minderheidsaandeelhouders (moeder en vijf kinderen) wensten hun aandelen te verkopen aan de Franse persmagnaat R. Hersant, en vroegen de aanvaarding in een collectieve brief waarin ze stelden „avoir **indivisiblement** reçu une offre globale sur l'intégralité des 126 actions de la S.A. Rossel & Cie”.

De meerderheid antwoordde dat zij bereid was de overdracht van 24 % van de aandelen te aanvaarden, en dat zij de overige 18% zelf zou kopen. Door deze splitsing wilde de meerderheid — die een gebrek aan financiële middelen inriep als excuus — uiteraard voorkomen dat Hersant een blokkeringsminderheid zou verkrijgen.

Op verzoek van de drie minderheidsaandeelhouders (24 %) wiens verkoop aanvaard was, werd de overdracht ingeschreven in het aandelenregister.

De inschrijving van de niet-aanvaarde overdrachten waarvoor het voorkooprecht was ingeroepen (18 %) werd natuurlijk geweigerd, zelfs na betekening door de koper (art. 1690 B.W. en 43 Venn.W.).

Het aanbod van betaling dat de meerderheidsaandeelhouders deden ter zake van de litigieuze 18 %, werd door twee minderheidsaandeelhouders gewei-

gerd en door één aanvaard. Deze laatste overdracht werd eveneens ingeschreven.

In kort geding werden de rechten geschorst die verbonden waren aan de 18 % effecten waarvan de overdracht aan Hersant geweigerd werd.

**226.** De meerderheidsaandeelhouders beweerden in de zaak ten gronde dat de overdracht van de aandelen van de zes minderheidsaandeelhouders in zes afzonderlijke pakketten was gebeurd, zodat het hen vrij stond drie minderheidsaandeelhouders hun gang te laten gaan, en drie andere minderheidsaandeelhouders zelf uit te kopen.

De Rechtbank van Koophandel te Brussel aanvaardde nochtans de ondeelbaarheid van de overdracht van de 42 %-participatie.

Ze leidde deze niet alleen af uit de inhoud van de verkoopovereenkomst met Hersant, maar ook uit de inhoud van de collectieve minderheidsbrief aan de meerderheid evenals uit het gedrag van de minderheid vóór en na de overdracht.

Deze ondeelbaarheid was volgens de Rechtbank niet strijdig met de relativiteit van de verkoopovereenkomst jegens de derde-meerderheidsaandeelhouders: de meerderheid werd als derde weliswaar geconfronteerd met het feit dat Hersant 42 % wilde overnemen (extern gevolg) waar zij onvoldoende financiële middelen had om hetzelfde te doen aan de prijs waarin de statuten voorzagen; de meerderheid behield evenwel het recht om de overdracht al dan niet te aanvaarden (geen intern gevolg).

Bovendien bleek uit het statutair systeem van proportionele vertegenwoordiging (twee aandelencategorieën) en uit het feit dat statutair bedongen werd dat een 63 %-meerderheid vereist was voor de afzetting van bestuurders, dat de vennootschap geconcipieerd was als de resultante van twee ondeelbare aandelenblokken.

De Rechtbank vond geen misbruik van meerderheid of minderheid aanwezig.

Bij gebreke aan tijdige voorkoop van gans het aangeboden pakket van 42 %, achtte zij de verkoop aan Hersant dus volkomen geldig (Kh. Brussel, 9 mei 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 349).

*Aanvankelijk werd tegen het vonnis hoger beroep ingesteld. Nadien kwam het tot een minnelijke schikking tussen partijen.*

**227. AANVAARDINGSCLAUSULE. ONEIGENLIJK GEBRUIK** — Indien de raad van bestuur over voorkennis beschikt waaruit blijkt dat het uitstellen van een verkoop van aandelen aanzienlijke winst zal opleveren, kan hij enkel in het belang van de verkopende aandeelhouder handelen door oneigenlijk gebruik te maken van de aanvaardingsclausule, en de onmiddellijke verkoop te weigeren. Anderzijds kan hij zijn voorkennis op dat ogenblik nog niet prijsgeven, en dreigt hij later het voorwerp te worden van represailles van de geweigerde kopers.

De vraag is dus wat zwaarder weegt: het belang van de verkopende aandeelhouders, of dat van de kopende. Deze vraag stelde zich erg pijnlijk voor de raad van bestuur van de N.V. Société Générale des Minerais toen bepaalde kleine aandeelhouders, die hun aandelen onder opschortende voorwaarde van goedkeuring hadden gekocht tegen 3.000 à 3.500 fr., om hun aanvaarding verzochten. Deze goedkeuring werd geweigerd. De raad was immers van oordeel dat het aandeel op dat tijdstip reeds 8.000 fr waard was, en zulks op grond van een openbaar bod waarvan de intentie aan de raad was aangezegd, maar dat nog niet publiek gemaakt was. Enige tijd later bracht Union Minière een openbaar bod uit op het aandeel Société Générale des Minerais tegen een prijs van 10.700 fr. per aandeel.

De „geweigerde” kopers vorderden schadeloosstelling nu zij de winst hadden moeten derven die zij zouden gemaakt hebben bij wederverkoop aan Union Minière van de aandelen die zij ingevolge de weigering van de raad van bestuur niet verworven hadden.

De beslissing van de raad van bestuur tot goedkeuring of weigering van een overdracht is een partijbeslissing waarbij de raad naar eigen inzicht oordeelt over de conformiteit van de voorgestelde overdracht met het belang van de vennootschap: het gaat hier om een beleidsbeslissing die door de rechter enkel marginaal kan getoetst worden (J. Ronse, „Marginale toetsing in het privaats recht”, *T.P.R.*, 1977, (207), p. 218-219).

In eerste aanleg werd aangenomen dat, gelet op het weinig belangrijk en nog minder beleidsbepalend karakter van de over te dragen participaties, het belang van de vennootschap nauwelijks met zulke overdracht gemoeid was.

Uit haar opvatting dat het belang van de vennootschap niet met de overdracht gemoeid was, leidde de rechtbank af dat zij tot een volledige toetsing van de beslissing tot weigering kan overgaan, nu dit geen beleidsbelissing was.

Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep werden de eisers in het gelijk gesteld (Kh. Brussel, 26 oktober 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 58, noot K. Geens; Brussel, 15 maart 1991, *T.B.H.*, 1991, p. 894; *T.R.V.*, 1992, p. 258, noot T. Tilquin). In eerste aanleg werd de onrechtmatigheid van de raad van bestuur gezocht in een misbruik van voorkennis, in hoger beroep in een afwending van bevoegdheid.

**228. AANVAARDINGSCLAUSULE. MISBRUIK VAN VOORKENNIS** — Naar toen vigerend Belgisch recht werd misbruik van voorwetenschap door de wetgever (nog) niet gesanctioneerd. Wel vond de rechtbank steun in de aanvullende bepaling nr. 9 van de Europese Gedragscode voor Effectentransacties (Aanbeveling van de Commissie d.d. 25 juli 1977, *Publ. E.G.*, nr. L 212/37).

Deze had echter het karakter had van een niet-verbindende aanbeveling (artt. 155 en 189, laatste lid E.G.-Verdrag).

Bovendien handelden deze bestuurders juist in tegengestelde zin aan wat

later bij W. 9 maart 1989 in art. 509quater S.W., en vervolgens bij artt. 181 e.v. W. 4 december 1990 verboden werd: eerder dan op grond van voorwetenschap de verkrijging of vervreemding van effecten aan een derde aan te raden, om deze aldus in staat te stellen winst te maken of verlies te vermijden, ontraadden zij een bepaalde transactie radicaal door ze gewoonweg te weigeren.

Het blijft hoe dan ook moeilijk een op voorwetenschap gesteunde en door fiduciaire plichten geïnspireerde weigering tot aanvaarding van een overdracht te beschouwen als een 'afrader' of negatieve tip van de raad van bestuur aan de aandeelhouder die wenst te verkopen (vgl. K. Geens, „Voorkennis: strafbaar zonder gebruik”, in *De nieuwe beurswetgeving* (ed. J. Ronse Instituut), Kalmthout, Biblo, 1990, (409), p. 438, nr. 46; S. Boelaert, P. Verbanck, „Misbruik van voorwetenschap”, *T.R.V.*, 1988, p. 249-250, nr. 23).

Derhalve diende nagegaan te worden aan welke pre-existente zorgvuldigheidsverplichting door aanvullende bepaling nr. 9 gestalte gegeven wordt.

De rechtbank beperkte zich tot een verwijzing naar de principes van de gelijkheid tussen de marktdeelnemers (i.t.t. die tussen de aandeelhouders) en van de markttransparantie: de vraag mag gesteld worden of bestuurders van een besloten N.V. mede tot hoeders van deze waarden zijn aangesteld op grond van hun verplichting tot naleving van de gemeenrechtelijke zorgvuldigheidsplicht.

De in het vonnis vertolkte opvatting dat een vennootschap bij haar besluitvorming ook derden, met name potentiële kopers van aandelen die als derden beschouwd moeten worden, ten aanzien van haar eigen aandeelhouders gelijk moet behandelen, gaat ongetwijfeld te ver. Op een privaatrechtelijke rechtspersoon kan enkel bij wet de verplichting opgelegd worden om de gelijkheid tussen de marktdeelnemers te vrijwaren (zie daarover verder, H. Laga, „Het gelijkheidsbeginsel in het vennootschaps- en effectenrecht”, *R.W.*, 1991-92, (1161), p. 1174). D.i. in zekere mate gebeurd door de na het vonnis uitgevaardigde wetgeving inzake misbruik van voorkennis (verder, nr. 249).

**229. AANVAARDINGSCLAUSULE. MISBRUIK VAN BEVOEGDHEID** — In hoger beroep werd de onrechtmatigheid van de raad van bestuur gevonden in de afwending van bevoegdheid die hij zou gepleegd hebben. Uit de notulen van de raad van bestuur bleek immers dat de raad zijn beslissing tot weigering van de kopers hoofdzakelijk genomen had om de eigen aansprakelijkheid jegens de verkopende aandeelhouders niet in het gedrang te brengen. Volgens het Hof zou dergelijke beslissing, gelet op haar motivering, niet in het belang van de vennootschap, maar in het eigen belang van de bestuurders genomen zijn. Het Hof geeft te verstaan dat het anders zou geoordeeld hebben indien de motivatie van de raad ab initio zou gelegen hebben in de bescherming van de verkopende aandeelhouders.

Deze merkwaardige beslissing maakt een dieper ingaan op de begrippen oneigenlijk gebruik van bevoegdheid, alsook afwending en misbruik van bevoegdheid noodzakelijk.

Er is geen reden tot gestrengheid bij oneigenlijk gebruik, zolang dit maar kadert in het belang van de vennootschap (zie daarover, in het kader van het toegestaan kapitaal, verder, nr. 238). In casu is er weliswaar oneigenlijk gebruik, maar dit zou o.i. kunnen geïnterpreteerd worden als in het belang van de vennootschap. De collectieve (meer-)winst die de zittende aandeelhouders op die wijze konden realiseren, was enorm: op nauwelijks enkele maanden tijd steeg de prijs van het aandeel tot meer dan het drievoud (zie ook over het belang van de vennootschap, verder, nr. 302).

Afwending van bevoegdheid bestaat erin dat de bevoegdheid objectief niet wordt aangewend voor het doel waarvoor ze verleend werd, met name het belang van de vennootschap. In casu lijkt de vaststelling van dergelijke afwending door het Hof wat vergezocht.

Verfrissend is nochtans dat het Hof van Beroep te Brussel van oordeel is dat de bestuurders bij het uitoefenen van hun weigeringsrecht hun bevoegdheid überhaupt kunnen afwenden (zie in dezelfde zin, Gent, 12 april 1990, *T.R.V.*, 1990, p. 314).

Er werd inderdaad wel eens ten onrechte voorgehouden dat de raad van bestuur die weigert of toestemt in een aandelenoverdracht zijn bevoegdheid niet kon afwenden omdat het een verrichting betrof waarbij de vennootschap zelf geen partij was (zie daarover, met verwijzing naar het Cassegrain-arrest: S. Van Crombrugge, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer, 1984, p. 169, nr. 148; K. Geens, „Mag de raad van bestuur oneigenlijk gebruik maken van een aanvaardingsclausule om de verkoper het voordeel te gunnen van voorwetenschap?“, *T.R.V.*, 1989, p. 62).

O.i. zou er in het slechtste geval misbruik van doelgebonden bevoegdheid voorhanden zijn door de wijze waarop het doel, d.i. het belang van de vennootschap, wordt nagestreefd, zo bijvoorbeeld wanneer deze wijze een disproportioneel groot nadeel oplevert voor andere belangen, terwijl het ermee gediende belang evenzeer op een andere, quasi even voordelige en veel minder schadelijke wijze zou kunnen nagestreefd worden (vgl. S. Van Crombrugge, *Juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer, 1984, p. 77, nr. 71).

Misbruik van bevoegdheid veronderstelt bijna per se, zoals de meeste criteria ter zake van misbruik van recht, een marginale toetsing (**disproportioneel** nadeel) (zie ook J. Ronse, K. Geens, Misbruik van minderheidspositie, in *Van vennootschappelijk belang (Bundel J.M.M.Maeijer)*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1988, (227), p. 240-241).

Zoals misbruik van recht buiten de contractuele sfeer, vindt ook misbruik van bevoegdheid jegens derden zijn grondslag en sanctionering in artt. 1382-1383 B.W. (vgl. Cass., 10 september 1971, *R.C.J.B.*, 1976, p. 300,

noot P. Van Ommeslaghe, i.h.b. p. 335, nr. 16; W. Van Gerven, *Algemeen deel*, p. 181, nr. 69; p. 191, nr. 70).

Zoals misbruik van recht in de contractuele sfeer, gaat afwending van bevoegdheid jegens de vennootschap of de aandeelhouders daarentegen op in de eis van de goede trouw (Cass., 19 september 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55; *R.W.*, 1983-84, p. 1480; *T.B.H.*, 1984, p. 276, noot W. Rauws; *J.T.*, 1985, p. 56, noot S. Dufrene; *R.C.J.B.*, 1986, p. 282, noot J.L. Fagnart; Cass., 16 januari 1986, *R.W.*, 1987-88, p. 1470, noot A. Van Oevelen; Cass., 18 februari 1988, *T.B.H.*, 1988, p. 696 en het bijhorende artikel van E. Dirix, „Over de beperkende werking van de goede trouw”, *T.B.H.*, 1988, (660), p. 665, nr. 9).

Er van uitgaande dat de weigering tot aanvaarding in het belang van de vennootschap was, is het onwaarschijnlijk dat dergelijk misbruik van doelgebonden bevoegdheid in casu zou voorliggen.

Geen van de traditionele misbruikcriteria vindt immers toepassing. Het behoeft geen betoog dat de raad van bestuur niet handelde met het oogmerk om te schaden.

Evenmin oefende hij zijn bevoegdheid op lichtzinnige of onvoorzichtige wijze uit, integendeel: er was hoogstens een overdreven bezorgdheid voor eigen aansprakelijkheid jegens de aandeelhouders, bezorgdheid die gelet op het Jaarverslag 1970-71 van de Bankcommissie nochtans begrijpelijk voorkomt, en moeilijk als een afwending van bevoegdheid kan gekwalificeerd worden.

Het antwoord dat de Bankcommissie op deze vraag gaf in 1970, geven we letterlijk weer omdat het vonnis er volledig mee in tegenspraak is, en omdat het aanleiding gaf tot het advies dat een directeur van de Bankcommissie aan de raad van bestuur van de Société Générale des Minerais gaf:

*„Bij het onderzoek van dit dossier werd de vraag gesteld welk gebruik de raad van beheer mag maken van de hem door de statuten toegekende bevoegdheid om de overdracht van aandelen van de vennootschap te erkennen. Er wordt algemeen aangenomen dat het maatschappelijk belang zijn beslissingen moet ingeven en dat het aanwenden van die bevoegdheid ten gunste van meerderheids-aandeelhouders of van de leiders een misbruik van bevoegdheid zou kunnen betekenen. In het onderhavige geval was het de vraag, te weten of de raad dit recht mocht gebruiken om de privébelangen te beschermen van een groot aantal verspreide aandeelhouders waarvan de raad wist dat ze hun aandelen hadden afgestaan in onwetendheid over de reële waarde van hun effecten en over de reële vooruitzichten van de vennootschap.*

*Naar de mening van de Commissie is de raad van beheer niet alleen bevoegd om het beleid te voeren over de maatschappelijke zaken doch rust op hem ook, onder voorbehoud van de eigen attributies van de overige maatschappelijke organen, een algemene fiduciaire verplichting die erop gericht moet zijn maximaal de rechten en belangen van de aandeelhouders te bescher-*

men in wat hun maatschappelijke rechten raakt, zelfs in verrichtingen die niet binnen het interne kader van de vennootschap liggen.

*Dit is bijzonder waar wanneer het intuïtu personae-karakter van het aandeelhouderschap wordt beklemtoond door een discretionaire bevoegdheid, door de statuten aan de raad van beheer verleend, om de overnemers van aandelen te erkennen en dus het recht van de aandeelhouders om vrij over hun effecten te beschikken, onderworpen wordt aan het maatschappelijk belang zoals dat door de raad van beheer wordt beoordeeld.*

*Een dergelijke bevoegdheid, voornamelijk als ze discretionair is en niet moet worden gemotiveerd, brengt voor de raad niet alleen een bevoegdheid maar ook verplichtingen mee: verplichtingen tegenover de vennootschap, doch ook tegenover de individuele aandeelhouders.*

*In het toen behandelde geval heeft de Commissie dan ook doen gelden dat de raad, wanneer hem de homologatie wordt gevraagd van verkopen die een ernstig nadeel inhouden, het recht en de plicht heeft die te weigeren, terwijl hij voor het geheel van de aandeelhouders en voor de vennootschap de gunstigste oriënteringen dient op te zoeken'' (Bankcommissie, Jaarverslag, 1970-71, p. 146-147; zie ook Id., Jaarverslag, 1971-72, p. 170).*

O.i. kan er slechts aanleiding bestaan tot bescherming van de verkopende aandeelhouders door de raad van bestuur indien hun onwetendheid relatief onoverwinnelijk is, d.w.z. indien de oorzaak ervan niet bij de desinteresse van de aandeelhouder zelf gelegen is.

In België is men te zeer geneigd om de o.a. aan het Amerikaans recht ontleende fiduciaire verplichting te beschouwen als een verplichting t.a.v. **individuele** aandeelhouders. Voor dergelijke verplichting biedt ons vennootschapsrecht nauwelijks een grondslag (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 935 e.v., nrs. 344 e.v.; P. Van Ommeslaghe, „Les devoirs des administrateurs et des actionnaires prépondérants envers les actionnaires d'une société en cas de cession du contrôle de cette société, en droit belge et en droit comparé'', in *Festschrift für Johannes Bärman*, Wien, Beck, 1975, p. 995).

In het Amerikaans recht zelf wordt de fiduciaire verplichting echter niet zo ruim geïnterpreteerd: „The (fiduciary) duty owed to shareholders is to the general body of shareholders and coincides with the duty owed to the corporation, for the basic interest of both is the continuing sound management and profitability of the corporate enterprise owned by the shareholders. **It follows from this that interests of particular shareholders that differ from those of shareholders generally need not to be considered by the directors''** (L. Warden, „The boardroom as a war room: the real world applications of the duty of care and the duty of loyalty'', *The Business Lawyer*, 1985, p. 1431).

Zo begrepen is de fiduciaire verplichting niets anders dan een explicatie van de opdracht voor het bestuur om te handelen in het collectief belang van de aandeelhouders. In casu verschilden de belangen van de aandeelhou-

ders die hun aandelen te koop hadden gesteld voor 17 september 1988 (de datum van de brief van de raad van bestuur) niet wezenlijk van die van alle andere aandeelhouders die ze hadden kunnen te koop stellen, en ze na 17 september ongetwijfeld zouden te koop stellen: allen hadden er belang bij („shareholders generally”) dat de verkoop van hun aandeel zou geschieden aan de best mogelijke prijs.

Weliswaar zou een beslissing tot goedkeuring van de litigieuze overdrachten niet kennelijk in strijd geweest zijn met het vennootschapsbelang, maar een beslissing tot weigering was er o.i. beter mee in overeenstemming. Anders dan men uit voormeld citaat van de Bankcommissie zou kunnen afleiden, bestaat de éniig juiste beleidsbeslissing gelukkig niet: vandaar juist de marginale toetsing (vgl. K. Geens, „De bescherming tegen de bescherming”, *T.R.V.*, 1988, bijzonder nummer, II, p. 21-22, nr. 23).

**230. NIET-NALEVING VAN HET VOORKOOPRECHT** — In een zeer interessant vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Namen kwam de vraag aan de orde wat het lot is van aandelen op naam die in strijd met een statutaire aanvaardingsclausule of met een statutair voorkooprecht worden overgedragen (Kh. Namen, 22 februari 1990, *R.P.S.*, 1990, nr. 6540, p. 125; *T.R.V.*, 1991, p. 234, noot H. Laga; *R.R.D.*, p. 349).

De rechtbank achtte een overdracht die gebeurd was in weerwil van een statutair voorkooprecht geldig behoudens derde-medeplichtigheid aan de overtreding van de statuten, een standpunt dat ook bij herhaling door de tweede auteur van dit overzicht verdedigd werd (zie o.a. H. Laga, „Het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk toegepast op de schending van statutaire aanvaardings- en voorkooprechtclausules”, *T.R.V.*, 1991, p. 241, met verwijzing naar haar proefschrift).

Zonder zulks expliciet te doen, herinnert de Rechtbank aldus aan de relatieve waarde van de openbaarmaking van statuten (art. 10, § 4 Venn.W.): de publicatie is een additionele tegenwerpelijkheidsvoorwaarde die de statuten even tegenwerpelijk maakt aan derden als elke andere overeenkomst, maar niet meer tegenwerpelijk; het geval van derde-medeplichtigheid uitgezonderd, zou de vennootschap zich dus jegens derden niet kunnen beroepen op de interne gevolgen van de oprichtingsovereenkomst<sup>(10)</sup>

In deze interpretatie wordt geen onderscheid gemaakt tussen de gevolgen van een statutaire en een extra-statutaire overdrachtsbeperking. De opvatting van de rechtbank van Namen kan zonder twijfel gedeeld worden m.b.t. de extra-statutaire beperkingen.

De eerste auteur van dit overzicht is echter niet geneigd deze opvatting te

---

(10) In het besproken vonnis werd een wat merkwaardige toepassing gemaakt van deze principes: enerzijds werd geoordeeld dat de vennootschap-koper derde-medeplichtig was omdat de verkoper alleen eigenaar was van alle aandelen in de koper zodat deze laatste moeilijk niet op de hoogte kon zijn van de statutaire clausule; anderzijds werd dit 100 %-aandeelhouder-schap niet voldoende geacht om de koper tot dezelfde groep te rekenen als de verkoper, zodat de uitzondering op het voorkooprecht waarin de statuten voorzagen geen toepassing vond.

volgen m.b.t. de statutaire overdrachtsbeperkingen. Hij benadrukt het intuïtu personae karakter dat de statutaire overdrachtsbeperking verleent aan de contractuele band tussen de vennootschap en de vennoot. De wil van partijen maakt volgens hem de overdracht die niet werd goedgekeurd door de vennootschap, niet tegenwerpeijk (K. Geens, „Quelques aspects de la clause d'agrément dans la société anonyme”, *R.P.S.*, 1989, nr. 6533, (323), p. 326; Id., „Vooronderstelt een aanvaardingsclausule in een naamloze vennootschap dat de aandelen aan toonder zijn?”, *T.R.V.*, 1989, (414), p. 416; zie in dezelfde zin ook I. Peeters, „Kunnen beperkingen van de overdraagbaarheid van de aandelen van een N.V. jegens een derde-verkrijger enkel afgedwongen worden op grond van het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk”, *T.R.V.*, 1991, p. 514).

In voormeld vonnis ging de Rechtbank niet alleen over tot vernietiging van de verkoop, zij verplichtte de verkoper er ook toe zijn aandelen opnieuw aan te bieden aan de andere aandeelhouders. Of dit de meeste adequate schadeloosstelling in specifieke vorm is (in natura), mag betwijfeld worden, nu helemaal niet vast stond dat de verkoper zou verkocht hebben indien hij het voorkooprecht diende te respecteren. De verkoop was immers gebeurd met het oog op de omzeiling van het — inmiddels oude — art. 76 Venn.W. (H. Laga, „Het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk toegepast op de schending van statutaire aanvaardings- en voorkooprechtclausules”, *T.R.V.*, 1991, p. 241; vgl. P. Van Ommeslaghe, „Les conventions d'actionnaires”, *R.P.S.*, 1989, nr. 6532, (289), p. 303-304).

### **§ 3. Onvrijwillige buitenbezitstelling van titels aan toonder**

**231. NIEUWE WETGEVING** — De wet van 24 juli 1921 werd ingrijpend gewijzigd door de Wet van 22 juli 1991 (M. Wyckaert, „Onvrijwillig verlies van titels aan toonder”, *T.R.V.*, 1992, p. 333). Het uitvoeringsbesluit van 4 november 1921 werd vervangen door het K.B. van 5 augustus 1992.

**232. BEZITSVOORWAARDE** — Indien door een persoon werd ingetekend op aandelen, maar hij werd er nooit van in bezit gesteld, kan hij weliswaar een vordering tot afgifte instellen. Of hij verzet kan doen op deze titels ingevolge de Wet van 24 juli 1921 op de ongewilde buitenbezitstelling van titels aan toonder is twijfelachtig, omdat deze wet juist een voorafgaand bezit vooronderstelt. Anders liggen de zaken wanneer een lasthebber van de intekenaar de aandelen in bezit genomen had, om ze vervolgens te verliezen of onrechtmatig te vervreemden. In dat geval zou er wel buitenbezitstelling zijn, omdat de lastgever bezit „animo suo, corpore alieno”. De rechtbank van koophandel besliste nochtans dat het verzet in beide gevallen mogelijk was, ook wanneer noch lasthebber noch lastgever ooit in bezit gesteld geweest zijn (Kh. Brussel, 9 mei 1989, *T.B.H.*, 1990, 42, noot M. Wyckaert).

#### § 4. Volstorting

**233. VORDERING TOT VOLSTORTING. INPANDGEVING** — In de besproken periode werd een interessant arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen gepubliceerd luidens hetwelk de vordering tot volstorting die de vennootschap op haar aandeelhouders heeft, voor inpandgeving vatbaar is. Een verkeerde notie van het kapitaalbegrip zou tot een tegengestelde opvatting kunnen leiden. Het kapitaal is immers onaantastbaar. Dit betekent echter enkel dat de vennootschap er steeds zorg voor moet dragen dat de waarde van haar netto-actief, exclusief de vordering tot volstorting, minstens beantwoordt aan het gestort bedrag van het kapitaal. In dat geval zal het netto-actief, met inbegrip van de vordering tot volstorting, ook minstens gelijk zijn aan het ganse kapitaal.

De vordering tot volstorting nu is slechts een deel van het actief. De regels die gelden terzake van de onaantastbaarheid van het kapitaal kunnen geenszins op die vordering getransponeerd worden. Deze vordering is een vordering als een andere, die kan overgedragen worden en dus ook in pand gegeven. De inpandgeving van het actief wordt niet beschouwd als een vermindering daarvan. De betaling van de gewaarborgde vennootschaps-schuld met het pand, leidt weliswaar tot een vermindering van het actief, maar ook tot een zelfde vermindering van het passief. Het netto-actief blijft dus identiek, en het kapitaal als zodanig kan door de betaling met het pand niet in het gedrang gebracht worden (Antwerpen, 24 mei 1984, *T.R.V.*, 1988, p. 374; zie M. Wyckaert, „Kan een N.V. of een B.V.B.A. de schuldvordering tot volstorting van haar aandelen in pand geven?“, *T.R.V.*, 1988, p. 100).

**234. VORDERING TOT VOLSTORTING. COMPENSATIE NA FAILLISSEMENT** — De vordering tot volstorting jegens een vennoot en de vordering van deze laatste op de failliet verklaarde vennootschap, kunnen niet gecompenseerd worden dan wanneer beide vorderingen „ex eadem causa” voortspruiten. Dit zal uiteraard slechts zeer zelden het geval zijn. Vóór het faillissement is het weliswaar mogelijk dat deze vorderingen gecompenseerd worden uit kracht van de wet, maar dan moeten ze beide eisbaar zijn. Dit is niet het geval met de vordering tot volstorting indien statutair of anderszins voorzien werd dat de beloofde kapitaalstortingen om eisbaar te zijn, moeten opgevraagd worden door de raad van bestuur (Kh. Bergen, 10 november 1986, *R.P.S.*, 1987, nr. 6425, p. 81).

In een ander geval dat gepubliceerd werd in de besproken periode, hadden de zaakvoerders de boeken neergelegd, hoewel de hoofdaandeelhouders bereid waren het liquiditeitsprobleem van de vennootschap op te lossen door hun beloofde inbreng verder te volstorten. Derhalve wordt het verzet van de hoofdaandeelhouders tegen het faillissementsvonnis ontvankelijk en gegrond verklaard, hoewel zij geen partij waren bij dat vonnis. De hoofdaandeelhouders hadden niet het voor derden geëigende rechtsmiddel van het

derdenverzet gekozen, omdat dit enkel de vernietiging van het faillissementsvonnis jegens de eisende derde met zich zou gebracht hebben, terwijl het faillissementsvonnis erga omnes geldt, en dus ook erga omnes moet vernietigd worden. Art. 473 Faill. W. stelt in die optiek het middel van verzet open voor alle belanghebbende derden (Kh. Antwerpen, 6 september 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 92, noot H. Van Gompel).

## § 5. Kapitaalverhoging

**235. BEVOEGDHEID** — De bevoegdheid om het kapitaal te verhogen berust in België sedert 1913 exclusief bij de algemene vergadering (K. Geens, „Het toegestaan kapitaal als afweermecanisme tegen overvallen”, noot onder Brussel, 1 maart 1988, *T.R.V.*, 1988, (133), p. 135 e.v.). Weliswaar kan de algemene vergadering sedert de aanpassing van het Belgisch recht aan de Tweede, zgn. Kapitaal-Richtlijn deze bevoegdheid „toestaan” aan de raad van bestuur, door in de statuten voor de raad van bestuur de mogelijkheid in te schrijven om ten belope van een bepaald bedrag het kapitaal te verhogen — d.i. het zgn. toegestaan kapitaal. Vanaf dat ogenblik, en zolang de statutaire machtiging duurt, gaat het om een gedeelde bevoegdheid: zowel de algemene vergadering als de raad van bestuur kunnen het kapitaal verhogen, met dien verstande dat de laatste beperkt is in zijn bevoegdheid door de wettelijke en conventionele begrenzing van de statutaire machtiging (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1986-87, p. 84-85).

De principiële bevoegdheid van de algemene vergadering tot kapitaalverhoging blijft dus overeind, ook na de aanpassing aan de Tweede Richtlijn. Dit bleek overigens uit een prejudiciële beslissing die in de besproken periode geveld werd door het E.G.-Hof van Justitie.

In casu ging het over de betekenis die in art. 25, 1° van de Tweede Richtlijn moest gegeven worden aan de zinsnede „Elke kapitaalverhoging vindt plaats krachtens een besluit van de algemene vergadering”. De Griekse wetgever had met name aan het Staatsorganisme voor de Herstructurering van Ondernemingen de bevoegdheid verleend om, mits machtiging van de Minister van Economische Zaken, een kapitaalverhoging door te voeren in ondernemingen in moeilijkheden. Weliswaar dient daarbij meestal het voorkeurrecht van bestaande aandeelhouders geëerbiedigd te worden, maar dit doet geen afbreuk aan het feit dat het niet de algemene vergadering van de betrokken vennootschap is die beslist.

