



M&A anno 2021

Sessie 1. Recente trends en evoluties in de M&A praktijk

Meester Bart Bellen
Advocaat-Vennoot, Contrast Law

Meester Kristof De Wael
Advocaat-Vennoot, Contrast Law

16 november 2021

Inhoudsopgave documentatie

In deze documentatiebundel vindt u de volledige teksten van de vonnissen en arresten besproken in de slides, voor zover beschikbaar. Rechtspraak waarvan geen volledige tekst voor handen is, is cursief weergegeven.

Rechtspraak 1

- Cass. 20 december 2019	/
- Cass. 9 september 2019 nr. C.18.0521.N	3
- Cass. 11 maart 2019 nr. C.18.0399.F	7
- Cass. 4 januari 2019 nr. C.18.0045.N	17
- Cass. 14 september 2017 nr. C.16.0354.N	25
- Luik 1 december 2016	29
- Brussel 14 juni 2016	33
- Cass. 25 juni 2015	37
- Luik 2 april 2015 nr. 2014/RG/13	51
- Cass. 23 januari 2015 nr. C.13.0579.N	63
- Kh. Brussel 15 oktober 2008	69
- Gent 6 oktober 2008	77
- Antwerpen 3 december 2007	87

Rechtsleer 93

- M&A Kroniek – Chronique de jurisprudence en M&A (2000-2017) Bart Bellen en/et Didier Leclercq	95
---	----

Rechtspraak

Cass. 9 september 2019 nr. C.18.0521.N

II. Contrats – II. Contracten

Cass. 9 september 2019

AR: C.18.0521.N

Zetel: E. Dirix, A. Smeyns, K. Mestdagh, A. Lievens, K. Moens
OM: H. Vanderlinden

Advocaten: H. Geinger en B. Maes

Vrijheid van ondernemen – Concurrentiebeding – Partiële nietigheid

Krachtens artikel 7 van het Decreet d'Allarde van 2-17 maart 1791 en artikel II.3 Wetboek van Economisch Recht, staat het eenieder vrij om naar goeddunken elke handel te drijven of elk beroep, bedrijf of ambacht, respectievelijk economische activiteit uit te oefenen.

Deze bepalingen, die zich verzetten tegen een ongeoorloofde beperking van de vrijheid van ondernemen, zijn van openbare orde. Het beding dat een onredelijke beperking van de concurrentie naar voorwerp, territorium of duur oplegt, is bijgevolg nietig.

Indien een overeenkomst of een beding strijdig is met een bepaling van openbare orde en bijgevolg nietig is, kan de rechter indien een partiële nietigheid mogelijk is, de nietigheid, behalve als de wet dit verbiedt, beperken tot het met deze bepaling strijdige gedeelte van de overeenkomst of het beding, op voorwaarde dat het voortbestaan van de gedeeltelijk vernietigde overeenkomst of het gedeeltelijk vernietigde beding beantwoordt aan de partijbedoeling.

Krachtens artikel 1138, 2^e Gerechtelijk Wetboek, mag de rechter geen uitspraak doen over niet gevorderde zaken of meer toe-kennen dan er gevraagd was.

De rechter die een met een bepaling van openbare orde strijdige overeenkomst of beding partiell nietig verklaart, wanneer die partiële nietigheid mogelijk is, niet verboden is door de wet en overeengestemt met de partijbedoeling, terwijl de partij enkel de algehele nietigverklaring ervan had gevorderd, wijzigt het voorwerp van de vordering niet, maar kent de eis slechts gedeeltelijk toe.

Liberté d'entreprise – Clause de non-concurrence – Nullité partielle

En vertu de l'article 7 du décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 et de l'article II.3. du Code de droit économique, il est libre à toute personne de faire tel commerce ou d'exercer telle profession, artisanat, métier ou activité économique à sa discrétion.

Ces dispositions, qui s'opposent à une limitation illicite de la liberté du commerce et de l'industrie, sont d'ordre public.

La clause qui impose une limitation déraisonnable de la concurrence quant à l'objet, au territoire ou à la durée, est, dès lors, nulle.

Si une convention ou une clause est contraire à une disposition d'ordre public et qu'elle est, dès lors, nulle, le juge peut, si une nullité partielle est possible, limiter la nullité, sauf interdiction de la loi, à la partie de la convention ou de la clause contraire à cette disposition à condition que la poursuite de l'existence de la convention ou de la clause partiellement annulée réponde à l'intention des parties.

En vertu de l'article 1138, 2^e, du Code judiciaire, le juge ne peut statuer sur des demandes qui n'ont pas été portées devant lui ou accorder plus que ce qui a été demandé.

Le juge qui annule partiellement un contrat ou une clause contraire à une disposition d'ordre public, lorsque cette nullité partielle est possible, n'est pas interdit par la loi et correspond à l'intention des parties, alors que seule la nullité totale avait été postulée, ne modifie pas l'objet de la demande, mais n'y fait droit que partiellement.

(L. INVEST cva t. A. nv)

(...)

I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Brussel van 28 juni 2018.

De zaak is bij beschikking van sectievoorzitter Christian Storck van 12 augustus 2019 verwezen naar de derde kamer. Advocaat-generaal Henri Vanderlinden heeft op 9 augustus 2019 een schriftelijke conclusie neergelegd.

Sectievoorzitter Alain Smeyns heeft verslag uitgebracht. Advocaat-generaal Henri Vanderlinden heeft geconcludeerd.

II. Cassatiemiddel

De eiseres voert in haar verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

III. Beslissing van het Hof

Beoordeling

Eerste onderdeel

1. Krachtens artikel 7 van het Decreet d'Allarde van 2-17 maart 1791 en artikel II.3. Wetboek van economisch recht, zoals te dezen van toepassing, staat het eenieder vrij om naar goeddunken elke handel te drijven of elk beroep, bedrijf of ambacht, respectievelijk economische activiteit uit te oefenen.

2. Deze bepalingen, die zich verzetten tegen een ongeoorloofde beperking van de vrijheid van ondernemen, zijn van openbare orde.

Rechtspraak

Het beding dat een onredelijke beperking van de concurrentie naar voorwerp, territorium of duur oplegt, is bijgevolg nietig.

Indien een overeenkomst of een beding strijdig is met een bepaling van openbare orde en bijgevolg nietig is, kan de rechter indien een partiële nietigheid mogelijk is, de nietigheid, behalve als de wet dit verbiedt, beperken tot het met deze bepaling strijdige gedeelte van de overeenkomst of het beding, op voorwaarde dat het voorbestaan van de gedeeltelijk vernietigde overeenkomst of het gedeeltelijk vernietigde beding beantwoordt aan de partijbedoeling.

3. Krachtens artikel 1138, 2°, Gerechtelijk Wetboek, mag de rechter geen uitspraak doen over niet gevorderde zaken of meer toekennen dan er gevraagd was.

4. De rechter die een met een bepaling van openbare orde strijdige overeenkomst of beding partieel nietig verklaart, wanneer die partiële nietigheid mogelijk is, niet verboden is door de wet en overeenstemt met de partijbedoeling, terwijl de partij enkel de algehele nietigverklaring ervan had gevorderd, wijzigt het voorwerp van de vordering niet, maar kent de eis slechts gedeeltelijk toe.

5. De appelleers stellen vast en oordelen dat:

- de eiseres de nietigverklaring vordert van het niet-afwervingsbeding en van het niet-concurrentiebeding wegens strijdigheid met artikel 7 van het Decreet d'Allarde, thans artikel II.3 Wetboek van economisch recht;
- in de specifieke omstandigheden, eigen aan deze zaak, het de rechter toekomt om het bedoelde niet-afwervingsbeding en niet-concurrentiebeding te matigen tot de wettelijk toegelaten omvang indien zij zouden strijden met artikel 7 van het Decreet d'Allarde;
- uit de tussen partijen gesloten overeenkomst volgt dat de rechter gehouden is om het niet-afwervingsbeding en het niet-concurrentiebeding in voorkomend geval partieel in plaats van zonder meer volledig nietig te verklaren.

De appelleers die, in acht genomen deze vaststellingen, waaruit blijkt dat een partiële nietigheid mogelijk was en overeenstemde met de partijbedoeling, de vordering van de eiseres tot algehele nietigverklaring van het niet-afwervings-beding en het niet-concurrentiebeding afwijzen op de enkele grond dat de eiseres de algehele en niet de partiële nietigheid van deze bedingen vordert en zij zodoende *ultra petita* zouden oordelen door een partiële nietigheid uit te spreken, verantwoorden hun beslissing niet naar recht. Het onderdeel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Gent.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, derde kamer, samengesteld uit sectievoorzitter Eric Dirix, als voorzitter, sectievoorzitter Alain Smeyns, en de raadsheren Koen Mestdagh, Antoine Lievens en Koenraad Moens, en in openbare rechtszitting van 9 september 2019 uitgesproken door sectievoorzitter Eric Dirix, in aanwezigheid van advocaat-generaal Henri Vanderlinden, met bijstand van griffier Mike Van Beneden.

Note

La nullité partielle acquiert des titres de noblesse (Voir Cass., 10 janvier 2014, R.G. C.13.0123.F, *Pas.*, 2014, n° 14, avec concl. de l'Avocat général M. HENKES ; Cass., 23 janvier 2015, R.G. C.13.0579.N, *Pas.*, 2015, n° 59 ; *R.W.*, 2015-2016, 1187, note F. PEERAER ; Cass. (aud. pl.), 25 juin 2015, R.G. C.14.0008.N, *Pas.*, 2015, n° 444, avec les conclusions contraires de l'Avocat général T. WERQUIN ; voir aussi T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2015, 133 et s. ; F. PEERAER, « Nietigheid op maat: proportionaliteit en werkzaamheid bij partiële nietigheid, reductie en conversie », *T.P.R.*, 2016, 179 et s.) et il faut s'en réjouir.

Il est très heureux dans la présente décision que la Cour ait affiné les contours d'application de ce concept, plus particulièrement en épingle quand l'on ne pouvait avoir recours à la nullité partielle.

Denis PHILIPPE

Antwerpen 28 mei 2019

AR: 2018/AR/765

Zetel: P. Thiriart, P. Heiremans en M. Bresselleers

Advocaten: E. Vandekerckhove, N. Jonckheere

Nietigheid contract – Ongeoorloofde oorzaak – Strijdigheid met openbare orde – In pari causa ...

En overeenkomst heeft een ongeoorloofde oorzaak wanneer de doorslaggevende bewegreden of een van de doorslaggevende bewegreden door de wet verboden is of ingaat tegen de openbare orde. Een doorslaggevende bewegreden is een reden die beide partijen of slechts een van hen tot het sluiten van de overeenkomst heeft gebracht.

De betrokken stedenbouwkundige voorwaarden raken de openbare orde. Deze bepalen dat deze horecazaak in geen geval als dansgelegenheid uitgebaat mag worden. Een van de doorslaggevende bewegreden in hoofde van de contractanten om hun overeenkomst te sluiten, bestond erin om deze zaak verder – zoals een andere vennootschap voordien – in strijd met de openbare orde uit te baten als dansgelegenheid, al dan niet op occasionele basis, en dit flagrant in strijd met de openbare orde. Bijgevolg heeft de betwiste overeenkomst een ongeoorloofde oorzaak zodat zij absoluut nietig is. Aangezien beide partijen ongeoorloofd hebben gehandeld, komt het niet gepast voor hen wederzijds tot enige vergoeding of terugval te veroordelen ("In pari causa turpitudinis cessat repetitio").

Nullité du contrat – Cause illicite – Atteinte à l'ordre public – In pari causa...

Cass. 11 maart 2019 nr. C.18.0399.F

Cour de cassation de Belgique

Arrêt

N° C.18.0399.F

R. D. C.,

demanderesse en cassation,

représentée par Maître Michèle Grégoire, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, rue de la Régence, 4, où il est fait élection de domicile,

contre

D. D.,

défendeur en cassation.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 23 mars 2018 par la cour d'appel de Mons.

Le 18 février 2019, l'avocat général Jean Marie Genicot a déposé des conclusions au greffe.

Par ordonnance du 18 février 2019, le premier président a renvoyé la cause devant la troisième chambre.

Le conseiller Michel Lemal a fait rapport et l'avocat général Jean Marie Genicot a été entendu en ses conclusions.

II. Les moyens de cassation

Dans la requête en cassation, jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme, la demanderesse présente trois moyens.

III. La décision de la Cour

Sur le premier moyen :

Le moyen, qui n'indique pas en quoi l'arrêt attaqué viole les articles 1415 et 1416 du Code civil, est, dans cette mesure, imprécis.

Pour le surplus, après avoir énoncé que « tant la convention de cession des parts du 7 novembre 1996 que la copie du livret de mariage du couple [le défendeur]-G. permet d'en déduire que celui-ci est marié sous le régime de la communauté légale à défaut de conventions matrimoniales », l'arrêt considère qu' « en ce qui concerne la gestion du patrimoine commun dans le régime de communauté, l'article 1415 du Code civil dispose que ‘la gestion comprend tous pouvoirs d’administration, de jouissance et de disposition. Les époux gèrent le patrimoine commun dans l’intérêt de la famille, conformément aux règles suivantes’ », que « l'article 1416 du Code civil poursuit en disposant que ‘le patrimoine commun est géré par l'un ou l'autre époux qui peut exercer seul les pouvoirs de gestion, à charge pour chacun de respecter les actes de gestion

accomplis par son conjoint' », que « le principe, dans les régimes de communauté, est donc bien, pour les biens communs, sauf les exceptions des articles suivants visant d'autres situations, la gestion concurrente de ceux-ci par les deux époux, ce qui s'applique en l'espèce puisqu'il n'est pas contesté que les parts querellées sont des biens communs » et que « tous ces articles du Code civil ont fait dire avec pertinence par la doctrine que 'relève du pouvoir concurrent de chacun des époux : ...b) les opérations portant sur des biens meubles ou incorporels...d) les actions en justice relativement aux biens communs' ».

Ces considérations, vainement critiquées par le moyen, suffisent à fonder la décision de l'arrêt que le défendeur est « recevable à poursuivre l'annulation de la cession des 125 parts sociales [litigieuses] communes au couple ».

Dirigé contre des considérations surabondantes, le moyen, qui ne saurait entraîner la cassation, est, dans cette mesure, dénué d'intérêt.

Le moyen est irrecevable.

Sur le deuxième moyen :

Le dol au sens de l'article 1116 du Code civil implique qu'un cocontractant utilise intentionnellement des artifices en vue d'inciter l'autre partie à conclure le contrat.

La réticence d'une partie, lors de la conclusion d'une convention, peut, dans certaines circonstances, être constitutive de dol lorsqu'elle porte sur un fait qui, s'il avait été connu de l'autre partie, l'aurait amenée à ne pas conclure le contrat ou à ne le conclure qu'à des conditions moins onéreuses.

L'arrêt relève qu' « il n'est pas contesté que l'immeuble, en ce compris son annexe, constituait l'essentiel de l'actif de la société [...] dont les parts ont fait l'objet de la cession querellée », que « c'est ainsi que l'article 1^{er} de la convention de cession stipule que : 'Cette société comprend principalement l'immeuble [...] et tout le mobilier destiné à l'exploitation de l'immeuble en home pour personnes âgées tel que repris à l'objet social' », qu' « il n'est pas non plus contesté que [la demanderesse], postérieurement à la cession de son immeuble à la société[...], a

procédé, en 1989, à la construction d'une importante annexe, destinée à des chambres en vue d'héberger des personnes âgées, laquelle n'a jamais fait l'objet d'un permis de bâtir », que la demanderesse « a reconnu également qu'avant d'entamer les travaux de la construction de l'annexe, elle avait introduit, le 21 juin 1989, une demande de permis de bâtir qui n'a jamais fait l'objet d'une décision » et que la demanderesse a reconnu qu'elle « n'avait sollicité l'intervention d'un architecte que pour la réalisation des plans de l'annexe et l'introduction de la demande de permis, mais que ce dernier n'avait pas suivi les travaux et qu'elle-même avait pris la décision de faire exécuter les travaux sans attendre la délivrance du permis, malgré l'existence d'une difficulté administrative qu'elle dit relative à la perte de temps ».

Il considère que, « cette décision n'étant jamais intervenue, [la demanderesse] ne pouvait donc pas ignorer que sa construction avait été érigée sans permis de bâtir », que la demanderesse « était donc forcément au courant de cette carence au moment de la conclusion de la convention de cession des parts de la société [...] propriétaire de cet immeuble et de son annexe » et que, « dès lors qu'il est établi, notamment par une modification, dès le 8 novembre 1996, de l'objet social de la société [...] autorisant la location de tout le patrimoine immobilier de cette dernière, que l'achat des parts de cette société ne pouvait se justifier que par rapport à sa rentabilité tournant autour de la possibilité de louer toutes les chambres du bâtiment et de son annexe à des personnes âgées, l'absence de permis de bâtir pour l'annexe de 110 m², comprenant plusieurs chambres, susceptible de nuire au projet de location, ne pouvait que menacer cette rentabilité et donc porter atteinte à l'élément déterminant à l'origine du consentement [du défendeur] ».

Il en déduit qu' « eu égard à ces circonstances, il appartenait à [la demanderesse], lors de la convention de cession de parts, de porter à la connaissance des cessionnaires que l'annexe avait été construite sans permis de bâtir ou, à tout le moins, qu'elle n'avait jamais reçu le permis sollicité » et qu' « en s'abstenant de donner cette information, [la demanderesse] a manifesté une réticence dolosive sciemment en vue de favoriser l'obtention du consentement [du défendeur] à la cession des parts de la société [...] propriétaire de cet immeuble et de son annexe ».

Par ces énonciations, l'arrêt, qui considère que l'incidence du défaut de permis d'urbanisme sur la possibilité pour la société de réaliser son objet social et

la menace en résultant sur sa rentabilité faisaient peser sur la demanderesse une obligation d'en informer le défendeur, justifie légalement sa décision d'annuler pour dol la convention de cession de parts querellée.

Le moyen ne peut être accueilli.

Sur le troisième moyen :

Quant à la première branche :

Dès lors qu'elle n'était saisie d'aucune demande de la demanderesse de restitution en nature ou par équivalent des parts sociales faisant l'objet de la convention de cession querellée, la cour d'appel, qui a déclaré fondée la demande d'annulation de cette convention, n'était pas tenue de condamner le défendeur à cette restitution.

Le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.

Quant à la seconde branche :

L'arrêt attaqué constate que « les parties établissent leurs décomptes en débattant de dommages et intérêts » et il recherche « les conséquences sur le plan juridique de [la] nullité [de la convention de cession de parts à la suite des manœuvres dolosives de la demanderesse] en tenant compte du fait que cette dissolution est imputable à [celle-ci] ».

Il considère que « ne pas comptabiliser des intérêts sur le prix payé reviendrait à favoriser [la demanderesse] pourtant responsable de l'annulation de la convention de cession » et qu' « eu égard au fait que seule [la demanderesse] a commis une faute à l'origine de la nullité, [...] il convient de condamner celle-ci à restituer des intérêts au taux légaux sur le prix payé depuis le 7 novembre 1996 jusqu'à la citation du 7 mars 2001 » et des intérêts moratoires depuis cette date jusqu'au parfait paiement.

Il suit de ces motifs que l'arrêt fonde cette condamnation de la demanderesse aux intérêts sur le prix payé, non sur l'obligation de restitution de ce prix consécutive à l'annulation de ladite convention, mais sur l'obligation qu'a l'auteur du dol d'indemniser intégralement le dommage subi par la victime de ce dol.

Le moyen, qui, en cette branche, procède d'une interprétation inexacte de l'arrêt attaqué, manque en fait.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi ;

Condamne la demanderesse aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de mille seize euros cinquante-huit centimes envers la partie demanderesse.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, troisième chambre, à Bruxelles, où siégeaient le conseiller faisant fonction de président Mireille Delange, les conseillers Michel Lemal, Marie-Claire Ernotte, Sabine Geubel et Ariane Jacquemin, et prononcé en audience publique du onze mars deux mille dix-neuf par le conseiller faisant fonction de président Mireille Delange, en présence de l'avocat général Jean Marie Genicot, avec l'assistance du greffier Lutgarde Body.

L. Body

A. Jacquemin

S. Geubel

M.-Cl. Ernotte

M. Lemal

M. Delange

Cass. 4 januari 2019

Hof van Cassatie van België

Arrest

Nr. C.18.0045.N

1. **M.W.**,

2. **I.D.**,

eiseressen,

vertegenwoordigd door mr. Paul Wouters, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 3000 Leuven, Koning Leopold I-straat 3, waar de eiseressen woonplaats kiezen,

tegen

EDP INVEST bvba, met zetel te 3920 Lommel, Stevensvennen 39,

verweerster,

vertegenwoordigd door mr. Huguette Geinger, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Quatre Brasstraat 6, waar de verweerster woonplaats kiest.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 26 juni 2017.

Advocaat-generaal André Van Ingelgem heeft op 29 oktober 2018 een schriftelijke conclusie neergelegd.

Sectievoorzitter Alain Smeyns heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiseressen voeren in hun verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, twee middelen aan.

III. BESLISSING VAN HET HOF*Beoordeling*

(...)

*Tweede middel**Eerste onderdeel*

1. Krachtens artikel 1134 Burgerlijk Wetboek strekken alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan degenen die ze hebben aangegaan tot wet. Zij kunnen niet herroepen worden dan met hun wederzijdse toestemming of op de gronden door de wet erkend. Zij moeten te goeder trouw ten uitvoer worden gebracht.

Krachtens artikel 1135 Burgerlijk Wetboek verbinden overeenkomsten niet alleen tot hetgeen daarin uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, de wet of het gebruik aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend.

Krachtens artikel 1156 Burgerlijk Wetboek moet men in de overeenkomsten nagaan welke de gemeenschappelijke bedoeling is geweest van de partijen, veeleer dan zich aan de letterlijke zin van de woorden te houden.

2. De verbindende kracht van een overeenkomst wordt door de rechter niet miskend wanneer hij, met verwijzing naar de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen veeleer dan naar de letterlijke zin van de bewoordingen, aan de overeenkomst de gevolgen toekent die deze volgens zijn uitlegging ervan wettig tussen de partijen heeft.

3. De appelrechters oordelen dat:

- de partiële nietigheid van het niet-concurrentiebeding mogelijk is, aangezien de strijdigheid met de openbare orde bestaat in de gelding gedurende een te lange tijd die kan beperkt worden;
- de beperking in de tijd beantwoordt aan de bedoeling van partijen, die zelf in artikel 12 van de overeenkomst hebben bepaald dat de gebeurlijke nietigheid van één van de bepalingen van de overeenkomst geen aanleiding geeft tot ontbinding of nietigheid van de volledige overeenkomst, doch slechts tot onderhandelingen om de nietige bepaling te vervangen door een equivalente bepaling die beantwoordt aan de algemene geest van de overeenkomst;
- onderhandelingen niet langer mogelijk zijn gezien het overlijden van M.D.;
- dit geen afbreuk doet aan de mogelijkheid voor de rechter om de nietigheid te beperken tot het gedeelte van het beding dat strijdig is met de openbare orde;
- de bedoeling van partijen bij het bedingen van het concurrentiebeding erin bestond de verweerster in de mogelijkheid te stellen het cliënteel aan haar te binden;
- een beperking in de tijd van de gelding van het niet-concurrentiebeding volkomen beantwoordt aan de bedoeling van partijen en de algemene geest van de overeenkomst;
- de nietigheid van de overeenkomst dan ook beperkt kan worden tot het gedeelte van het beding dat strijdig is met de openbare orde.