In antwoord op de gestelde prejudiciële vraag, gaf het Hof niet alleen te kennen dat art. 25 inderdaad directe werking heeft, maar ook dat de aangehaalde Griekse wetgeving daarmee strijdig is. Een beroep van de Griekse Staat op art. 41, 1° van de Tweede Richtlijn wordt niet weerhouden door het Hof: in deze bepaling wordt een afwijking door de nationale wetgever van de in art. 25 aangegeven stelregel geoorloofd geacht in de mate waarin daardoor de deelneming van werknemers of van andere bij de nationale wet bedoelde categorieën van personen wordt mogelijk gemaakt.

Het Hof kent aan deze bepaling een uitsluitend sociaal-politieke betekenis toe, zodat ze in casu geen afwijking kon wettigen (Hof van Justitie, 30 mei 1991, *T.Not.*, 1991, p. 392; *T.R.V.*, 1991, p. 409, noot J. Bouckaert).

Kort na het einde van de overzichtsperiode moest het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen opnieuw en in dezelfde zin over een soortgelijke casus beslissen, andermaal in antwoord op een prejudiciële vraag van een Griekse rechter. Ditmaal betrof het een geval waarbij het Griekse overheidsorganisme, met machtiging van de Minister van Economische Zaken, niet alleen het kapitaal verhoogd had, maar zelfs tot uitsluiting van het voorkeurrecht had beslist (Hof van Justitie, 24 maart 1992, *T.R.V.*, 1992, p. 311, noot J. Wouters).

In noot bij dit arrest wordt o.a. de relevantie ervan voor de Belgische rechtspraktijk onderzocht. Zo stelt de auteur de geldigheid van de bepaling in vraag die werd ingevoerd bij W. 18 juli 1991 en luidens welke de wettelijke — bij art. 29,4 Tweede Richtlijn voorgeschreven — termijn van (minstens) 14 dagen om het voorkeurrecht uit te oefenen kan verkort worden (zie nieuw art. 34bis, § 1, derde lid Venn.W.).

**236. TOEGESTAAN KAPITAAL** — De introductie van het toegestaan kapitaal in het Belgisch recht kwam er ingevolge de aanpassing aan de Tweede Richtlijn (zie aanhef vorig randnummer). Zoals met elke nieuwe techniek, kon ook hier de vraag naar de finaliteit en het oneigenlijk gebruik ervan niet uit de weg gegaan worden.

In tempore non suspecto merkte de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel op dat de techniek van het toegestaan kapitaal onmiskenbaar het voordeel biedt dat een grote vennootschap vlugger kan reageren op de kapitaalmarkt, maar dat in kleine vennootschappen daarentegen kan gevreesd worden dat oneigenlijk gebruik zou prevaleren. Inderdaad, de tijdswinst die in een kleine vennootschap kan gemaakt worden door de raad van bestuur te laten optreden i.p.v. de algemene vergadering is doorgaans verwaarloosbaar (Kort Ged. Kh. Brussel, 20 januari 1987, *R.P.S.*, 1987, nr. 6426, p. 85).

Overigens moet ook in grote vennootschappen het voordeel van de tijdswinst gerelativeerd worden, zeker wanneer het tijdstip van de jaarlijks weerkerende gewone algemene vergadering zich aankondigt (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1986-87, p. 84).

De kort gedingrechter zal, wanneer hij vreest voor misbruik in een kleine vennootschap, het besluit houdende invoering van het toegestaan kapitaal opschorten gedurende een bepaalde periode (Kort Ged. Kh. Brussel, 20 januari 1987, *R.P.S.*, 1987, nr. 6426, p. 85), of, wat op hetzelfde neerkomt, een verbod opleggen om van dit toegestaan kapitaal gebruik te maken (Kort Ged. Kh. Leuven, 11 mei 1989, *T.R.V.*, 1991, p. 317).

Niettemin moet men vaststellen dat de wetgever de nieuwe techniek ter beschikking heeft gesteld van alle — ook kleine — N.V.'s.

De frappantste gevallen van oneigenlijk gebruik van het toegestaan kapitaal doen zich echter voor bij grote beursgenoteerde vennootschappen, wanneer de raad van bestuur poogt om zich tegen een openbaar bod te verweren middels kapitaalverhoging met uitsluiting van voorkeurrecht, door het aandeel van een onvriendelijke bidder (zgn. „raider”) te verwateren. Daarop zal worden ingegaan in het raam van hoofdstuk XI (verder, nr. 304).

Het is in dat verband opmerkenswaard dat de wetgever in 1991, bij Wet van 18 juli 1991, duidelijk heeft gemaakt dat het zwaartepunt van de bevoegdheden inzake kapitaalverhoging steeds bij de algemene vergadering ligt. In het verslag van de raad van bestuur dat de vraag aan de algemene vergadering om de inschrijving in de statuten van een toegestaan kapitaal rechtvaardigt, moeten de omstandigheden waarin de raad van bestuur van de statutaire machtiging gebruik zal kunnen maken, duidelijk omschreven worden (nieuw art. 33bis, § 2, zevende lid Venn.W.).

Zodoende is de bevoegdheid van de raad van bestuur dubbel *doelgebonden*: niet alleen moet hij ze uitoefenen in het belang van de vennootschap, hij moet ze ook benutten in de zin die door de algemene vergadering werd aangegeven; het gaat dus om een *gedelegeerde* doelgebonden bevoegdheid (zie noot K. Geens, onder Brussel, 1 maart 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 321).

**237. WARRANTS. OBLIGATIES MET BIJZONDERE KENMERKEN** — Reeds in 1962 werd het voorkeurrecht bij wet erkend voor de uitgifte van converteerbare obligaties en obligaties met warrant (artt. 101bis e.v. Venn.W.).

Nu de overtuiging groeide dat de warrant naakt, d.i. los van een obligatie, kon worden uitgegeven, werd hij trouwens steeds populairder als instrument om een vennootschap te verankeren in een controlerende aandeelhouderskring (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1987-88, p. 100; J.P. Blumberg, „De uitgifte van naakte warrants of autonome inschrijvingsrechten op aandelen in de naamloze vennootschap”, *T.R.V.*, 1989, p. 122).

Overigens werd niet alleen van warrants, maar ook van obligaties creatief gebruik gemaakt. Bij herhaling keurde de Bankcommissie de uitgifte van obligaties met bijzondere kenmerken goed, waarvan de eigenheid erin bestaat dat zij geen recht geven op contante terugbetaling, maar dat zij, anders dan converteerbare obligaties (art. 101 septies Venn.W.), de verplichting inhouden de terugbetaling te investeren in nieuwe aandelen (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1987-88, 109; 1988-89, p. 77).

De expliciete bevestiging van de mogelijkheid warrants „naakt” of „sec” uit te geven, kwam met de Wet van 18 juli 1991 die in de artt. 101bis e.v. een autonome status gaf aan de warrants door hen los te koppelen van de obligatie. Overigens dient de Bankcommissie nog enkel te interveniëren bij de uitgifte van converteerbare obligaties en warrants door vennootschappen die een publiek beroep op het spaarwezen hebben gedaan (nieuw art. 101ter zoals gewijzigd bij W. 9 maart 1989; Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1988-89, p. 67).

**238. VOORKEURRECHT. UITSLUITING, O.A. TEN GUNSTE VAN HET PERSONEEL. BELANG VAN DE VENNOOTSCHAP** — De erkenning van het voorkeurrecht werd ingevolge W. 5 december 1984, onder druk van de Tweede Richtlijn, ook voor de uitgifte van nieuwe aandelen verplichtend (art. 34bis Venn.W.). De Bankcommissie had dit gebruik in de sector van de beursgenoteerde vennootschappen reeds lang en sterk aanbevolen (vgl. *Jaarverslag*, 1985-86, p. 62).

De wettelijke erkenning van het voorkeurrecht bracht ook met zich dat de mogelijkheid om het voorkeurrecht te beperken of op te heffen moest gereguleerd worden.

Zoals dit wel meer gebeurt, werd de uitzondering alras belangrijker dan de regel (E. Wymeersch, „De bescherming van de minderheidsaandeelhouders in de administratieve praktijk van de Bankcommissie”, *T.R.V.*, bijzonder nummer, 1988, IV). Zo kan het voorkeurrecht enkel worden beperkt of opgeheven in het belang van de vennootschap, wat een hele discussie ontketende over de vraag wat juist onder dit belang dient begrepen te worden (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1986-87, p. 82-83; K. Geens, „De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder”, *T.P.R.*, 1989, p. 44, nr. 15 e.v.; J.M. Nelissen Grade, „De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.*, 1991, (205), p. 229).

**239.** Anderzijds werd de bescherming die door de Wet van 5 december 1984 aan de bestaande aandeelhouders geboden werd bij opheffing of beperking van het voorkeurrecht, ontoereikend bevonden naar aanleiding van de Generale-zaak (verder, nr. 304). Daaraan werd bij W. 18 juli 1991 tegemoet gekomen, vooreerst door de zonet besproken verplichte omschrijving in de delegatie wanneer de opheffing of beperking van het voorkeurrecht zich zou voordoen in het kader van het toegestaan kapitaal (hoger, nr. 236; art. 33bis, § 2, zevende lid Venn.W.). Ook vermogensverschuivingen ten nadele van de oude aandeelhouders werden voorkomen door de minimale prijs van de nieuw uitgegeven aandelen vast te leggen indien de nieuwe aandelen geplaatst worden bij één of meer bepaalde personen (vgl. Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1985-86, p. 62); in dat geval moeten ook de namen van deze personen bepaaldelijk worden opgegeven in de oproeping (art. 34bis, § 4bis Venn.W.).

**240.** Deze principes inzake juiste prijszetting lijden slechts uitzondering indien de kapitaalverhoging wordt uitgegeven ten gunste van het personeel (nieuw artt. 34bis, § 4bis, 52 septies en 101 quater Venn.W. ingevoerd bij W. 18 juli 1991; Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1988-89, 72-73; K. Geens, „Verwerving van eigen aandelen en personeelsaandelen”, in *N.V. en B.V.B.A. na de Wet van 18 juli 1991* (ed. J. Ronse Instituut), Kalmthout, Biblo, 1991, p. 29).

**241. RECHT VAN VOORRANG** — Sedert de invoering van het voorkeurrecht had de Bankcommissie verscheidene malen haar fiat gegeven aan publieke uitgiftes met een beperkte opheffing van het voorkeurrecht, waarbij de bestaande aandeelhouders nog steeds voorrang krijgen indien de besliste kapitaalverhoging overschreven wordt, d.w.z. indien er meer vraag is dan aanbod. Op die wijze wordt de tijdrovende procedure vermeden die moet geëerbiedigd worden om de titularissen van het voorkeurrecht de kans te geven eerst in te tekenen (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1986-87, p. 116; 1989-90, p. 107).

De wetgever heeft dit zgn. voorrangrecht geconsacreerd bij W. 18 juli 1991 (art. 34bis, § 4, tweede lid Venn.W.; zie F. Bouckaert, in *De N.V. en de B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991* (ed. J. Ronse Instituut), Kalmthout, Biblo, 1991, (11), p. 26; E. Wymeersch, „Inleiding, Algemene begrippen, Kapitaalvorming”, in *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991* (H. Braeckmans en E. Wymeersch eds.), Antwerpen, Maklu, 1992, (3), p. 139 e.v.).

**242. INBRENG IN NATURA. KEUZEDIVIDEND** — Bij kapitaalverhoging middels inbreng in natura kan het voorkeurrecht uiteraard niet spelen. De kansen op misbruik zijn dan ook reëel (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1986-87, p. 66 e.v.). Vandaar dat bij Wet van 18 juli 1991 verbod werd opgelegd aan houders van meer dan 10% van de stemrechten om nog in het kader van het toegestaan kapitaal inbrengen in natura tot stand te brengen (art. 33bis, § 2 Venn.W.) (verder, nr. 304).

In de besproken periode werd ook bij herhaling gebruik gemaakt van de formule van het keuzedividend. De aandeelhouder krijgt daarbij de keuze tussen een dividend in contanten, en de inbreng van zijn schuldvordering op het dividend, om in ruil daarvoor nieuwe aandelen te ontvangen. Deze inbreng is een inbreng in natura. Indien de aandeelhouder de kans krijgt om een ontoereikende dividendvordering aan te vullen met de inbreng van contanten om een nieuw aandeel te verkrijgen, betreft het een gemengde inbreng waarbij het voorkeurrecht wordt beperkt. Het is dan aangewezen in de beslissing van de algemene vergadering die terzelfdertijd de winst vaststelt en tot de kapitaalverhoging beslist, de bijzondere verslaggevingsplicht bij uitsluiting van voorkeurrecht te respecteren (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1989-90, p. 78-79).

## **§ 6. Kapitaalvermindering**

**243. REELE KAPITAALVERMINDERING. BESCHERMING SCHULDEISERS** — Na de wet van 5 december 1984 kunnen schuldeisers van een vennootschap niet langer vorderen dat de rechter een reële kapitaalvermindering, waarbij een terugbetaling aan de aandeelhouders geschiedt, zou verbieden (zie nog, onder het oude recht, Cass., 22 mei 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 54, noot K. Geens; *R.W.*, 1987-88, p. 570; *F.J.F.*, 1987, p. 292; *Pas.*, 1987, p. 1171; *Arr.Cass.*, 1986-87, p. 1300).

Voortaan kunnen de crediteuren in rechte nog enkel zekerheidsstelling voor de betaling van hun schuldvordering eisen, en wel voor de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel, zetelend zoals in kort geding (nieuw art. 72bis Venn.W.; G. Horsmans en F. T'Kint, „Augmentation et réduction du capital”, in *Les sociétés commerciales*, J.B., 1985, (125), p. 148 e.v.). De vennootschap kan dergelijke vordering afweren, door haar schuld te betalen, onder afhouding van een disconto.

Zoals vroeger, kunnen enkel de titularissen van nog niet vervallen vorderingen in rechte opkomen voor hun belangen n.a.v. een reële kapitaalvermindering.

Beschikt men reeds over een vervallen vordering op het ogenblik dat het besluit van kapitaalvermindering gepubliceerd wordt, dan had men eerder zijn rechten kunnen waarnemen.

Anderzijds moet de vordering vaststaan. Een vorderingsrecht dat eventueel is, geeft geen aanspraken onder art. 72bis Venn.W. enkel omdat het — uiteraard — nog niet ontstaan is.

In de besproken periode werden op dit stuk twee beslissingen gepubliceerd die een soortgelijke casuspositie tot voorwerp hadden, en waarin de Voorzitter, om de vordering tot zekerheidsstelling te beoordelen, de zonet vermelde voorwaarden moest onderzoeken (Voorz. Kh. Brussel, 14 november 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 140, noot J. Tyteca; Voorz. Kh. Eupen, 18 januari 1991, *R.P.S.*, 1991, p. 268).

In beide gevallen wilde een persoon die een rechtsvordering had ingeleid tegen de vennootschap die een kapitaalvermindering wenste door te voeren, zekerheid bekomen voor het geval de rechtsvordering zou ingewilligd worden.

In beide gevallen oordeelde de rechtbank dat zekerheidsstelling niet kon gevraagd worden voor een vordering die nog sub judice was, omdat zij niet vaststaand was. Eens de rechter uitspraak gedaan heeft, werkt zijn vonnis weliswaar declaratief terug tot op het ogenblik dat de rechtsvordering werd ingeleid.

In een noot bij één van de vonnissen werd door J. Tyteca terecht opgemerkt dat de rechtbank de vordering tot zekerheidsstelling ook had kunnen afwijzen op grond van het noodzakelijkerwijze vervallen karakter van de vordering sub judice. Een eventueel positieve gerechtelijke beslissing werkt immers terug tot op de dag van de uitspraak. (J. Tyteca, „Kapitaalvermindering door gedeeltelijke vrijstelling van stortingsplicht en het stellen van zekerheden”, *T.R.V.*, 1989, p. 144; deze stelling werd in hoger beroep bevestigd na de besproken periode: Brussel, 6 november 1991, *T.R.V.*, 1992, 88, noot J. Tyteca).

**244. FORMELE KAPITAALVERMINDERING. Vernietiging aandelen** — Indien de verliezen enkel kunnen aangezuiverd worden door telkens opnieuw, zoals in een „accordeon-beweging”, het kapitaal te verminderen tot 0 en het dan

weer te verhogen, moet de agenda die de oproeping tot de buitengewone algemene vergadering vergezelt, expliciet vermelden dat de oude aandelen zullen vernietigd worden. De bedoeling deze aandelen te vernietigen kan niet impliciet worden afgeleid uit het agendapunt dat de kapitaalvermindering aankondigt. Bovendien wordt in art. 72, tweede lid Venn.W. uitdrukkelijk bepaald dat in de oproeping de voor de verwezenlijking te volgen werkwijze moet vermeld worden (Bergen, 23 maart 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 343, noot L. Neefs en D. Blommaert; *T.B.H.*, 1990, p. 326, noot J. Romain; *R.P.S.*, 1989, nr. 6521, p. 196; beschikking a quo: Kort Ged. Kh. Doornik, 17 februari 1989, *R.P.S.*, 1989, nr. 6507, p. 75; zie ook boven, onder nrs. 118 en 174).

Het spreekt vanzelf dat bij vernietiging van de aandelen ingevolge een kapitaalvermindering tot 0, problemen kunnen ontstaan voor de oude aandeelhouders indien zij niet over de financiële middelen beschikken om gebruik te maken van hun voorkeurrecht. Vroeger werd voorgehouden dat zij in zo'n geval aanspraak konden maken op de uitgifte van winstbewijzen om hun rechten in de vennootschap niet geheel te verliezen (J. Van Ryn, *Principes*, t. I, nr. 840). Deze gedachte was gesteund op de theorie van de verworven rechten die voorhield dat de aandeelhouder in een N.V. een onaantastbaar recht had om aandeelhouder te blijven indien hij dat wenste.

Herhaaldelijk werd aangetoond dat de theorie van de verworven rechten geen wettelijke steun vond, noch voor de wettelijke rechten, noch voor de statutaire rechten toegekend aan alle aandeelhouders of aan bepaalde categorieën van aandeelhouders (K. Geens, „De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder”, *T.P.R.*, 1989, (33), p. 77 e.v.).

Hoogstens kunnen door de statuten zekere individuele rechten toegekend zijn aan een bepaalde aandeelhouder die slechts kunnen aangetast worden met instemming van de betrokken aandeelhouder (P. Coppens, *L'abus de majorité*, 1947, p. 40 e.v., nr. 105 e.v.).

Het recht aandeelhouder te blijven kan echter geenszins tot die individuele rechten gerekend worden (T. Tilquin, „Les opérations d'assainissement du capital des sociétés en difficultés et l'abus de droit des actionnaires”, *T.B.H.*, 1991, p. 1).

Anders zouden de zaken liggen indien bij kapitaalvermindering één bepaalde aandeelhouder uitgesloten wordt. Dan is er sprake van ongelijke behandeling in strijd met art. 72 Venn.W. Uiteraard heeft de aandeelhouder het recht om bij een kapitaalvermindering gelijk behandeld te worden (K. Geens, *a.a.*, p. 79).

Een accordeon-operatie waartoe niet met unanimiteit beslist werd, is op zich dus geenszins verboden. Er moet uiteraard wel aandacht besteed worden aan eventuele misbruiken van meerderheid of minderheid die bij die gelegenheid zouden gepleegd zijn.

**245. KAPITAALVERMINDERING. VERSCHILLENDE CATEGORIEËN VAN AANDELEN** — Opdat de bijzondere procedure voorgeschreven door art. 71 Venn.W. zou toegepast worden bij een — in casu formele — kapitaalvermindering, moet aan twee voorwaarden voldaan zijn: er moeten verschillende categorieën van aandelen bestaan, en het besluit houdende kapitaalvermindering moet verschillende gevolgen hebben voor de onderscheidene categorieën, d.w.z. de onderlinge verhouding tussen de aanspraken waarop deze categorieën recht geven moet gewijzigd worden. In casu was aan deze laatste voorwaarde blijkbaar niet voldaan (Gent, 15 december 1986, *R.P.S.*, 1987, nr. 6423, p. 71).

In de besproken periode werd aan het vraagstuk van art. 71 Venn.W. nogal wat aandacht besteed in de doctrine, n.a.v. de theorie van de door bepaalde categorieën van effecten verworven rechten (K. Geens, „De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder”, *T.P.R.*, 1989, (33), p. 77 e.v.), en n.a.v. van de wettelijke creatie van een nieuwe effectencategorie, nl. de aandelen zonder stemrecht (J. Tyteca, „Aandelen zonder stemrecht en winstbewijzen”, in *De N.V. en de B.V.B.A na de wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1991, (91), p. 108 en p. 121).

Voormeld arrest van het Hof van Beroep kwam tot stand in het kader van art. 71B Venn.W. Vermits het door art. 71A voorgeschreven stemmenaantal van 1/3 in een bepaalde categorie niet behaald was, werd de homologatie van het besluit aan het Hof van Beroep gevraagd. Deze bijzondere homologatieprocedure werd, samen met de quorum- en meerderheidsvoorwaarde waaraan ze verbonden was, afgeschaft bij W. 29 juni 1993 (*B.S.*, 21 juli 1993).

Ook in de reeds eerder in dit overzicht besproken UCO-zaak (boven, nr. 121) kwam art. 71 Venn.W. aan de orde, maar het werd andermaal niet toepasselijk geacht. De Voorzitter oordeelde in kort geding dat preferente en niet stemgerechtigde aandelen in handen van de NMNS, die gewone stemgerechtigde aandelen zouden worden bij verkoop door de NMNS, niet vielen onder de hypothese bedoeld in art. 71 Venn.W. omdat de buitengewone algemene vergadering vooraf had ingestemd met deze wijziging van rechten (Kort Ged. Kh. Gent, 18 mei 1988, *T.R.V.*, 1988, 300, noot; *T.B.H.*, 1989, 186, noot; *R.P.S.*, 1988, p. 248, noot P.C.; *T.G.R.*, 1988, p. 79).

## **§ 7. Gevolgen van openbare uitgifte en beursnotering**

**246. PUBLIEK KARAKTER VAN VERRICHTINGEN M.B.T. AANDELEN EN ANDERE STUKKEN VAN VENNOOTSCHAPPEN. OPENBAAR BEROEP OP HET SPAARWEZEN** — De later failliet verklaarde N.V. Heideland, een uitgeverij, deed op het hoogtepunt van haar financiële problemen een beroep op makelaars om aan 18 % rentende kasbons aan de man te brengen.

Na het faillissement, werd door enkele kopers van kasbons een vordering tot schadeloosstelling ingeleid tegen de makelaar, op grond van het feit dat

zij hadden meegewerkt aan een openbaar beroep op het spaarwezen zonder dat aan de wettelijke voorwaarden was voldaan. De vordering werd nog ingeleid onder het K.B. van 12 november 1969, dat inmiddels vervangen werd door het K.B. van 9 januari 1991, dat genomen werd in uitvoering van art. 2 W. 4 december 1990 (J. Tyteca, „De verhandeling van effecten, andere financiële instrumenten en deviezen”, in *De nieuwe beurswetgeving* (ed. J. Ronse Instituut), Kalmthout, Biblo, 1991, (193), p. 271 e.v.).

Het openbaar karakter van de sollicitatie was in casu juist te wijten aan de bemiddeling van een professionele tussenpersoon, dat zowel in het oude als het nieuwe K.B. dienst doet als onweerlegbare indicatie van het openbaar karakter.

In het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, werden vroegere edities van dit overzicht op twee punten gevolgd (Rb. Antwerpen, 25 mei 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 448).

Vooreerst werd de makelaar, zoals de emittent zelf, gehouden tot naleving van de verplichtingen die een openbaar beroep op het spaarwezen met zich brengt (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1964, p. 131, nr. 132; Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1966, p. 147).

Vervolgens werd de bewijslast omgekeerd, ten nadele van de emittent of de tussenpersoon: er wordt een causaal verband vermoed tussen de niet-naleving van de verplichtingen en de schade van de koper; deze laatste moet dus niet bewijzen dat hij niet zou gekocht hebben indien hij behoorlijk voorgelicht was door een prospectus; de emittent of tussenpersoon moet bewijzen dat hij in dat geval evenzeer schade zou geleden hebben (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 874, nr. 268).

Inmiddels vindt het financieelrechtelijk begrip van het openbaar beroep op het spaarwezen (K.B. 9 januari 1991) een vennootschapsrechtelijke dubblure, sedert bij W. 18 juli 1991 in de vennootschappenwet een aantal bepalingen werden ingevoegd die specifiek zijn voor vennootschappen die een publiek beroep op het spaarwezen doen of hebben gedaan (D. Meulemans, „Naar een specifiek statuut voor de publieke vennootschappen”, in *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen: Financieel vennootschaps- en boekhoudrecht* (ed. M. Flamée en D. Meulemans), Brugge, Die Keure, p. 25; E. Wymeersch, „Inleiding. Algemene begrippen. Kapitaalvorming”, in *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991* (H. Braeckmans en E. Wymeersch eds.), Antwerpen, Maklu, 1992, (3), p. 83 e.v.; T. Tilquin, „La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne”, *T.B.H.*, 1993, p. 744-786; D. Van Gerven, „Omschrijving van vennootschappen die een publiek beroep op het spaarwezen hebben gedaan”, *T.R.V.*, 1993, nr. 397).

**247. INFORMATIEVERSPREIDING BIJ TOELATING TOT DE BEURS OF OPENBARE UITGIFTE** — In het vorig overzicht werd reeds melding gemaakt van de E.G.-Beursprospectusrichtlijn van 17 maart 1980 (*T.P.R.*, 1986, p. 1380,

nr. 391). Deze werd gewijzigd door een Richtlijn van 22 juni 1987 tot wederzijdse erkenning door de bevoegde controle-autoriteiten in de E.G.-Lid-Staten van het prospectus dat goed werd bevonden door één onder hen (*Publ.E.G.*, nr. L 185/81 van 4 juli 1987; opnieuw gewijzigd door Richtlijn van 23 april 1990, *Publ. E.G.*, nr. L 112/24 van 3 mei 1990) (C. Lempereur, „Harmonisation du droit des valeurs mobilières et intégration des marchés de valeurs mobilières dans la Communauté”, in *L'instauration du marché intérieur*, Brussel, J.B., 1989, (147), p. 157-177 en p. 183-185; Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1989-90, p. 141-142).

Samen met de Admissierichtlijn van 5 maart 1979 (*Publ.E.G.*, nr. L 66/21 van 16 maart 1979) werden de Beursprospectusrichtlijnen omgezet in twee K.B.'s van 18 september 1990: het éne betreft de toelating van de effecten tot de notering, het tweede handelt over het prospectus dat moet worden gepubliceerd voor toelating van de effecten tot de officiële notering (J. Tyteca, „De verhandeling van effecten, andere financiële instrumenten en deviezen”, in *De nieuwe beurswetgeving* (ed. J. Ronse Instituut), Kalmthout, Biblo, 1991, (193), p. 217-225 e.v.; E. Wymeersch, „De nieuwe reglementering van de openbare uitgifte van effecten en de financiële informatie”, in *Financiële herregulering in België* (ed. G. Schrans & E. Wymeersch), Antwerpen, Kluwer, 1991, (101), p. 133-156).

Een derde K.B. van dezelfde datum strekt tot omzetting van de Richtlijn van 15 februari 1982 (*Publ.E.G.*, nr. L 48/26 van 20 februari 1982), en bevat de verplichtingen tot tussentijdse en occasionele informatieverstrekking die op beursgenoteerde ondernemingen wegen (T. Tilquin, „Occasionele informatie die de beurskoers kan beïnvloeden”, *T.R.V.*, 1992, p. 191; K. Geens, „Hoe duidelijk moet informatie zijn om bevoorrecht te zijn?”, *T.R.V.*, 1991, p. 221). De Commissie voor Bank- en Financieuzen stelde een commentaar op voor de ondernemingen die aan dit K.B. onderworpen zijn, met bijzondere aandacht voor buitenlandse vennootschappen waarvan de effecten op een Belgische beurs genoteerd zijn.

**248.** Bij Wet van 9 maart 1989 werden de bepalingen uit de Handelsvennootschappenwet die betrekking hadden op de openbare uitgifte van aandelen overgeheveld naar titel II van het K.B. nr. 185 van 9 juli 1935 (zie over het oude recht, B.C.N.A.R., *Publiek beroep op het spaarwezen en beursintroductions*, 1988/1; zie over het nieuwe recht: Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1988-89, p. 62-69; E. Wymeersch, „De nieuwe reglementering van de openbare uitgifte van effecten en de financiële informatie”, in *Financiële herregulering in België* (ed. G. Schrans & E. Wymeersch), Antwerpen, Kluwer, 1991, (101), p. 101-133; J. Tyteca, „Kroniek financieel recht”, *T.R.V.*, 1988, p. 423-424).

Uiteindelijk zullen deze bepalingen, die nog aangevuld werden door artt. 232-233 W. 4 december 1990, hun finale bestemming vinden in een nieuw Beurswetboek (art. 225 W. 4 december 1990 op de financiële transacties en

de financiële markten; art. 153 W. 22 maart 1993 betreffende het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen).

In de Wet van 9 maart 1989 werd de Richtlijn van 17 april 1989 tot coördinatie van de eisen gesteld aan de opstelling van, het toezicht op en de verspreiding van het prospectus dat moet worden gepubliceerd bij een openbare aanbidding van effecten, ten dele geanticipeerd (*Publ.E.G.*, nr. L 124/8 van 5 mei 1989).

De Belgische wetgeving werd vervolledigd door de K.B.'s van 31 oktober 1991 waarbij de inhoud van het prospectus bij openbare uitgifte wordt vastgesteld en het K.B. van 3 december 1991 betreffende de wederzijdse erkenning van het prospectus (zie daarover de bijdragen van Boncquet en Winckelmans de Cleyt in AEDBF, *Yearbook 1991*, resp. p. 185 en p. 107).

**249. MISBRUIK VAN VOORKENNIS. WET VAN 4 DECEMBER 1990** — Het is verboden misbruik te maken van voorkennis m.b.t. beursgenoteerde effecten (zie ook hoger, nr. 228). Dit verbod werd bij W. 9 maart 1989 eerst opgenomen in art. 509 quater van het Strafwetboek om vervolgens, aangepast aan de E.G.-Richtlijn van 12 november 1989 (*Publ.E.G.*, nr. L 334/30 van 18 november 1989), zijn plaats te vinden in boek V van de W. 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten (zie voor een historiek, met uitvoerige referenties naar de eerdere bijdragen: K. Geens, „Voorkennis: strafbaar zonder gebruik?“, in *De nieuwe beurswetgeving* (ed. J. Ronse Instituut), Kalmthout, Biblo, 1991, p. 409-446; zie ook, D. Devos, „Les opérations d'initiés en droit positif belge“, *Bank.Fin.*, 1991, p. 445-470; P. Lambrecht, „La réforme financière de 1990. Livre V. Du délit d'initié“, *J.T.*, 1991, p. 671; D. Philippe, „Les opérations d'initiés“, *R.P.S.*, 1991, nr. 6565, p. 95-120; zie voor verdere literatuurverwijzingen, J. Tyteca, „Kroniek Financieel recht“, *T.R.V.*, 1991, p. 492).