4. Na te hebben vastgesteld dat een beperking in de tijd van het nietig beding beantwoordt aan de bedoeling van de partijen, enerzijds, en dat onderhandelingen

te dezen niet langer mogelijk zijn, anderzijds, kennen de appelrechters door de nietigheid van het niet-concurrentiebeding te beperken tot het gedeelte van het beding dat strijdig is met de openbare orde, aan de overeenkomst slechts de gevolgen toe die deze volgens hun uitleg ervan naar de gemeenschappelijke bedoeling van partijen heeft en miskennen derhalve de verbindende kracht ervan niet.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

(...)

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseressen tot de kosten.

Bepaalt de kosten voor de eiseressen op 1.125,24 euro.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, samengesteld uit sectievoorzitter Beatrijs Deconinck, als voorzitter, sectievoorzitter Alain Smeyns, en de raadheren Koen Mestdagh, Geert Jocqué en Koenraad Moens, en in openbare rechtszitting van 4 januari 2019 uitgesproken door sectievoorzitter Beatrijs Deconinck, in aanwezigheid van advocaat-generaal André Van Ingelgem, met bijstand van griffier Vanessa Van de Sijpe.

V. Van de Sijpe

K. Moens

G. Jocqué

K. Mestdagh

A. Smetryns

B. Deconinck

NIET VERBETERDE KOPIE

Cass. 14 september 2017

Jurisprudence commentée

Solde des charges 2014-2015 et 2015-2016

(...)

Les dépens

(...)

Décision

Le Tribunal, statuant **contradictoirement**, Dit pour droit que le bail commercial liant les parties et relatif à un appartement situé à 6000 Charleroi, Boulevard Tirou, 38 – 4ème étage, a pris fin à la date du 31.03.2017. Condamne la partie SPRL Centre Medico-Dentaire d'Anderlues à payer à la partie C.D. les montants suivants :

- Loyer mars 2017 : **sept cent cinquante-cinq euros soixante-six cents – 755,66 €** à majorer des intérêts au taux d'intérêt réduit d'office à 5 % à dater du 1.4.2017 • Indemnité de relocation : **quatre mille cinq cent trentequatre euros – 4.534 €** à majorer des intérêts au taux d'intérêt réduit d'office à 5 % à dater du 1.11.2017
- Précomptes Immobiliers 2012-2017 : **six mille cent quatorze euros quatre-vingt-cinq cents – 6.114,85 €** à majorer des intérêts au taux d'intérêt réduit d'office à 5 % à dater du 6.10.2017
- Solde des charges 2014-2015 et 2015-2016 : **mille quatre cent soixante-cinq euros douze cents – 1.465,12 €** à majorer des intérêts au taux d'intérêt réduit d'office à 5 % à dater du 6.10.2017 Condamne partiellement la partie défenderesse aux dépens de la partie demanderesse s'élevant à la somme de **deux cent quarante-vings euros dix-huit cents – 280,18 €** (citation- mise au rôle) et compense les indemnités de procédure. Dit, en vertu de l'art. 1397 du Code Judiciaire, le présent jugement exécutoire par provision malgré appel. (...)

Note – L'avant-projet de réforme du droit des obligations et ses premiers échos en jurisprudence

On sait que le ministre de la Justice a, conformément à l'Accord de gouvernement du 10 octobre 2014, décidé de réformer de nombreuses branches du droit civil, et notamment le droit des obligations^{1, 2}. Après plus de deux ans de travaux, la Commission de réforme du droit des obligations³ a présenté, le 7 décembre 2017, son avant-projet. La consultation publique, qui s'en est suivie et qui a recueilli un grand succès⁴, a été l'occasion, pour la Commission, d'adapter son avant-projet sur une série de points avant de le transmettre au ministre. La réforme pourrait encore être adoptée par le Parlement sous cette législature. Le 30 mars, le Conseil des

1. « Le saut vers le droit de demain. Recodification de la législation de base » (www.koengenees.be/beleid/hercodificatiebasiswetgeving/hercodificatie).
2. Sur la nécessité d'une réforme du droit belge des obligations, voir P. WÉRY, « Mutations et défis du droit belge des obligations », *Rev. dr. ULg.*, 2015, pp. 203 et s. ; S. VAN LOOCK, « De hervorming van het Franse verbitenissenrecht : Le jour de gloire est-il arrivé ? », *R.W.*, 2014-2015, Position in Modern Private Law? », *E.R.P.L.*, 2016, 601 à 618 ; E. DIRIX et P.

ministres a approuvé l'avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations ».

Il est intéressant de relever que certains textes présentés le 7 décembre trouvent déjà un écho en jurisprudence. L'arrêt de la Cour de cassation du 8 mars 2018 et le jugement rendu par le juge de paix du premier canton de Charleroi, à la même date, en sont de belles illustrations.

En considérant que « *De kennisgeving van de opzegging bereikt de verhuurder wanneer die ervan kennis neemt of daarvan redelijkerwijze kennis had kunnen nemen* », la Cour retient une formulation qui est très proche des termes de l'article 5, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet. Selon ce texte, qui s'intitule « Acte juridique unilatéral réceptice », « L'acte juridique unilatéral réceptice parvient au destinataire et prend effet lorsque celui-ci en prend connaissance ou aurait raisonnablement pu en prendre connaissance ».

Quant à la décision du juge de paix de Charleroi, elle mentionne, parmi les critères particuliers de l'abus de droit, celui qui se dégage de l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} octobre 2010 : « le titulaire d'un droit commet un abus de droit lorsque ce droit est exercé d'une manière qui est objectivement inconciliable avec les comportements précédents »⁵. Le magistrat cantonal va toutefois au-delà, en faisant explicitement référence à l'avant-projet, dont l'article 7, § 2, 5°, retient comme critère de l'abus de droit le fait d'exercer un droit « d'une manière qui est objectivement inconciliable avec le comportement de son titulaire, trompant ainsi la confiance légitime qu'il avait fait naître dans le chef d'autrui »⁶.

*Patrick WÉRY
Professeur ordinaire à l'UCL*

Hof van Cassatie 14 septembre 2017

AR: C.16.0354.N

1e kamer

Zet.: B. Deconinck (voorzitter), A. Smeyns (sectievoorzitter), K.

Mestdagh, G. Jocqué en K. Moens (raadsheren) **Openbaar**

Ministerie: C. Vandewal

WÉRY, « Le projet de réforme du droit des obligations entre dans une nouvelle phase : la consultation publique », *J.T.*, 2017, pp. 705 et s. ; E. DIRIX et P. WÉRY, « Consultatie Nieuw Burgerlijk Wetboek », *R.W.*, 2017-2018, p. 482.

3. Arrêté ministériel du 30 septembre 2017 portant création des Commissions de réforme du droit civil, *M.B.*, 9 octobre 2017, p. 91600.

Revue Générale de Droit Civil Belge – Wolters Kluwer

4. À ce sujet, voir l'interview d'E. DIRIX au *Juristenkrant*, n° 364, 28 février 2018.

5. Cass., 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2470 ; *R.W.*, 2011-2012, p. 142, note S. STIJNS et S. JANSEN ; *R.G.D.C.*, 2012, p. 387, note P. BAZIER.

6. L'article 7 de l'avant-projet de loi ne comporte plus l'énumération des critères spécifiques de l'abus de droit. Seule la définition générique de l'abus de droit y est retenue (<https://justice.belgium.be/fr/bwcc>).

Pleit.: mrs. J. Verbist, H. Geinger

Inzake van: P.B., ABC Verhuizers bvba/Dams bvba

Vrijheid van handel en nijverheid – Artikel 7 Decreet d'Allarde – Openbare orde – Overmatig concurrentiebeding – Nietigheid

Territoriale beperking – Verplichte proportionaliteitstoets

Liberté de commerce et d'industrie – Article 7 du décret d'Allarde – Ordre public – Clause de non-concurrence excessive – Nullité

Limitation territoriale – Test de proportionnalité obligatoire

Artikel 7 van het Decreet d'Allarde van 2-17 maart 1791, dat zich verzet tegen een ongeoorloofde beperking van de vrijheid van handel en nijverheid, is van openbare orde. Het beding dat een onredelijke beperking van de concurrentie naar voorwerp, territorium of duur oplegt, is bijgevolg nietig. De beperking is onredelijk wanneer die naar voorwerp, territorium of duur verder reikt dan noodzakelijk om de concurrentie tegen te gaan. De rechter dient na te gaan of de in het niet-concurrentiebeding bepaalde territoriale beperking niet verder reikt dan noodzakelijk om de concurrentie tegen te gaan en dienvolgens een ongeoorloofde beperking van de vrijheid van handel en nijverheid inhoudt.

L'article 7 du décret d'Allarde, qui s'oppose à une limitation injustifiée de la liberté de commerce et d'industrie, est d'ordre public. La clause qui établit une limitation excessive de la concurrence quant à son objet, son territoire ou sa durée est, en conséquence, nulle. La limitation est injustifiée lorsqu'elle s'étend, quant à son objet, son territoire ou sa durée, au-delà de ce qui est nécessaire pour empêcher la concurrence.

Le tribunal est tenu d'examiner si la limitation territoriale contenue dans la clause de non-concurrence dépasse ce qui est nécessaire pour contrer la concurrence et si, par conséquent, elle constitue une limitation illicite de la liberté de commerce et d'industrie.

.....

(...)

III. Beslissing van het Hof

Beoordeling

Eerste middel

1. Krachtens artikel 7 van het Decreet d'Allarde van 2-17 maart 1791, zoals te dezen van toepassing, staat het eenieder vrij om naar goedunken elke handel te drijven of elk beroep, bedrijf of ambacht uit te oefenen.

2. Deze bepaling, die zich verzet tegen een ongeoorloofde beperking van de vrijheid van handel en nijverheid, is van openbare orde.

1. Traduction libre de « *De verkoper verbint zich ertoe gedurende een periode van 8 jaar dus tot en met 31.12.2016 noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks*

Het beding dat een onredelijke beperking van de concurrentie naar voorwerp, territorium of duur oplegt, is bijgevolg nietig.

De beperking is onredelijk wanneer die naar voorwerp, territorium of duur verder reikt dan noodzakelijk om de concurrentie tegen te gaan.

3. De appelleerders stellen vast dat:

– de eiser op 20 december 2008 een overeenkomst sloot met de verweerster waarbij hij zijn aandelen in Baeken Verhuzingen bvba verkocht aan de verweerster; – artikel 9 van deze overeenkomst voorzag in een niet-concurrentiebeding waarbij de eiser zich als verkoper ertoe verbond “*gedurende een periode van 8 jaar dus tot en met 31.12.2016 noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks een concurrerende activiteit uit te oefenen met de verkochte vennootschappen op het grondgebied België*”; – de betwisting tussen partijen de rechtsgeldigheid van dit niet-concurrentiebeding betreft.

4. De appelleerders oordelen dat de omstandigheid dat “*de activiteiten van de BVBA Baeken Verhuzingen zouden beperkt geweest zijn tot de regio Turnhout (hetgeen door de [verweerster] wordt betwist), (...) geen enkel belang [heeft] bij de beoordeling van de ruimtelijke beperking van het niet-concurrentiebeding.*”

Door aldus te weigeren na te gaan of de in het niet-concurrentiebeding bepaalde territoriale beperking niet verder reikt dan noodzakelijk om de concurrentie tegen te gaan en dienvolgens een ongeoorloofde beperking van de vrijheid van handel en nijverheid inhoudt, verantwoorden de appelleerders hun beslissing niet naar recht. Het middel is gegrond.