**250. TRANSPARANTIE. WET VAN 2 MAART 1989** — Ten slotte weze melding gemaakt van de W. 2 maart 1989 en het K.B. 10 mei 1989 ingevolge hetwelk belangrijke deelnemingen in beursgenoteerde vennootschappen voortaan moeten openbaar gemaakt worden bij overschrijding, opwaarts of neerwaarts, van een deelnemingspercentage van 5 % of een veelvoud van 5 %. Ook hier was een E.G.-Richtlijn voorhanden (Richtlijn 88/627 van 12 december 1988, *Publ.E.G.*, L 348/62 van 17 december 1988). Ingevolge de overval op de Generale Maatschappij (verder, nr. 301), heeft de Belgische wetgever de Richtlijn evenwel geanticipeerd (F. De Bauw, „La déclaration des participations importantes dans les sociétés côtées en bourse“, *T.B.H.*, 1990, p. 276; G. Keutgen en G.A. Dal, „La transparence de l'actionnariat“, *J.T.*, 1989, p. 451; D. Meulemans, „De invoering van een wettelijke regeling inzake transparantie en openbare overnamebiedingen“, *T.R.V.*, 1989, p. 239-272 en p. 373-402).

Meldenswaard is nog dat ook niet beursgenoteerde vennootschappen in hun statuten voor een zekere transparantie kunnen opteren, terwijl de beursgenoteerde ondernemingen de drempel van 5 % statutair kunnen verlagen tot 3 % (art. 5 W. 2 maart 1989).

## HOOFDSTUK VII

### DE B.V.B.A.

**251.** WET VAN 15 JULI 1985. OVERGANGSRECHT — Zoals bekend is de overgangsperiode van vijf jaar die aan de bestaande P.V.B.A.'s door art. 16 van de Wet van 15 juli 1985 (*B.S.*, 14 augustus 1985) werd toegekend om hun naam te wijzigen in „B.V.B.A.”, op 24 augustus 1990 verstreken. Bestaande B.V.B.A.'s zijn deze opgericht vóór de datum van inwerkingtreding van de wet, zijnde na 24 augustus 1984.

Liet een P.V.B.A. deze termijn verstrijken dan is de door genoemd art. 16 voorziene sanctie streng: iedere hoofdeis, tegeneis of eis in tussenkomst uitgaande van de vennootschap is onontvankelijk. Deze onontvankelijkheid is gedekt indien ze niet voor iedere andere exceptie of verweermiddel wordt voorgelegd.

De Rechtbank van Koophandel te Brussel liet een P.V.B.A. evenwel toe ofwel het bewijs te leveren dat haar statuten effectief gewijzigd werden ofwel het nodige te doen om ze aan te passen (Kh. Brussel, 17 juni 1991, *T.B.H.*, 1991, p. 938; zie in dezelfde zin: G. Keutgen, „Le nouveau régime des S.P.R.L. La fin de la période transitoire”, *J.T.*, 1990, p. 640). Van belang is dat de Rechtbank een formeel besluit van statutenwijziging nodig acht om te voldoen aan de verplichting tot naamswijziging. Art. 16 van de Wet van 15 juli 1985 kan inderdaad moeilijk anders gelezen worden. Tegen deze vereiste van een formeel besluit werd terecht kritiek geuit (J. Van Bael, „Bestaan er nog P.V.B.A.'s?”, *R.W.*, 1985-86, p. 1891).

**252.** WET VAN 14 JULI 1987. EENPERSOONS-B.V.B.A. — De wet van 14 juli 1987 (*B.S.*, 30 juli 1987) biedt thans aan elkeen de mogelijkheid om zonder medewerking van een tweede vennoot, een B.V.B.A. op te richten. De wet voerde geen nieuwe vennootschapsvorm in. Aan de limitatieve opsomming van de verschillende handelsvennootschappen in art. 2 Venn.W. werd geen nieuwe vennootschapsvorm toegevoegd. De eenpersoonsvennootschap met beperkte aansprakelijkheid is dus niets anders dan een éénhoofdige B.V.B.A.

In de besproken periode verschenen talloze commentaren en artikelen over de nieuwe wet (zie o.m. J. Lievens, *De eenpersoons-B.V.B.A.*, Antwerpen, Kluwer, 1988; H. Braeckmans en E. Wymeersch, „De eenpersoonsvennootschap met beperkte aansprakelijkheid vanuit vennootschapsrechtelijk en algemeen handelsrechtelijk oogpunt”, in *De eenpersoonsvennootschap*,

Antwerpen, Maklu, 1988; L. Raucant e.a., *La société d'une personne à responsabilité limitée*, Brussel, Bruylant, 1987; T. Afschrift en L. De Hemptinne, „La loi du 14 juillet 1987. La société unipersonnelle”, *R.P.S.*, 1987, nr. 6446, p. 185; K. Geens en M. Wyckaert, „De B.V.B.A. herschreven voor één persoon”, *T.R.V.*, 1988, p. 3; M. Michel, „Aspects juridiques de la S.P.R.L. unipersonnelle”, *Rev.Not.B.*, 1987, p. 448; L. Weyts, „Familiaalvermogens- en erfrechtelijke aspecten bij een eenpersoonsvennootschap”, *T.Not.*, 1987, p. 324).

Uit de praktijk blijkt dat de eenpersoons-B.V.B.A. een groot succes kent als professionele vennootschap voor vrije beroepers (zie J.P. Bours, „De professionele burgerlijke vennootschap”, *Notarieel en Fiscaal maandblad*, 1990, p. 3; K. Geens, „Kan een eenpersoonsvennootschap ziekenhuisgeneesheer zijn?”, *T.R.V.*, 1990, p. 374; Id., „De professionele vennootschap”, in *Actuele problemen van fiscaal recht* (post-universitaire lessencyclus W. Delva), Antwerpen, Kluwer, 1989; H. Laga, „Bedenkingen bij de notarisvennootschap”, *T.Not.*, 1992, p. 98; Y. Deschamps, „L'exercice de la profession de notaire en société”, *Rev.Not.B.*, 1990, p. 516; M. Coipel, „Quelques réflexions à propos de l'exercice de la fonction notariale en S.P.R.L.U.”, *Rev.Not.B.*, 1992, p. 278 e.v.; J. Demblon, „La profession notariale, peut-elle être exercée en société?”, *Rev.Not.B.*, 1992, p. 6).

**253.** WET VAN 1 APRIL 1987. INBRENG VAN GEMEENSCHAPPELIJKE GOEDEREN — Wanneer twee echtgenoten deelnemen aan de oprichting van een vennootschap en zij slechts inbreng doen van gemeenschappelijke goederen, dan tellen zij voor één vennoot en vallen de aandelen in de gemeenschap. Om aan dit euvel te verhelpen werd door het enig artikel van de Wet van 1 april 1987 tot wijziging van art. 1401 B.W. (*B.S.*, 22 april 1987) een vijfde categorie van eigen goederen gecreëerd, m.n. de lidmaatschapsrechten verbonden aan gemeenschappelijke aandelen in vennootschappen „waarin alle aandelen op naam zijn, indien die toebedeeld zijn aan of ingeschreven zijn op naam van één echtgenoot alleen” (over de betekenis van deze laatste zinsnede, J. Lievens en H. Laga, „Kroniek Vennootschapsrecht 1987”, 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 278).

De wet voert dus een splitsing door tussen de aan de aandelen verbonden lidmaatschapsrechten en de eraan verbonden vermogensrechten. De eerstgenoemde rechten zijn eigen en dit niettegenstaande de aandelen waaraan zij verbonden zijn tot de gemeenschap behoren. Ze behoren toe aan de echtgenoot op wiens naam de aandelen werden ingeschreven in het register en waaraan ze toebedeeld werden (zie over de wet van 1 april 1987: L. Weyts, „De man-vrouw vennootschap in de kering”, *T.Not.*, 1987, p. 200; J. Van Bael, „De invoering van artikel 1401, sub 5° B.W. en de B.V.B.A.”, *R.W.*, 1987-88, p. 566; F. Bouckaert, noot onder de wet van 1 april 1987, *T.Not.*, 1987, p. 142; dezelfde, „Participation simultanée de deux époux à une société. Historique de la loi du 1 avril 1987 complétant l'article 1401 du Code Civil”, *R.P.S.*, 1987, nr. 6461, p. 287; H. Du Faux, „De lidmaat-

schapsrechten bedoeld in artikel 1401, 5° B.W.”, *T.Not.*, 1987, p. 464; H. Michel, „Les parts et actions nominatives dépendant du patrimoine commun”, *J.T.*, 1987, p. 565).

**254.** DE ZAAKVOERDER DIE TEVENS BEDIENDE IS VAN ZIJN VENNOOTSCHAP — Volgens vaste rechtspraak kan een bestuurder of zaakvoerder tevens door een bedienendovereenkomst met zijn vennootschap verbonden zijn indien aan twee voorwaarden voldaan is: hij moet terzelfdertijd een taak uitoefenen die onderscheiden is van zijn bestuurders- of zaakvoerdersfunctie én dit moet gebeuren onder het gezag van een orgaan, bv. de raad van bestuur of het orgaan van dagelijks bestuur, of van een aangestelde, b.v. een directeur (Cass., 28 mei 1984, *R.W.*, 1984-85, 333, tweede zaak, met concl. Lenaerts; vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 997 e.v., nr. 161 e.v.).

Een zaakvoerder van een B.V.B.A. zal dit bewijs moeilijk kunnen leveren. Vaak wordt er slechts één benoemd. Maar zelfs wanneer er meerdere benoemd worden, vormen ze zelden een college zodat naar luid van art. 130, eerste lid Venn.W. in zulk geval iedere zaakvoerder bevoegd is om de vennootschap alleen te besturen (vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1384, nr. 394).

Aldus werd geoordeeld dat iemand die alleen als statutair zaakvoerder benoemd werd, aan wie krachtens de statuten zowel de externe vertegenwoordigingsmacht als de interne bestuursbevoegdheid toekwamen en die deze bevoegdheden de facto ook uitoefende, moeilijk kan aannemelijk maken dat hij onder gezag een functie uitoefent (Arbeidsh. Brussel, 5 september 1989, *J.T.T.*, 1989, p. 490 met bevestiging van Arbeidsrb. Brussel, 6 november 1987, *J.T.T.*, 1988, p. 103; in dezelfde zin Arbeidsrb. Brussel, 6 november 1987, *T.Soc.Recht*, 1988, p. 233; *J.T.T.*, 1988, p. 103, met noot). Het Hof benadrukt terecht dat de rechter niet gebonden is door de kwalificatie die door partijen aan hun overeenkomst werd gegeven. De gezagsverhouding bestaat zodra iemand **in feite** gezag kan hebben over andermans handelingen (Cass., 15 februari 1982, *R.W.*, 1982-83, p. 2210).

**255.** HET TEN ONRECHTE VOEREN VAN DE TITEL VAN ZAAKVOERDER — Een vennoot van een B.V.B.A. had op eigen houtje een door hem ondertekend formulier waarin melding werd gemaakt van een buitengewone algemene vergadering waarop hij tot zaakvoerder werd aangesteld, ter griffie neerlegd voor publicatie in het Belgisch Staatsblad. Deze vergadering had evenwel nooit plaats gegrepen.

In die omstandigheden kon hem terecht het verbod opgelegd worden om deze titel nog verder te voeren ten aanzien van derden. In casu werd de vordering ingesteld door de andere vennoot die wel regelmatig als zaakvoerder was benoemd. De rechtbank stond hem bovendien toe het vonnis te publiceren in het Belgisch Staatsblad (Kh. Brussel, 21 maart 1991, *T.B.H.*, 1991, p. 925).

**256. BEGRIIP STATUTAIR ZAAKVOERDER** — De vraag wanneer iemand als statutair zaakvoerder kan aangezien worden, blijft tot rechtspraak aanleiding geven. De kwalificatie is van belang aangezien deze zaakvoerder een bijzondere bescherming geniet: hij kan slechts ontslagen worden ofwel bij eenparig besluit van de vennoten, ofwel in geval van gewichtige reden door een besluit genomen in de voorwaarden voor wijziging van de statuten (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1964, p. 199, nr. 152; J. Van Houtte, „Sociétés Privées à responsabilité limitée”, *Rép.Not.*, 1989, p. 200 e.v., nrs. 307 e.v.; J. Van Ryn en P. Van Ommeslaghe, „Examen de jurisprudence (1972 à 1978). Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.*, 1981, p. 418 e.v., nr. 82).

Krachtens art. 129, lid 3 Venn.W. is iemand statutair zaakvoerder wanneer hij benoemd is „in de akte van oprichting”.

Nu maakt de wetgever geen onderscheid tussen statuten en oprichtingsakte: beiden worden in de vennootschappenwet door elkaar gebruikt zonder dat daaraan een inhoudelijk verschil lijkt te beantwoorden.

Toch is in de notariële praktijk, mede sedert de invoering van de verplichting om na elke statutenwijziging een gecoördineerde versie van de statuten neer te leggen (art. 12, § 3, 2° Venn.W.), de goeie gewoonte gegroeid om in de oprichtingsakte van vennootschappen met rechtspersoonlijkheid een onderscheid te maken tussen een deel oprichting en een deel statuten (L. Weyts, „Een nieuwe opbouw der vennootschapsakten met het oog op een latere eenvoudigere coördinatie der statuten”, *T.Not.*, 1967, p. 97 e.v.; R. Dechamps, „La loi du 6 mars 1973. Rédaction, mise à jour des statuts”, *Rev.Prat.Not.*, 1973, p. 540).

Het deel „oprichting” bevat dan de éénmalige bepalingen, m.n. de gegevens die uit hun aard niet bestemd zijn voor latere wijziging, terwijl in het deel „statuten” het geheel van normatieve bepalingen voorkomen die het verder leven van de vennootschap gaan beheersen en die wél vatbaar zijn voor wijziging.

Nu wordt algemeen aangenomen dat een zaakvoerder slechts als „statutair” kan aangezien worden wanneer hij in de eigenlijke statuten zelf of „dans le corps des statuts” werd benoemd (Kh. Brussel, 27 januari 1975, *J.T.*, 1976, p. 755; *R.P.S.*, 1977, nr. 5928, p. 42; J. Van Houtte, *a.w.*, *a.p.*, nr. 270, p. 179).

Twijfelachtig is de situatie van een zaakvoerder die in de overgangsbepalingen van de statuten wordt benoemd. Of deze deel uitmaken van de statuten hangt af van hun inhoud.

Dit is duidelijk niet het geval wanneer de overgangsbepaling bestond enkel in de verklaring van de oprichters dat zij in buitengewone algemene vergadering waren bijeengekomen met als agenda de benoeming van twee zaakvoerders en de benoeming van een plaatsvervangend zaakvoerder (Kort Ged. Kh. Veurne, 22 maart 1990, *T.B.H.*, 1991, p. 909). Volgens de Voorzitter kon de aldus benoemde zaakvoerder niet aangezien worden als een statutair zaakvoerder.

Voornoemd geval toont nog maar eens aan dat absolute duidelijkheid vereist is bij de benoeming van statutaire zaakvoerders. Zelfs de term „buitengewone algemene vergadering” die in casu in de zogenaamde overgangsbepaling werd gebruikt, is ongelukkig aangezien daarmee normaal de vergadering aangeduid wordt die bevoegd is om de statuten te wijzigen.

**257. GEEN VERMOEDEN VAN KOSTELOOSHEID VAN HET MANDAAT VAN ZAAKVOERDER** — In tegenstelling tot de burgerlijke lastgeving wordt niet vermoed dat bestuurders en zaakvoerder hun mandaat kosteloos uitoefenen (vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986; p. 1000 en 1001, nr. 166; L.M. Henrion, „Le curateur et la rémunération des dirigeants de société”, *J.T.*, 1986, p. 277 e.v.). De bevoegdheid om hen een bezoldiging toe te kennen, komt uitsluitend toe aan de algemene vergadering (Gent, 25 september 1987, *T.B.H.*, 1989, p. 164; J. Van Ryn, *Traité*, I, 1954, p. 389, nr. 593; J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent, Story-Scientia, 1973, p. 164, nr. 312). De raad van bestuur is enkel bevoegd ter zake van de vaststelling van de bezoldiging van het dagelijks bestuur en het ander personeel (KG, noot onder Kort Ged. Kh. Brussel, 18 oktober 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 154 en 155).

Vaak echter eigenen de zaakvoerders zich bezoldigingen toe zonder voorafgaandelijke beslissing van de algemene vergadering. De vraag stelt zich dan of de goedkeuring van de jaarrekening door de algemene vergadering meteen ook de goedkeuring impliceert van de bezoldigingen die de zaakvoerders zich gedurende dat boekjaar hebben toegeëigend.

Volgens de Rechtbank van Koophandel te Hasselt kan de goedkeuring van de jaarrekening in de gevallen waarin de zaakvoerders de enige vennoten zijn, met een beslissing omtrent de bezoldiging van de zaakvoerders gelijkgesteld worden (Kh. Hasselt, 22 november 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 229, met noot; in dezelfde zin Kh. Brussel, 14 februari 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 436). Deze opvatting kan zeker onderschreven worden indien in de jaarrekening uitdrukkelijk het bedrag van de bezoldigingen voorkomt (B. Van Caillie, „Bedenkingen betreffende opnemingen ten titel van bezoldigingen door bestuurders van naamloze vennootschappen en zaakvoerders van besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid”, *T.R.V.*, 1989, p. 278 en 279; J. Lievens, *De éénpersoons-B.V.B.A.*, Antwerpen, Kluwer, 1988, p. 106, nr. 152). Anders dan voor de kwijting (zie art. 79, lid 3 Venn.W.) schrijft de vennootschappenwet niet voor dat de toekenning van een bezoldiging moet geschieden bij afzonderlijke stemming.

**258. TEGENSTRIJDIG BELANG** — Indien alle zaakvoerders van een B.V.B.A. bij een bepaalde verrichting een tegenstrijdig belang hebben stelt zich de vraag wie de vennootschap bij de verrichting kan vertegenwoordigen. Voorafgaandelijk weze opgemerkt dat de zaakvoerders uiteraard enkel de regeling inzake belangenconflicten moeten eerbiedigen wanneer zij beleidsbeslissingen nemen, niet wanneer zij b.v. overeenkomstig art. 125 Venn.W.

een overdracht van aandelen aantekenen in het vennootenregister (anders: Kort Ged. Kh. Gent, 23 januari 1990, *T.R.V.*, 1990, p. 201, noot M. Wyckaert).

In het geval waarover de Vrederechter van Brasschaat diende te oordelen hadden de twee zaakvoerders van de B.V.B.A. All Starr in hun hoedanigheid van verhuurders van een onroerend goed aan deze B.V.B.A., laatstgenoemde gedagvaard in ontbinding van de huurovereenkomst. Blijkbaar betaalde de B.V.B.A. de huur niet meer gelet op haar slechte financiële toestand.

Op vordering van de meerderheidsaandeelhouders, die vrijwillig waren tussengekomen in het huurgeschil, stelde de Voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Antwerpen een advocaat aan als lasthebber ad hoc om de B.V.B.A. in rechte te vertegenwoordigen in het huurgeschil (Kort Ged. Kh. Antwerpen, 20 juni 1990, *T.R.V.*, 1991, met noot).

De Vrederechter veroordeelde verder de twee zaakvoerders voor de vergoeding van de schade die de meerderheid leed door het feit dat de B.V.B.A. niet behoorlijk vertegenwoordigd werd in het geding: door art. 133, eerste lid Venn.W. niet na te leven inzake tegenstrijdig belang begingen de zaakvoerders een fout, aldus de Vrederechter. Daardoor zagen de meerderheidsaandeelhouders zich genoodzaakt zelf procedurekosten te maken (Vred. Brasschaat, 15 mei 1991, *T.R.V.*, 1991, p. 436; *T. Vred.*, 1991, p. 251).

De vraag is echter of de naleving van de regels van tegenstrijdig belang zoals voorzien in art. 133 Venn.W. voor de B.V.B.A. in casu een oplossing zou hebben geboden (zie voor een uitvoerige bespreking van art. 133 Venn.W., H. Braeckmans en E. Wymeersch, „De eenpersoonsvennootschap met beperkte aansprakelijkheid vanuit vennootschapsrechtelijk en algemeen handelsrechtelijk oogpunt”, in *De eenpersoonsvennootschap*, Antwerpen, Maklu, 1988, nrs. 122 e.v.). Evenmin als voor de N.V. regelt de vennootschappenwet namelijk het geval waarbij alle zaakvoerders wegens hun tegenstrijdig belang verhinderd zijn om de vennootschap bij een bepaalde rechtshandeling te vertegenwoordigen.

In een noot onder het vonnis van de Vrederechter van Brasschaat meent Van Gompel dat de zaakvoerders in casu de procedure waarin is voorzien in art. 133, § 2 Venn.W. per analogie hadden moeten toepassen. De wetgever voorziet deze mogelijkheid evenwel enkel indien er slechts één zaakvoerder is (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 884, nr. 280).

In een zeer lezenswaardig artikel met als titel „Les situations de blocage dans les sociétés anonymes” (*T.B.H.*, 1992, p. 470) stelt Foriers voor dat telkens wanneer in een N.V. de raad van bestuur verlamd is omdat alle bestuurders een persoonlijk belang hebben, de beslissing zelf door de algemene vergadering kan genomen worden. Moet de vennootschap nadien vertegenwoordigd worden bij een rechtshandeling dan kan de algemene vergadering daartoe een lasthebber ad hoc aanduiden, aldus Foriers. Een

beroep op een lasthebber ad hoc is wellicht enkel vereist indien de vertegenwoordiging niet louter beperkt blijft tot hetgeen vooraf door de raad van bestuur werd beslist.

Genoemde oplossing kan ongetwijfeld ook toegepast worden op de zaakvoerders van een B.V.B.A.

**259. DRAAGWIJDTE VAN STATUTAIRE TWEE-HANDTEKENINGSCLAUSULE** — Naar luid van art. 130, lid 1 Venn.W. komt aan elke zaakvoerder afzonderlijk de externe vertegenwoordigingsmacht toe. Art. 130, lid 4 Venn.W. voorziet echter de mogelijkheid om van deze regel af te wijken. Zo kan de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid toegekend worden aan twee samen handelende zaakvoerders. Zulke tweehandtekeningsclausule is geldig op voorwaarde dat ze de algehele vertegenwoordigingsbevoegdheid betreft. Statutaire tweehandtekeningsclausules die kwantitatieve of kwalitatieve restricties aanbrengen aan de externe vertegenwoordigingsmacht zijn volgens de heersende doctrine ongeldig (J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent, Story-Scientia, 1973, p. 218). Zo is b.v. de clausule naar luid waarvan iedere zaakvoerder afzonderlijk bevoegd is om de B.V.B.A. te vertegenwoordigen maar voor rechtshandelingen boven een bepaald bedrag de gezamenlijke handtekening van hen beiden vereist is, ongeldig.

Aldus besliste de Raad van State ten aanzien van de clausule in de statuten van een B.V.B.A. naar luid waarvan voor verbintenissen voor een bedrag van méér dan 25.000 frank, de handtekening van de twee zaakvoerders vereist was (10 november 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 360, noot K. Geens, „De tegenwerpelijke van de meerhandtekeningsclausule in een B.V.B.A.”; zie ook boven, nr. 81).

De genoemde statutaire beperking heeft echter wel interne werking: wordt ze door de zaakvoerders niet nageleefd, dan kunnen deze door de vennootschap of door derden aansprakelijk gesteld worden overeenkomstig art. 62, lid 2 Venn.W. (zie de hiervoor geciteerde noot onder R.v. State, 10 november 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 362).

**260. OVERDRACHT VAN AANDELEN. INSTEMMINGSVEREISTE. OPSCHORTENDE VOORWAARDE OF GELDIGHEIDSVEREISTE** — Naar luid van art. 126, lid 1 Venn.W. kunnen aandelen van een B.V.B.A. slechts overgaan op derden mits instemming van ten minste de helft van de vennoten die ten minste drie vierden van het kapitaal bezitten na aftrek van de rechten waarvan de overdracht is voorgesteld.

Deze instemming is aan geen vormvereiste onderworpen en kan derhalve in beginsel stilzwijgend gegeven worden. Een stilzwijgen op zich volstaat echter niet (Gent, 15 mei 1991, *T.R.V.*, 1991, p. 361; J. Van Houtte, „Sociétés privées à responsabilité limitée”, *Rép.Not.*, 1989, p. 150, nr. 207). Enkel een omstandig stilzwijgen dat voor geen andere interpretatie vatbaar is, kan in aanmerking komen (J. Van Ryn en P. Van Ommeslaghe,

„Examen de jurisprudence (1961 à 1965). Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.*, 1967, p. 360, nr. 64). Het feit dat een vennoot zijn voorbehoud tegen een niet-aanvaarde overdracht slechts op enkele maar niet op alle daarop volgende algemene vergaderingen heeft herhaald, volstaat niet om daaruit zijn instemming met de tussengekomen overdracht af te leiden (Kort Ged. Kh. Gent, 23 januari 1990, *T.R.V.*, 1990, p. 201, noot M. Wyckaert).

**261.** In de besproken periode kwam herhaaldelijk de vraag aan bod naar het rechtskarakter van deze instemmingsvereiste bij overdracht van aandelen onder levenden. Betwist wordt of de instemming moet aangezien worden als een opschortende voorwaarde, dan wel als een bestaansvoorwaarde bij gebreke waarvan de overdracht nietig is. In art. 126, lid 1 Venn.W. wordt de instemmingsvereiste voorgeschreven op straffe van nietigheid (zie, voor een bespreking van de verschillende stellingen, M. Wyckaert, „De instemmingsvereiste bij de overgang van aandelen in een B.V.B.A.: een opschortende voorwaarde of een bestaansvoorwaarde? Een poging tot verantwoording van de verschillende stellingnames”, *T.R.V.*, 1990, p. 184 e.v.).

Een meerderheidsopvatting in de doctrine onderschrijft de eerste stelling. De overdracht komt tussen partijen geldig tot stand zonder de instemming, terwijl de uitvoering van de verbintenissen opgeschort wordt totdat de vereiste instemming van de medevennoten gegeven wordt. De uitdrukking op straffe van nietigheid zou per vergissing voorkomen in art. 126 Venn.W. en zou enkel willen benadrukken dat een croupier-verhouding in een B.V.B.A. uitgesloten is (J. Van Ryn en J. Heenen, *Principes*, II, p. 23, nr. 915 en p. 25, nr. 919; J. Van Ryn en P. Van Ommeslaghe, „Examen de jurisprudence (1961 à 1965). Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.*, 1967, p. 359; J. Ronse, „Overzicht van rechtspraak (1961-63). Vennootschappen”, *T.P.R.*, 1964, p. 202, nr. 158).

In de besproken periode werd door de Rechtbanken niettemin herhaaldelijk voor de eerste opvatting gekozen: een overdracht waarvoor niet de krachtens art. 126 Venn.W. vereiste instemming werd gegeven, is nietig (Kort Ged. Kh. Brussel, 14 januari 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 311, met noot; *R.P.S.*, 1988, nr. 6486, p. 178; *J.L.M.B.*, 1988, p. 440). Volgens het Hof van Beroep te Gent is de door art. 126 Venn.W. vereiste instemming zelfs van openbare orde zodat het ontbreken ervan gesanctioneerd wordt met een absolute nietigheid (in dezelfde zin: Kort Ged. Kh. Gent, 23 januari 1990, *T.R.V.*, 1990, p. 201, met noot; L. Fredericq, *Traité*, V, p. 913, nr. 647; M. Loir, *Traité et formulaire des sociétés de personnes à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1936, p. 216, nr. 48). Dit heeft volgens het Hof als gevolg dat ook de kopers van de aandelen de nietigverklaring kunnen vorderen evenals de terugbetaling van de verkoopsom (Gent, 15 mei 1991, *T.R.V.*, 1991, p. 361).

Alleen de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen oordeelde in een vrij onduidelijk gemotiveerd vonnis dat de instemmingsvereiste van art. 126

Venn.W. als een opschortende voorwaarde dient aangezien te worden (Kh. Antwerpen, 8 november 1985, *T.B.H.*, 1987, p. 372).

**262.** De stelling van de opschortende voorwaarde geniet de voorkeur. De klassieke lijst van geldigheidsvereisten voor de totstandkoming van overeenkomsten, in casu aangevuld met de specifieke geldigheidsvereisten voor de koop-verkoopovereenkomsten, en waarvan het ontbreken traditioneel met nietigheid gesanctioneerd wordt, moet inderdaad niet nodeloos uitgebreid worden. Bovendien wint de opvatting meer en meer veld dat de nietigheids-sanctie zoveel mogelijk moet vermeden worden, daar waar via andere wegen hetzelfde resultaat kan bekomen worden (W. Van Gerven, *Algemeen deel*, p. 443).

Zoals bekend is het Hof van Cassatie de door De Page verdedigde opvatting dat de opschortende voorwaarde niet het bestaan van de overeenkomst opschort maar enkel de uitvoering van de verbintenissen, bijgetreden (Cass., 15 mei 1986, *Arr.Cass.*, 1985-86, nr. 565; *J.T.*, 1987, p. 4; *R.C.J.B.*, 1990, p. 106, noot Gérard; Cass., 5 juni 1981, *Arr.Cass.*, 1980-1981, p. 1157; *Pas.*, 1981, I, p. 1151; *R.W.*, 1981-82, p. 245 met concl. Adv.-Gen. Lenaerts; *R.C.J.B.*, 1983, p. 199, noot J. Herbots).

Dit betekent dat „pendente conditione” op de contractspartijen reeds bepaalde verplichtingen kunnen rusten voortvloeiend uit de wet of uit de overeenkomst. In casu rust krachtens art. 1179 B.W. op de verkopende aandeelhouder de (inspannings)verplichting om binnen een redelijke termijn de instemming te vragen van de overige aandeelhouders overeenkomstig het bepaalde in art. 126 Venn.W. (vgl. J. Herbots, „Contrat sous condition suspensive: conséquences de la faute commise par une partie pendente condition”, noot onder Cass., 5 juni 1981, *R.C.J.B.*, 1983, p. 213, nr. 10; zie E. Dirix en A. Van Oevelen, „Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992)”, *R.W.*, 1992-93, p. 1256, nr. 86). De koper is echter niet gehouden te betalen, net zomin als de verkoper tot „levering” gehouden is.

Weigeren de overige vennoten hun instemming, m.a.w. gaat de opschortende voorwaarde niet in vervulling, dan houdt de overeenkomst op te bestaan bij gebrek aan voorwerp (P. Gerard, „Vers une définition nouvelle de l'obligation sous condition suspensive”, noot onder Cass., 15 mei 1986, *R.C.J.B.*, 1987, p. 113).

**263.** VERKOOP VAN AANDELEN. BEWIJS — Het bewijs van een koop-verkoopovereenkomst van aandelen wordt geregeld door de klassieke gemeenrechtelijke regels omtrent het bewijs van verbintenissen en niet door de vennootschappenwet.

Een verkoop van aandelen kan dus bewezen worden aan de hand van een kopie van een door de verkoper ondertekende kwijting waarin uitdrukkelijk de ontvangst van de koopprijs vermeld wordt voor de verkoop van aandelen (Kh. Tongeren, 16 november 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 263).

**264. OVERDRACHT VAN AANDELEN. RECHTSGEVOLGEN VAN DE INSCHRIJVING IN HET AANDELENREGISTER** — De juridische gevolgen van de inschrijving van een overdracht van aandelen in het aandelenregister blijven beperkt tot de tegenwerpelijkheid van deze overdracht aan derden (Kort Ged. Kh. Brussel, 14 januari 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 311, met noot; *R.P.S.*, 1988, nr. 6486, p. 178; *J.L.M.B.*, 1988, p. 440; Kh. Tongeren, 16 november 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 440).