Overige grieven

5. De overige grieven kunnen niet leiden tot ruimere cassatie.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest, behalve in zoverre dit het hoger beroep ontvankelijk verklaart.

(...)

Note – La liberté d'entreprendre et les conditions de validité d'une clause de non-concurrence

1. **Faits et antécédents de procédure** Le demandeur en cassation a exploité, pendant 20 ans, une société de déménagement, constituée sous la forme de SPRL.

Par convention du 20 décembre 2008, il a cédé l'intégralité des parts de la susdite SPRL à une autre société, également active dans le déménagement.

La convention de cession de parts contenait une clause de non-concurrence libellée comme suit : « *Le vendeur s'interdit, pendant une période de 8 ans, c'est-à-dire jusqu'au 31.12.2016, d'exercer, directement ou indirectement, une activité concurrente à celle*

de la société vendue sur le territoire de la Belgique »¹.

een concurrerende activiteit uit te oefenen met de verkochte vennootschappen op het grondgebied België ».

Luik 1 december 2016

Luik (7e k.) 1 december 2016

Luik (7e k.) 1 december 2016 TRVRPS 2021, afl. 2, 229 en <http://www.trv.be/trv/default.aspx?I=NL> (10 april 2021), noot VANHEES, A.

Samenvatting 1

Een passiefgarantie is een essentiële voorzorgsmaatregel voor een koper van aandelen die niet zeker is dat hij over alle noodzakelijke informatie beschikt om zich een goed beeld te vormen over de werkelijke situatie van de vennootschap wiens aandelen hij verwerft.

Trefwoorden:

[Overdracht en overgang van effecten in BV](#) [Bedrog, algemeen](#)

Samenvatting 2

Indien de verkopers van aandelen een informatieplicht hebben ten opzichte van de koper, dan heeft deze laatste eveneens de verplichting zich te informeren, met name, indien noodzakelijk, door het uitvoeren van een audit van de vennootschap wiens aandelen hij verwerft (een zogenaamde "due diligence"). Men aanvaardt dan ook dat de verplichting om informatie te verstrekken haar grens vindt in de wederzijdse verplichting voor elke partij bij een onderhandeling om zelf in de mate van het mogelijke de informatie te verzamelen die zij nodig heeft.

Bedrog veronderstelt een actieve handeling of ten minste een stilzwijgen wat betreft een feit dat indien bekend aan de andere partij, deze laatste ertoe zou hebben aangezet te contracteren aan gunstigere voorwaarden. Bedrieglijk stilzwijgen veronderstelt dat men iets niet zegt, wat men verplicht is te zeggen. Hierbij wordt verwezen naar het vraagstuk van de wederzijdse informatieverplichtingen hierboven uiteengezet.

Trefwoorden:

[Overdracht en overgang van effecten in BV](#) [Precontractuele aansprakelijkheid](#) [Bedrog, algemeen](#)

Brussel 14 juni 2016

Brussel (8e k.) 14 juni 2016

Brussel (8e k.) 14 juni 2016 TRVRPS 2021, afl. 6, 670 en <http://www.trv.be/trv/default.aspx?I=NL> (5 oktober 2021), noot GONNISSEN, E.

Samenvatting 1

Een overeenkomst tot overdracht van aandelen verplicht de koper om de verkoper in kennis te stellen van zijn aanspraken onder de verklaringen en garanties, binnen een bepaalde termijn vanaf de ontdekking van een schadegeval. De acquisitieovereenkomst voorziet expliciet in het verval van de rechten van de koper in geval van miskenning van deze kennisgevingstermijn.

Trefwoorden:

[Overdracht en overgang effecten in NV, algemeen](#) [Uitlegging en aanvulling overeenkomst, algemeen](#)
[Contractuele aansprakelijkheid, algemeen](#)

Samenvatting 2

De verkopers die weigeren om tussenkomst te verlenen onder de verklaringen en garanties, om reden dat de contractuele vervaltermijn niet is nageleefd, plegen rechtsmisbruik, wanneer zij tijdig op de hoogte waren (of konden zijn) van het schadegeval en ruimschoots de mogelijkheid hebben gehad om schadebeperkend op te treden, vanuit hun voortgezette functie in de doelvennootschap.

Trefwoorden:

[Overdracht en overgang effecten in NV, algemeen](#) [Rechtsmisbruik](#) [Contractuele aansprakelijkheid, algemeen](#)

Cass. 25 juni 2015

Jurisprudence

La clause qui impose une limitation excessive de la concurrence quant à l'objet, au territoire ou à la durée est, dès lors, nulle. Le juge peut, si une nullité partielle d'une telle clause est possible, en limiter la nullité à la partie contraire à l'ordre public, pour autant que le maintien de la clause partiellement annulée réponde à l'intention des parties.

C'est ce qui explique que, en raison du transfert d'une activité commerciale qu'elle réalise, les acheteurs exigent généralement que la convention de cession impose aux vendeurs une obligation de non-concurrence. Les clauses de non-concurrence ont pour but de protéger l'acheteur contre le risque que les vendeurs réduisent la « valeur » de la société en exerçant une activité concurrente ou en détournant à leur profit la clientèle de la société³ et de préserver l'activité de celle-ci⁴.

Conclusions du ministère public

Monsieur l'avocat général Thierry Werquin a dit en substance : A. Le premier moyen, en sa première branche

LIBERTÉ DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE

- Ordre public
- Limitation
- Clause de non-concurrence
- Restriction excessive
- Pouvoirs du juge
- Annulation partielle

Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015

Siég. : J. de Codd (prem. prés.), Ch. Storck (prés. sect.), A. Smetryns, K. Mestdagh, M. Regout, G. Jocqué, M. Lemal, B. Wylleman et M.-Cl. Ernotte (rapp.).

Min. publ. : T. Werquin (av. gén.).

Plaid. : MM^{es} P.-A. Foriers et J. Oosterbosch.

(s.p.r.l. Maison Victor et s.p.r.l. L&T Concept c. L. M. et B. S.).

La liberté de commerce et d'industrie relève de l'ordre public.

I. Principes.

1. Lorsqu'une opération d'acquisition est structurée sous la forme d'une cession d'actions, la vente a pour objet les actions de la société et non pas les éléments d'actif et de passif composant le patrimoine de cette dernière¹.

La garantie d'évitement prévue par l'article 1625 du Code civil a pour objet d'assurer à l'acheteur qu'il ne sera pas évincé, c'est-à-dire dépossédé totalement ou partiellement, de la chose vendue, soit en raison de troubles de fait ou de droit émanant du vendeur lui-même, soit en raison de troubles de droit émanant de tiers. Cette garantie porte nécessairement sur les actions cédées et non sur le patrimoine de la société. Il découle de cette prémissse que la garantie du fait personnel n'implique pas en soi pour le vendeur une obligation de non-concurrence à l'égard de la société après la cession. Le vendeur doit simplement s'abstenir de troubler la possession des actions².

2. Une clause de non-concurrence en droit commercial est celle par laquelle une partie s'interdit d'exercer une activité concurrente à celle de son cocontractant⁵.

De manière générale, la clause de nonconcurrence se présente comme la « clause par laquelle une des parties s'interdit, dans certaines limites de temps

et de lieu, d'exercer une activité professionnelle déterminée susceptible de faire concurrence à l'autre partie »⁶.

Dans un arrêt du 20 novembre 2009⁷, la Cour a considéré que le juge apprécie souverainement la portée d'une convention en tenant compte de l'intention commune des parties et qu'il ne se déduit pas de la circonstance que l'arrêt interprète la convention de manière littérale que les juges d'appel n'ont pas recherché quelle était cette intention⁸.

3. L'objectif poursuivi par une clause de nonconcurrence est de permettre à l'acheteur de s'attacher, de fidéliser la clientèle qui existait au moment de la cession⁹.

Il s'agit d'une obligation de résultat : le vendeur doit s'abstenir de tout acte susceptible de capter son ancienne clientèle¹⁰.

4. La clause de non-concurrence n'est régie par aucune loi particulière en droit commun. Sous certaines réserves,

(1) D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions*, 2009, n° 65 ; BAART, THIRE et VERBIEST, « Het nietconcurrentiebeding in overnameovereenkomsten : op zoek naarhouvast », *Not. Fisc. M.*, 2012/4, p. 120 ; TILLEMAN, *Overeenkomsten, in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, 2012, p. 708. (2) D. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 67 ; VANSTEENBEECK, « Concurrentieclausules », in BALLON, DE DECKER, SAGAERT, TERRYN, TILLEMAN et VERBEKE, *Gemeenrechtelijke clausules*, vol. I, 2013, p. 898 ; BELLEN, « Niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten », *T.R.V.*, 2011, p. 319 ; Gand, 25 mai 2005, D.A.O.R., 2005, p. 334.

(3) D. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 354.

(4) GUYOT, *Les clauses de non-*

concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions, Meys & Breesch, 2001, p. 17 ; TILLEMAN, *op. cit.*, p. 708.

(5) VERSLYPE, Éviter le débauchage et la fuite du personnel, 2003, p. 85. (6) NOUNCKELE, TRUSGNACH et LAMBINET, « Les clauses de non-concurrence en droit commun », in *La concurrence loyale et déloyale par le travailleur*, J.B. Charleroi, 2013, p. 104 ; VANSTEENBEECK, *op. cit.*, p. 876.

(7) *Pas.*, n° 681.

(8) À propos de la notion d'indivisibilité des éléments contractuels : ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, 2011, p. 522.

(9) D. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 354 ; VANSTEENBEECK, *op. cit.*, p. 886 ;

Gand, 17 octobre 2011, *NjW*, 2013,

p. 274 ; BRULARD, D'AOUËT, JANSENS, LEJUSTE et MARKO, *L'acquisition d'une société en pratique*, 2008, p. 225 ; Gand, 25 mai 2005, D.A.O.R., 2005, p. 334 ; MATRAY, DUVIEUSART et MASSON, « Les clauses conventionnelles de garantie dans les cessions de fonds de commerce », in COUSY, TILLEMAN et BENOIT-MOURY, *Le fonds de commerce*, 2001, p. 223.

(10) FORGES, « Le fonds de commerce : notion, cession et mise en gage », in *Traité pratique de droit commercial*, t. I, 2009, p. 957. (11) NOUNCKELE, TRUSGNACH et LAMBINET, *op. cit.*, p. 104. (12) NOUNCKELE, TRUSGNACH et LAMBINET, *op. cit.*, p. 104.

(13) NOUNCKELE, TRUSGNACH et LAMBINET, *op. cit.*, pp. 104-105.

(14) *Pas.*, n° 752.

(15) NOUNCKELE, TRUSGNACH et LAMBINET, *op. cit.*, p. 105 ; VANSTEENBEECK, *op. cit.*, p. 906 ; HALLEMESCH, « Deniet-concurrentieverbintenisbij de overdracht van een handelsactiviteit », D.A.O.R., 2013, n° 25-26 ; BAART, THIRE et VERBIEST, *op. cit.*, p. 117 ; MERTENS, *Bescherming van cliënteel*, 2011, p. 357.

(16) R.G. n° C.13.0579.N, *Pas.*, 2015, n° 59. N.d.l.r. : publié ci-après, p. 734.

(17) NOUNCKELE, TRUSGNACH et LAMBINET, *op. cit.*, p. 109 ; HALLEMESCH, *op. cit.*, n° 27-28-29 ; BAART, THIRE et VERBIEST, *op. cit.*, p. 122 ; TILLEMAN, *op. cit.*, p. 710.

(18) SERRA, note sous Cass. fr. com., 4 janvier 1994, *Rec. Dal*, 1995, p. 206 ; BELLEN, *op. cit.*, p. 320.



Jurisprudence

728

cette clause stipulée par les parties relève de la liberté contractuelle¹¹.

La liberté des parties n'est toutefois pas illimitée. La clause de non-concurrence se trouve en effet à la croisée de deux libertés : la liberté contractuelle, d'une part, la liberté de concurrence, d'autre part¹².

La liberté contractuelle veut que les parties puissent librement déterminer les termes de leur contrat et les clauses qu'elles souhaitent ou non y insérer, pour autant qu'elles respectent l'ordre public et les bonnes mœurs, qu'elles ne s'exonèrent pas de leur dol et qu'elles ne vident pas le contrat de sa substance¹³.

Le principe de la liberté de commerce et d'industrie a, quant à lui, été proclamé par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 portant suppression des corporations. Dans un arrêt du 17 décembre 2010¹⁴, la Cour a considéré que l'article 7 de ce décret garantit la liberté de commerce, que cette liberté n'est toutefois pas illimitée et peut être réglementée par les autorités publiques et que ces limitations ne peuvent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but visé.

La liberté d'exercer une activité commerciale ou industrielle étant considérée comme d'ordre public, la clause de non-concurrence n'est admise que lorsqu'elle répond à certaines conditions¹⁵. Dans un arrêt du 23 janvier 2015¹⁶, la Cour a confirmé que le décret précité est d'ordre public.

5. Afin de ne pas violer la liberté de commerce et d'industrie, la clause de nonconcurrence doit être justifiée par un intérêt légitime qui s'apprécie au regard de l'économie du contrat en cause. L'intérêt légitime réside dans le souci de protéger, directement ou indirectement, la clientèle du créancier ou des éléments attractifs de clientèle qui appartiennent à ce dernier¹⁷.

C'est par une appréciation concrète qu'est vérifié si l'étendue de l'interdiction de concurrence est ajustée à la fonction qu'elle remplit¹⁸.

La clause de non-concurrence n'est justifiée que lorsque l'obligation de non-concurrence s'avère nécessaire à la protection d'une clientèle contre la concurrence d'un cocontractant passé ou actuel¹⁹.

Il y a lieu, dès lors, d'avoir recours au critère de proportionnalité. L'adoption de ce critère, qui suppose que, pour être licite, une clause de non-concurrence doit être proportionnée à l'objet du contrat, réalise ainsi la synthèse entre la vérification de la légitimité de l'intérêt du créancier de non-concurrence et la protection de la liberté économique du débiteur de non-concurrence dès lors qu'il s'agit de mettre concrètement en relation

l'intérêt légitime du premier et l'atteinte portée à la liberté du second²⁰.

La validité de la clause de non-concurrence s'apprécie d'après le résultat du contrôle de proportionnalité de celle-ci par rapport aux intérêts légitimes à protéger en fonction de l'objet du contrat.

Il appartient aux tribunaux de vérifier la légitimité de l'intérêt du créancier de la nonconcurrence et la protection de la liberté économique individuelle du débiteur de la nonconcurrence²¹.

6. La clause de non-concurrence ne peut en aucun cas édicter une interdiction absolue de l'exercice de la liberté de commerce de celui qu'elle oblige. Cette clause ne peut avoir une incidence excessive sur la liberté économique individuelle du débiteur de l'obligation de non-concurrence, afin que celui-ci conserve la faculté d'exercer une certaine activité industrielle ou commerciale et puisse trouver dans son travail les ressources nécessaires à sa subsistance²².

La jurisprudence et la doctrine²³ imposent généralement aux rédacteurs d'une clause de non-concurrence une triple limitation touchant au territoire, à la durée et à l'activité ; ces critères apparaissent comme des éléments soumis à l'appréciation du juge lui permettant d'opérer la pondération des intérêts²⁴.

La protection du créancier de l'obligation de non-concurrence doit en effet céder le pas devant la liberté économique individuelle du cocontractant de celui-ci lorsque la clause de non-concurrence qui l'enrave est excessive en termes de durée, de territoire ou de portée matérielle. Dans cette hypothèse, la clause de non-concurrence n'est pas raisonnablement justifiée par l'objectif légitime de protection de son bénéficiaire²⁵.

Les interdictions, même limitées dans le temps, dans l'espace et dans l'activité, peuvent ainsi être déclarées illicites si elles ont pour conséquence de priver le débiteur de non-concurrence de la possibilité d'exercer normalement une activité professionnelle²⁶.

L'obligation de ne pas faire concurrence ne peut pas être illimitée dans son objet, dans l'espace et dans le temps dès lors qu'une telle situation serait de nature à entraver la liberté économique du débiteur de ladite obligation²⁷.

Dans un arrêt du 23 janvier 2015²⁸, la Cour a considéré que la clause qui prévoit une limitation déraisonnable de la concurrence d'après son objet, son territoire ou sa durée est nulle.

Il n'y a, dès lors, pas lieu de se demander si la clause litigieuse, même limitée dans le temps, dans l'espace et quant à l'activité

prohibée, doit présenter un caractère cumulatif ou alternatif puisqu'une limitation n'est en soi pas suffisante, à elle seule, pour que la clause de non-concurrence soit considérée comme licite²⁹. Il serait toutefois arbitraire d'imposer cette triple limitation de manière absolue, sans tenir compte des éléments factuels de chaque espèce. La nécessité de cumuler ou non ces trois critères doit s'apprécier *in concreto* au regard du critère du respect de l'intérêt légitime des parties³⁰.

La validité d'une clause de non-concurrence doit être examinée au cas par cas en fonction, d'une part, de sa nature et de ses effets concrets, d'autre part, de la convention qui la contient, en sorte que l'on ne saurait partir de l'idée préconçue que, pour être valable, la clause de non-concurrence doit nécessairement comporter telle ou telle limitation objective³¹.



Le critère de proportionnalité constitue la condition de validité déterminante de la clause de non-concurrence dans la mesure où elle met en relation l'intérêt légitime du créancier de non-concurrence et l'atteinte qui est apportée au libre exercice de

de favoriser une expansion de l'acheteur sur d'autres territoires, mais de protéger ce dernier en lui permettant de conserver la clientèle du vendeur telle qu'elle existe au moment de la cession³⁵.

d'application pendant une durée de trois ans à compter de la date du transfert des parts » et qu'« elle sera d'application en Belgique et à l'étranger ».

L'arrêt attaqué relève que « l'objet social

(19) NOUNCKELE, TRUSGNACH et LAMBINET, *op. cit.*, p. 109 ; HALLEMEESCH, *op. cit.*, n° 29 ; CARLE, « Les obligations postcontractuelles », in CORNELIS, *La fin du contrat*, 1995, p. 277.

(20) SERRA, note sous Cass. fr. com., 4 janvier 1994, *Rec. Dal.*, 1995, p. 206 ; VANSTEENBEECK, *op. cit.*, pp. 911-912.

(21) NOUNCKELE, TRUSGNACH et LAMBINET, *op. cit.*, p. 109 ; FORIERS et DERVAL, « Les contrats commerciaux : les principes », in *Chroniques d'actualités en droit commercial*, C.U.P., vol. 143, 2013, p. 55 ; TILLEMAN, *op. cit.*, p. 710. (22) NOUNCKELE, TRUSGNACH et LAMBINET, *op. cit.*, p. 111 ; VANSTEENBEECK, *op. cit.*, p. 907 ; Gent, 17 octobre 2011, *NjW* 2013, p. 274 ; BAART, THIRE en VERBIEST, *op. cit.*, p. 122.

(23) MERTENS, *Bescherming van cliënteel*, *cit.*, p. 123.

TRUSGNACH et LAMBINET, *op. cit.*, p. 111 ; BAART, THIRE et VERBIEST, *op. cit.*, p. 122 ; TILLEMAN, *op. cit.*, p. 710 ; VANSTEENBEECK, *op. cit.*, p. 908 ; Gent, 17 octobre 2011, *NjW*, 2013, p. 274 ; BAART, THIRE en VERBIEST, *op. cit.*, p. 122 ; D. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 354 ; FORGES, *op. cit.*, p. 957 ; BELLEN, *op. cit.*, p. 320 ; Liège, 17 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 372 ; Gand, 25 mai 2005, *D.A.O.R.*, 2005/76, p. 334 ; VERSLYPE, *op. cit.*, p. 87 ; GUYOT, *op. cit.*, p. 17 ; COMBLIN et WÉRY, « La cession de l'entreprise individuelle », *G.U.J.E.*, 1997, p. 20. (24) NOUNCKELE, TRUSGNACH et LAMBINET, *op. cit.*, pp. 108-111. (25) NOUNCKELE, TRUSGNACH et LAMBINET, *op. cit.*, pp. 108-111.

(26) BAART, THIRE en VERBIEST, *op. cit.*, p. 122.

(27) BAART, THIRE en VERBIEST, *op. cit.*, p. 123.

(28) R.G. n° C.13.0579.N, juridat.

(29) La jurisprudence et la doctrine majoritaire considère qu'il y a lieu de cumuler ces conditions : HALLEMESCH, *op. cit.*, n° 30 ; VANSTEENBEECK, *op. cit.*, p. 908 ; MERTENS, *op. cit.*, p. 357 ; Gand, 17 octobre 2011, *NjW*, 2013, p. 274 ; D. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 354 ; BRULARD, D'AOUT, JANSENS, LEJUSTE et MARKO, *op. cit.*, p. 226 ; Liège, 17 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 372 ; Gand, 25 mai 2005, *D.A.O.R.*, 2005, p. 334 ; MATRAY, DUVIEUSART et MASSON, *op. cit.*, p. 226.

(30) NOUNCKELE, TRUSGNACH et LAMBINET, *op. cit.*, pp. 111-116 ; VANSTEENBEECK, *op. cit.*, p. 909 ; HALLEMEESCH, *op. cit.*, n° 30 ; BAART, THIRE et VERBIEST, *op. cit.*, p. 122 ; MERTENS, *op. cit.*, p. 357.

(31) FORIERS et DERVAL, « Les contrats commerciaux : les principes », in *Chroniques d'actualités en droit com-*

mercial, C.U.P., vol. 143, 2013, p. 55.

(32) PICOD, AUGUET et GOMY, « Concurrence(Obligationdenon-)2009 », in *Répertoire de droit commercial*, D., t. III, p. 22 ; VANSTEENBEECK, *op. cit.*, pp. 911-912.

(33) FORGES, *op. cit.*, p. 957 ; Liège, 17 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 372 ; WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce-Aspects dedroit civil et de droit commercial », in THIRION, *La cession de fonds de commerce*, 2005, n° 15. (34) NOUNCKELE, TRUSGNACH et LAMBINET, *op. cit.*, p. 112.

(35) NOUNCKELE, TRUSGNACH et LAMBINET, *op. cit.*, pp. 113-114. (36) NOUNCKELE, TRUSGNACH et LAMBINET, *op. cit.*, p. 114 ; VANSTEENBEECK, *op. cit.*, p. 909.

(37) Pas., n° 681.

l'activité

professionnelle du débiteur de nonconcurrence³².

7. Les interdictions qui résultent d'une clause de non-concurrence doivent être proportionnées et raisonnables par rapport à leur objectif légitime et ne pas avoir pour effet de priver le vendeur de la possibilité d'exercer une activité³³.