De inschrijving is dus geenszins een geldigheidsvereiste voor de totstandkoming van de overdracht (zie daarover H. Du Faux, „P.V.B.A. Overdracht van deelbewijzen. Niet-tegenstelbaarhied t.o.v. de vennootschap en van derden van niet-ingeschreven overdrachten van deelbewijzen. Betekenis”, *T. Not.*, 1980, p. 1; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 892, nr. 285 en p. 912, nr. 309).

**265. OVERGANG VAN AANDELEN BIJ OVERLIJDEN** — Het is mogelijk de wettelijke overdraagbaarheidsbeperkingen voorzien in art. 126 Venn.W. nog te verstrengen in de statuten (J. Van Ryn en J. Heenen, *Traité*, II, nrs. 918 en 922). Verder bepaalt art. 128 Venn.W. dat de erfgenamen die als aandeelhouder geweigerd worden, de afkoop kunnen vorderen van hun aandelen door de overige vennoten (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1391, nr. 401). Art. 128, lid 3 Venn.W. voorziet dat de statuten kunnen bepalen hoe de prijs van de aandelen zal vastgesteld worden (J. Van Ryn en P. Van Ommeslaghe, „Examen de jurisprudence (1966 à 1971). Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.*, 1973, p. 520, nr. 59). Deze kan krachtens art. 1592 B.W. overgelaten worden aan een derde.

Van al deze mogelijkheden maakte de B.V.B.A. Ets. Qeurton gebruik. De statuten bepaalden dat erfgenamen, zelfs wanneer het naaste verwanten betrof zoals opgesomd in de punten 1<sup>o</sup> tot 3<sup>o</sup> van het eerste lid art. 126 Venn.W., slechts vennoot konden worden indien zij als dusdanig aanvaard werden door de overige vennoten. Voorts werd voorzien dat behoudens in geval van overeenkomst tussen partijen, de prijs zal vastgesteld worden door een accountant, aangesteld door de Rechtbank van Koophandel te Nijvel, en dat deze prijsbepaling door de deskundige onherroepelijk is en niet vatbaar voor beroep.

Terecht oordeelde de Rechtbank van Koophandel te Nijvel dat, in geval de overblijvende vennoten de erfgenamen als vennoot weigeren, de voornoemde statutaire clause hen verplicht de aandelen over te kopen aan de prijs die door de deskundige vastgesteld wordt (Kh. Nijvel, 17 maart 1988, *T.B.H.*, 1991, p. 42, noot L. Hoste). Eens zij beslist hebben de aandelen over te nemen kunnen zij op deze keuze niet meer terugkomen. M.a.w. de koop kwam tot stand zodra de erfgenamen als vennoot werden geweigerd.

Dit vonnis is in overeenstemming met de recente doctrine die vooropstelt dat, in geval de prijsbepaling overgelaten wordt aan een deskundige die zal worden aangeduid door een derde — in casu de Rechtbank van Koophan-

del — wel degelijk voldaan is aan de bepaalbaarheidsvereiste van art. 1591 B.W., indien uitdrukkelijk wordt voorzien dat de prijs die de deskundige zal vaststellen, de partijen onherroepelijk bindt (L. Simont en J. De Gavre, „Examen de jurisprudence (1976-1980). Les contrats spéciaux”, *R.C.J.B.*, 1985, p. 108, nr. 4, met verwijzing naar W. Van Gerven, „Conventions de longue durée”, in *Entreprises de longue durée et travaux en cours*, Brussel, Bruylant, 1982, p. 15 e.v.).

## HOOFDSTUK VIII

### DE COÖPERATIEVE VENNOOTSCHAP

**266.** ALGEMEEN. HERVORMING VAN 22 DECEMBER 1989, 20 JULI 1991 EN 29 JUNI 1993 — Een eerste schuchtere poging tot indijken van het misbruik van de coöperatieve vennootschap waren de artikelen 328 tot 332 van de programwet van 22 december 1989 (*B.S.*, 30 december 1989) waardoor, in navolging van N.V. en B.V.B.A., de revisorale controle bij inbreng in natura evenals de regeling van de quasi-inbreng, werden ingevoerd voor de C.V. (zie de huidige art. 147quater tot en met 147sexies Venn.W.; W. Kupers, „Revisorale controle bij inbrengen in natura in de coöperatieve vennootschap”, *T.R.V.*, 1990, p. 175).

Titel VII en VIII van de programwet van 20 juli 1991 houdende sociale en diverse bepalingen (*B.S.*, 1 augustus 1991) bevatte de fundamentele hervorming van Afdeling VII van de Vennootschappenwet over de coöperatieve vennootschappen: de bestaande artikelen 141 t.e.m. 164 Venn.W. werden afgeschaft en integraal vervangen door nieuwe artikelen met dezelfde nummers (zie over deze wet: K. Geens, H. Laga en J. Wouters, *De coöperatieve vennootschap na de wet van 20 juli 1991* (ed. Jan Ronse Instituut), Kalmthout, Biblo, 1992; P. Nicaise, *Le nouveau droit des sociétés coopératives* (ed. Centre Jean Renauld), Brussel, Bruylant, 1992; J. Van Bael, „De wet van 20 juli 1991”, in *De nieuwe vennootschappenwet 1991*, Antwerpen, Kluwer, 1991, p. 187 e.v.; dezelfde, „De wet op de coöperatieve vennootschappen”, in *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991* (ed. H. Braeckmans en E. Wymeersch), Antwerpen, Maklu, p. 373 e.v.; A. Benoit-Moury, „Une formule de collaboration entre entreprises: la société coopérative, alternative de la société anonyme?” en J. Wouters, „De coöperatieve vennootschap als alternatief voor de naamloze vennootschap”, in *Tendensen in het bedrijfsrecht/3* (ed. Belgische Vereniging voor Bedrijfsjuristen), Brussel/Antwerpen, Bruylant/Kluwer, 1992, resp. p. 5 e.v. en p. 49 e.v.; H. Du Faux, „Aperçu des disposition légales régissant la société coopérative”, *Rev. Not. belge*, 1992, p. 80 e.v.).

Samengevat komt de hervorming erop neer dat het statuut van de C.V. met beperkte aansprakelijkheid verstrengd werd. Voor een C.V. met beperkte

aansprakelijkheid gelden voortaan dezelfde regels inzake inbreng, kapitaal en bestuurdersaansprakelijkheid als voor de B.V.B.A., met dien verstande dat de specifieke kenmerken van de C.V., m.n. de veranderlijkheid van de vennoten en het kapitaal, behouden bleven.

Het statuut van de C.V. met hoofdelijke en onbeperkte aansprakelijkheid, afgekort als C.V.O.H.A. (art. 159, lid 1, b) Venn.W.), werd versoepeld en leunt nu nauw aan bij dat van de V.O.F., met dien verstande dat een aantal punten, zoals het toetreden, uittreden en uitsluiten van vennoten uitdrukkelijk in de Vennootschappenwet worden geregeld. Dit is voor de V.O.F. niet het geval.

De Fusiewet van 29 juni 1993 (*B.S.*, 21 juli 1993) regelt voor de C.V. met beperkte aansprakelijkheid de formele en reële vermindering van het vast gedeelte van het kapitaal naar het model van de art. 72 en 72bis Venn.W. voor de N.V. (zie het nieuwe art. 147novies Venn.W.), terwijl ook de regels inzake aanmerkelijke verliezen terzake van de B.V.B.A. (art. 140 Venn.W.) van toepassing verklaard worden (zie het nieuwe art. 158bis Venn.W.). Deze nieuwe regeling trad in werking op 1 oktober 1993 (zie art. 19 van Wet van 29 juni 1993).

**267. HERVORMING VAN 20 JULI 1991. OVERGANGSRECHT** — Bij K.B. van 11 oktober 1991 bepaalde de Koning de datum van inwerkingtreding van de Wet van 20 juli 1991 op 1 november 1991 (*B.S.*, 24 oktober 1991). Coöperatieve vennootschappen die opgericht werden na deze datum zijn dus onmiddellijk en volledig aan de nieuwe bepalingen onderworpen.

De bestaande vennootschappen, dit zijn deze opgericht vóór 1 november 1991, moeten hun statuten uiterlijk tegen 1 november 1993 aangepast hebben. Laten zij dit na, dan worden de bepalingen van de statuten die strijden met de nieuwe dwingende regels voor niet geschreven gehouden. Indien daardoor de werking van de vennootschap onmogelijk wordt, kan iedere belanghebbende in rechte de ontbinding vorderen (art. 168 van de wet van 20 juli 1991).

Dit zijn de twee enige sancties die de wetgever in geval van niet tijdige aanpassing heeft voorzien.

De vennoten van een C.V. met beperkte aansprakelijkheid die haar statuten niet tijdig heeft aangepast, worden dan ook in geen geval onbeperkt aansprakelijk voor alle schulden die de C.V. na 1 november 1993 heeft aangegaan.

Het omgekeerde werd evenwel verdedigd in de doctrine (zie: H. Du Faux, „Société coopérative à responsabilité limitée constituée avant la loi du 20 juillet 1991. Quid en cas d'absence de mise en concordance des statuts avec la loi dans le délai prescrit expirant le 31 octobre 1993”, *Rev.Not.B.*, 1993, p. 63).

De opvatting steunt blijkbaar op de gedachte dat de wetgever door de Wet van 20 juli 1991 twee *nieuwe* vennootschapsvormen heeft ingevoerd die

onderling evenveel verschillen als b.v. een N.V. t.a.v. een B.V.B.A. Alle bestaande C.V.'s moesten dus vóór 1 november 1993 uitdrukkelijk geopteerd hebben voor één van de twee nieuwe vormen (zie uitvoerig in die zin: J. Van Bael, „De coöperatieve vennootschap na de Wet van 20 juli 1991. Eén draak met drie koppen?“, *Not.Fisc.Maandblad*, 1992, p. 185). Logischerwijze volgt daaruit dat sedert het verstrijken van de overgangsperiode die liep tot 1 november 1993 de bestaande C.V.'s ophouden te bestaan. Anderen leiden er, ten onrechte, uit af dat de C.V.B.A.'s na die datum C.V.O.H.A.'s worden omdat de statutaire clausule die de beperkte aansprakelijkheid voorziet zou strijden met de dwingende bepalingen van de nieuwe wet (H. Du Faux, *a.w., a.p.*, p. 63).

De gevolgen van deze stelling zijn niet te overzien.

Eén ervan is dat de C.V. in kwestie, ongeacht het aansprakelijkheidsregime van de vennoten, na 1 november 1993 noodzakelijk een onregelmatige V.O.F. wordt. De samenwerking tussen personen die openlijk en duurzaam samen handel drijven en daarbij niet uitdrukkelijk geopteerd hebben voor één van de vennootschapsvormen voorzien in art. 2 Venn.W. — hetgeen in casu het geval is aangezien de gekozen vennootschapsvorm, m.n. een C.V.B.A. of een C.V.O.H.A. oud regime niet meer zou bestaan na 1 november 1993 — dient immers gekwalificeerd te worden als een V.O.F.

Dit zou betekenen dat deze vennootschap de omweg van de omzetting moet maken alvorens haar statuten te kunnen aanpassen aan de Wet van 20 juli 1991. Aangezien alle voorschriften van art. 166 Venn.W. dan toepasselijk zijn, zou voor deze omzetting de eenparige instemming van alle vennoten vereist zijn.

Uit een en ander volgt dan ook dat de aanpassing van de statuten van een bestaande C.V. een gewone statutenwijziging is en geen wijziging van type van C.V. of omzetting. Noch de regels van art. 164 Venn.W., noch deze van art. 165 Venn.W. moeten daarbij gerespecteerd worden, tenzij men uiteraard het aansprakelijkheidsregime van de vennoten van de bestaande C.V. wenst te veranderen of ze wenst om te zetten in een andere vennootschapsvorm.

De bestaande C.V.O.H.A.'s kunnen hun statuten naar keuze met een onderhandse dan wel met een authentieke akte aanpassen en dit ongeacht de vorm van hun oprichtingsakte, terwijl voor de bestaande C.V.B.A.'s in ieder geval een authentieke akte vereist is (art. 166 van de wet van 20 juli 1991 iuncto art. 11bis en art. 4 Venn.W.; K. Geens, „De C.V. bij wijze van deelneming. De kleine en grote omzetting en het overgangsrecht“, in *De coöperatieve vennootschap na de wet van 20 juli 1991*, (ed.) J. Ronse Instituut, p. 156; M. Grégoire, „Les dispositions de droit transitoire de la loi du 20 juillet 1991, in *Réforme du droit des sociétés*, Brussel, Bruylant, p. 643; H. Laga, „Kunnen de authentieke statuten van een C.V. gewijzigd worden bij onderhandse akte en omgekeerd?“, *T.R.V.*, 1991, p. 82).

Bestaande coöperatieve vennootschappen waarvan de statuten reeds vóór

1 november 1991 conform waren aan de nieuwe wet, zijn tot geen enkele aanpassing of omzetting verplicht (K. Geens, „De C.V. bij wijze van deelneming, de kleine en grote omzetting en het overgangsrecht”, in *De coöperatieve vennootschap na de Wet van 20 juli 1991* (Jan Ronse Instituut ed.), Kalmthout, Biblo, 1992, p. 153, nr. 210; anders: J. Van Bael, „Zijn er nog C.V.'s”, in *Nieuwe Vennootschappenwet 1991*, Antwerpen, Kluwer, 1991, p. 239).

Het spreekt voor zich dat een deel van de in de verslagperiode gepubliceerde rechtspraak over de C.V. door de voormelde hervorming is achterhaald. Niettemin blijft ze grotendeels het bespreken waard.

**268. NIET-BEKENDMAKING VAN DE OPRICHTINGSAKTE. TEGENWERPELIJKHEID AAN DERDEN VAN DE BEEERKTE AANSPRAKELIJKHEID** — Oprichtingsakten van vennootschappen met rechtspersoonlijkheid zijn slechts tegenwerpelijk aan derden vanaf hun openbaarmaking, tenzij de vennootschap kan aantonen dat de derde er tevoren kennis van droeg (art. 10, § 4 Venn.W.). Opdat een oprichtingsakte van een N.V., B.V.B.A. of C.V. zou tegenwerpelijk zijn, moeten wel twee formaliteiten samen vervuld zijn: m.n. de *bekendmaking* van het uittreksel in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad (art. 6 Venn.W. en art. 10, § 4, lid 1 Venn.W.) en de *neerlegging* van de akte in het vennootschapsdossier (art. 10, § 1, lid 4 Venn.W.) (P. Van Ommeslaghe, „La première directive du conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés”, *Cah.Dr.Eur.*, 1969, p. 250, nr. 21).

In een vonnis van de Arbeidsrechtbank te Brussel werden deze principes correct toegepast (26 juni 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 817, met instemmende noot van C. Parmentier). De rechtbank oordeelde dat de clausule in de statuten van een C.V. naar luid waarvan de aansprakelijkheid van de vennoten beperkt was tot hun inbreng, niet kon tegengeworpen worden aan degene die een arbeidsovereenkomst gesloten had met de C.V. op een ogenblik dat haar oprichtingsakte nog niet was bekend gemaakt.

Het argument van de verweerders dat de oprichtingsakte nadien wel werd openbaar gemaakt, werd door de rechtbank terecht weggewuifd: de laattijdige openbaarmaking heeft immers geen retroactieve werking (Van Ryn, *Principes*, I, nr. 398 in fine).

De vraag stelt zich hoe een derde moet aankijken tegen een vennootschap waarvan de oprichtingsakte niet werd bekend gemaakt. Meestal zullen haar vertegenwoordigers de rechtsvorm van de vennootschap kenbaar gemaakt hebben zodat de derde wel verplicht zal zijn de vennootschap te aanzien als een N.V., B.V.B.A. of C.V. De statutaire clausules die afwijken van het suppletieve regime dat voor elk van die vennootschapstypes in de Vennootschappenwet en in het Burgerlijk Wetboek is bepaald, kunnen hem echter in beginsel niet tegengeworpen worden (J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent, Story-Scientia, 1973, p. 31, nr. 62; L. Simont, „Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une

société en formation'', in *Les sociétés commerciales*, J.B., 1985, p. 68, nr. 6).

In casu betekende dit dat de suppletieve regel van het oude art. 146, 4° Venn.W. gold, zodat de vennoten van de C.V. hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijk waren voor de betaling van zijn achterstallig loon.

Onder het nieuwe regime van de wet van 20 juli 1991 zou de rechter wellicht anders geoordeeld hebben.

In de veronderstelling dat uitdrukkelijk gehandeld werd namens een bepaalde coöperatieve vennootschap zal de derde automatisch op de hoogte zijn van het aansprakelijkheidsregime van de vennoten. Krachtens art. 159 Venn.W. wordt de coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid immers afgekort afgekort als „C.V.” terwijl de coöperatieve vennootschap met hoofdelijke en onbeperkte aansprakelijkheid van de vennoten afgekort wordt als „C.V.O.H.A.”. Zoals bekend moeten de voluit geschreven woorden of de genoemde wettelijke afkortingen krachtens voornoemd wetsartikel vermeld worden in alle stukken die uitgaan van de vennootschap.

**269. AANSPRAKELIJKHEID BESTUURDERS. FEITELIJKE BESTUURDERS** — Onder het oude recht konden bestuurders van coöperatieve vennootschappen enkel aansprakelijk gesteld worden op grond van het gemeen aansprakelijkheidsrecht, m.n. op grond van de regels omtrent de lastgeving t.a.v. hun vennootschap, én op grond van art 1382 B.W. t.a.v hun vennootschap en derden (J. Van Ryn en J. Heenen, *Principes*, II, p. 89, nr. 1022). Door de wet van 20 juli 1990 werd de aansprakelijkheid van bestuurders van een C.V.B.A. gevoelig verzwaard, o.m. door de toepasselijkheid van de art. 62 en art. 63ter Venn.W. (art. 158 Venn.W.).

Op vordering van de curator van een failliete coöperatieve vennootschap diende de Rechtbank van Koophandel te Brussel de aansprakelijkheid van de oprichters wegens onderkapitalisatie en van de bestuurders wegens beleidsfouten, te beoordelen aan de hand van het oude recht (27 januari 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 220, noot J. Lievens, „De aansprakelijkheid van de oprichters en bestuurders van een coöperatieve vennootschap”).

Werd een C.V.B.A. bij de oprichting ondergekapitaliseerd dan kon de curator enkel beroep doen op art. 1382 B.W.. In casu was het kapitaal van 250.000 frank bij de oprichting weliswaar aan de lage kant, maar de curator toonde niet aan dat het ontoereikend was, derhalve dat de oprichters een fout hadden begaan in de zin van art. 1382 B.W.

Thans zou de curator zijn vordering tegen de oprichters van de C.V.B.A. kunnen steunen op artikel 147ter, 4° Venn.W. Krachtens deze bepaling is de bijzondere oprichtersaansprakelijkheid in geval van kennelijk ontoereikend kapitaal zoals die geldt voor de N.V. (art. 35, 6° Venn.W.) en voor de B.V.B.A. (art. 123, 7° Venn.W.), ook van toepassing op de oprichters van een C.V.B.A. in geval van ontoereikendheid van het vast gedeelte van

het kapitaal (J. Wouters, „De coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid na de wet van 20 juli 1991”, in *De coöperatieve vennootschap na de Wet van 20 juli 1991* (Jan Ronse Instituut ed.), Kalmthout, Biblo, 1992, p. 86, nrs. 54 e.v.).

Voorts stelt de Rechtbank terecht een directeur, aan wie de afgevaardigd bestuurder van meetaf aan al zijn bevoegdheden had gedelegeerd, gelijk met een bestuurder en acht deze aansprakelijk voor de beleidsfouten die hij als feitelijk bestuurder had begaan. Algemeen wordt immers aangenomen dat feitelijke bestuurders dezelfde bestuurdersaansprakelijkheid oplopen als geldig benoemde bestuurders (zie boven, nr. 157; zie vorige overzichten, *T.P.R.*, 1986, p. 1240, nr. 202 en *T.P.R.*, 1978, p. 827, nr. 208).

Ten onrechte zou de geldig benoemde bestuurder zich beroepen op zijn incompetentie of zijn niet-betrokkenheid bij het effectieve bestuur om zich aan zijn bestuurdersaansprakelijkheid te onttrekken, aldus de rechtbank. De bestuurders zijn immers verplicht hun mandaat zelf uit te oefenen (H. Laga, „De uitoefening van een bestuurdersmandaat door een vennootschap”, *DAOR*, 1993, n° 27, p. 19; *T.R.V.*, 1993, 313; vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1239, nr. 201).

**270. TOETREDINGSVOORWAARDEN** — De statuten van een C.V. kunnen twee soorten van toetredingsvoorwaarden bevatten, m.n. toestemmingsvereisten en hoedanigheidsvereisten (J. 't Kint en M. Godin, *Les sociétés coopératives*, Brussel, Larcier, 1968, p. 90, nrs. 251 e.v.; P. Van Ommeslaghe, „Les sociétés coopératives, les sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et les sociétés de moyens”, in *Les sociétés commerciales*, J.B., 1985, p. 324; J. Van Ryn, *Principes*, II, 1957, p. 76, nr. 998; A. Van Hulle, e.a., *De coöperatieve vennootschap*, Kluwer, Antwerpen, 1989, p. 63, nrs. 103 e.v.).

Toestemmingsvoorwaarden zijn deze die de toetreding afhankelijk maken van de instemming van een orgaan of een lasthebber van de C.V., terwijl hoedanigheidsvoorwaarden de toetreding afhankelijk maken van het hebben van een bepaalde hoedanigheid, b.v. inzake diploma, beroep, leeftijd enz.

Bij de bepaling van de beide types toetredingsvoorwaarden zijn de oprichters volkomen vrij. Indien de statuten evenwel geen toetredingsvoorwaarden bevatten dan geldt de suppletieve regel van art. 146, 2° Venn.W.: derden kunnen slechts toetreden als vennoot wanneer zulks door de algemene vergadering goedgekeurd werd. Geoordeeld werd dat een inschrijving van de toetreding van een nieuwe vennoot in het aandelenregister onregelmatig is wanneer niet kan aangetoond worden dat de algemene vergadering met die toetreding had ingestemd (Kh. Brussel, 11 april 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 357, noot H. Laga; *T.B.H.*, 1990, p. 360).

Een derde die voldoet aan de statutaire hoedanigheidsvereisten, verkrijgt nooit automatisch het recht om vennoot te worden. Hij moet in ieder geval

nog eens aanvaard worden door het daartoe bevoegde orgaan. Deze toestemmingsvereiste vervalt enkel indien de statuten een beding ten behoeve van een derde bevatten (Cass., 5 maart 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 519; H. Laga, „Toetredingsvoorwaarden in de statuten van een C.V. en het beding ten behoeve van een derde”, noot onder Kh. Brussel, 11 april 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 360; H. Dufaux, „Toetredingsvoorwaarden in de statuten van een C.V. en het beding ten behoeve van een derde”, *T.R.V.*, 1990, p. 181).

**271. UITSLUITING** — Een vennoot kan enkel uitgesloten worden indien hij de kans kreeg zich op voorhand te verdedigen voor het orgaan dat bevoegd is om over zijn uitsluiting uitspraak te doen. Vóór de wettelijke regeling van dit recht in art. 152 Venn.W. door de Wet van 20 juli 1991, was het reeds erkend door het Hof van Cassatie bij arrest van 26 september 1963 (*Pas.*, 1964, I, p. 92; *R.P.S.*, 1964, p. 17, noot P. Coppens; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, nr. 410; zie boven, nr. 266).

Wordt dit recht van verdediging miskend, dan kan in kort geding de opschorting gevorderd worden van het besluit tot uitsluiting (Kort Ged. Kh. Gent, 1 september 1989, *T.B.H.*, 1991, p. 34, noot J.P. Blumberg; *T.G.R.*, 1989, p. 170; Kort Ged. Kh. Brussel, 22 juni 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 387).

**272. BEWIJS VAN TOETREDING EN UITTREDING** — De vraag naar het rechtskarakter van de handtekening van de vennoot in het vennotenregister bij diens toetreding of uittreding was een van de meest controversiële vragen in de doctrine en rechtspraak omtrent coöperatieve vennootschappen. Voor hun wijziging door de Wet van 20 juli 1991 schreven de art. 148 en 150 Venn.W. voor dat de toetreding en de uittreding bleek uit de handtekening van de vennoot in het vennotenregister, voorafgegaan door de dagtekening.

Was deze vormvereiste voorgeschreven ad validitatem dan wel louter ad probationem?

Gezaghebbende auteurs waren van mening dat de vormvereiste voorgeschreven door de artt. 148 en 150 Venn.W. de geldigheid zelf beoogde van de toetreding en de uittreding (L. Fredericq, *Traité*, V, p. 976, nr. 692, 2°; Cass., 12 november 1903, *Pas.*, 1904, I, p. 47; Bergen, 16 januari 1978, *J.T.*, 1978, p. 707, met beamende noot L. Dermine; *R.P.S.*, 1979, nr. 6007, p. 55, met afkeurende noot J. 't Kint; Gent, 25 januari 1984, *R.W.*, 1983-84, p. 2773; zie ook vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1397, nr. 706). Deze opvatting maakte van de toetreding en de uittreding plechtige overeenkomsten of rechtshandelingen zoals de schenking (art. 913 B.W.), dewelke enkel geldig tot stand konden komen mits de vervulling van de voorgeschreven vormvereiste.

In de besproken periode werd deze eerste opvatting nogmaals bevestigd door het Hof van Beroep te Bergen (28 januari 1987, *R.P.S.*, 1987, nr. 6450, p. 222, noot J.T.K.; *A.D.L.*, 1987, p. 324, noot A. Benoit-Moury). Als verweer tegen een vordering van de curator tot volstorting van zijn aandeel,

hield een vennoot voor dat hij was uitgetreden. De handtekening in het register voorzien door art. 150 Venn.W., is een substantiële vormvereiste, aldus het Hof, bij gebreke waarvan de uittreding zowel ten aanzien van de vennootschap als ten aanzien van derden nietig is. Van belang is evenwel dat de uittreding in casu hoe dan ook nietig was aangezien deze niet door de algemene vergadering was aanvaard zoals nochtans door de statuten was voorgeschreven.

Sommige auteurs gingen nog verder en beschouwden de artt. 148 en 150 Venn.W. als regels van openbare orde. Ontbrak de handtekening in het register dan was de toetreding of uittreding absoluut nietig (J. Van Ryn en P. Van Ommeslaghe, „Examen de jurisprudence (1972-1978). Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.*, 1981, p. 428, nr. 89; L. Dermine, „Du caractère substantiel de l'article 150 des lois sur les sociétés”, noot onder Bergen, 16 januari 1978, *J.T.*, 1978, p. 707). Deze opvatting werd door de Rechtbank van Koophandel te Brussel terecht verworpen, gelet op de definitie van de openbare orde die ons hoogste Hof voorstaat (Kh. Brussel, 25 september 1987, *R.P.S.*, 1988, nr. 6485, p. 165; Cass., 9 december 1948, *R.C.J.B.*, 1954, p. 251, noot J. De Harven; Cass., 15 maart 1968, *Arr.Cass.*, 1968, p. 936).

De tweede opvatting die de handtekening in het vennotenregister gelijkstelt met een bewijsformaliteit en niet met een geldigheidsformaliteit, verdient ongetwijfeld de voorkeur (C. Resteau, *Traité des sociétés coopératives*, Brussel, Larcier, 1936, p. 120; J. 't Kint en M. Godin, *Les sociétés coopératives*, Brussel, Larcier, 1968, p. 100; J. Corbiau, „Des formes de la souscription des parts sociales dans les sociétés coopératives”, *R.P.S.*, 1902, nr. 1339, p. 180). Zij strookt met het gemeen verbintenissenrecht dat het consensualisme als algemene regel huldigt, tenzij de wetgever uitdrukkelijk in een afwijking voorziet (M.A. Guerriero, *L'acte juridique solennel*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, p. 13). Niet de inschrijving in het register maar wel de wettelijke en gebeurlijke statutaire toetredings- en uittredingsvoorwaarden zijn immers de enige geldigheidsvereisten voor de totstandkoming van de toetreding of de uittreding.

Het voorgaande klemt des te meer nu in het door de Wet van 20 juli 1991 gewijzigde art. 147 Venn.W. voorzien wordt dat niet langer de vennoten zelf maar wel het orgaan dat belast is met het bestuur, moet overgaan tot de verschillende inschrijvingen in het register en dit „op grond van documenten met bewijskracht, die gedagtekend en ondertekend zijn” (art. 147, lid 2 Venn.W.). De artt. 148 en 150 Venn.W. werden in dezelfde zin aangepast (zie H. Laga, „Bepalingen gemeen aan de C.V. en de C.V.O.H.A.”, in *De coöperatieve vennootschap na de Wet van 20 juli 1991* (Jan Ronse Instituut ed.), Kalmthout, Biblo, 1992, p. 46). De vermelding in het register verschaft dus aan de vennoten en de vennootschap een bijkomend bewijsmiddel naast de andere gemeenrechtelijke bewijsmiddelen (zie algemeen: X. Dieux, „La preuve en droit commercial belge”, *T.B.H.*, 1986, p. 84 e.v.; L. Cornelis en L. Simont, „Bewijsrecht en technologische

evolutie: enkele overwegingen'', in *Technologie en recht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, p 135 e.v.).

**273.** RISTORNO. SCHEIDINGSAANDEEL — Een ristorno, soms ook omzetdividend genoemd, is een bedrag dat een C.V. aan haar vennoten uitkeert in verhouding tot de omzet die zij met haar realiseerden: het is het bedrag dat de vennootschap-afnemer te weinig betaald heeft aan de vennoot-leverancier of dat de vennootschap-leverancier teveel geïnd heeft van haar afnemer-vennoot. Aldus geformuleerd onderstelt het ristorno noodzakelijk de zogenaamde dubbele hoedanigheid in hoofde van de vennoten: naast vennoten zijn zij ook afnemers of leveranciers van de C.V. (M. Saint Alary, „Éléments distinctifs de la société coopérative'', *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1952, p. 490 e.v., nrs. 10 tot 14; J. Van Ryn en P. Van Ommeslaghe, „Examen de jurisprudence (1966 à 1971). Les sociétés commerciales'', *R.C.J.B.*, 1973, p. 528, nr. 65).

Algemeen wordt aangenomen dat een ristorno noch fiscaal, noch boekhoudkundig als winst kan aangezien worden (P. Van Ommeslaghe, „Les sociétés coopératives, les sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et les sociétés de moyens'', in *Les sociétés commerciales*, J.B., 1985, p. 324, nr. 4; Bijlage K.B. 8 oktober 1976, Hoofdstuk III, Deel II, I. A. Omzet).

Soms wordt de term ristorno echter verkeerdelijk gebruikt in gevallen waar het een werkelijke winstuitkering betreft. Zo b.v. wanneer de statuten bepalen dat de winst zal verdeeld worden in verhouding tot de omzet die de vennoten realiseerden met de C.V. Aldus oordeelde het Hof van Beroep te Gent dat de ristorno's „als opbrengst en eventuele winst van de vennootschap'' aangezien moeten worden en dienvolgens enkel de algemene vergadering uitspraak kan doen over de verdeling ervan (Gent, 17 december 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 209, noot B. Van Bruystegem, „Ristorno als winstuitkering’’).