Ainsi, une interdiction trop large de l'exercice de toute activité par le débiteur de l'engagement de non-concurrence constituerait une entrave à la liberté de commerce. Est illicite l'obligation de non-concurrence qui vise toute activité quelle qu'elle soit. Pour répondre à la condition d'intérêt légitime, l'activité interdite doit correspondre à l'activité exercée par le créancier de l'obligation de non-concurrence. Le simple renvoi à l'objet social de la société ne permet pas d'écartier toute divergence d'interprétation quant au champ de l'activité³⁴.

Une interdiction illimitée quant au territoire ne peut être justifiée dès lors qu'elle impliquerait une interdiction générale et absolue pour le débiteur de l'engagement de nonconcurrence d'exercer l'activité visée par la clause et entraînerait une impossibilité pour ce dernier d'exercer cette activité. La clause qui viserait, dans l'hypothèse d'une cession, le territoire sur lequel le cessionnaire envisage d'exercer une activité ne pourrait être admise dès lors que l'objectif d'une telle clause n'est pas

Le créancier de l'obligation ne peut interdire à tout jamais au débiteur de contracter avec un tiers sans violer la liberté du commerce et de l'industrie. En matière de cessions, le critère déterminant pour évaluer la durée d'une clause de non-concurrence est fonction du temps nécessaire à l'acheteur pour s'approprier la clientèle existante au moment de la cession. Ce temps doit s'apprécier de manière raisonnable³⁵. Dans un arrêt du 20 novembre 2009³⁷, la Cour a ainsi considéré que l'arrêt attaqué justifie légalement sa décision que la clause litigieuse, faute d'être limitée dans le temps, porte atteinte au principe d'ordre public de la liberté de commerce et doit être tenue pour nulle.

Si une limitation quant à l'activité prohibée, à la durée et au territoire n'est pas expressément prévue dans la clause de non-concurrence, le juge doit rechercher quelle était l'intention réelle des parties compte tenu de l'objet d'une telle clause.

II. Application.

L'arrêt attaqué constate que « (les défendeurs) ont cédé le 14 avril 2006 aux (demandeuses) l'intégralité des actions qu'ils détenaient au sein de la s.a. Etablissements Luc Magemans », que l'article 9 de la convention de cession d'actions dispose que « le cédant accepte de n'exercer directement ou indirectement aucune activité d'exploitation, de gestion ou de consultance qui soit en concurrence avec les activités actuelles de la société (Etablissements Luc Magemans) », que « cette clause de non-concurrence sera

(de la société) consistait en l'exploitation d'ateliers de mécanique générale, de constructions métalliques et réparations ainsi que la fabrication d'articles en fer forgé, les prestations de bureau d'études pour la conception de machines et d'outillages et d'une façon générale toutes les opérations industrielles ».

L'arrêt considère que « les limitations au droit de faire concurrence doivent être raisonnables et ne pas avoir pour effet de priver un opérateur économique de la possibilité d'exercer une activité, (ce) qui serait contraire à l'article 2 du décret d'Allarde ».

L'arrêt considère que « la clause manque de précision pour ce qui concerne les activités qu'elle vise » et que, « si elle devait être interprétée dans le sens suggéré par (les demandeuses), c'est-à-dire comme couvrant toutes activités dans le secteur de la ferronnerie, même celles exercées en dehors de la tenue d'un atelier de construction et de réparation mécanique, elle devrait dès lors être tenue pour déraisonnable et disproportionnée » car « elle priverait le défendeur de la possibilité de réaliser, en dehors même de l'exploitation d'un atelier de mécanique générale, des prestations que (la société), dont la dénomination a été modifiée en société Technosteel le 26 juillet 2006, avait décidé de ne plus exécuter ».

L'arrêt considère que, « dans la mesure où le champ territorial de la clause porte sur le territoire belge » et l'étranger », sans la moindre restriction, elle est abusive et ce, d'autant que le listing des anciens clients



Jurisprudence

730

de [la société] révèle l'existence de 641 clients belges, deux clients luxembourgeois, deux clients hollandais et deux clients français, un client pakistanais ».

Par ces considérations qui permettent à la Cour d'exercer son contrôle de légalité, l'arrêt, qui examine *in concreto* si l'obligation de non-concurrence, dont il relève que la clause qui la stipule comporte

(38) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 1964, pp. 409-410.

(39) DE PAGE, *op. cit.*, p. 436.

(40) DE PAGE, *op. cit.*, p. 437.

(41) VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, 2010, p. 152.

(42) DE PAGE, *op. cit.*, p. 438 ; VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 155.

comme elles l'entendent, comme leurs intérêts l'exigent⁴⁰.

En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, la libre volonté des parties peut, en règle, dans tous les domaines, créer, modifier, transmettre ou éteindre des droits ou des obligations par la conclusion de contrats⁴¹.

Au principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, il n'y a que deux

DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. II, Les obligations, VAN OMMESLAGHE,

(44) Pas., n° 147, avec les conclusions de M. Genicot, avocat

général.

DE PAGE, *op. cit.*, p. 454.

DE PAGE, *op. cit.*, p. 455.

DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome I, 1933, p. 99.

(48) DE PAGE, *op. cit.*, p. 100-106 ;

CHOT, *Contractuele clausules rond de (niet-) uitvoering en de beëindiging van contracten*, 2006, p. 315.

(49) Articles 6 et 1131 du Code civil.

(50) DE PAGE, *Traité de droit civil belge*,

t. II, *Les obligations*, VAN OMMESLAGHE,

2013, p. 371 ; CORNELIS et SAGAERT, «

Postcontractuele bedingen », in STIJNS et VANDERS-

Tout acte juridique privé d'un élément constitutif qui lui est essentiel est inefficace. Aux yeux de la loi, il est privé d'effet ; il est nul. La nullité apparaît ainsi comme la sanction de l'inobservation des règles⁴².

4. L'intensité de la sanction en cas de violation d'une règle dépend de l'importance de la règle elle-même. C'est ce principe qui a donné naissance à la

distinction classique entre les nullités absolues et les nullités relatives. Il y a des règles qui sont essentielles au bon fonctionnement de la société. Ce sont les règles dites d'ordre public, auxquelles on ne peut déroger. La violation de ces règles entraîne la sanction la plus rigoureuse qui soit : la nullité dite absolue. L'acte est censé n'avoir jamais existé. Il est effacé dès sa naissance⁴³.

(51) VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 341 ; MERTENS, *op. cit.*, p. 358 ;

HALLEMEESCH, *op. cit.*, n° 40 ; FORIERS et DERVAL, *op. cit.*, p. 58 ;

VANSTEENBEECK, *op. cit.*, p. 915 ;

BELLEN, *op. cit.*, p. 322.

des limitations dans le temps, dans l'espace et quant aux activités prohibées, est justifiée au regard de l'objet du contrat de cession d'actions et proportionnée à l'objectif légitime de protection de la clientèle des demanderesses, justifie légalement sa décision qu'elle n'est « pas valable et ne peut en conséquence être appliquée ».

Le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.

B. Le premier moyen, en sa seconde branche.

I. Principes.

1. Le contrat est un accord de deux ou plusieurs volontés en vue de produire des effets juridiques. Le contrat est une source d'obligations. L'objet du contrat est

de faire naître des obligations, ou de modifier ou d'éteindre des obligations préexistantes³⁸.

Quatre grands principes sont, dans notre législation, à la base du droit des contrats : le principe de l'autonomie de la volonté ; le principe du consensualisme ; le principe de la convention-loi et le principe de l'exécution de bonne foi³⁹.

2. Par autonomie de la volonté, on doit entendre le pouvoir qu'ont les volontés particulières de régler elles-mêmes toutes les conditions et modalités de leurs engagements, de décider seules de la matière et de la portée de leurs conventions, en un mot, de donner à leurs contrats le contenu, l'objet qu'elles estiment convenable, et qu'il leur est loisible de choisir en toute liberté, en s'inspirant de leurs propres intérêts, et sous l'unique garantie de leurs consentements réciproques valablement échangés. Elles créent elles-mêmes leur régime contractuel, et elles le créent

limitations : ce sont l'ordre public et les bonnes mœurs. Ces limitations résultent des termes exprès de l'article 6 du Code civil⁴².

Les parties sont donc libres en principe de conclure tout contrat, de déroger aux règles des contrats nommés, d'inventer de nouvelles formes contractuelles, notamment en se fondant sur le droit commun des obligations, de contracter ou de ne pas contracter, de choisir librement leur contractant, de modifier de commun accord leur contrat, etc., sous la réserve notamment des dispositions d'ordre public⁴³.

Dans un arrêt du 5 mars 2012⁴⁴, la Cour a rappelé qu'une loi est d'ordre public lorsqu'elle touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité ou lorsqu'elle fixe, dans le droit privé, les bases juridiques

sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société.

3. Du principe que la convention légalement formée équivaut à une loi parce que les parties en ont, elles-mêmes, librement déterminé l'économie, découlent les corollaires suivants : aucune considération d'équité ne peut autoriser les juges, soit d'office, soit à la demande de l'une des parties, à modifier la teneur d'une convention. Le juge est sans pouvoir pour modifier la loi des parties au même titre qu'il est sans pouvoir pour modifier une loi proprement dite⁴⁵.

De même, lorsqu'une cause de nullité ou de révocation autorisée par la loi est invoquée, le juge n'a d'autre pouvoir que de prononcer la nullité, la résolution ou la rescission, ou de maintenir telle quelle la convention si les conditions légales pour la nullité, la résolution ou la rescission ne sont pas réunies. Il n'a pas qualité pour se substituer aux parties et réviser les clauses d'un contrat, le refaire ou le réadapter⁴⁶.

La nullité absolue reste la sanction la plus habituelle des atteintes à l'ordre public. En raison de la gravité du vice, la sanction de la nullité absolue s'impose dans toute sa rigueur ; il y a lieu d'assimiler nullité absolue et nullité d'ordre public⁵².

Il n'est jamais possible de déroger à une loi d'ordre public⁵³.

La nullité est en principe une question de tout ou rien : *quod nullum est, nullum productum effectum*⁵⁴.

5. Il suit de ce qui précède que les parties peuvent disposer de l'ordre public et décider, par convention, de mettre l'ordre public à leur disposition. Le législateur n'autorise pas les parties à convenir à propos de l'ordre public, et spécialement à convenir que la nullité absolue qu'il a édictée en cas d'atteinte à l'ordre public ne les atteigne pas dans leurs relations contractuelles. Le législateur n'autorise pas les parties à lier le juge en lui imposant, par une convention, de ne pas appliquer la nullité absolue qu'il a édictée



en cas de violation de l'ordre public. La loi des parties ne peut tenir la loi en échec. Le juge ne peut se voir imposer par les parties à une convention l'obligation de ne pas appliquer la sanction imposée par la loi elle-même.

6. La partie qui demande la nullité d'une clause sanctionnée d'une nullité relative a le choix de se prévaloir ou non de la nullité et dès lors aussi de se contenter d'une sanction moins drastique que la nullité, tandis que le juge est obligé de prononcer la nullité absolue de la clause qui est portée à sa connaissance.

La nullité absolue oblige à remettre en cause des opérations déjà réalisées totalement ou partiellement en raison de son caractère rétroactif. Le souci d'éviter les inconvénients de la nullité ne permet toutefois pas au juge, en l'absence d'une disposition légale particulière, de substituer une clause nulle dans un contrat à une autre clause qu'il estimerait appropriée.

Dans un arrêt du 3 février 1971⁵⁵, la Cour a considéré qu'il n'appartient pas au juge de donner un effet limité à une clause de nonconcurrence qu'il estime en partie illicite.

Dans un arrêt du 23 mars 2006⁵⁶, la Cour a considéré, à propos d'une formule de révision de prix dans le cadre d'une adjudication publique pour des travaux d'élargissement du canal Albert à réaliser en deux phases, que le juge, qui constate la nullité absolue d'une clause d'un contrat, ne peut la remplacer par une autre clause qui ne repose pas sur le consentement des parties, et ce, alors que la Cour relève que l'arrêt constate que les entrepreneurs demandent que la formule convenue pour la seconde phase des travaux soit aussi reprise pour la première phase et que la Région flamande ne conteste pas, en soi, ce nouveau calcul.

La jurisprudence de la Cour est fixée en ce sens qu'elle s'oppose tant à l'annulation partielle d'une clause de non-concurrence ou de toute autre clause, contraire à l'ordre public, et son maintien pour le surplus, partant, à toute idée de divisibilité de la clause nulle, qu'à son remplacement par une autre clause, qui, le cas échéant, serait licite.

7. Il peut se produire que seule une clause d'une convention enfreigne l'ordre public ou les bonnes mœurs. Faut-il en ce cas prononcer la nullité de la seule clause en cause ou étendre la nullité à toute la convention⁵⁷?

Trois situations peuvent se rencontrer : dans une première situation, la loi peut s'être prononcée expressément sur la solution à donner au problème, auquel cas, c'est cette solution que le juge devra appliquer⁵⁸.

Les parties peuvent avoir conventionnellement tranché la question. Ainsi, trouve-t-on dans nombre de contrats une clause prévoyant soit que l'annulation de toute partie de la convention entraînera la nullité de cette dernière, soit, au contraire, que l'annulation d'une clause n'impliquera pas la nullité de toute la convention ; cette stipulation conventionnelle doit être suivie si elle ne heurte aucune disposition d'ordre public⁵⁹.

Dans les autres cas, il faut appliquer la notion d'indivisibilité ; en principe la nullité frappe la seule clause viciée, à moins qu'il résulte de l'analyse de la volonté des parties que la clause forme un ensemble indivisible avec le reste de la convention, auquel cas toute la convention sera annulée⁶⁰.

En tout état de cause, la clause ne peut être adaptée par le juge de manière à obvier aux causes de sa nullité et à la rendre légale ; du reste, si tel était le cas, la problématique de l'extension de la nullité à toute la convention en raison de la nullité d'une clause de celle-ci ne se poserait pas.

8. Ces principes peuvent-ils être transposés à l'hypothèse d'une clause déterminée dont l'une des modalités d'application est contraire à l'ordre public lorsque, soit le contrat prévoit que l'annulation d'une desdites modalités n'entraîne pas la nullité de la clause elle-même, soit, en l'absence d'une telle disposition, il ressort de l'intention des parties que les modalités d'application de cette clause ne forment pas un ensemble indivisible ? Peut-on alors décider que la clause subsiste, amputée de sa modalité d'application contraire à l'ordre public ?

S'agissant d'une clause de non-concurrence, en raison de la nullité pour contrariété à l'ordre public de la modalité d'application que constitue la durée de ladite clause, en application des principes énoncés ci-dessus, la clause de non-concurrence, amputée de la modalité relative à la durée, devrait recevoir plein effet ; mais, dès lors que l'absence de durée signifie durée illimitée, le juge devra considérer que la clause elle-même, avec les modalités d'application restantes que sont le territoire et l'activité prohibée, est disproportionnée au regard de l'objectif légitime du créancier de l'obligation de non-concurrence en raison de l'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, partant, que la nullité de la modalité relative à la durée de la clause entraîne la nullité de la clause elle-même, quelle que soit la volonté des parties.

9. Une clause de non-concurrence, déclarée nulle de manière absolue par le juge car contraire à l'ordre public dans une de ses dispositions, peut-elle, par la volonté des parties, renaître de ses cendres épurée de ses illégalités par ce juge ?

Vu le caractère de sanction attaché à la nullité, une tendance dans la doctrine se dessine pour l'adapter aux circonstances concrètes. Ceci implique qu'on accorde au juge le pouvoir de remplacer la nullité par une sanction moins drastique et plus appropriée aux données de la cause, aux exigences et intérêts des parties comme des tiers, à la nature et la teneur de la règle enfreinte et à la manière selon laquelle celle-ci agit sur les relations juridiques concernées. La restriction de la nullité à une seule clause d'une convention est admise. Le souhait est d'attribuer au juge entre autres le pouvoir d'allouer des dommages et intérêts en lieu et place de la nullité ou de modérer une clause qui n'est pas raisonnable⁶¹.

Le terme « nullité partielle » est utilisé quand l'intervention judiciaire consiste en la réduction d'une convention ou d'une clause à quelque chose de moindre que ce que les parties ont convenu ; la convention ou la clause sont amputées d'une disposition de celle-ci ; le terme « conversion » est utilisé quand l'intervention judiciaire consiste en quelque chose d'autre que ce que les parties ont convenu⁶².

Pour éviter qu'elles soient purement et simplement annulées dans l'hypothèse où sa durée, son champ d'application géographique ou sa portée matérielle seraient jugées excessives, il arrive que la clause de non-concurrence précise qu'en pareil cas, les parties seront censées être convenues d'une clause conforme aux limites maximales en vertu du droit applicable⁶³.

Des auteurs considèrent qu'une clause de divisibilité de la clause de non-concurrence, par laquelle les parties s'accordent pour donner mission au juge, en cas de nullité, de réduire la clause ou de la transformer en clause valable, peut être acceptée⁶⁴.

La substitution d'une clause est possible mais seulement dans la mesure où la clause substituée repose sur le consentement des parties⁶⁵.



Jurisprudence

732

10. Dans la *common law*, la technique de la nullité partielle est connue sous la figure juridique de la « divisibility » ou « severability » ou de la « severance of blue pencil doctrine ».

Jusqu'à présent, le juge ne peut que prononcer la nullité d'une clause pénale excessive. Or, le juge doit avoir les moyens de modérer les clauses pénales dont l'ampleur atteint des proportions

décembre 2012 par la cour d'appel d'Anvers. La cour d'appel avait constaté que, le 1^{er} septembre 2005, deux conventions avaient été conclues, l'une intitulée « contrat de transfert de branches

public et bonnes mœurs », *Rép. Dall.*, civ., 2004, p. 32.

(53) VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 344.

(54) CAUFFMAN, « Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité ? », *R.C.J.B.*, 2007,

(55) HAUSER et LEMOULAND, « Ordre

En cas de contrariété à l'ordre public (*public policy*), lorsque compte tenu de la nullité de la clause, les obligations subsistantes des parties ne sont pas équivalentes, la partie qui fait valoir la nullité partielle ne peut pas s'être mal comportée et l'élément à supprimer ne peut pas être un élément essentiel de la convention. Le juge peut seulement supprimer des mots spécifiques ou des constructions de phrases pour autant qu'après cette opération l'élément contractuel présente encore un contenu applicable, et laisser subsister la version amputée, valable, sans pouvoir en adapter le contenu : ainsi, une durée trop longue de quinze ans ne peut être réduite à la durée raisonnable de cinq ans. Une telle réduction est néanmoins possible mais, pour éviter les abus, uniquement à l'avantage de la partie de bonne foi et qui s'est comportée de

(55) *Pas.*, I, p. 511.

(56) *Pas.*, n° 171.

(57) VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 352.

(58) VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 352.

(59) VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*,

p. 428.

(60) VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 353.

(61) CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 428.

(62) CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 432.

(63) BELLEN, *op. cit.*, p. 322.

(64) HALLEMEESCH, *op. cit.*, n° 41 ;

BAART, THIRE et VERBIEST, *op. cit.*,

p. 353.

ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, 2011, pp. 428-430 ;

D. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 354 ; BELLEN, *op. cit.*, p. 322.

(65) VANSTEENBEECK, *op. cit.*, p. 916 ; ANDRIES, *op. cit.*, p. 428.

p. 126 ; TILLEMAN, *op. cit.*, p. 710 ; d'activité », l'autre « concession de vente exclusive », entre, d'une part, la s.a. Kestelyn, d'autre part, la s.p.r.l. Sunprotex. La première convention prévoyait, en son article 8.1., une clause de non-concurrence pesant sur la s.p.r.l. Sunprotex pendant le temps que dure la seconde convention et durant une période de deux ans suivant la fin de la seconde convention ainsi que sur la s.a. Kestelyn durant cinq ans ; cette seconde convention prévoyait, en son article 6, qu'elle était conclue pour une durée de quinze ans avec possibilité de prolongation d'une durée de cinq ans pour se terminer, de toute façon, après vingt ans. La cour d'appel constate que, par lettre du 28 mars 2008, la s.p.r.l. Sunprotex reconnaît implicitement avoir méconnu son obligation de nonconcurrence et que le brevet portant sur les fermetures à glissières, sur lesquelles portait l'obligation de non-concurrence pesant sur la s.p.r.l.

(66) ANDRIES, *op. cit.*, pp. 541-542. (67) Voy. concl. de M. Krings, alors avocat général, précédent Cass., 17 avril 1970, *Arr. Cass.*, 1970, p. 755 ; MOREAU-MARGRÈVE, « Une institution en crise : la clause pénale », *R.C.J.B.*, 1972, p. 459.

(68) *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1997-1998, 1373/1, pp. 2-6, et *Doc.*

parl., Chambre, 1373/1, p. 2.

(69) VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 1674 et s. (70) *Pas.*, n° 654.

(71) Voy. dans le même sens Cass.,

12. Lorsque la loi prescrit des limites

25 octobre 1999, *Pas.*, 1999, n° 561, à propos d'une clause de nonconcurrence reprise dans un contrat de travail de représentant de commerce et qui prévoit le paiement d'une indemnité forfaitaire supérieure au maximum légalement auto-

risé.

(72) Ci-après, p. 734 ; *Pas.*, 2015, n° 59.

(73) VANSTEENBEECK, *op. cit.*, p. 916 ; contra : FORIERS et DERVAL, *op. cit.*, p. 59.

manière correcte au moment de la conclusion de la convention⁶⁶.

11. La situation qui se présente en matière de clause de non-concurrence ressemble à celle qu'a été évoquée à propos des clauses pénales⁶⁷. Suivant les développements de la proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires⁶⁸, la Cour de cassation considérait que la clause pénale ne peut prévoir qu'une compensation forfaitaire du dommage résultant pour le créancier de l'inexécution de l'obligation principale. Si la clause pénale ne peut être la compensation d'un dommage en raison de l'importance de la somme stipulée, elle constitue une peine privée contraire à l'ordre public et elle est réputée illicite.

que les parties ne peuvent pas dépasser, le juge peut réduire les limites conventionnelles à celles qui sont prescrites par la loi. Ainsi, dans un arrêt du 15 décembre 2006⁷⁰, la Cour a considéré qu'il suit des articles 1^{er} et 4 de la loi du 10 janvier 1824 concernant le droit de superficie que, lorsque le droit de superficie est stipulé pour une durée indéterminée, un droit réel est en réalité établi pour plus de cinquante ans

et qu'un tel droit de superficie n'est, certes, pas nul, mais doit être réduit au délai maximal légalement fixé de cinquante ans⁷¹.

13. La Cour a été saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt rendu le 17

Sunprotex, expirait le 16 septembre 2006.

La cour d'appel, analysant la validité de la clause de non-concurrence de la première convention pesant sur la s.p.r.l. Sunprotex, considère que la clause de non-concurrence a une durée de dix-sept ans, qu'elle est, dès lors, contraire à la liberté de commerce et d'industrie, partant, nulle, et que, la nullité étant absolue, la clause ne peut être modérée et ce, alors qu'elle relève que la première convention, en son article 10, alinéa 3, dispose que « les dispositions qui seraient atteintes de nullité ou qui seraient illicites, continuent de lier pour la partie de celles-ci qui est légalement autorisée ». La cour d'appel considère que le principe général de la liberté de commerce et d'industrie conduit à la nullité absolue totale et qu'il n'existe



aucune loi, aucun principe général du droit ni aucune règle qui donne au juge le pouvoir d'adapter une clause affectée de nullité absolue à la période qui pourrait vraisemblablement bien être autorisée. Il n'y a pas de diminution légalement autorisée du délai d'une clause de non-concurrence frappée de nullité absolue.