**274.** I.v.m. *het scheidingsaandeel* werd in hetzelfde arrest terecht geoordeeld dat de aandelen van de vennoten niet noodzakelijk aan de nominale waarde moeten terugbetaald worden. De enige dwingende regel m.b.t. de berekening van de omvang van het scheidingsaandeel is verwoord in art. 153 Venn.W.: het scheidingsaandeel moet berekend worden op grond van de balans van het boekjaar waarin de vennoot is uitgetreden of uitgesloten (J. 't Kint en M. Godin, *Les sociétés coopératives*, Brussel, Larcier, 1968, p. 141, nr. 407; Gent, 3 mei 1935, *R.P.S.*, 1935, nr. 3485, p. 314 met noot).

Het recht zelf op uitkering van een scheidingsaandeel in hoofde van een uitgetreden of uitgesloten vennoot kan in de statuten wel op geldige wijze beperkt of zelfs geheel opgeheven worden (J. Van Ryn, *Principes*, I, Brussel, 1957, p. 80, nr. 1005 en p. 84, nr. 1015; Kh. Oostende, 15 decem-

ber 1955, *R.P.S.*, 1958, nr. 4734, p. 32, noot L. Simont; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1403, nr. 412).

**275.** GEVOLGEN VAN DE ONTBINDING VAN EEN RECHTSPERSOON-VENNOOT. TEGENWERPELIJKHEID — Wordt een N.V. die vennoot is in een C.V. voortijdig ontbonden, dan zijn dezelfde regels van toepassing als bij het overlijden van een natuurlijke persoon. In toepassing van art. 154 Venn.W. betekent dit dat de N.V. van rechtswege ophoudt vennoot te zijn (Kh. Brussel, 30 juni 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 365 met noot). De rechtsleer stemt met deze gelijkschakeling in (J. Van Ryn en J. Heenen, *Principes*, II, 1954, p. 7, nr. 1004; E. Defreyn-d'Or, *Manuel des sociétés coopératives*, Brussel, Hauchamps, 1935, p. 85).

In hetzelfde vonnis werd op goede gronden beslist dat het lidmaatschap van de N.V. ophoudt vanaf de datum van de bekendmaking van het ontbindingsbesluit in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad: op dat ogenblik worden de rechten en verplichtingen van de ontbonden N.V. ten aanzien van de C.V. vastgesteld (in dezelfde zin: X, noot onder Rb. Veurne, 5 maart 1910, *R.P.S.*, 1911, nr. 2142, p. 159; anders, en m.n. vanaf de datum van de ontbinding: C. Resteau, *Traité des sociétés coopératives*, Brussel, Larcier, 1936, p. 202, nr. 202; *R.P.D.B.*, XII, 1951, tw. sociétés coopératives, p. 815, nr. 261; of vanaf de datum van de bekendmaking van de sluiting van de vereffening: J. 't Kint en M. Godin, *Les sociétés coopératives*, Brussel, Larcier, 1968, p. 155, nr. 449).

Overeenkomstig art. 10, § 4, lid 1 Venn.W. is de ontbinding van de ontbonden N.V. immers pas tegenwerpelijk aan de C.V. vanaf het ogenblik van de bekendmaking (over de verplichting tot bekendmaking van de vervroegde ontbinding: J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent, Story-Scientia, 1973, p. 45, nr. 91). Uiteraard staat het de C.V. vrij zich toch te beroepen op de nog niet bekend gemaakte ontbinding (art. 10, § 4, lid 2 Venn.W.).

## HOOFDSTUK IX

### ONTBINDING EN VEREFFENING

#### AFDELING 1

#### ONTBINDING

**276.** ONTBINDING VAN RECHTSWEGE. FAILLISSEMENT — Het faillissement, zelfs in geval dit afgesloten wordt met een ontoereikend actief, heeft niet van rechtswege de ontbinding van de vennootschap als gevolg (Kh. Namen, 16 juni 1987, *T.B.H.*, 1989, p. 180). Niettemin werd op grond van art. 1865, 2<sup>o</sup> B.W. het tegendeel beslist door het Hof van Beroep te Brussel (Brussel, 9 oktober 1985, *R.P.S.*, 1987, nr. 6448, p. 213 met afkeurende

noot van M. Marechal; *R.W.*, 1986-87, p. 128 met afkeurende noot van D. Merckx en A. Vandeplas).

Sedert het hierboven onder nr. 113 besproken Cassatiearrest van 21 september 1989 kan inderdaad moeilijk nog betwijfeld worden dat art. 1865, 2° B.W. enkel van toepassing is in die zeldzame gevallen waarin een vennootschap werd opgericht met als enig doel de exploitatie van een bepaald goed en dit goed teniet gaat (zie Cass., 21 september 1989, *R.C.J.B.*, 1993, p. 36 en 37, nr. 18, noot M. Coipel, „Réflexions sur la dissolution d'une société pour extinction de la chose et sur le pouvoir de décider le dépôt d'une requête en concordat par abandon d'actif"; P.A. Foriers, „Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause", noot onder Cass., 28 november 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 88, nr. 12).

Het gebeurlijk verdwijnen van het actief zal wellicht de stopzetting van een bepaalde onderneming impliceren maar niets belet de vennootschap om nieuw actief te verwerven om haar oude activiteit terug op te nemen of om een nieuwe activiteit, mits aanpassing van het statutair doel, aan te vangen (zie uitvoerig, boven nr. 114).

**277. GERECHTELIJKE ONTBINDING. GRONDEN** — Sedert de wetswijziging van 5 december 1984 leidt het geen twijfel meer dat de gerechtelijke ontbinding zoals voorzien in art. 1871 B.W., van toepassing is op de N.V., B.V.B.A. en de C.V., en dit ongeacht of deze voor bepaalde dan wel voor onbepaalde duur werden opgericht (zie art. 102, tweede lid, tweede zin; art. 139, derde lid en art. 146, 1° Venn.W.; zie de opmerkelijke bijdrage van A. Benoit-Moury, „Des justes motifs de dissolution des sociétés commerciales de l'art. 1871 du code civil à l'art. 102 des L.C.S.C.", in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, p. 147 e.v.; B. Tillemans, „De gerechtelijke ontbinding: een laatste redmiddel", *T.R.V.*, 1992, p. 491; T. Tilquin, „Les conflits dans la société anonyme et l'exclusion d'un associé", *R.P.S.*, 1991, nr. 6560, p. 14 e.v.).

Niettemin legt de rechtspraak een terechte terughoudendheid aan de dag ten aanzien van deze vordering. Vooral wanneer de vennootschappelijke onderneming nog welvarend is zal de ontbinding veelal een te ver strekkende maatregel zijn en zullen andere meer op maat gesneden maatregelen ook de gewenste oplossing kunnen bieden.

In dat opzicht verrast een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen waarbij een B.V.B.A. werd ontbonden omdat de meerderheidsaandeelhouder ter algemene vergadering zijn positie misbruikte. Het Hof stelde nochtans uitdrukkelijk vast dat de werking van de vennootschap door deze handelswijze op geen enkele wijze onmogelijk was geworden (Antwerpen, 15 december 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 453, noot M.W.).

Ontbinding is inderdaad niet de aangewezen sanctie in gevallen van misbruik van meerderheid, zeker niet wanneer het eenmalige gevallen betreft

(P.A. Foriers, „Les situations de blocage dans les sociétés anonymes”, *T.B.H.*, 1992, p. 478, nr. 25; X. Dieux, „La responsabilité civiles des associés en matière de sociétés commerciales. Evolutions récentes”, in *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1992, p. 93; vgl. evenwel J. Lievens, „De wettelijke bescherming van de minderheidsaandeelhouder, De bescherming van de minderheidsaandeelhouder”, *T.R.V.*, 1988, bijzonder nummer, 1988, p. 51, nr. 60).

Dat de jaarrekening van een B.V.B.A. niet ter goedkeuring aan de algemene vergadering werd voorgelegd en dat het bestuur evenmin inging op een verzoek tot bijeenroeping van een algemene vergadering, kan mogelijks de aansprakelijkheid van de zaakvoerders met zich brengen maar niet de ontbinding van de B.V.B.A. op grond van art. 1871 B.W. Door genoemde feiten wordt de verwezenlijking van haar venootschapsdoel immers niet verhinderd (Kh. Tongeren, 16 november 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 263 met noot).

Een diepgaande en blijvende onenigheid tussen vennoten van een B.V.B.A. werd daarentegen wel als ontbindingsgrond aanvaard omdat bleek dat het maatschappelijk doel onmogelijk nog verder kon gerealiseerd worden (Kh. Hasselt, 8 april 1991, *T.R.V.*, 1991, p. 315 met noot).

Vaak wordt in afwachting van een uitspraak ten gronde over de gerechtelijke ontbinding, een voorlopig bewindvoerder aangesteld door de kort gedingrechter, en dit precies om de voortzetting van de onderneming te vrijwaren (Voorz. Kh. Luik, 13 januari 1986, *T.B.H.*, 1987 p. 447 met noot; Kh. Namen, 21 januari 1986, *Rev. Rég. de droit*, 1986, p. 51).

**278. VORDERINGSGERECHTIGDEN** — De vordering tot gerechtelijke ontbinding blijft voorbehouden voor aandeelhouders of vennoten, en dit niettegenstaande in de doctrine recentelijk gesuggereerd werd dit recht ook toe te kennen aan bij de venootschappelijke onderneming betrokken derden, zoals schuldeisers of werknemers (A. Benoit-Moury, „Des justes motifs de dissolution des sociétés commerciales de l’art. 1871 du code civil à l’art. 102 des L.C.S.C.”, in *Liber Amicorum Jan Ronse*, p. 158 en 164; vgl. T. Tilquin, „Les conflits dans la société anonyme et l’exclusion d’un associé”, *R.P.S.*, 1991, p. 19 in fine en p. 20).

De vordering van een naakte eigenaar van aandelen is derhalve onontvankelijk. Krachtens de statuten van de B.V.B.A. in kwestie kwamen de aandeelhoudersrechten immers toe aan de vruchtgebruiker (Kh. Oudenaarde, 7 juli 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 67).

Wanneer eisers gedurende de loop van de procedure hun hoedanigheid van vennoot verliezen, wordt de vordering op grond van art. 1871 B.W. zonder voorwerp. De rechter beoordeelt de hoedanigheid van vennoot immers op het ogenblik van het beraad (Kh. Gent, 5 januari 1989, *T.G.R.*, 1989, p. 23).

De vordering moet in ieder geval ingesteld worden tegen de vennootschap zelf (Cass., 18 januari 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 577; *R.W.*, 1962-63, p. 1993; *R.P.S.*, 1963, nr. 5131, p. 149). Niets belet uiteraard ook de andere vennoten mee te dagvaarden (Antwerpen, 15 december 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 453, noot M.W.).

**279. GERECHTELIJKE ONTBINDING. ARBITRAGECLAUSULE** — Wanneer in de statuten van een B.V.B.A. een algemene clausule voorkomt krachtens dewelke alle geschillen betreffende de uitvoering van de statuten tussen de vennoten, beoordeeld zullen worden door een arbiter, is de Rechtbank van Koophandel niet onbevoegd om kennis te nemen van een vordering tot ontbinding gesteund op art. 1871 B.W. De vraag of de verstandhouding tussen de vennoten van die aard is dat zij een ontbinding wettigt, is namelijk een geschil m.b.t. de uitvoering van de statuten, aldus de Rechtbank van Koophandel te Gent (9 mei 1988, *T.G.R.*, 1988, p. 78).

Men kan zich de vraag stellen of de Rechtbank de statutaire clausule aldus niet te ruim interpreteert in de mate dat deze enkel de geschillen tussen vennoten viseerde. Een vordering tot ontbinding betreft namelijk een geschil tussen de vennoten en de vennootschap (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 915, nr. 314).

Wanneer de statutaire clausule uitdrukkelijk de bevoegdheid om over de vordering van art. 1871 B.W. uitspraak te doen, toekent aan arbiters, dan wordt de geldigheid daarvan niet betwist, en dit niettegenstaande art. 1871 B.W. van dwingend recht is (Cass., 2 februari 1973, *R.C.J.B.*, 1975, p. 394, noot J. Van Gelder en J. Linsmeau, „Le respect de la règle de droit par l'arbitre et par l'amiable compositeur”; B. Tilleman, „De gerechtelijke ontbinding: een laatste redmiddel”, *T.R.V.*, 1992, p. 506, nr. 27).

**280. V.O.F. ONTBINDING DOOR EENZIJDIGE OPZEGGING** — Wanneer een V.O.F. voor onbepaalde tijd werd aangegaan, dan kan zij krachtens art. 1869 B.W. ontbonden worden door de wil van één van de partijen mits die opzegging te goede trouw en niet ontijdig gedaan wordt. Deze regel geldt ook voor een onregelmatig opgerichte V.O.F. (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 977, nr. 131 en de bespreking van Brussel, 12 maart 1984, *J.T.*, 1984, p. 515; *R.P.S.*, 1985, nr. 6352, p. 252).

In het kader van zijn bevoegdheid om de ogenschijnlijke rechten van de partijen te beoordelen (zie boven, nr. 118) kan de kort gedingrechter onderzoeken of een bepaalde opzeg te goeder trouw en niet ontijdig was in de betekenis die daaraan in art. 1870 B.W. wordt gegeven (Voorz. Kh. Oudenaarde, 29 oktober 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 68, noot J. Ronse).

De opmerking van de Voorzitter dat de ontbinding een onverdeeldheid zou doen ontstaan is echter onjuist voor wat betreft vennootschappen met rechtspersoonlijkheid (J. Ronse, noot onder de geciteerde beschikking). Deze blijven na hun ontbinding voortbestaan voor hun vereffening en

blijven zodoende eigenaar van hun vermogen. De onverdeeldheid kan pas ontstaan na de sluiting van de vereffening (Cass., 2 december 1952, *R.C.J.B.*, 1953, p. 288, noot J. Heenen).

**281.** V.O.F. WEIGERING VAN VENNOOT IN TE STEMMEN MET DUURVERLENGING — Zoals van ieder contractueel recht misbruik kan gemaakt worden, kan ook de vennoot van een V.O.F. misbruik maken van zijn recht al dan niet in te stemmen met de verlenging van een voor onbepaalde duur opgerichte V.O.F. Dergelijk misbruik wordt sedert de Cassatiearresten van 19 september 1983 (*Pas.*, 1984, I, p. 55; *T.B.H.*, 1984, p. 276, noot W. Rauws; *J.T.*, 1985, p. 56, noot S. Dufrene; *R.C.J.B.*, 1986, p. 282, noot J.L. Fagnart; Cass., 16 januari 1986, *R.W.*, 1987-88, p. 1470, noot A. Van Oevelen) gesteund op de goede trouw vereiste (zie daarover E. Dirix, „Over de beperkende werking van de goede trouw”, *T.B.H.*, 1988, p. 660; P. Van Ommeslaghe, „L'exécution de bonne foi: principe général de droit”, *T.B.B.R.*, 1987, p. 101).

In recente doctrine werd er terecht op gewezen dat de klassieke rechtsmisbruikcriteria ook dienstig kunnen zijn om misbruik van stemrecht vast te stellen (J. Ronse en K. Geens, „Misbruik van minderheidspositie”, in *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. J.J.M. Maeijer*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1988, p. 240, nr. 16).

Het Hof van Beroep te Brussel (Brussel, 22 maart 1988, *J.T.*, 1988, p. 585) oordeelde dat de vennoot van een V.O.F. die voor een termijn van dertig jaar was opgericht, zich niet aan dergelijk misbruik had bezondigd: hij is vrij al dan niet een einde te maken aan de samenwerking, te meer daar hij als vennoot hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijk is voor de schulden (zie voor een ander geval m.b.t. de verlenging van de duur van een N.V.: Luik, 9 november 1981, *J.L.M.B.*, 1982, p. 93; J. Ronse en K. Geens, *a.w.*, p. 230, nr. 5; L. Simont, „Réflexions sur l'abus de minorité”, in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, p. 312, nr. 7).

**282.** VERENIGING VAN ALLE AANDELEN IN ÉÉN HAND. RECHTSGEVOLGEN — In de besproken periode diende het Hof van Beroep te Brussel zich twee maal uit te spreken over de rechtsgevolgen van de vereniging van alle aandelen in één hand. De beide arresten behouden hun relevantie niettegenstaande uitspraak werd gedaan onder toepassing van het oude recht, zijnde vóór de invoering van de art. 104bis en 140bis Venn.W. (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, nr. 422, p. 1411).

Een B.V.B.A. die van rechtswege ontbonden was ten gevolge van de vereniging van alle aandelen in één hand, behoudt haar rechtspersoonlijkheid voor doeleinden van haar vereffening (art. 178 Venn.W.; Brussel, 23 oktober 1986, *R.W.*, 1986-1987, p. 2453; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 917, nr. 319).

De activa en de passiva van de vennootschap gaan slechts over op de enige

aandeelhouder na de definitieve sluiting van de vereffening. Daartoe is, zelfs bij vereniging van alle aandelen in één hand, in beginsel een uitdrukkelijk besluit vereist van de enige aandeelhouder-vereffenaar. Voordien is de enige aandeelhouder niet gerechtigd om in eigen naam een rechtsvordering van de vennootschap in te stellen (Brussel, 8 januari 1986, *R.W.*, 1986-87, p. 119; vgl. J. Van Ryn en P. Van Ommeslaghe, „Examen de jurisprudence (1966-1971). Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.*, 1973, nr. 75, p. 543; D. D’Hooghe, „De gevolgen van de sluiting van de vereffening van handelsvennootschappen”, *T.B.H.*, 1989, p. 333 e.v.).

## AFDELING 2

### VEREFFENING

**283. TOEPASSINGSGEBIED. COMM.V.** — De Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel diende te herinneren aan de regel dat de artt. 178 Venn.W. e.v. inzake de vereffening van toepassing zijn op alle vennootschappen met rechtspersoonlijkheid, dus ook op de gewone commanditaire vennootschap. Bijgevolg moet de vereffenaar het bepaalde in art. 187 m.b.t. de informatie aan de algemene vergadering naleven (Voorz. Kh. Brusel, 24 februari 1987, *R.P.S.*, 1987, nr. 6455, p. 272, noot M. Marechal).

In casu had de vereffenaar blijkbaar op onregelmatige wijze de vereffening afgesloten. Door de Voorzitter werd hij vervangen door een gerechtelijke vereffenaar.

**284. SAMENLOOP TUSSEN DE SCHULDEISERS** — Zoals bekend heeft het Hof van Cassatie rond het art. 184 Venn.W. een aantal regels geformuleerd die de na de vereffening ontstane samenloop regelen. Aangenomen wordt dat ze het gemeen recht uitmaken en derhalve van toepassing zijn op alle vereffeningen, hetzij vrijwillige, hetzij gerechtelijke, van een vermogen ten voordele van de schuldeisers (P. Van Ommeslaghe, „Les liquidations volontaires et les concordats”, in *Les entreprises en difficulté*, J.B., 1981, p. 430; zie Cass., 7 april 1986, *Pas.*, 1986, p. 951 ter zake van de vereffening van een V.Z.W.).

Daarbij geldt als uitgangspunt het principe van de gelijkheid tussen de schuldeisers. Zo worden hun rechten vanaf de datum van invereffeningstelling op onherroepelijke wijze vastgesteld. Schuldeisers die niet beschikken over een bijzonder voorrecht of zakelijke zekerheid, kunnen vanaf die datum geen daden van tenuitvoerlegging meer stellen indien daardoor de gezamenlijke schuldeisers zouden geschaad worden, terwijl ook de loop van de intresten vanaf dezelfde datum geschorst wordt. Tenslotte geldt na de invereffeningstelling een verbod van compensatie (zie voor de besproken periode: Cass., 8 december 1988, *T.R.V.*, 1990, p. 49; Brussel, 15 maart 1990, *R.P.S.*, 1990, nr. 6539, p. 120 inzake beslag door een algemeen

bevoorrechte schuldeiser; *R.R.D.*, 1990, p. 345; zie uitvoerig: P. Colle, „De vennootschap in vereffening, het faillissement en de (beperkingen aan de) bevoegdheid van de curator”, *T.R.V.*, 1990, p. 42); H. Geinger, P. Colle en C. Van Buggenhout, „Overzicht van rechtspraak (1975-1989). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *T.P.R.*, 1991, p. 422, nr. 14 e.v.; vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1419, nrs. 438).

De toepassing van de voornoemde door het Hof van Cassatie uitgewerkte regels veronderstelt wel dat van meet af aan duidelijk is dat het actief ontoereikend zal zijn (Bergen, 21 november 1990, *R.P.S.*, 1991, nr. 6572, p. 137, noot F. T’Kint). Door Colle werd gewezen op de verplichting in hoofde van de vereffenaar om zo vlug mogelijk een inventaris op te maken van het actief en passief. Schuldeisers kunnen de vereffenaar gebeurlijk aansprakelijk stellen indien zij door het laattijdig opmaken ervan schade lijden (art. 186 Venn.W; P. Colle, „De vennootschap in vereffening, het faillissement en de (beperkingen aan de) bevoegdheid van de curator”, *T.R.V.*, 1990, p. 45).

In het andere geval kunnen schuldeisers wel individuele daden van tenuitvoerlegging stellen aangezien daardoor bij onderstelling geen enkele schuldeiser geschaad wordt. De loop van de intresten wordt dan evenmin geschorst op het ogenblik van de invereffeningstelling (Beslagr. Luik, 20 april 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1326; vgl. Beslagr. Brussel, 11 september 1986, *R.P.S.*, 1987, nr. 6436, p. 138).

---

**285.** In de besproken periode werden voornoemde regels niet gewijzigd maar heeft de rechtspraak de gevolgen ervan verder verfiind.

Zo kwam meer bepaald de vraag aan bod in welke mate de faillissementscurator bevoegd is om tegen de integrale uitbetaling van een algemeen bevoorrechte schuldeiser op te komen wanneer deze plaatsgreep op een ogenblik dat de vennootschap nog in vereffening was.

Het Hof diende zich uit te spreken over een geval waarbij noch de vereffenaar, noch enige andere schuldeiser verzet hadden aangetekend tegen een uitvoerend beslag onder derden dat de fiscus had gelegd op grond van zijn algemeen voorrecht.

Bij arrest van 8 december 1988 oordeelde het Hof van Cassatie dat de curator niet bevoegd is op te komen tegen zulke betaling indien deze destijds gebeurde zonder verzet van de vereffenaar en van de overige schuldeisers, uitgezonderd in geval van bedrog of in geval de voorwaarden bepaald in de artt. 445 en 446 van de Faillissementswet vervuld zijn. M.a.w. tegen een schending van het gelijkheidsbeginsel gedurende de vereffening kan na het faillissement niet meer opgekomen worden wanneer tegen deze schending geen verzet werd aangetekend (Cass., 8 december 1988, *R.P.S.*, 1989, nr. 6517, p. 186; *R.W.*, 1988-89, p. 1188; *T.R.V.*, 1990, p. 49; P. Coppens en F. T’Kint, „Examen de jurisprudence (1984 tot 1990), Les faillites, les concordats et les privilèges”, *R.C.J.B.*, 1991, p. 311, nr. 8). In het verbro-

ken arrest was het tegendeel beslist (Brussel, 7 mei 1987, *R.P.S.*, 1989, nr. 6518, p. 189; in dezelfde zin: P. Colle, „De vennootschap in vereffening, het faillissement en de (beperkingen aan de) bevoegdheid van de curator”, *T.R.V.*, 1990, p. 47).

Verder werd beslist dat aangezien ook de algemeen bevoorrechte schuldeisers, naast de gewone schuldeisers, door de samenloop worden getroffen (Cass., 19 januari 1984, *R.P.S.*, 1985, nr. 6348, p. 239, noot F. T'Kint), daaruit logischerwijze volgt dat de loop van de intresten op algemeen bevoorrechte schuldvorderingen geschorst wordt op het ogenblik van de vereffening (Arbeidsrb. Kortrijk, 6 september 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 56, noot T. Vuylsteke; zie P. Colle, *a.w.*, *a.p.*, p. 45, die het principe zelf van de schorsing van de intresten in vraag stelt).

**286. BOEDELSCHULDEN. BEGRIIP** — In de besproken periode kreeg het Hof van Cassatie de gelegenheid om zijn rechtspraak ter zake van de definitie van het begrip boedelschulden te herzien. In drie arresten van 16 juni 1988, allen gewezen in voltallige zitting, besliste het Hof dat een schuld slechts als een boedelschuld kan aangezien worden wanneer het verbintenissen betreft die de curator of de vereffenaar qualitate qua heeft aangegaan met het oog op het beheer van de massa en ten einde de vereffening behoorlijk te laten verlopen, m.n. „en poursuivant l'activité commerciale de la société, en exécutant les conventions que celle-ci a conclues ou encore en utilisant les meubles ou les immeubles de la société, aux fins d'assurer l'administration convenable de la liquidation” (Cass., 16 juni 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1250; *Arr.Cass.*, 1987-88, p. 1357; *R.C.J.B.*, 1990, p. 15, noot I. Verougstraete, „Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillite”; *T.R.V.*, 1988, p. 352, noot J. Lievens, „Vennootschap in vereffening: boedelschulden geherdefinieerd”; *J.L.M.B.*, 1988, p. 1096, noot J. Caeymax, „La qualification de dette de la masse ou dans la masse”, *J.T.*, 1988, p. 632; *R.W.*, 1988-89, p. 433; B. Maes, „Nieuwe rechtspraak van het Hof van Cassatie over het begrip schuld van de boedel”, *T.B.H.*, 1988, p. 742; Y. Dumon, „Dette de la masse et dette dans la masse. Classification définitive d'une importante controverse dans l'application de la loi du concours”, *J.T.*, 1988, p. 629).

Van deze omschrijving vond men reeds tevoren sporen in gezaghebbende doctrine (zie b.v. F. T'Kint, „Le droit d'exécution des créanciers d'une société en liquidation”, in *Les voies conservatoires et d'exécution. Bilan et perspectives*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1982, p. 348, nr. 17).

Het Hof komt daarmee terug op zijn sinds 1968 gevestigde rechtspraak die wilde dat alleen de datum van het ontstaan van de schuld bepalend was om uit te maken of deze als schuld van de massa dan wel als schuld in de massa diende aangezien te worden (Cass., 30 mei 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 1126).

Deze regel stuitte op veel onbegrip in de doctrine (zie b.v. A. Zenner, „Dettes dites de masse et contrats en cours au moment de la faillite”, *J.T.*,

1982, p. 88 en 89; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1420, nr. 439) en werd trouwens niet altijd gevolgd in de rechtspraak. Vóór de genoemde cassatiearresten oordeelde het Hof van Beroep te Luik nog dat er geen boedelschuld ontstaat wanneer een bediende vrijwel onmiddellijk na de in vereffeningstelling werd afgedankt (Luik, 4 juni 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 148, noot J. Caeymax), en evenmin wanneer een huurovereenkomst verbroken werd door de vereffenaar terwijl de omstandigheden van die aard waren dat de verhuurster niet redelijkerwijze mocht hopen op het verder zetten ervan (Luik, 23 februari 1987, *J.T.*, 1988, p. 11).

Het ziet er naar uit dat het Hof de nieuwe omschrijving van toepassing acht op alle mogelijke vormen van vrijwillige of gerechtelijke collectieve vereffening waarbij een samenloop ontstaat tussen de schuldeisers (H. Geinger, P. Colle en C. Van Buggenhout, „Overzicht van rechtspraak (1975-1989). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *T.P.R.*, 1991, p. 603, nr. 277; P. Coppens en F. T’Kint, „Examen de jurisprudence (1984-1990). Les faillites, les concordats et les privilèges”, *R.C.J.B.*, 1991, p. 352, nr. 34). Hij vond ondertussen reeds navolging in de rechtspraak (Kh. Luik, 16 januari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1502, noot C. Parmentier).

**287. FAILLIETVERKLARING VAN EEN VENNOOTSCHAP IN VEREFFENING** — De vraag of een vennootschap in vereffening nog kan failliet verklaard worden, blijft betwist. Getuige daarvan het aantal beslissingen dat in de besproken periode over deze kwestie werd gepubliceerd.

Het lijkt geen twijfel dat een vennootschap in vereffening wel degelijk failliet verklaard kan en moet worden wanneer de wettelijke voorwaarden daartoe vervuld zijn op het ogenblik van het faillissementsvonnis. De regels inzake de faillietverklaring van handelaars zijn immers van openbare orde (Luik, 28 juni 1990, *R.P.S.*, 1990, nr. 6552, p. 274, noot J. T’Kint; *J.L.M.B.*, 1991, p. 614).

De opvatting als zou een vennootschap in vereffening enkel kunnen failliet verklaard worden wanneer de faillissementsvoorwaarden aanwezig waren op het ogenblik van de in vereffeningstelling, kan dan ook niet onderschreven worden (zie nochtans in die zin Kh. Charleroi, 30 september 1987, *R.R.D.*, 1988, p. 45; Kh. Charleroi, 3 maart 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 445).

De vereffenaar kan immers krachtens art. 182 Venn.W. van de algemene vergadering de bevoegdheid verkregen hebben om de onderneming verder te zetten zodat de faillissementstoestand pas nadien kan ontstaan (J. Lievens en H. Laga, „Kroniek Vennootschapsrecht 1988”, *T.R.V.*, 1990, p. 26). Bovendien behoudt de vennootschap in vereffening hoe dan ook haar rechtspersoonlijkheid overeenkomstig art. 178 Venn.W. én haar hoedanigheid van handelaar, zelfs wanneer zij geen daden van koophandel meer stelt (Cass., 10 november 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 141; Brussel, 29 oktober 1962, *R.P.S.*, 1966, nr. 5328, p. 199; Brussel, 4 april 1962, *R.W.*, 1962-63, p. 995; vgl. evenwel, H. Geinger, P. Colle en C. Van Buggenhout,

„Overzicht van rechtspraak (1975-1989). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *T.P.R.*, 1991, p. 427, nr. 18).

Anders dan een natuurlijke persoon verkrijgt een rechtspersoon immers niet de hoedanigheid van handelaar door de feitelijke uitoefening van een handelsbedrijvigheid maar wel door zijn oprichting met een statutair doel dat hoofdzakelijk of aanvullend de uitoefening van een handelsbedrijvigheid omvat (J. Ronse, „Kan een V.Z.W. failliet verklaard worden?”, in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, p. 213; anders: Kh. Brussel, 2 april 1991, *T.B.H.*, 1991, p. 623 met instemmende noot van M. Gregoire).

Voor een handelsvennootschap kan zich derhalve de keuze tussen de vereffening en het faillissement nooit stellen (vgl. evenwel P. Mihail, „Quand une société en liquidation doit-elle être déclarée en faillite?”, *J.T.*, 1987, p. 68, nrs. 30 en 31). Het komt de rechter dan ook niet toe de voordelen van het faillissement af te wegen tegen deze van de invereffeningstelling (zie evenwel, Kh. Bergen, 28 oktober 1985, *R.R.D.*, 1986, p. 171 met afkeurende noot L. Dermine).

De vereffening kan evenmin een middel zijn om het faillissement te vermijden (zie uitvoerig, vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1416 e.v., nr. 435; Kh. Marche-en-Famenne, 2 december 1985, *J.T.*, 1986, p. 351; *Jur. Liège*, 1988, p. 188; Kh. Marche- en-Famenne, 3 november 1986, *J.T.*, 1987, p. 74).

**288.** Uit een en ander volgt dat een vennootschap in vereffening nog kan failliet verklaard worden zelfs indien er méér dan zes maanden verstreken zijn sedert haar ontbinding (Luik, 8 maart 1988, *R.P.S.*, 1988, nr. 6484, p. 163; anders: Kh. Brussel, 2 april 1991, *T.B.H.*, 1991, p. 623 met instemmende noot van M. Gregoire). Pas wanneer de vereffening geldig gesloten is en er sedertdien méér dan zes maanden verlopen zijn, kan de vennootschap niet meer failliet verklaard worden (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 926, nr. 335; Bergen, 16 november 1988, *R.P.S.*, 1989, nr. 6505, p. 63; *J.T.*, 1989, p. 459, noot Y. Kevers; *R.R.D.*, 1989, p. 28).

**289.** FAILLISSEMENTSVOORWAARDEN — Er tekent zich thans een meerderheidsopvatting af in de rechtspraak en doctrine dat er staking van betaling is in de zin van art. 437 Faill. W. wanneer blijkt dat het actief niet toereikend zal zijn om alle schuldeisers te betalen (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1418, nr. 436; Luik, 8 maart 1988, *R.P.S.*, 1988, nr. 6484, p. 163; Luik, 16 november 1988, *R.P.S.*, 1989, nr. 6505, p. 63; *J.T.*, 1989, p. 636, noot Y. Kevers; *R.R.D.*, 1989, p. 26). Zodra deze toestand vaststaat, is de vereffenaar verplicht aangifte te doen van het faillissement (P. Colle, „De vennootschap in vereffening, het faillissement en de (beperkingen aan de) bevoegdheid van de curator”, *T.R.V.*, 1990, p. 45). Sommige auteurs nuanceren deze opvatting en stellen dat een deficitaire vereffening niet

automatisch het faillissement impliceert wanneer blijkt dat de schuldeisers vertrouwen hebben in de afloop van de vereffening (F. T'Kint, noten onder Bergen, 16 november 1988 en Luik, 17 november 1988, *R.P.S.*, 1989, nr. 6506, p. 74). Pas wanneer de schuldeisers de vereffeningsafloop wantrouwen, zou ook aan de tweede faillissementsvoorwaarde, m.n. het wankelen van het krediet, voldaan zijn (P. Coppens en F. T'Kint, „Examen de jurisprudence (1984-1990). Les faillites, les concordats et les privilèges”, *R.C.J.B.*, 1991, p. 313, nr. 10).

Indien echter het faillissement gevorderd wordt door een schuldeiser wiens schuldvordering onbelangrijk is in vergelijking met de andere schuldvorderingen, kan er sprake zijn van rechtsmisbruik in zijn hoofde. Tussen de verschillende wijzen van uitoefening van zijn recht mag een schuldeiser immers niet deze uitkiezen die de debiteur schade toebrengt, dewelke niet in verhouding staat tot het voordeel in hoofde van de schuldeisers (Bergen, 16 oktober 1989, *T.B.H.*, 1991, p. 28; *R.P.S.*, 1990, nr. 6535, p. 68).

Uiteraard kan de invereffeningstelling als gevolg hebben dat de betalingen door de vereffenaar tijdelijk gestaakt worden, maar dit impliceert nog geen staking van betaling in de zin van art. 437 Faill.W. wanneer een volledige betaling mogelijk blijft, gelet op een toereikend actief (Luik, 16 november 1988, *R.P.S.*, 1989, nr. 6505, p. 63, en 17 november 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1155; *R.P.S.*, 1989, nr. 6506, p. 66, noot F. T'Kint; *R.R.D.*, 1989, p. 28; *J.T.*, 1989, p. 636, noot Y. Kevers; *R.R.D.*, 1989, p. 26).

**290.** Sommige auteurs blijven evenwel van oordeel dat er geen aanleiding kan zijn tot faillissement wanneer de illiquiditeit enkel en alleen het gevolg is van de samenloop als gevolg van de toewijzing van het patrimonium aan de schuldeisers, overeenkomstig art. 184 Venn.W. (H. Geinger, P. Colle en C. Van Buggenhout, „Overzicht van rechtspraak (1975-1989). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *T.P.R.*, 1991, p. 429, nr. 19; M. Gregoire, noot onder Kh. Brussel, 2 april 1991, *T.B.H.*, 1991, p. 632). Deze opvatting lijkt in ieder geval in overeenstemming te zijn met een andere gangbare opvatting die wil dat bij de beoordeling van de staking van betaling in geval van faillissement geen rekening moet gehouden worden met het feit of een vereffening van het vermogen al dan niet een batig saldo zou opleveren (zie F. Nichels, noot onder Kh. Kortrijk, 7 februari 1991, *T.B.H.*, 1991, p. 621 en de aldaar aangehaalde referenties).

**291.** VOORLEGGEN VAN DE JAARREKENING AAN DE ALGEMENE VERGADERING. STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID — In het vorig overzicht werd er reeds op gewezen dat door een slordige redactie van art. 187 Venn.W. de vereffenaar wel verplicht is om de jaarrekening op te maken maar niet om deze ter goedkeuring voor te leggen aan de algemene vergadering. De artt. 78 en 79 Venn.W. zijn immers niet van toepassing verklaard op de vennootschap in vereffening (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1421, nr. 440).

Artikel 80 Venn.W. is echter wel uitdrukkelijk van toepassing krachtens art. 187 Venn.W. Nu wordt daarin voorzien dat de jaarrekening binnen de 30 dagen na de goedkeuring ervan moet neergelegd worden op de Nationale Bank. Deze verplichting is dus onuitvoerbaar voor de vereffenaar aangezien, zoals gezegd, deze de jaarrekening niet ter goedkeuring moet voorleggen aan de algemene vergadering. M.a.w., de termijn van dertig dagen kan nooit een aanvang nemen. Niettemin riskeren de vereffenaars strafsancties krachtens art. 201, 4<sup>o</sup>bis Venn.W. bij niet-naleving van het voorschrift van art. 80 Venn.W.

In de besproken periode oordeelde de Correctionele Rechtbank van Kortrijk dat de genoemde strafbepaling geen toepassing kan vinden aangezien de jaarrekening van een vennootschap in vereffening niet ter goedkeuring aan de algemene vergadering moet worden voorgelegd (Corr. Rb. Kortrijk, 17 oktober 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 228). Deze uitspraak is in overeenstemming met de regel dat strafbepalingen strikt moeten geïnterpreteerd worden.

In een noot bij dit vonnis wordt opgemerkt dat de Commissie voor Boekhoudkundige Normen een andere mening is toegedaan: zij is van oordeel dat de jaarrekening van de vennootschap in vereffening, zo zij niet moet goedgekeurd worden, wel moet voorgelegd worden aan de algemene vergadering. De in art. 80, lid 1 Venn.W. bedoelde termijn van 30 dagen begint dan ook te lopen vanaf deze voorlegging (*Bull. C.B.N.*, 17, september 1985, p. 21).

**292. VEREFFENAAR. AANSPRAKELIJKHEID** — De vereffenaar begaat een fout wanneer hij nalaat navraag te doen bij de belastingadministratie of er nog belastingen kunnen verschuldigd zijn naar aanleiding van de vereffening. Art. 185 Venn.W. legt aan de vereffenaar de verplichting op om consignatie te doen van de gelden voor nog te betalen schulden. Krachtens art. 186 Venn.W. kan hij persoonlijk veroordeeld worden tot betaling van de nog resterende belastingsschuld ten aanzien van de staat (Rb. Namen, 20 december 1990, *T.B.H.*, 1991, p. 907; zie ook vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1421, nr. 442).

De vereffenaar kan de vennoten evenwel in vrijwaring roepen indien hij weliswaar geen gelden heeft geconsigneerd, maar de resterende gelden tussen de vennoten heeft verdeeld onder uitdrukkelijk voorbehoud van eventuele fiscale schulden (Luik, 20 maart 1991, *R.P.S.*, 1991, nr. 6578, p. 251).

**293. PASSIEVE RECHTSPERSOONLIJKHEID** — Na de sluiting van de vereffening behoudt de vennootschap gedurende vijf jaar een zogenaamde passieve rechtspersoonlijkheid. Krachtens art. 194, alinea 4 Venn.W. betekent dit dat zij in de persoon van haar vereffenaar kan aansproken worden (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1986, p. 1423, nr. 445).

Een niet betaalde schuldeiser zal echter veelal weinig baat vinden bij zulke

vordering aangezien de vereffenaar het aandeel dat de vennoten te goeder trouw ontvingen, niet kan terugvorderen (J. Van Ryn, *Principes*, II, nr. 1120 in fine; zie uitvoerig D. D'Hooghe, „De gevolgen van de sluiting van de vereffening van handelsvennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid”, *T.B.H.*, 1989, p. 333 e.v. en de aldaar aangehaalde verwijzingen).

Een aansprakelijkheidsvordering tegen de vereffenaar lijkt meer aangewezen op voorwaarde uiteraard dat kan aangetoond worden dat ten onrechte geen rekening gehouden werd met de schuldvordering in kwestie (Rb. Luik, 23 september 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1166).

## HOOFDSTUK X

### CONCENTRATIE VAN VENNOOTSCHAPPEN

**294.** SUBJECTVEREENZELVIGING — Meermaals strekken jurisprudentiële ingrepen die zich beroepen op het bestaan van een groep, ertoe te vermijden dat twee economisch en juridisch volledig vermengde rechtspersonen op het ogenblik dat het hen past in gescheiden slagorde naar buiten zouden treden (zie, over de notie van subjectvereenzelviging in het belang van derden, S. Van Crombrugge, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer, 1986, p. 281; K. Geens, „Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Belgien”, in *Konzernrecht in Ausland, Sonderheft Z.G.R.*, 1994, (1), 19).

Zo beval de Brusselse rechter in kort geding de gedeeltelijke sekwestratie van een koopsom die een vennootschap C moest betalen aan haar verkoper B. Deze verkoper B was immers juridisch en economisch vermengd met een andere vennootschap A die een belangrijke som verschuldigd was aan C ingevolge een arbitrale beschikking. De rechtspersoonlijkheid in het groepsrecht wordt een „concept éminent relatif” genoemd (Kort Ged. Kh. Brussel, 27 mei 1986, *R.P.S.*, 1986, nr. 3406, p. 225).

Een Duitse moeder en haar Franse dochtervennootschap, beide Rotschild genaamd, traden bij de negotiatie van een contract tussen de dochter en een derde vennootschap „verwisselbaar” op. Zo werden de brieven geschreven op briefpapier van de moeder, en mede-ondertekend door de bestuurder van de dochter. De derde dagvaardde eerst de moeder voor de Duitse rechtbank. Erop geattendeerd dat hij met de dochter gecontracteerd had, dagvaardde hij vervolgens deze laatste, eveneens voor de Duitse — en niet voor de Franse rechter.

De exceptie van territoriale onbevoegdheid die werd opgeworpen door de Franse dochter leidde tot een prejudiciële vraag, m.b.t. de inhoud van art. 5 EEX-verdrag. In die bepaling werd de mogelijkheid gegeven om de moedermaatschappij te dagvaarden voor het gerecht waar het filiaal, de vestiging

of het agentschap gelegen zijn. In casu was het echter de dochter die voor het gerecht waar de zetel van de moeder gelegen was, gedagvaard werd.

Het Hof van Justitie van de E.G. oordeelde dat de schijn die in casu gecreëerd was door moeder en dochter, toeliet te besluiten tot bevoegdheid van de Duitse rechter: de moeder had zich voor de derde in werkelijkheid opgesteld als een vestiging van de dochter, met dezelfde naam en hetzelfde bestuur; de dochter van haar kant had zich van de moeder bediend als van een soort verlengstuk dat zaken deed in haar naam (H.v.J., 9 december 1987, nr. 218/86, *T.R.V.*, 1988, p. 349, noot S. Van Crombrugge).

**295. BELANG VAN DE DOCHTERVENNOOTSCHAP. MISBRUIK VAN MAATSCHAPPELIJKE GOEDEREN** — De afzonderlijke rechtspersoonlijkheid van moeder en dochter kan niet beletten dat het belang van de dochter voor haar meerderheidsbestuurders niet zelden zal samenvallen met het belang van de moeder (zie zeer recent nog, L. Houwen, P. Schoonbrood-Wessels, A. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, Kluwer, Deventer, 1993, 1190 pp.).

Er wordt onmiskenbaar ruimte geschapen voor inoverwegingneming van het belang van de moeder en van de groep, doordat de toetsing of een bepaalde handeling in het belang van de dochter kan verantwoord worden, slechts marginaal geschiedt (Brussel, 9 oktober 1984, *R.P.S.*, nr. 6371, p. 50; S. Van Crombrugge, *a.w.*, p. 83; vgl. L. Cornelis, „De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband”, in *Aspecten van ondernemingsgroepen* (eds. H. Biron, C. Dauw), Kluwer, Antwerpen, 1989, (109).

Kan de toets niet doorstaan, de aflossing van een leningschuld van de moeder met gelden van de dochter, indien de lening juist werd aangegaan om de aandelen van de dochter ('Galeries Anspach') te verwerven (Brussel, 24 juni 1987, *R.P.S.*, 1987, nr. 6452, p. 250). In dergelijk geval werd de gemeenschappelijke bestuurder die deze operatie in de dochter met bedrieglijk opzet en ten voordele van de moeder doorvoerde, zwaar gestraft voor het misbruik van vertrouwen en verduistering. Hoewel in de wet nog niet in deze bijzondere kwalificatie voorzien wordt, gewaagt het Hof van Beroep toch reeds van misbruik van maatschappelijke goederen („abus de biens sociaux”) (vgl. het groot ontwerp, *Gedr.St.*, Kamer, 1979-80, nr. 387/1, p. 410, art. 402).

**296. BELANG VAN DE DOCHTERVENNOOTSCHAP. OPENBAAR BOD OP DE MOEDER** — Lezenswaardig zijn tevens de gedragsregels die de Voorzitter in kort geding te Brussel voorschreef aan de gemeenschappelijke bestuurders van de N.V. Assubel Leven en één van haar dochters (Gemeenschappelijke Kas), ter zake van het bod dat A.G. op moeder Assubel uitbracht (zie ook, nr. 305).

De zaak was in die zin bijzonder dat dochter Assubel ook één van de

belangrijkste aandeelhouders van moeder Assubel was. Er waren dus onmiskenbaar elementen van autocontrole.

Indien de gemeenschappelijke bestuurders van moeder en dochter een standpunt innemen in de dochter t.a.v. het openbaar bod op de moeder, dan ligt het voor de hand dat zij met een intern conflict geplaagd zitten: opteren zij voor het belang van de moeder of de groep, dan zullen zij aan de dochter eventueel aanbevelen om het koopaanbod af te wijzen, ook al is dat strikt genomen niet in het zelfstandig belang van de dochter.

De Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel verplichtte de gemeenschappelijke bestuurders ertoe in de raad van bestuur van de dochter duidelijk en schriftelijk uit te leggen hoe de eventuele aanvaarding van het bod zich verhiel tot het groepsbelang, en tot het belang van de dochter (Kort Ged. Kh. Brussel, 29 februari 1988, *T.R. V.*, 1988, p. 224, noot S. Van Crombrugge).

Ook de Bankcommissie kwam in de procedure tussen (zie over haar gelijklopend standpunt, Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1987-88, p. 93).

In het nieuwe openbaar bodrecht is de wijze waarop de bestuurders standpunt moeten innemen nopens het bod geregeld in art. 15-16 van het K.B. van 8 november 1989 (verder, nr. 305). Na de besproken periode werd herhaaldelijk de vraag gesteld of de bestuurders bij het uitbrengen van hun advies inzake het bod, gehouden zijn tot naleving van de belangenconflictre-gels ex art. 60 Venn. W. (b.v. in het verwachte, maar nooit uitgebrachte bod van ING op BBL).

## **§ 1. Overdracht van een controleparticipatie**

**297. NIEUWE WETGEVING** — In de verslagperiode heeft de wetgever de doctrine van de Bankcommissie op het stuk van de overdracht van controleparticipaties geconsacreerd (zie voor een synthese van deze doctrine, Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1978-79, p. 103 e.v.).

Zulks geschiedde in hoofdstuk III van het K.B. van 8 november 1989 op de openbare overnamebiedingen en op de wijzigingen in de controle van vennootschappen. De wettelijke basis hiertoe was art. 15, § 2, 7<sup>o</sup>-8<sup>o</sup> van de Wet van 2 maart 1989 (zie ook over deze wet, boven, nr. 250).

Er was geen zelfstandige reden voor de omzetting van dit stuk „soft law” in dwingende rechtsregels (voor de rechtsgronden waarop deze soft law steunde, zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1978, p. 928, nrs. 339 e.v.; *T.P.R.*, 1986, p. 1424, nrs. 446 e.v.).

Wel was de wetgever, ingevolge de Generale-geschiedenis (verder, nr. 302), geschokt door het juridisch onvermogen, in hoofde van de controle-autoriteit om efficiënt op te treden bij een agressief openbaar bod.

Nu over de thematiek van het openbaar bod toch gelegifereerd werd, heeft men van de gelegenheid gebruik gemaakt om ook een vaste bodem te geven aan het leerstuk van de overdracht van controleparticipaties.

Hoofdstuk III van gemeld K.B. bevat in essentie twee verplichtingen op het stuk van de onderhandse controle-overname (A. Bruyneel, „Les offres publiques d'acquisition”, *J.T.*, 1990, p. 177 e.v.; X. Dieux, „La responsabilité civile des associés en matière de sociétés commerciales — Evolutions récentes”, in *La responsabilité civile des associés, organes et préposés des sociétés*, Brussel, J.B., 1991, p. 57 e.v.; P.A. Foriers, „Le nouveau régime des OPA et des modifications du contrôle”, in *Développements récents du droit financier*, Instituut der Bedrijfsrevisoren (ed.), 1990; K. Geens, „De wijziging van controle in een vennootschap die een openbaar beroep op het spaarwezen heeft gedaan”, *T.R.V.*, 1990, p. 102 e.v.; J.M. Nelissen Grade, „Het openbaar bod en de beursoverval na het De Benedetti-KB”, in *Openbaar bod en beschermingsconstructies* (Jan Ronse Instituut ed.), Kalmthout, Biblo, 1990, (11), p. 69 e.v.; E. Wymeersch, „Cession de contrôle et offres publiques obligatoires”, *R.P.S.*, 1991, p. 151 e.v.). Deze verplichtingen gelden alleen indien het aandelen betreft die in het publiek verspreid zijn.

De eerste verplichting is een meldingsplicht aan de Commissie voor het Bank- en Financieuzen: de persoon die plant de controle over te nemen in een vennootschap anders dan door een openbaar bod, moet dat vijf dagen voordien laten weten aan de Commissie (art. 38 K.B. 8 november 1989). Deze verplichting wordt zelfs strafrechtelijk gesanctioneerd (art. 15, § 4, 1<sup>o</sup> W. 2 maart 1989).

De tweede verplichting gaat verder, en sluit nauw aan bij de vroegere doctrine van de Bankcommissie op dit stuk: wie bij de verwerving van de controle een prijs betaalt die hoger ligt dan de marktprijs, moet aan het publiek de kans geven om zich aan dezelfde prijs uit de vennootschap terug te trekken (zie over het gelijkheidsbeginsel in deze context, H. Laga, „Het gelijkheidsbeginsel in het vennootschaps- en effectenrecht”, *R.W.*, 1991-92, (1161), p. 1171 e.v.). Om zich van die verplichting te kwijten, kan de overnemer gebruik maken van twee instrumenten: de openbare bodstechniek of de koershandhaving (art. 42 K.B. 8 november 1989). Bij koershandhaving ter beurse, moet de bieder de beurskosten voor zijn rekening nemen om de gelijkheid te handhaven tussen de openbare bodsprocedure en die van koershandhaving (Commissie voor het Bank- en Financieuzen, *Jaarverslag*, 1990-91, p. 85).

**298. CONTROLEPREMIE** — Voortaan moet niet meer worden aangetoond dat de prijs die betaald werd, een controlepremie bevat. Het louter feit dat n.a.v. de verwerving van de controle een prijs werd betaald die hoger ligt dan de marktprijs volstaat om het mechanisme van art. 41 van het K.B. van 8 november 1991 in gang te zetten (vgl. voor een geval dat nog beslecht werd onder het oude recht, Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1989-90, p. 117).

Wel kan de Commissie voor het Bank- en Financieuzen een afwijking toestaan indien de marktprijs niet betekenisvol is (art. 41, § 1, a) K.B. 8 november 1989). Bij deze appreciatie zal de Commissie zich uiteraard laten

leiden door de aard van de meerprijs: indien hij gerechtvaardigd wordt doordat de netto- actiefwaarde beduidend hoger ligt dan de beurskoers, meer dan door de wens de controle te verkrijgen, kan de Commissie oordelen dat de marktprijs niet betekenisvol is (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1989-90, p. 116). Nochtans is dit verre van een automatisme: in art. 41 wordt wel degelijk gesteld dat de betaalde prijs hoger dient te liggen dan de marktprijs, en wordt geen enkele betekenis gehecht aan de intrinsieke waarde (Commissie voor het Bank- en Financiewezen, *Jaarverslag*, 1990-91, p. 84).

Evenzeer kan de Commissie rekening houden met voordelen in natura die de koper toestaat aan de verkoper van de controleparticipatie, alsook met garantieverplichtingen t.a.v. actief of passief die de verkoper op zich neemt (vgl. boven, nr. 217). Indien deze laatste moeten gehonoreerd worden, heeft dat voor gevolg dat de werkelijke betaalde „prijs” lager ligt dan men op het eerste gezicht zou denken. Is de Commissie niettemin van oordeel dat meer betaald werd dan de marktprijs, dan valt de vraag welke prijs aan het publiek moet aangeboden worden, in zo’n hypothese niet altijd licht te beantwoorden. In een geval waarin 15% van de koopprijs die de meerderheidsaandeelhouder bedongen had, geblokkeerd bleef als onderpand voor de gegeven garanties, oordeelde de Commissie dat aan het publiek de keuze moest gelaten worden tussen twee formules: ofwel een vaste en definitieve prijs gelegen tussen de maximum- en de minimumprijs die de overdragers van de controle na verloop van een bepaalde tijd zullen ontvangen, ofwel een voorlopige prijs die overeenstemt met wat de meerderheidsaandeelhouder in een eerste fase ontvangt, met de mogelijkheid later een toeslag uit te keren (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1989-90, p. 121).

Om het publiek gelijk te behandelen zal ook origineel moeten opgetreden worden indien de overnemer slechts geïnteresseerd is in een deel van de vennootschappelijke onderneming, zodat de meerderheidsaandeelhouder zich ertoe verbindt om het andere gedeelte, na hergroepering, van de overnemer terug te kopen. In dergelijk geval draagt de Bankcommissie er zorg voor dat ook de minderheidsaandeelhouder de kans krijgt om zijn proportioneel belang in dit deel van de onderneming te behouden (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1989-90, p. 122).

**299. CONTROLE. GEZAMENLIJKE CONTROLE** — Een andere kwestie is wanneer er sprake is van controle. Het K.B. van 8 november 1989 bedient zich hiervoor van de klassieke boekhoudrechtelijke definitie (art. 2, § 1, 7° K.B. 8 november 1989). Daarbij kan zowel de controle in rechte als in feite er volstaan (K.B. 8 oktober 1976, bijlage, hoofdstuk III, IV.A, zoals gewijzigd bij K.B. 6 maart 1990). Andermaal kan hier de vraag gesteld worden of het gebruik van een eenduidig controlebegrip voor doeleinden van vennootschapsrecht, boekhoudrecht en financieel recht wel aangewezen is (zie daarover H. Olivier, „Le droit comptable de la coopération”, in *De samenwerking tussen ondernemingen*, BVBJ (ed.), Antwerpen, Kluwer,

1993, p. 467; J. Wouters, „Controle over een vennootschap als regelgevend criterium”, *T.R.V.*, 1993, p. 109; vgl. hoger, nr. 196).

Niet alleen de verwerving van de exclusieve, ook de verwerving van de gezamenlijke controle kan tot een toepassing van art. 41 leiden.

Onmiddellijk rijst de vraag of ook de overgang van gezamenlijke naar exclusieve controle onder het toepassingsgebied van art. 41 van het K.B. van 8 november 1989 ressorteert.

De zaak die hier de toon zette, was het Wagons Lits-dossier. Sedert 1989 werd de operationele leiding van deze groep verzekerd door het Franse Sodexho (17%), met de steun van de GBL (20%), en het gedogen van de Franse staatsonderneming CDC (28%) en de Saoedische groep Rolaco (12%).

Na zijn participatie te hebben opgedreven tot een blokkeringsminderheid, door aankoop van 6% van Rolaco, wenste GBL te verkopen. Aan een prijs van 12.500 F — d.i. 25% hoger dan de marktprijs — was Sodexho kandidaat-koper. Dit zou impliceren dat Sodexho voortaan met 43% alleen de feitelijke controle over CIWLT zou voeren. Sodexho meende nochtans niet gehouden te zijn tot het betalen van dezelfde prijs aan de andere aandeelhouders, omdat het reeds samen met GBL over de — gezamenlijke — controle beschikte. De Bankcommissie achtte vooreerst de gezamenlijke controle niet bewezen; vervolgens stelde zij dat de overgang van een gezamenlijke naar een exclusieve controle volstond om de toepasselijkheid van art. 41 teweeg te brengen indien deze overgang gepaard ging met de betaling van een hogere prijs dan de marktprijs (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1989-90, p. 119).

Om deze interpretatie te ontgaan, werd in een ander geval gebruik gemaakt van een tussenholding — Royal Vendôme — waarlangs UAP en GBL de gezamenlijke controle uitoefenden over Royale belge. Elk van beide partners bezat 50% van de aandelen Royal Vendome. Toen GBL 24,9% van zijn Royal Vendome-participatie wilde doorschuiven naar UAP, stelde zich de vraag of ook hier geen overgang van gezamenlijke naar exclusieve controle aan de hand was. De Bankcommissie liet zich niet misleiden door het bestaan van de tussenholding. Hoewel strikt genomen geen aandelen Royale belge verhandeld werden, maar aandelen Royal Vendome, was de Commissie van oordeel dat, vermits deze tussenschakel geen ander actief bezat dan Royale belge-aandelen, het in werkelijkheid om aandelen Royale belge ging (zie ook Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1989-90, p. 118). Toen de groep GBL evenwel vol hield dat ook in een 74,9/25,1-verhouding de controle steeds gezamenlijk bleef, en de Commissie zich daarvan liet vergewissen, stemde deze laatste ermee in dat art. 41 niet toepasselijk was. Wel diende de betrokken vennootschappen zich er t.a.v. de Commissie toe te verbinden de nieuwe gezamenlijke controleverhouding gedurende twee jaar te handhaven (Commissie voor het Bank- en Financiewezen, *Jaarverslag*, 1990-91, p. 79).

Meer dan de moeilijkheid die ontstaat bij overgang van gezamenlijke naar exclusieve controle, geven deze casussen een tweede moeilijkheid aan, nl. waarin juist de gezamenlijke controle bestaat.

Voor de definiëring van dit begrip liet de Belgische financiële wetgever zich inspireren door de Franse consolidatiewetgeving(11).

Uiteindelijk werd het begrip gedefinieerd als „*de controle die een beperkt aantal vennoten samen uitoefenen wanneer zij zijn overeengekomen dat slechts met hun gemeenschappelijke instemming beslissingen kunnen worden genomen omtrent de oriëntatie van het vennootschapsbeleid*” (art. 2, § 1, 8<sup>o</sup> K.B. 8 november 1989).

Het is duidelijk dat dit begrip veel verder gaat dan het „optreden in onderling overleg” („action de concert”) (J.M. Gollier en M. Vandepitte, „Les notions d'action de concert, de contrôle et de contrôle conjoint dans le cadre de la loi du 2 mars 1989 tendant à assurer la transparence de l'actionnariat”, *R.P.S.*, 1990, nr. 6537, p. 81). Deze laatste notie heeft betrekking op de parallelle gedragslijn die partijen hebben afgesproken te volgen m.b.t. de verwerving of de overdacht van effecten (art. 2, § 1, 7<sup>o</sup> K.B. 8 november 1989; voor een lichtjes andersluidende definitie, zie art. 7 K.B. 10 mei 1989). Een voorkoopovereenkomst, gepaard gaande met een verbintenis om zonder overleg geen aandelen meer bij te verwerven zodra de partijen bij de overeenkomst gezamenlijk meer dan 50% zouden aanhouden, mag derhalve niet als een overeenkomst van gezamenlijke controle beschouwd worden. Hoewel dergelijke overeenkomst zeker een stabiliserend effect heeft, heeft zij geen betrekking op het beleid van de vennootschap (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1989-90, p. 113).

De Commissie voor het Bank- en Financiewezen was niet geneigd aan de hypothese van de gezamenlijke controle geloof te hechten in de verhouding GBL-Sodexho, hoewel één van de partijen zich erop beriep, omdat dergelijke gezamenlijke controle nooit gemeld was in het kader van de transparantiewetgeving (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1989-90, p. 119).

Tussen de lijnen kan men lezen dat in het zonet verhaalde geval GBL-UAP o.a. daarom meer geloof werd gehecht aan de beweerde gezamenlijke controle omdat geschreven overeenkomsten werden voorgelegd.

Het vereiste van een geschrift wordt nochtans niet gesteld aan de overeenkomst van gezamenlijke controle in hoofdstuk III van het K.B. van 8 november 1989, en derden kunnen overeenkomsten bewijzen met alle middelen van recht (art. 1341 B.W.).

Tot verdere discussie omtrent het begrip gezamenlijke controle kwam het in een tweede fase van het Wagons Lits-dossier.

Nadat Sodexho beslist had niet in te gaan op het aanbod van GBL, omwille

---

(11) „Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires de sorte que les décisions résultent de leur accord” (art. 357-1 L. 1966).

van het openbaar bod of de koershandhaving waartoe zij in dat geval door de Bankcommissie zou verplicht worden, zocht GBL nieuwe kopers: de Generale Maatschappij en de Franse hotelgroep Accor, waarin de Generale Maatschappij met 12% de eerste aandeelhouder was, zetten samen een vehikel op waaraan de Wagons Lits aandelen van GBL zouden verkocht worden aan dezelfde prijs van 12.500 F. De intrede van Accor werd door de Franse hoofdaandeelhouder CDC in Wagons Lits (28%) alleszins gedoogd, zoniet aangemoedigd. De vraag was echter of de tandem Generale-Accor, die slechts 26% bezat, voorafgaandelijk aan, of gelijktijdig met zijn intrede, een overeenkomst van gezamenlijke controle met CDC gesloten had.

De Bankcommissie was van oordeel dat dergelijke gezamenlijke controle-verwerving, die ontkend werd door de betrokkenen, niet kon afgeleid worden uit het loutere feit dat een prijstoeslag van ongeveer 3.500 F boven de beurskoers betaald werd. Zo'n prijstoeslag kon naar de mening van de Bankcommissie ook zijn oorzaak vinden in de verwerving van een blokkeringsminderheid (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1989-90, p. 120). Het zou dan gaan om een betekenisvolle invloed („influence notable”), die echter niet beleidsbepalend is — in termen van het consolidatiebesluit gaat het dan niet om een controlerende, maar een geassocieerde onderneming (art. 6 K.B. 6 maart 1990).

Toen Accor een jaar later, in november 1991, overging tot een vrijwillig openbaar bod aan 8.650 F op de aandelen Wagons Lits die nog in de markt waren, ging CDC daar niet op in. Gesterkt in hun stelling van gezamenlijke controle door dit stilzitten van CDC, gaven de twee andere grote aandeelhouders, Sodexho en Rolaco, te kennen dat de prijs die bij gelegenheid van dit openbaar bod betaald werd, te laag was in vergelijking met de prijs van 12.500 F die een jaar eerder aan GBL betaald was. Derhalve leidden Sodexho en Rolaco alsnog een vordering in voor de rechtbank van koophandel tot schadeloosstelling ten belope van het prijsverschil (art. 1382 B.W.), op grond van de resultaatsverbintenis die op de overnemer van een controle-participatie wordt gelegd door art. 41 van het K.B. van 8 november 1989.

Waar de vroegere aanbevelingen van de Bankcommissie op het stuk van de overdracht van controleparticipaties geen afdwingbare rechten creëerden in hoofde van de minderheidsaandeelhouders, waren de eisers nu van het tegendeel overtuigd, en beweerden zij aan art. 41 van het K.B. van 8 november 1991 een subjectief recht te ontleen dat kan afgedwongen worden voor de rechtbank. Onder verwijzing naar de afwijkmogelijkheden waarover de Bankcommissie beschikt (art. 15, § 3 W. 2 maart 1989; art. 41, § 2 K.B. 8 november 1989), hielden de verweerders van hun kant voor dat dit recht pas ontstaat nadat de Bankcommissie besloten heeft tot toepasselijkheid van art. 41, wat zij in casu niet gedaan had (zie over deze problematiek: B. Servaes, „De bevoegdheden van de rechtbanken bij een vrijwillig openbaar bod”, *T.R.V.*, 1992, p. 437).

Met een verkorting van de termijnen op basis van art. 748 Ger.W. (Kh.

Brussel, 22 november 1991, *R.P.S.*, 1991, nr. 6583, p. 270; *T.R.V.*, 1992, p. 362, noot S. Raes: „Een versnelde rechtspleging voor de bodemrechter”), werd het vonnis in eerste aanleg nog gevelde op het einde van de verslagperiode. De Rechtbank achtte zich bevoegd om de gevorderde schadeloosstelling uit te spreken, op grond van de schending van het „burgerlijk” recht dat besloten ligt in art. 41 van het K.B. van 8 november 1989 (art. 92 G.W.). Op basis van een geheel van overeenstemmende vermoedens besloot de Rechtbank van Koophandel te Brussel dat de overeenkomst van gezamenlijke controle wel degelijk bewezen was: de betaalde prijstoeslag; de samenstelling van de bestuursorganen; de aandeelhoudersstructuur en putovereenkomsten waarbij Accor zich van de mogelijkheid tot verwerving van bijkomende aandelen wist te verzekeren tegen betaling van de prijs die aan GBL betaald was (Kh. Brussel, 4 december 1991, *R.P.S.*, 1991, nr. 6585, p. 291; vgl. J. Wouters, „Gezamenlijke controle, verplicht overnamebod en gelijke behandeling der aandeelhouders”, *R.W.*, 1992-93, p. 625-633).

De Rechtbank van Koophandel legde onvoldoende de nadruk op de simultaneïteitsvereiste: de verplichting een openbaar bod te lanceren of de koers te handhaven ontstaat enkel indien de participatie waardoor de controle verworven wordt, in de tijd samenvalt met de overeenkomst van gezamenlijke controle. Indien CDC en Accor hun overeenkomst van gezamenlijke controle pas nadien zouden gesloten hebben, zou er geen aanleiding bestaan hebben tot toepassing van art. 41. Het vonnis werd gevelde net voor het aflopen van de termijn van het vrijwillig openbaar bod. Om de aandeelhouders die zich niet onder de eisers bevonden de kans te geven het impact van het bod te beoordelen, werd de termijn ervan met tien dagen verlengd door de kort gedingrechter op eenzijdig verzoekschrift (Kort Ged. Kh. Brussel, 5 december 1991, *T.R.V.*, 1992, p. 376, noot K. Vanhaerents, „Tussenkomenst van de voorzitter in kort geding bij een openbaar overnamebod — Afdwingen van het recht op informatie”).

Ingevolge het vonnis van 4 december 1991 heeft de Bankcommissie de bidders uitgenodigd tot het opstellen van een aanvulling bij de prospectus, waarin zij zich dienden te engageren tot de uitbreiding van het voordeel van het vonnis, eens het in kracht van gewijsde zou gegaan zijn, tot alle aandeelhouders, ook degenen die geen partij waren geweest bij het proces.

Nadat dit overzicht was afgesloten werd het vonnis van 4 december 1991 in hoger beroep bevestigd voor wat de bevoegdheid aangaat; wat de schadeloosstelling betreft, werd het dispositief van het vonnis verduidelijkt en uitgebreid, met aanneming van een simultane overeenkomst van gezamenlijke controle tussen Accor en CDC (Brussel, 6 augustus 1992, *R.P.S.*, 1992, nr. 6611, p. 248). Tegen dit arrest werd cassatieberoep aangetekend, zodat nog steeds niet geweten is of de bidders hun verbintenis om de 12.500 F aan alle aandeelhouders te betalen zullen moeten nakomen of niet.

## § 2. Vrijwillig openbaar bod

**300. NIEUWE WETGEVING** — Dé casus die in de verslagperiode een stroomversnelling in het financieel vennootschapsrecht teweeg bracht, was uiteraard de onvriendelijke overnamepoging die Carlo De Benedetti begin 1988 via zijn holding Cerus ondernam op de Generale Maatschappij.

Het heeft weinig zin het reeds zo dikwijls verhaalde Generale-bod in al zijn details over te doen (zie daarover Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1987-88, p. 58-87; A. Benoit-Moury, „Cerus-De Benedetti contre la Société Générale de Belgique. Les grandes étapes d'une saga financière”, *J.T.*, 1988, p. 217-238; K. Geens, „Het toegestaan kapitaal als afweermechanisme tegen overvallen: het wettig belang van de „bieder” en het vennootschapsbelang van de „doelwitvennootschap”, *T.R.V.*, 1988, p. 133; R. Lamy, *Het ware verhaal van een openbaar overnamebod: de strijd om de Generale Maatschappij*, Tielt, Lannoo, 1990, 285 p.; J. Lievens, H. Laga, „Kroniek vennootschapsrecht 1988 (II)”, *T.R.V.*, 1990, p. 3-14).

Wel loont het nog de moeite de later doorgevoerde wetswijzigingen even te relateren aan hun Generale-oorsprong.

**301. SYSTEMATISCHE AANKOPEN TER BEURZE** — De sluipende overname van een vennootschap via systematische aankopen ter beurse, werd door de Bankcommissie bij herhaling als een verdoken openbaar bod bestempeld, waarbij de gelijkheid tussen de aandeelhouders op een erg intransparante wijze in het gedrang werd gebracht. Zij oordeelde dan ook dat dergelijke systematische verwerving moest onderworpen worden aan dezelfde meldingsplicht en voorwaarden van „nihil obstat” als een écht openbaar bod (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1971-72, p. 167 e.v.). Bij de doctrine en de rechtspraak vond zij voor dit standpunt weinig gehoor omdat dergelijke systematische aankoop ter beurse niet kon gekwalificeerd worden als een openbare aanbieding tot aankoop van effecten in de zin van art. 22 van de Wet van 10 juni 1964 op het openbaar aantrekken van spaargelden (art. 1 W. 10 juli 1969; art. 1 K.B. 12 november 1969; zie bijvoorbeeld S. Van Crombrugge, „De gelijkstelling van systematische aankoop van aandelen ter beurs met een openbaar koopaanbod”, *Bank.Fin.*, 1983, p. 379; Kort Ged. Kh. Brussel, 9 februari 1988, *J.T.*, 1988, p. 220; *T.B.H.*, 1988, p. 540).

Om zich een startpositie te verwerven voor zijn bod op de Generale Maatschappij verwierf De Benedetti tussen eind 1987 en begin 1988, ongeveer 17% van de aandelen, zonder zich kenbaar te maken. De ironie van het lot wil dat een stuk van deze aandelen afkomstig waren van een kapitaalverhoging die de Generale Maatschappij eind 1987, via een vaste overname door de Generale Bank, had uitgegeven.

Het was dan ook erg voor de hand liggend dat, ingevolge de beursoverval op de Generale-maatschappij, de transparantiewetgeving in België, werd ingevoerd bij Wet van 2 maart 1989, lang vóór de E.G.-deadline verstreek

(boven, nr. 250). Dit gebeurde met contractuele opheffing van het beroepsgeheim van de wisselagenten (art. 11 W. 2 maart 1989; vgl. Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1987-88, p. 78).

Een andere manier om op dit aspect van het Generale-bod te reageren, zou erin bestaan hebben om aandeelhouders die een bepaald percentage (b.v. 30 of 33,33%) van de aandelen verworven hebben, ertoe te verplichten een openbaar bod op alle effecten uit te brengen, zoals bijvoorbeeld het geval is in het U.K. of in Frankrijk (J.M.M. Maeijer, K. Geens, ed., *Defensive measures against hostile takeover-bids*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990, p. 12). Overigens was dit ook de richting die aangewezen werd door het voorstel van Dertiende Richtlijn (Publ. E.G. C 240 van 26 september 1990, p. 7). Zoals hoger aangegeven, koos de Belgische wetgever op dit punt voor een consacratie van de doctrine van de Bankcommissie op het stuk van de onderhandse overdracht van controleparticipaties. Daarbij werden twee problemen gecreëerd die onbestaand zijn in het meer objectieve Engelse of Franse systeem: de vraag wanneer controle verworven wordt, is overbodig wanneer men uitgaat van een absoluut percentage (b.v. 30%); evenzo is de vraag overbodig of een meerprijs betaald wordt indien enkel het percentage, en niet de prijs een voorwaarde uitmaakt voor het verplicht openbaar bod.

**302. OPENBARE BODSPROCEDURE** — In de Generale-zaak werd ook duidelijk dat de wijze waarop de openbare bodspprocedure tot dan toe verliep en geregeld werd, enkel aangepast was aan een vriendelijke overnamepoging.

De Bankcommissie werkte met aanbevelingen, en kon het bod drie maanden schorsen indien zij meende haar nihil obstat niet onmiddellijk te kunnen verlenen.

In het bod van A.G. op Assubel maakte het gedrag dat aan de bieder en de tegenbieder gedurende het bod en het tegenbod werd aanbevolen, het voorwerp uit van een formele aan de partijen „opgedrongen” overeenkomst (zie verder, nr. 305).

Dergelijke „zachte” benadering mist echter zijn doel wanneer de strijd echt op het scherp van de snede wordt uitgevochten.

Zo kon de Bankcommissie de partijen in de Generale-geschiedenis niet scheiden, d.i. zij slaagde er niet in hen ervan te weerhouden om gedurende het bod verder aandelen te kopen op en buiten de beurs.

De openbare bodspprocedure werd derhalve aan een zeer strikte regeling onderworpen. Deels kwam de nieuwe openbare bodspprocedure tot stand bij Wet van 9 maart 1989 die onder meer een aanpassing van titel II van het K.B. nr. 185 van 9 juli 1935 inhield (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1989-90, p. 75), deels kwam de nieuwe regeling tot stand in uitvoering van de Wet van 2 maart 1989, bij K.B. 8 november 1989 (A. Bruyneel, „Les offres publiques d'acquisition. Réforme de 1989”, *J.T.*, 1990, p. 141-160 en p. 165-183; J.M. Nelissen Grade, „Het openbaar bod en de beursoverval na het De Benedetti-K.B.”, in *Openbaar bod en beschermingsconstructies*

(Jan Ronse Instituut ed.), Kalmthout, Biblo, 1990, p. 11-75; D. Van Gerven, „Het openbaar bod op stemrechtverlenende en daarmee gelijkgestelde effecten: de nieuwe procedure doorgelicht”, *T.R.V.*, 1990, p. 141-174).

Om te remediëren aan de zwakheden die werden blootgelegd door het Generale-epos, mag de Bankcommissie voortaan haar goedkeuring aan een prospectus zonder meer weigeren, met mogelijkheid voor de geweigerde bieder van hoger beroep bij de Minister van Financiën (art. 29ter K.B. nr. 185 van 9 juli 1935).

Gedeeltelijke openbare biedingen, waarvoor de Bankcommissie nooit erg warm liep, zeker niet wanneer zij aasden op een blokkeringsminderheid (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1986-87, p. 111-113), zijn voortaan onmogelijk. Mede om de Belgische industrie af te schermen, moet voortaan meteen op 100% geboden worden (art. 3, 1<sup>o</sup> K.B. 8 november 1989; G. Keutgen, „Interventie”, in *Openbaar bod en beschermingsconstructies* (Jan Ronse Instituut ed.), Kalmthout, Biblo, 1990, p. 135).

Verrichtingen buiten beurs zijn verboden gedurende de bodstermijn (art. 10 K.B. 8 november 1989); beursverrichtingen gedurende diezelfde termijn moeten gemeld worden, en indien zij geschieden aan een prijs boven de biedprijs, moet deze verhoogd worden (art. 11, § 5 W. 2 maart 1989 en art. 30 K.B. 8 november 1989)(12).

Ook de rol van de raad van bestuur van de doelwitvennootschap, nog erg omstreden in de Generale-zaak en de Assubel-zaak (Kort Ged. Kh. Brussel, 5 januari 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 160, noot J. Tyteca; *J.T.*, 1988, p. 69, noot C. Parmentier; *J.L.M.B.*, 1988, p. 137), werd in het K.B. van 8 november 1989 duidelijk omschreven. De raad van bestuur moet zijn oordeel te kennen geven over het prospectus, en de bestuurders moeten de aandeelhouders adviseren nopens de t.a.v. het bod aan te nemen houding, o.a. door de positie die ze zelf zullen innemen te openbaren, alsmede die van de aandeelhouders die ze in feite vertegenwoordigen (F. Hellemans, „Een blik op het juridisch kluwen rond de overname van Cofibel en Cofimines”, *T.R.V.*, 1993, (341), p. 351). Daarmee wordt de positie van de raad als

---

(12) In de Wagons Lits-zaak, grepen de institutionele beleggers, zonder het eindarrest af te wachten, de door de Bankcommissie afgedwongen aanvulling van de prospectus (hoger, nr. 299) aan om een vordering ten gronde in te leiden die strekte tot heropening van het openbaar bod aan 12.500 F, zulks op grond van art. 11, § 5 W. 2 maart 1989 en art. 30 K.B. 8 november 1989. De verbintenis waarom de Bankcommissie verzocht had, samen met een putovereenkomst waarbij de Generale haar Wagons-Lits-aandelen tegen 12.500 F bij Accor kon plaatsen, impliceerden volgens de institutionele beleggers een prijsverhoging in de zin van gemelde wetsbepalingen die tot alle aandeelhouders moest worden uitgebreid. De Rechtbank van Koophandel te Brussel wees deze eis af omdat de draagwijdte van deze bepalingen een andere is: deze bepalingen willen de gelijkheid handhaven tussen degenen die hun aandelen aanbrengen aan een openbaar bod, en degenen die onrechtstreeks zouden bevoordeeld worden buiten het bod, door de vrijwillige bieder te verplichten dit voordeel uit te breiden tot alle kandidaat-verkopers (Kh. Brussel, 10 september 1992, *R.P.S.*, 1992, nr. 6612, p. 290; *T.R.V.*, 1992, p. 437, noot B. Servaes, „De bevoegdheden van de rechtbanken bij een vrijwillig openbaar bod”).

belangrijkste orgaan van de vennootschap, en als eerste dienaar van haar belang, erkend (K. Geens, „De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder”, *T.P.R.*, 1989, (33), p. 52 e.v.). Ei zo na kwam het in art. 15, § 3, eerste lid van het K.B. van 8 november 1989 zelfs tot een definitie van het belang van de vennootschap (zie over het belang van de vennootschap, boven, nr. 238; *adde*, X. Dieux, „La société anonyme: armature juridique de l'entreprise ou 'produit financier'”, in *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen*, (ed. M. Flamée, D. Meulemans), Brugge, Die Keure, 1993, (83), 93 e.v.).

**303. KRUISPARTICIPATIES** — Op het stuk van de kruisparticipaties huldigde de Bankcommissie sedert lang een strenge doctrine die geen steun vond in de wetteksten: het feit dat de in haar moeder participerende dochter haar aandeelhouders aldus ongelijk behandelde (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1950-51, p. 70-71; 1966, p. 139), en er bovendien op die manier een stuk fictief kapitaal gecreëerd werd (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1946-47, p. 70; 1950-51, p. 70), leidde de Commissie finaal tot een analoge toepassing van art. 52bis Venn.W.

Als een vennootschap niet meer dan 10% van haar eigen aandelen mocht bezitten, mocht haar dochter niet meer dan 10% bezitten in de moeder (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1986-87, p. 89 e.v.).

Art. 29, § 6 Venn.W., zoals ingevoegd bij Wet van 5 december 1984, verbood nochtans enkel aan de vennootschap zelf, of aan een stroman, om op haar eigen aandelen in te schrijven. Als zelfstandige rechtspersoon kon een dochtervennootschap zeker niet zonder meer als een stroman beschouwd worden.

De Bankcommissie was dus relatief ongewapend toen de raad van bestuur van de Generale Maatschappij, als verweer tegen De Benedetti's overval, het kapitaal verdubbelde en, in het raam van het toegestaan kapitaal, de kapitaalverhoging integraal plaatste bij een 100%-dochtermaatschappij, Sodecom (vgl. Kort Ged. Kh. Brussel, 9 februari 1988, *T.B.H.*, 1988, p. 540; *J.T.*, 1988, p. 220).

Een wijziging van de wetgeving op dit stuk liet niet lang op zich wachten. Bij Wet van 18 juli 1991 werd art. 29, § 6 in dier voege gewijzigd, dat een dochtervennootschap niet langer — primair — kan intekenen op het kapitaal van de moeder (K. Geens, „Verwerving van eigen aandelen en personeelsaandelen”, in *De N.V. en de B.V.B.A. na de Wet van 18 juli 1991* (Jan Ronse Instituut ed.), Kalmthout, Biblo, 1991, p. 29). Op de secundaire markt kan de dochter nog steeds aandelen in de moeder verwerven, zij het dat ingevolge art. 52quinquies de stemrechten verbonden aan het gedeelte boven de 10% geschorst worden (L. Cornelis en J. Peeters, „Wederzijdse deelnemingen”, in *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen*, (ed. M. Flamée, D. Meulemans), Brugge, Die Keure, 1993, p. 125; K. Geens en B. Servaes, „Het nieuwe verbod op de kruisparticipaties: een

bescheiden rem op de autocontrole'', in *De N.V. en de B.V.B.A. na de Wet van 18 juli 1991* (Jan Ronse Instituut ed.), Kalmthout, Biblo, 1991, p. 165). Wellicht zal de Belgische wetgeving op dit stuk in de toekomst nog verstrengd worden ingevolge de invoeging van een art. 24bis in de Tweede Richtlijn, op 23 november 1992 (Publ. E.G. L 347 van 28 november 1992). Dit nieuwe art. 24bis onderwerpt de verwerving van aandelen door een dochter in de moeder, aan dezelfde voorwaarden als de verwerving door de moeder van eigen aandelen (zie reeds een voorstel van aanpassing in *Gedr.St.*, Kamer, 1992-93, nr. 1005/4, nr. 23).

**304. TOEGESTAAN KAPITAAL. KROONJUWELN** — Het drastische gebruik dat de raad van bestuur van de Generale Maatschappij maakte van het toegestaan kapitaal in de nacht van 17 op 18 januari 1988, om het aandeel van 17% te verwateren dat De Benedetti zich „in stilte'' verworven had, heeft uiteraard het meeste opschudding veroorzaakt. Het is overigens over de schorsing van die kapitaalverhoging dat de verschillende beschikkingen en arresten in kort geding die n.a.v. het Generale-bod werden geveld, in hoofdzaak handelen (Kort Ged. Kh. Brussel, 19 en 20 januari en 9 februari 1988, *J.T.*, 1988, p. 218; *T.B.H.*, 1988, p. 540; Brussel, 1 maart 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 115).

Zoals hoger reeds werd aangegeven, had vooral de Voorzitter van de Brusselse Rechtbank van Koophandel het niet zo begrepen op de autocratische trekjes van het toegestaan kapitaal (zie hoger, nr. 236). Dat dit nog meer zo was bij openbaar bod, bleek, nog voor de Generale- zaak, uit de Assubel-beschikking (Kort Ged. Kh. Brussel, 5 januari 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 160, noot J. Tyteca; *J.T.*, 1988, p. 69, noot C. Parmentier, *J.L.M.B.*, 1988, p. 137).

De Voorzitter verbood in die beschikking aan de algemene vergadering om te beraadslagen over een statutenwijziging waarbij een toegestaan kapitaal in de statuten zou worden ingeschreven, hoewel dit punt op de agenda ingeschreven was, nog vóór de raad van bestuur van de doelwitvennootschap kennis had van het openbaar bod. In die omstandigheden kan men zich terecht afvragen of de beraadslaging wel diende verhinderd te worden (J. Tyteca, „Agenda van de algemene vergadering, volmachten, O.B.A.'s en de rechters'', noot onder Kort Ged. Kh. Brussel, 5 januari 1988, *T.R.V.*, 1988, (165), p. 167).

Bij de invoering van de notie „toegestaan kapitaal'' in het Belgisch recht had de wetgever onmiddellijk voorzien in de noodzaak een dubbele statutaire machtiging te verlenen aan de raad van bestuur: een eerste machtiging indien de raad de gelegenheid kreeg om het kapitaal te verhogen binnen de grenzen van het toegestaan kapitaal; een tweede machtiging indien de raad bovendien van de mogelijkheid wilde genieten om het kapitaal te verhogen met opheffing of beperking van het voorkeurrecht (art. 34bis, § 3, eerste lid Venn.W.).

Het ligt voor de hand dat de raad, zoals de algemene vergadering, deze opheffing of beperking van het voorkeurrecht diende te rechtvaardigen in het belang van de vennootschap. Maar dat was dan ook de enige materieel-rechtelijke toets die het gebruik van het toegestaan kapitaal bij betwisting moest doorstaan. In het Generale-arrest van het Hof van Beroep te Brussel d.d. 1 maart 1988 werd duidelijk dat dergelijke toetsing bovendien marginaal diende te gebeuren: indien de verhoging van het kapitaal niet kennelijk in strijd is met het belang van de vennootschap, kan zij niet gecensureerd worden door de rechter (Brussel, 1 maart 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 115, noot K. Geens, p. 138; X. Dieux, „Armature juridique ...”, *o.c.*, p. 108; W. Van Gerven, „Onbeantwoorde vragen in de marge van overval op, en bescherming van vennootschappen”, in *Openbaar bod en beschermingsconstructies* (Jan Ronse Instituut ed.), 1990, p. 233 e.v.; K. Geens, „De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder”, *T.P.R.*, 1989, (33), p. 40 e.v.).

In haar jaarverslag voorafgaand aan de overval van De Benedetti, had de Bankcommissie reeds verwezen naar de bepaling van de Londense City Code (art. 21) waardoor het verboden werd nog aandelen uit te geven in het raam van het toegestaan kapitaal zodra een openbaar bod werd aangekondigd „*or might be imminent*” (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1986-87, p. 85). Uiteindelijk moest de Bankcommissie in de Generale-zaak gas terugnemen, en stellen dat een kapitaalverhoging pas was uitgesloten eens het openbaar bod vast was aangekondigd (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1987-88, p. 63-64).

Omdat ook in art. 8 van het ontwerp Dertiende Richtlijn de Britse traditie werd overgenomen (G.A. Dal en G. Keutgen, „Le droit des sociétés et la protection contre les O.P.A. inamicales”, *R.P.S.*, 1989, nr. 6530, (223), p. 240; K. Geens en J. Macijer, „Introduction”, in *Defensive measures against hostile takeovers in the Common Market*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990, p. 5), werd het gebruik van het toegestaan kapitaal na openbaar bod in art. 8 van het K.B. van 8 november 1989 in die zin aan banden gelegd, althans indien de raad van bestuur een kapitaalverhoging buiten voorkeurrecht wenst door te voeren (K. Geens, „Beschermingsconstructies: enkele recente evoluties”, *Openbaar bod en beschermingsconstructies* (Jan Ronse Instituut ed.), Kalmthout, Biblo, 1990, (77), p. 99 e.v.). Enkel indien de algemene vergadering expliciet in deze faculteit voorzien heeft, kan de raad van bestuur daartoe nog overgaan, en dan slechts tot een maximum van 10% van het maatschappelijk kapitaal. Bovendien moet de raad van bestuur binnen de drie jaar gebruik maken van deze bijzondere machtiging — waar de normale termijn vijf jaar is. Daarmee werd het toegestaan kapitaal als beschermingsconstructie begraven. Bij Wet van 18 juli 1991 werden deze wijzigingen opgenomen in de Handelsvennootschappenwet zelf (art. 33bis, § 3 Venn.W.), omdat men eraan twijfelde of het K.B. van 8 november 1989 desbetreffende een voldoende basis vond in de Wet van 2 maart 1989.

Bij diezelfde Wet van 18 juli 1991 werden overigens nog verdere wijzigingen

doorgevoerd betreffende het toegestaan kapitaal (F. Bouckaert, „Kapitaalverhoging — toegestaan kapitaal — voorkeurrecht — recht van voorrang”, in *De N.V. en de B.V.B.A. na de Wet van 18 juli 1991* (Jan Ronse Instituut ed.), Kalmthout, Biblo, 1991, p. 13). Om „overnight”-operaties zoals die van de Generale Maatschappij in te tomen, werd bepaald dat het toegestaan kapitaal in vennootschappen die een publiek beroep op het spaarwezen hebben gedaan, niet meer hoger kan zijn dan het kapitaal zelf. Een kapitaalverhoging door de raad van bestuur met meer dan 100% is dan uitgesloten. Bovendien moet de algemene vergadering voortaan in de statuten inschrijven welke bijzondere omstandigheden het gebruik van het toegestaan kapitaal wettigen, ook buiten de hypothese van een openbaar bod. Dan nog is een afzonderlijke bijzondere machtiging vereist indien het toegestaan kapitaal wil benut worden met opheffing van het voorkeurrecht ten gunste van één of meer bepaalde personen.

Uiteraard kan en moet de vennootschap de voor de aankondiging van het bod aangegane verbintenissen wel nakomen. Converteerbare obligaties of warrants die geplaatst werden in tempore non suspecto zullen dus gehonoreerd worden. Het behoeft dus geen betoog dat deze effecten sedert het onder quarantaine plaatsen van het toegestaan kapitaal, fel aan belang gewonnen hebben, zeker nu warrants naakt kunnen uitgegeven worden sedert de W. 18 juli 1991 (hoger, nr. 237).

Om Royale Belge te beschermen tegen een overval door het Franse AXA, gebruikte de raad van bestuur van Royale belge het toegestaan kapitaal om middels een inbreng van aandelen door een bevriende aandeelhouder het AXA-aandeel substantieel te verwateren. De inbreng in natura is per definitie buiten voorkeurrecht. Hoewel deze operatie destijds door de Bankcommissie gebillijkt werd (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1986-87, p. 78-79), werd er door de wetgever bij Wet van 18 juli 1991 paal en perk aan gesteld: inbreng in natura door een aandeelhouder die over meer dan 10% van de stemrechten beschikt is niet langer mogelijk in het kader van het toegestaan kapitaal (art. 33bis, § 2 Venn.W.).

Heeft de raad van bestuur steeds een bijzondere machtiging nodig om reserves te incorporeren in het raam van het toegestaan kapitaal (art. 33bis, vijfde lid Venn.W.), dan werd deze bijzondere vorm van kapitaalverhoging als beschermingsconstructie in geval van openbaar bod door de nieuwe wetgeving niet beroerd. De vraag of dergelijke verhoging kan geschieden met uitsluiting van voorkeurrecht, blijft dus open (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1988-89, p. 73-74; K. Geens, „Beschermingsconstructies: enkele recente evoluties”, *a.w.*, p. 100 e.v.).

Ten tijde van het Generale-epos vreesde De Benedetti ook voor de overdracht van bepaalde strategische participaties door de Generale Maatschappij. Er werd zelfs een kort geding aangespannen om te verijdelen dat dochters van de Generale hun kapitaal zouden verhogen ten gunste van derden die op die wijze de controle ervan zouden overnemen (Kort Ged. Kh. Brussel, 18 februari 1988, *J.T.*, 1988, p. 229; *T.B.H.*, 1988, p. 566; *Pas.*,

1988, III, p. 125). Hoewel de kort gedingrechter zich bevoegd achtte, werd de eis afgewezen omdat niets erop wees dat deze raden van bestuur van de drie geviseerde dochters met de intentie van een kapitaalverhoging behept zouden geweest zijn.

Samen met het gebruik van het toegestaan kapitaal, beperkte de Regering in het K.B. van 8 november 1989 ook de mogelijkheid voor de raad van bestuur om na de vaste aankondiging van een openbaar bod nog belangrijke wijzigingen aan te brengen in de samenstelling van actief of passief, of verrichtingen te stellen zonder werkelijke tegenprestatie. Beslissingen tot verkoop van een belangrijke participatie, tot een pauliaanse verrichting of tot het aangaan van een nieuwe schuld om het bod af te weren, zijn dus uit den boze eens een openbaar bod vast werd aangekondigd (K. Geens, D. Van Gerven, „Beschermingsmaatregelen voor de doelwitvennootschappen in het kader van de nieuwe O.O.B.- reglementering”, *T.R.V.*, 1990, (395), p. 402). Atypisch genoeg als men de residuaire almacht van de raad van bestuur in de N.V. onder ogen ziet (artt. 54 en 70 Venn.W.), zou de algemene vergadering luidens de tekst dergelijke wijzigingen of verrichtingen nog wel mogen stellen. Ook deze bepaling werd overgenomen in de Handelsvennootschappenwet bij Wet van 18 juli 1991, maar vond daar een weinig aangewezen plaats (art. 33bis, § 3, 3<sup>o</sup> Venn.W.).

**305. AANVAARDINGSCLAUSULES** — De werking van aanvaardingsclausules en voorkooprechten bij een openbaar bod op de betrokken vennootschap, kwam in de belangstelling bij het openbaar bod van de AG op Assubel (zie, inzake het toegestaan kapitaal in die zaak, boven, nr. 304; inzake het groepsrechtelijk aspect, boven, nr. 296). De aandelen Assubel waren op naam, en haar statuten voorzagen in een aanvaardingsclausule, gekoppeld aan de verplichting voor de raad van bestuur om een alternatieve overnemer voor te stellen aan dezelfde prijs als degene die voorgesteld werd door de geweigerde koper; bij betwisting van de overnameprijs, moest een deskundige worden aangesteld.

De Bankcommissie legde de spelregels voor deze overnamestrijd vast in een overeenkomst met partijen. Met een term uit het arbeidsrecht zou men kunnen stellen dat deze overeenkomst nadien — althans grotendeels — algemeen verbindend verklaard werd in de artt. 15-16 van het K.B. 8 november 1989 (A. Bruyneel, „Les O.P.A.”, *J.T.*, 1990, p. 153, nrs. 78 e.v.; K. Geens, „Beschermingsconstructies: enkele recente evoluties”, *Openbaar bod en beschermingsconstructies* (Jan Ronse Instituut ed.), Kalmthout, Biblo, 1990, (77), p. 114 e.v.; K. Geens, D. Van Gerven, „Beschermingsmaatregelen voor de doelwitvennootschappen in het kader van de nieuwe O.O.B.-reglementering”, *T.R.V.*, 1990, (395), p. 402).

De Bankcommissie koos een middenweg. Zij liet de raad van bestuur toe om de bieder niet te aanvaarden, maar dwong de raad er vervolgens toe om een openbare overnemer aan dezelfde prijs voor te stellen die zijn tegenbod zou uitbreiden tot alle aandeelhouders, zelfs degenen die het oorspronkelijk

bod niet aanvaard hadden. De statutair gelaten mogelijkheid om de eerste overnameprijs te betwisten, werd dus terzijde gesteld, maar evenzeer werd een uitzondering gemaakt op de traditionele regel dat de prijs van een openbaar tegenbod 5% hoger dient te liggen (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1987-88, p. 87).

In artt. 15-16 van het openbaar bods-K.B. van 8 november 1989 werd deze regel hernomen: de aanvaardingsclausule en het voorkeepsrecht zijn in beginsel niet tegenwerpelijk aan de — openbare — bieder; zelfs indien de raad van bestuur te kennen heeft gegeven dat hij de bieder weigert, of dat de voorkeepsrechten zullen worden uitgeoefend, mogen de aandeelhouders het bod aanvaarden, zij het onder ontbindende voorwaarde.

Deze ontbindende voorwaarde bestaat erin dat een tegenbod wordt uitgebracht *aan dezelfde prijs* binnen de vijf dagen na de afsluiting van het eerste bod, door een „aanvaarde” tegenbieder of een aandeelhouder die zijn voorkeepsrecht wil uitoefenen. Deze krijgt voorrang indien hij bereid is dezelfde prijs te betalen. Gelet op de 100% verplichting (hoger, nr. 302), zal hij zijn tegenbod tot alle aandeelhouders dienen uit te breiden.

Deze regeling werd bij Wet van 18 juli 1991 overgenomen in art. 41, § 3 Venn.W., omdat de wetgever vreesde dat artt. 15-16 van het K.B. van 8 november 1989 onvoldoende wettelijke basis vonden. De geciteerde wetsbepaling blijkt, anders dan de reglementaire bepaling, ook van toepassing te zijn op extra-statutaire voorkeepsrechten. Dit zou betekenen dat een aandeelhouder die gebonden is door dergelijke extra-statutaire overeenkomst, zijn aandelen kan aanbrengen aan het bod, zonder het voorkeepsrecht nog te respecteren, steeds onder dezelfde ontbindende voorwaarde.

In één geval blijft de aanvaardingsclausule (niet de voorkeepsregeling) zonder meer tegenwerpelijk aan de bieder, en kunnen de aandeelhouders niet ingaan op een openbaar bod, indien de bieder door de raad van bestuur geweigerd wordt. Deze uitzondering betreft de hypothese waarin de vennootschap vooraf aan de Commissie voor het Bank- en Financiewezen de niet-discriminerende criteria heeft meegedeeld op grond waarvan de raad van bestuur zijn aanvaardings- of weigeringsbeslissing zal nemen (art. 41, § 4 Venn.W.; art. 16, derde lid K.B. 8 november 1989).

**306. OPENBAAR BOD IN KORT GEDING** — Om de Bankcommissie te wapenen in het geval van een onregelmatig openbaar bod, gaf de wetgever haar ook de mogelijkheid haar standpunt in rechte af te dwingen (A. Bruyneel, „Les offres publiques d'acquisition. Réforme de 1989”, *J.T.*, 1990, p. 153 e.v.; J.M. Nelissen Grade, „Het openbaar bod en de beursoverval na het De Benedetti-KB”, in *Openbaar bod en beschermingsconstructies* (Jan Ronse Instituut ed.), Kalmthout, Biblo, 1990, p. 27 e.v.). In artt. 16-17 van de Wet van 2 maart 1989 wordt bepaald dat de Bankcommissie een onregelmatige verrichting of praktijk kan schorsen gedurende drie dagen. Daarnaast kan zij, indien door die praktijk of verrichting de belangen van de beleggers

geschaad worden, een beroep doen op de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel die, zetelend zoals in kort geding, kan bevelen die praktijk stop te zetten en zich te schikken naar de aanmaningen van de Bankcommissie.

In de besproken periode werd een beschikking geveld waaruit zou kunnen afgeleid worden dat indien een onregelmatig openbaar bod wordt uitgebracht waaruit schade voortvloeit voor de beleggers, enkel de Bankcommissie nog een beroep zou kunnen doen op de Voorzitter zoals in kort geding, bij uitsluiting van de beleggers (Kort Ged. Brussel, 16 juli 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 423, noot K. Vanhaerents). De algemene bevoegdheid van de Voorzitter in kort geding ex art. 584 Ger.W. (boven, nr. 116) blijft uiteraard overeind (K. Vanhaerents, „De exclusieve bevoegdheid van de Commissie voor Bank- en Financieuzen blijkbaar verkeerd begrepen”, *T.R.V.*, 1991, p. 427). Een maatregel in kort geding dringt zich dan op indien anders onherstelbare schade zou toegebracht worden aan een subjectief recht van de belegger of aandeelhouder in kwestie.

Bij herhaling achtten de kort geding rechters zich in de besproken periode bevoegd om daartoe in te grijpen, zowel voor de Wet van 2 maart 1989, in de Generale-zaak (boven, nr. 300), als na de Wet van 2 maart 1989, in de Wagons Lits-zaak (boven, nr. 299) (zie voor een strenge kritiek, X. Dieux, „Armature juridique...”, *o.c.*, nr. 86, p. 122; id. „La divulgation d'informations concernant la société anonyme. Principes et sanctions”, *Rev. U.L.B.*, 1992/6, (63), p. 92 e.v.).

Op het einde van de verslagperiode werd door een aantal institutionelen die belegd hadden in Wagons Lits en die in eerste instantie geen vordering ten gronde inleidden, een kort geding aangespannen waarin zij bijkomende informatie vorderden om het vrijwillig openbaar bod van november 1991 te kunnen beoordelen. Zij waren van oordeel dat het door de Commissie voor het Bank- en Financieuzen goedgekeurde prospectus daartoe ontoereikend was, vooral omdat het niet toeliet na te gaan of eigenlijk geen gedwongen openbaar bod had moeten uitgebracht worden. Hier stelde zich de vraag of een — in casu door artt. 18 en 20 van het K.B. van 8 november 1989 gecreëerd — subjectief recht in het gedrang was, waaraan onherstelbare schade kon worden toegebracht indien geen maatregel in kort geding genomen werd. Het zou dan gaan om een subjectief recht op informatie. Het bestaan van dergelijk recht werd erkend door de Brusselse voorzitter, en de eis tot bijkomende informatie werd ingewilligd zonder dat de antwoorden op de door hem gestelde vragen bepaald instructief waren (Kort Ged. Kh. Brussel, 25 november 1991, *R.P.S.*, 1991, nr. 6584, p. 279; *T.R.V.*, 1992, p. 368, noot K. Vanhaerents).

### § 3. Fusie, splitsing en gelijkgestelde verrichtingen

**307. RECHTSOPVOLGING ONDER ALGEMENE TITEL** — In het vorig overzicht (*T.P.R.*, 1986, p. 861, nr. 2) werd aandacht besteed aan het cassatiearrest waarin voorgehouden werd dat bij inbreng van een tak van werkzaamheid

de principes van de rechtsopvolging onder algemene titel geen toepassing vinden (Cass., 4 maart 1982, *R.C.J.B.*, 1984, p. 175, noot M. Fontaine). De regels inzake overdracht van schuld en schuldvordering spelen in dat geval onverkort, ook terzake van wederkerige contracten (zie P. Van Ommeslaghe, „La transmission des obligations en droit positif belge”, in *La transmission des obligations*, IXe Journées Juridiques J. Dabin, 1980, Brussel, Bruylant, 1980, p. 189). Wellicht zal deze analyse pas veranderen indien een wetswijziging betreffende de inbrengen van een algemeenheid en van een tak van werkzaamheid wordt doorgevoerd (zie daarvoor het zgn. wetsvoorstel Merckx-van Goey, *Gedr.St.*, Kamer, 1992-93, nr. 1005/1, p. 54).

Ook bij de splitsing was de rechtsopvolging onder algemene titel geen evidentie (zie nochtans P. Van Ommeslaghe, *a.a.*, p. 188). In de besproken periode kon men in een obiter dictum van een arrest nog lezen dat de vennootschappen waarin een vennootschap wordt uitgesplitst niet als rechtsopvolgers onder algemene titel kunnen beschouwd worden (Brussel, 6 december 1991, *T.R.V.*, 1992, p. 253, noot J. Tyteca). De na de verslagperiode uitgevaardigde wet inzake fusie en splitsing van 29 juni 1993 bracht hierin alvast verandering, en kent aan de splitsing dezelfde radicale gevolgen toe als aan de fusie (J. Tyteca, „De splitsing: rechtsgevolgen naar huidig en komend recht”, *T.R.V.*, 1992, p. 257).

**308.** Sedert het cassatiearrest van 30 april 1970 (*Pas.*, I, 1970, I, p. 749) wordt in beginsel aangenomen dat de fusie — hetzij door overneming, hetzij door oprichting — wel een particulier geval van rechtsopvolging onder algemene titel uitmaakte (zie in de besproken periode, wat het arbeidsrecht betreft, Brussel, 3 februari 1988, *J.T.*, 1988, p. 478). Toch werd in datzelfde arrest terzelfdertijd geoordeeld dat een belastingschuld van de opgeslorpte niet kon uitgevoerd worden lastens de opslorpende, zonder dat een uitvoerbare titel op naam van deze laatste bestond.

Inzake fusie werd dus reeds voor de aanpassing van ons recht aan de Derde en de Zesde E.G.-Richtlijn bij Wet van 29 juni 1993 (*B.S.*, 21 juli 1993; art. 174/1 e.v. Venn.W.), algemeen aanvaard dat de schuldvorderingen onder algemene titel overgaan op de rechtspersonen die de verrichting overleven, zonder dat de debiteur daarvan in kennis gesteld moet worden overeenkomstig art. 1690 B.W. (Vred. Maaseik, 28 februari 1990, *Limb.R.*, 1991, p. 111). In die optiek kan de debiteur zich niet meer geldig bevrijden door te betalen aan de opgeslorpte vennootschap in vereffening. De enkele publikatie in het Staatsblad van de besluiten tot ontbinding en kapitaalverhoging volstond om dit gevolg tot stand te brengen.

**309.** Minder eensgezindheid bestond er wat de overgang van schulden bij fusie betrof (zie de bijdrage van P. Coppens en F. T'Kint, in *La transmission des obligations*, IXe Journées Juridiques J. Dabin, 1980, Brussel, Bruylant, 1980, pp. 186 en 432). Dit bleek gedurende de verslagperiode

nogmaals uit verschillende arresten die prima facie enkel betrekking hadden op de problematiek van de gedinghervatting.

Indien de opgeslorpte vennootschap in een lopend geding betrokken was, moest dit geding hervat worden door de opslorpende vennootschap zodra één van de procespartijen wenste dat het geding werd verder gezet door de opslorpende vennootschap: er was immers wijziging van hoedanigheid in de zin van art. 815 Ger. W. (A. Fettweis, *Manuel de procédure civile*, 1985, p. 454, nr. 662, note 2; Gutt et Linsmeau, „Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé”, *R.C.J.B.*, 1983, p. 117, nr. 93). Dergelijke gedinghervatting was en is niet noodzakelijk wanneer een vennootschap wordt omgezet, vereffend of failliet verklaard.

Uit de noodzaak van gedinghervatting bij fusie werd a contrario afgeleid dat het proces ook kon voortgezet worden door en tegen de opgeslorpte vennootschap in vereffening, en zelfs tegen de vereffenaars na de sluiting van de vereffening (Luik, 30 juni 1989, *R.P.S.*, 1990, nr. 6543, p. 173). De opslorpende vennootschap zou zelfs het geding niet kunnen hervatten, wanneer de andere procespartij belang heeft bij de voortzetting van het geding door de opgeslorpte vennootschap in vereffening (Luik, 5 oktober 1989, *R.P.S.*, 1990, nr. 6544, p. 176; Mons, 17 mei 1988, *T.B.H.*, 1989, p. 166).

In elk van de aangehaalde arresten werd bevestigd dat een opgeslorpte vennootschap in vereffening enkel dan van haar schulden bevrijd is indien er schuldvernieuwing optreedt, terwijl de schuldeiser steeds een supplementaire debiteur vindt in de opslorpende vennootschap, ingevolge de overdracht onder algemene titel. In de modernere doctrine werd daarentegen aangenomen dat de consequenties van de rechtsopvolging onder algemene titel moesten doorgetrokken worden, zodat de opgeslorpte vennootschap in vereffening wel zou bevrijd zijn (zie de bijdrage van P. Van Ommeslaghe, in *La transmission des obligations*, IXe Journées Juridiques J. Dabin, 1980, Brussel, Bruylant, 1980, p. 186).

Het mag derhalve meer dan gelukkig genoemd worden dat de nieuwe fusie- en splitsingswet van 29 juni 1993 (*B.S.*, 21 juli 1993), met de introductie van de ontbinding zonder vereffening, de noodzaak van gedinghervatting heeft opgeheven (G.A. Dal, M. Van den Abbeele, „Les fusions et scissions des sociétés commerciales”, *R.P.S.*, 1993, nr. 6623, pp. 247-248).

Voortaan zullen de lopende processen uiteraard enkel kunnen worden voortgezet door en tegen de opslorpende vennootschap, vermits de opgeslorpte vennootschap vanaf de fusie ophoudt te bestaan; zelfs haar vereffenaars kunnen niet meer worden aangesproken omdat er helemaal geen vereffenaars zijn — het betreft immers een ontbinding *zonder vereffening* (art. 174/1, § 1 Venn.W.).

**310.** Een ander probleem onder het oude recht betrof de overgang van contracten die *uit aanmerking van de overgenomen rechtspersoon* waren

aangegaan (H. Laga, „Enige bedenkingen omtrent fusie en overgang van intuitu personae overeenkomsten”, in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, p. 237). Intuitu personae-contracten vormen inderdaad enkel in die specifieke hypothese een probleem, omdat zij, zelfs bij een rechtsopvolging onder algemene titel, worden geacht niet over te gaan (art. 1122 B.W.).

Werd een contract weliswaar aangegaan door de overgenomen rechtspersoon, maar enkel *uit aanmerking van de persoon van de wederpartij* (b.v. een bank die een leningscontract toestaat), dan gaat dit contract uiteraard over op de overnemende vennootschap.

Werden contracten daarentegen aangegaan *door de overnemende rechtspersoon*, dan is het in beginsel van geen belang of ze uit aanmerking van de persoon zijn aangegaan of niet. De overnemende rechtspersoon blijft immers bestaan.

Enkel indien het de overnemende rechtspersoon is die in wezen wordt overgenomen, terwijl om fiscale redenen van verliescompensatie de inverse constructie wordt opgezet, zullen contracten die uit aanmerking van de overnemende rechtspersoon werden aangegaan problemen stellen.

In wezen verdwijnt zijn persoon immers, of gaat hij minstens op in de „overgenomen” vennootschap. Door een handige toepassing van de vertrouwensleer, oordeelde het Hof van Beroep te Brussel dat de wederpartij zich in zo’n geval niettemin mocht verlaten op de gecreëerde schijn — d.i. de economische realiteit — en het contract als beëindigd mocht beschouwen (Brussel, 5 oktober 1988, *T.B.H.*, 1989, p. 882, noot L. Liefsoens).

Inmiddels is met de nieuwe wet van 29 juni 1993 buiten kijf komen te staan dat bij fusie en splitsing ook de overeenkomsten die enkel werden aangegaan uit aanmerking van de ontbonden vennootschap van rechtswege overgaan.

**311.** BEVOEGD ORGAAN IN DE OVERNEMENDE VENNOOTSCHAP — Merken we tenslotte op dat, ingevolge voormelde Wet van 29 juni 1993, het voortaan niet meer mogelijk zal zijn dat de overnemende vennootschap tot fusie overgaat door een beslissing van haar raad van bestuur, in het kader van het toegestaan kapitaal. De Derde Richtlijn liet deze mogelijkheid open (art. 8), maar de Belgische wetgever maakte er geen gebruik van, en stelde steeds een interventie van de algemene vergadering in de overnemende verplicht, zelfs wanneer geen doelwijziging vereist is (art. 174/6 en 8 Venn.W.).

Sedert de invoering bij Wet van 5 december 1984 van de notie „toegestaan kapitaal” kwam het nochtans frequent voor dat de raad van bestuur, zonder doelwijziging, alleen tot de overname besliste (zie b.v. het geval Ippa-Royale belge, Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1986-87, p. 77).

## BUITENLANDSE VENNOOTSCHAPPEN

**312. JAARREKENING. OPENBAARMAKING** — Het recht op het stuk van de openbaarmaking van de jaarrekening van buitenlandse vennootschappen in België is in volle evolutie en werd besproken in de desbetreffende afdeling (boven, nr. 194).

**313. TOEPASSELIJK RECHT. ALGEMEEN** — Het personeel statuut van een buitenlandse vennootschap wordt bepaald door het land van haar werkelijke zetel (art. 197 Venn.W.; zie ook boven, nrs. 58 e.v.).

Indien een buitenlandse vennootschap op het Belgisch forum treedt, moet dus nagegaan worden of de rechtsmaterie tot dat personeel statuut mag gerekend worden.

Indien een buitenlandse vennootschap in België in rechte treedt als eisende partij, moet de vraag of haar zetel voldoende precies aangeduid werd in de dagvaarding worden opgelost overeenkomstig het recht van haar werkelijke zetel — in casu de Kaaimeiland (art. 702-703 Ger.W.; Brussel, 11 februari 1988, *J.T.*, 1988, p. 606; vgl. inzake art. 635, 2° Ger.W., Brussel, 16 maart 1989, *J.T.*, 1989, p. 548 en p. 550).

Indien een persoon die een verbintenis had aangegaan namens een Franse vennootschap in oprichting, die inmiddels opgericht is, in België wordt gedagvaard, moet de vraag lastens wie de betaling kan worden ingevorderd, worden beantwoord aan de hand van de regels van het Franse vennootschapsrecht (Brussel, 11 februari 1988, *J.T.*, 1988, p. 606).

**314. TOEPASSELIJK RECHT. AANDELEN** — De vraag welk recht van toepassing is op aandelen en hun overdracht is delicaat. Niet zelden situeren deze problemen zich op de rand van het vennootschapsrecht, het zakenrecht en het contractenrecht.

In de besproken periode kwam deze vraag niet zozeer aan de orde in de rechtspraak, dan wel in de rechtsleer, bij gelegenheid van de certificering van Belgische aandelen in Nederlandse stichting-administratiekantoren. Deze certificering geschiedt zowel in het perspectief van opvolgingsmotieven, als om de onderneming te beschermen tegen vijandige overnames (K. Geens, „Een alternatief voor de certificering bij familiale opvolging: de commanditaire vennootschap op aandelen”, in *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, p. 567 e.v.).

Vanuit IPR-standpunt reduceert de problematiek zich meestal tot de kwestie of de certificaathouders kunnen stemmen in de algemene vergadering van de Belgische vennootschap, omdat enkel eigenaars van aandelen daar toegelaten worden tot de stemming (art. 200 Venn.W.; F. Bouckaert, „Nederlandse administratiekantoren en Belgisch internationaal privaatrecht”).

recht'', *T.R.V.*, 1989, p. 182; P. Van Ommeslaghe, „Het gebruik van het Nederlands administratiekantoor voor de certificering van Belgische aandelen'', in *Openbaar bod en beschermingsconstructies* (ed. J. Ronse Instituut), Kalmthout, Biblo, 1990, p. 215). Deze aangelegenheid werd geaccenteerd door een negatief antwoord daarop door de vertegenwoordiger van de Minister van Justitie in de Senaatscommissie bij de bespreking van de Wet van 18 juli 1991 (*Gedr.St.*, Senaat, 1990-91, nr. 1107/3, p. 122-127, in het bijzonder p. 124). Deze tussenkomst moet evenwel tegen de achtergrond gezien worden van een voorontwerp dat destijds was opgemaakt door het Ministerie van Financiën, en dat een louter fiscale draagwijdte had. De kwalificatie van een deels vennootschapsrechtelijk, deels zakenrechtelijk probleem was aan de orde in het Royal Dutch arrest van het Franse Hof van Cassatie d.d. 17 oktober 1972 (Cass.civ., 17 oktober 1972, *RCDIP*, 1973, p. 520)(13).

Dit arrest wordt ook door de vooraanstaande Belgische auteurs beschouwd als de leading case, en stond in de besproken periode nog model bij de indirecte nationalisatie van de Belgische Saint-Gobain belangen (Kh. Namen, 14 oktober 1986, *R.P.S.*, 1986, nr. 6412, p. 265; zie ook boven, nr. 74).

Het Franse Hof van Cassatie hield bij die gelegenheid voor dat „*les obligations de la société envers ses actionnaires sont régies par la loi nationale de cette société, en l'espèce, la loi néerlandaise, d'où il suit que cette loi seule détermine, quel que soit le pays ou les titres sont détenus, les conditions dans lesquelles s'acquiert, se conserve et se perd la qualité d'actionnaire*''.

In zijn noot bij dit arrest schreeft BATTIFOL dat „*la formule laisse prévoir celle qui aura un jour à la compléter, à savoir que la loi du lieu où se trouve un titre au porteur est compétente dans les relations des porteurs successifs entre eux. Cette loi dira, au moins s'il n'est pas contesté que le titre est transmissible au porteur, ce qu'il faut entendre par possession et tradition*'' . Indien men een probleem dus rekent tot het vennootschapsrecht, d.i. „*les conditions dans lesquelles s'acquiert, se conserve et se perd la qualité d'actionnaire*'' , dan zal de *lex societatis* toepassing vinden, ongeacht het toonderkarakter van de aandelen, en ongeacht de plaats waar de toonderaandelen zich eventueel bevinden.

Zo is het zeer duidelijk dat de overdraagbaarheidsbeperkingen van art. 41,

---

(13) Het betrof aandelen aan toonder in een Nederlandse vennootschap die in Frankrijk werden aangehouden. De betrokken aandeelhouders hadden verzuimd zich te schikken naar een Nederlands K.B. luidens hetwelk zij hun titels dienden aan te geven; zodoende hadden zij de vennootschap in de onmogelijkheid gesteld om in ruil voor de oude titels, de nieuwe uit te geven die de wet voorschreef. De sanctie die in het Nederlandse K.B. werd gesteld op de niet-aangifte, was het verval van rechten. De Franse aandeelhouders beweerden hun rechten nochtans bewaard te hebben omdat hun aandelen zich in Frankrijk bevonden (*lex rei sitae*). In ondergeschikte orde hielden zij voor dat, zelfs zo de *lex societatis* van toepassing zou zijn, het Nederlandse K.B. daar geen deel van uitmaakte.

§ 2 Venn.W. te maken hebben met de voorwaarden waarin men vennoot kan worden, en moeten gerekend worden tot de sfeer van de *lex societatis*. Ook indien men Belgische toonderaandelen in Nederland zou overdragen, zou dit niet toelaten een statutaire overdraagbaarheidsbeperking met de voeten te treden.

Evenzeer hebben de transparantiemeldingen opgelegd door de Wet van 2 maart 1989 te maken met de voorwaarden waaronder het aandeelhouderschap wordt uitgeoefend: wie er niet aan voldoet, wordt van zijn stemrecht beroofd. Het is niet omdat men de aandelen aanhoudt in een Nederlandse kluis dat men ontsnapt aan de toepassing van de *lex societatis*.

Ten slotte kan een Belgische vennootschap die haar aandelen zonder voorafgaande machtiging van de algemene vergadering inkoopt op de Nederlandse beurs niet ontsnappen aan de bepalingen van art. 52bis Venn.W. en zullen haar aandelen evenzeer van rechtswege nietig zijn, als wanneer ze deze in België had ingekocht. Deze bepaling heeft immers te maken met de voorwaarden waaronder men de hoedanigheid van aandeelhouder verliest.

Indien men het onderzochte probleem daarentegen rekent tot het zakenrecht, d.i. tot de sfeer van „ce qu'il faut entendre par possession et tradition”, de sfeer van de „transfert conventionnel de propriété”, of de sfeer van de „rapports entre porteurs successifs du titre”, dan wordt het zeer belangrijk of de aandelen op naam of aan toonder zijn, en in dit laatste geval, waar ze zich bevinden; de aandelen op naam worden dan immers geregeerd door het recht waaronder ze zijn uitgegeven („*lex causae*”), de aandelen aan toonder door het recht van de plaats waar ze zich bevinden („*lex rei sitae*”).

De orde van problemen die zich in de vermelde sfeer van het zakenrecht stellen hebben te maken met:

- het type van eigendomsrechten dat kan gevestigd worden (Van Hecke, Lenaerts, A.P.R., tw. *I.P.R.*, nr. 655 e.v., p. 307 e.v.);
- het tijdstip van de eigendomsovergang en van het risico;
- het tijdstip waarop de eigendomsovergang tegenwerpelijk wordt;
- de formaliteiten die bij de eigendomsoverdracht moeten in acht genomen worden;
- de mogelijkheid en de tegenwerpelijkheid van een eigendomsvoorbehoud.

**315.** Terugkomend op de vraag of de certificaathouders zonder schending van art. 200 Venn.W. kunnen stemmen in de Belgische vennootschap, lijdt het o.i. weinig twijfel dat voor een Belgische rechter de eigendomsoverdracht tot beheer van Belgische aandelen aan toonder in Nederland aan een Nederlands A.K. beheerst wordt door de Nederlandse „*lex rei sitae*”. Het Nederlandse recht beschouwt dergelijke fiduciare eigendomsoverdracht wel degelijk als volwaardig (C.A. Uniken Venema, S.E. Eisma, „Eigendom ten titel van beheer naar komend recht”, *Preadvies van de Vereniging*

*Handelsrecht*, 1990, p. 54- 59), zodat de voorwaarde dat enkel de „eigenaar” kan stemmen voldaan zou zijn.

In de mate waarin de aandelen van de Belgische vennootschap noch door de wet, noch door de statuten worden gehinderd in hun vrije overdraagbaarheid, ziet men niet in waarin de Belgische *lex societatis* zou tussenkomen: de overdracht raakt niet aan de (Belgische) voorwaarden waarin men de hoedanigheid van aandeelhouder verwerft of verliest, zodoende dat de regel speelt die aan de *lex rei sitae* de bevoegdheid toewijst om het eigendomsregime te bepalen.

Een laatste vraag is dan of er wetsontduiking in het internationaal privaatrecht aan de hand is. Het geldt hier een in het I.P.R. algemeen aanvaard concept dat de kunstmatige creatie van een aanknoping veronderstelt, met de intentie te ontsnappen aan een dwingende toepasselijke wetsbepaling van het (in casu Belgisch) forum (R. Vanderelst, „*Conflit de lois*”, *R.P.D.B.*, Complément II, p. 381).

Indien de aanknopingsfactor volledig onafhankelijk is van de wil van partijen (b.v. de werkelijke zetel van de vennootschap), is de theorie van de wetsontduiking overbodig (P. Francescakis, *Fraude à la loi*, in *Encycl. Dalloz*, tw. *Droit international*, t. II, p. 59, nrs. 79 e.v.; zie ook B. Audit, *La fraude à la loi*, Bibliothèque de droit international privé, Dalloz, 1974, p. 401 e.v.).

Wat het kunstmatig karakter van de aanknoping aangaat (vgl. F. Bouckaert, *a.a.*, p. 184), kan er in casu niet voldoende op gedrukt worden dat het administratiekantoor zijn werkelijke zetel in Nederland zou dienen te hebben. Dit is cruciaal, zowel vanuit het perspectief van de toepasselijke certificeringswet, als vanuit het perspectief van de erkenning door het Belgische forum van de rechtspersoonlijkheid van de stichting (P. Van Ommeslaghe, „Het gebruik van het Nederlands administratiekantoor voor de certificering van Belgische aandelen”, in *Openbaar bod en beschermingsconstructies* (ed. J. Ronse Instituut), Kalmthout, Biblo, 1990, (215), p. 215-216).

Ook zou het aangewezen zijn de Belgische aandelen aan toonder reeds enige tijd voor de certificering in Nederland onder te brengen om desgewenst te kunnen duidelijk maken dat de aanknoping niet kunstmatig is.

Zelfs indien de aanknoping aan Nederlands recht niet kunstmatig zou geacht worden, moet steeds worden nagegaan of de Nederlandse route niet wordt bewandeld om een dwingende Belgische bepaling te ontgaan. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien men naar Nederland uitwijkt om het Belgisch verbod van kruisparticipaties (boven, nr. 303) te omzeilen (vgl. voor Nederland, art. 207d, 4° N.N.B.W.). Ook de uitgifte van niet-royeerbare certificaten zou kunnen geheeld worden, omdat de Belgische aandeelhouder op die manier definitief van het stemrecht beroofd wordt (art. 74ter Venn.W.; zie ook boven, nr. 176).

**316.** Een andere vraag is of de ruil van aandelen voor certificaten ook op fiscaal gebied als een vervreemding moet beschouwd worden.

In Nederland worden de administratiekantoren fiscaal transparant behandeld, ongeveer zoals de traditionele gemeenschappelijke beleggingsfondsen in België: op het inkomen uit certificaten wordt slechts éénmaal belasting geheven, die uiteindelijk ten laste komt van de uiteindelijke genietster.

Uiteraard kan dit enkel op grond van een fiscale fictie: als „eigenaar” van de aandelen is het wel degelijk het A.K. dat de dividenden int, en daarna doorstort.

Voor de in Nederland gecertificeerde Belgische aandelen, heeft de Belgische administratie deze voor de belastingplichtige voordelige fictie overgenomen, ook al strookt dat dan niet met de juridische werkelijkheid.

Volgens de administratie van directe belastingen moet geen aanmerkelijke belangheffing betaald worden op de meerwaarde die door de ruiling van aandelen voor certificaten verwezenlijkt wordt. Dergelijke heffing van 16,5% is normalerwijze verschuldigd bij een overdracht onder bezwarende titel aan een buitenlandse rechtspersoon. Nu neemt het administratiekantoor uiteraard de vorm aan van een Nederlandse rechtspersoon (meestal van een stichting). De administratie is evenwel van oordeel dat het hier geen „echte” overdracht betreft, maar wel een fiduciaire „overdracht” (zie K. Geens, „Beschermingsconstructies: enkele recente evoluties” in: *Openbaar bod en beschermingsconstructies* (Jan Ronse Instituut ed.), Biblo, Kalmthout, 1990, (77), p. 111-112; P. Van Ommeslaghe, *Ibid.*, p. 215).

De keerzijde van deze administratieve mildheid bestaat erin dat de dividenden die door de Belgische vennootschap, door toedoen van de Nederlandse stichting, aan de certificaathouders worden uitgekeerd het volledige gewicht van de roerende voorheffing op dividenden (25%) ondergaan. De administratie aanvaardt geen aanspraken op de vermindering van roerende voorheffing waarop niet-verblijfhouders krachtens het Belgisch-Nederlands dubbelbelastingverdrag recht hebben. Zij is immers van oordeel dat de uiteindelijke genietster van de dividenden, de certificaathouder dus, een rijksinwoner is (vgl. M. Ecker, A. Haeltermann, „Het Nederlands administratiekantoor”, *T.F.R.*, 1988, p. 117; B. Peeters, „Het Nederlands administratiekantoor”, *A.F.T.*, 1988, (165), p. 175).

Recent werd in de fiscale literatuur terecht de stelling verdedigd dat, bij gebreke aan andersluidende bepaling in de wetgeving, de fiscale behandeling moet worden afgestemd op de juridische werkelijkheid, d.i. op het feit dat het om een echte overdracht van aandelen gaat (L. Debroe, „Fiscale aspecten van het certificeren van Belgische aandelen middels een Nederlandse stichting-administratiekantoor”, *T.R.V.*, 1991, p. 115). De daaraan beantwoordende fiscale behandeling is dan niet nadeliger indien men een Belgische tussenholding gebruikt om de meerwaarde te realiseren nog voor men aan certificering toe is; de dividenden van de Belgische gecertificeerde

aandelen zouden door de werking van het Belgisch-Nederlands DBV zelfs gunstiger kunnen behandeld worden (d.i. helemaal niet belast of slechts aan het tarief van de roerende voorheffing op interesten, d.i. 10,3%).