Dans un arrêt du 23 janvier 2015⁷², la Cour, modifiant sa jurisprudence, a considéré que, lorsqu'une convention ou une clause est contraire à une disposition d'ordre public et, partant, est nulle, le juge peut, si une nullité partielle est possible, à moins que la loi ne l'interdise, limiter la nullité à la partie de la convention ou de la clause contraire à cette disposition d'ordre public, à condition que le maintien de la convention ou de la clause partiellement annulée corresponde à l'intention des parties.

Elle en a conclu que la cour d'appel n'avait pas légalement justifié sa décision que « la nullité est absolue et que la clause de nonconcurrence ne peut être modérée ».

La Cour met, à tort, sur le même plan le sort à réserver à une convention dont un article est nul pour contrariété à l'ordre public, et le sort à réserver à une clause dont une des modalités d'application est contraire à l'ordre public. Or, dans la première hypothèse, l'article déclaré nul car contraire à l'ordre public est censé n'avoir jamais existé ; le juge ne peut pas le faire renaître ; le juge n'a jamais été autorisé à réduire, c'est-à-dire amender l'article illicite de manière à le rendre licite ; alors que la Cour met sur le même plan la convention dont un article est nul pour contrariété à l'ordre public, et une clause, dont une des modalités de sa mise en œuvre est contraire à l'ordre public, elle ne transpose pas la solution applicable à la première hypothèse puisqu'elle permet au juge de maintenir la clause contraire à l'ordre public en réduisant à ce qui est licite la modalité d'application d'où naissait la contrariété.

Ce faisant, la Cour perd de vue l'article 6 du Code civil qui frappe de nullité absolue la clause ou un de ses éléments constitutifs contraire à l'ordre public ; contrairement à ce qu'elle affirme, la loi interdit au juge d'amender une clause frappée de nullité absolue pour contrariété à l'ordre public ; en faisant référence à la volonté des parties, elle reconnaît, sans fondement juridique, la prééminence de la loi des parties sur la loi elle-même alors que l'autonomie de la volonté dérive de celle-ci et lui est subordonnée. La convention des parties ne peut supplanter la loi. Seule une convention qui comporte une clause par laquelle les parties s'engagent à amender elles-mêmes une disposition contractuelle frappée de nullité absolue par le juge est licite.

14. L'insertion par les parties d'une stipulation contractuelle prévoyant la divisibilité des dispositions d'une clause d'un contrat en cas de dépassement d'un maximum déterminé, elles se lient aux limites maximales autorisées constitue un moyen, non autorisé par les articles 6 et 1134 du Code civil, de contourner l'interdiction faite au juge de réduire ou de remplacer une disposition d'une clause frappée de nullité absolue.

En l'absence d'habilitation légale, le juge n'a pas à tenir compte de cette stipulation de la clause de non-concurrence dès lors qu'il ne lui appartient pas de se substituer aux parties pour modifier la clause de non-concurrence de manière à lui donner une portée qui serait raisonnablement acceptable en droit belge ; le principe du consensualisme implique que seules celles-ci peuvent définir les engagements qu'elles entendent respecter. Or, permettre au juge, par une stipulation conventionnelle, de réduire ou de remplacer un élément de la clause de non-concurrence méconnaît tant l'article 1134 du Code civil que l'article 6 du Code civil⁷³.

Accepter cette réduction ou ce remplacement peut conduire une partie à insérer dans le contrat des clauses dont les conditions sont illicites pour la raison qu'elle n'aurait de toute façon rien d'autre à craindre que la réduction de la clause. Si le cocontractant agissait en justice, il ne pourrait obtenir que la réduction de la clause. Si la clause illicite entraînait la nullité complète de la clause, une partie choisirait plutôt une clause licite, afin de s'assurer de son effectivité⁷⁴.

C'est d'ailleurs en ce sens que le Hoge Raad s'est prononcé dans une décision du 18 décembre 2009⁷⁵. Dès lors que la nullité absolue d'une clause de non-concurrence prévue à l'article 6 de la loi sur la concurrence est conçue, à titre préventif, pour mettre fin aux limitations injustifiées de la concurrence, cette haute juridiction a considéré que la volonté du législateur d'inciter les parties à respecter les limites de la juste concurrence serait dans une grande mesure compromise si le seul risque encouru par des contractants qui ont délibérément outrepasé ces limites était de les voir réduites à ce que tolère la loi⁷⁶.

C'est le législateur lui-même qui doit définir, au nom de l'ordre public, sa politique des nullités en recherchant la sanction la plus efficace à la dénonciation de l'illicite. Il incombe à la loi d'accorder au juge le pouvoir exceptionnel de substituer une disposition régulière à celle qu'il annule, remodelant ainsi la clause. Il peut estimer préférable de modifier le contenu de la clause plutôt que de la faire disparaître, notamment par une simple réduction de l'excès, même si le risque est

d'encourager une des deux parties à pratiquer l'illicite dans son seul intérêt.

Lorsqu'une stipulation contractuelle est contraire à l'ordre public, seule la loi peut accorder au juge le pouvoir de réduire ou de remplacer la stipulation entachée de nullité absolue de sorte que la clause de nonconcurrence puisse sortir ses effets dans les relations entre parties.

Une intervention légale qui prévoirait la réduction d'une clause illicite en partie devrait alors faire de la réduction non un droit, mais une possibilité dont le juge pourrait faire usage quand il considérerait approprié de le faire vu les circonstances de la cause et le but de la règle enfreinte⁷⁷.

II. Application.

Le moyen, qui repose tout entier sur le soutènement que, lorsqu'une clause de nonconcurrence est jugée illicite en raison du caractère excessif de sa durée, du type d'activités visées ou de son étendue territoriale, le juge peut en prononcer la nullité partielle et, dès lors, refuser de lui donner effet dans la mesure où elle excède tel terme, tel type d'activité ou tel territoire, si elle ne constitue pas, dans l'esprit des parties, un tout indivisible, manque en droit.

[...]

Arrêt

(Extraits)

I. La procédure devant la Cour.

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 13 décembre 2012 par la cour d'appel de Liège.

Par ordonnance du 7 mai 2015, le premier président a décidé que la cause serait traitée en audience plénière. Le 5 juin 2015, l'avocat général Thierry Werquin a déposé des conclusions au greffe.

Le conseiller Marie-Claire Ernotte a fait rapport et l'avocat général Thierry Werquin a été entendu en ses conclusions.

II. Les moyens de cassation.

Les demanderesses présentent deux moyens, dont le premier est libellé dans les termes suivants :

Premier moyen.

Dispositions légales violées.

— articles 6, 900, 1101, 1108, 1131, 1134, 1156 à 1164, 1172 et 1660, alinéa 2, du Code civil ;
— article 7 du décret des 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes, tel qu'il était en vigueur à la date de l'arrêt et jusqu'à l'entrée en vigueur de son abrogation par



Jurisprudence

734

l'article 3 de la loi du 28 février 2013 introduisant le Code de droit économique ; — principe général du droit de la liberté contractuelle (autonomie de la volonté), consacré par les articles 6, 1131 et 1134 du Code civil ; — principe général du droit de la liberté du commerce et de l'industrie, consacré par l'article 7 du décret des 2-17 mars 1791 précité ; — article 149 de la Constitution.

Décisions et motifs critiqués.

L'arrêt déclare non fondée la demande des demanderesses au motif que la clause de non-concurrence contenue dans l'article 9 de la convention des parties n'est pas valable et condamne les demanderesses aux dépens des deux instances. L'arrêt fonde ces décisions sur les motifs suivants :

Considérant que :

« Le litige est actuellement circonscrit à la seule question de l'application d'une clause pénale prévue par la convention de cession d'actions qui est rédigée comme suit : » Article 9. Non-concurrence

par application de l'article 6 du Code civil, sa nullité laissant évidemment subsister la garantie de droit du vendeur" (note sous Gand, 21 janvier 1950, *R.C.J.B.*, 290) ;

» Pour être valable en droit belge, une clause de non-concurrence doit être limitée dans le temps, dans l'espace et quant aux activités visées : les limitations au droit de faire concurrence doivent être raisonnables et ne pas avoir pour effet de priver un opérateur économique de la possibilité d'exercer une activité qui serait contraire à l'article 2 du décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 (*Pasin.*, 1790-1791, 230), lequel est d'ordre public (J.Y. VERSLYPE, *Éviter le débauchage et la fuite du personnel, approche en droit du travail et en droit commercial*, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 88 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. I, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 224 ; M. FORGES, *T.P.D.C.*, t. I, 2^e éd., 2009, n° 1161, p. 957 ; Liège, 17 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 372) ;

» Il est également permis d'avoir égard à la communication de la Commission européenne relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la

d'être protégé de la concurrence du vendeur dans les territoires où ce dernier n'était pas présent auparavant. Cette portée géographique peut être étendue aux territoires dans lesquels le vendeur envisageait de pénétrer au moment de la réalisation de l'opération, pour autant qu'il ait déjà investi en préparation de ce projet. » "23. De même, les clauses de non-concurrence doivent rester limitées aux produits (y compris leurs versions améliorées ou actualisées et les produits qui les remplacent) et aux services qui constituaient l'activité économique de l'entreprise cédée. Il peut s'agir de produits et de services ayant atteint un stade de développement avancé au moment de l'opération, ou encore de produits dont le développement est achevé mais qui ne sont pas encore commercialisés. La protection contre la concurrence du vendeur sur les marchés de produits ou de services sur lesquels l'entreprise cédée n'était pas active avant la cession n'est pas considérée comme nécessaire" ; » En l'espèce, la clause manque de précision pour ce qui concerne les activités qu'elle vise ; » Il est fait référence en effet aux

(74) CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 435.

(75) JANSEN, Jurisprudentie NL Actueel, Hoge Raad, 08/00899, L.JN-BJ 9439, S.E.W. 2010, 265.

(76) Voy. aussi C.J.U.E., 14 juin

2012, *Banco Espanol de Credito s.a. c. Joaquin Calderon Camino*, aff. C-618/10 : l'article 6, alinéa 1^{er}, de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 relative aux clauses abu-

sives dans les contrats conclus avec les consommateurs, s'oppose à une réglementation d'un État membre par laquelle, lorsqu'il constate la nullité d'une clause abusive dans une

convention entre un commerçant et un consommateur, le juge national peut compléter la convention en revoyant le contenu de cette clause.

(77) CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 435.

» "Le cédant accepte de n'exercer directement ou indirectement aucune activité d'exploitation, de gestion ou de consultance qui soit en concurrence avec les activités actuelles de la société.

» "Cette clause de non-concurrence sera d'application pendant une durée de trois ans à compter de la date du transfert des parts.

» "Elle sera d'application en Belgique et à l'étranger.

» "En cas de violation de la présente clause de non-concurrence, le cédant sera redevable envers les cessionnaires d'une indemnité forfaitaire de 25.000 EUR par infraction constatée" » et que :

« La première question qui doit être abordée est donc celle de la licéité de la clause de non-concurrence qui fonde la réclamation des [demanderesses] », L'arrêt déclare cette clause non valable aux motifs que :

« Madeleine Gevers écrivait déjà en 1950 : "Le principe fondamental, admis tant en France qu'en Belgique, c'est que les clauses de non-concurrence ne peuvent imposer au vendeur plus que ce que lui impose son obligation légale de garantie : celle-ci constitue la restriction maxima à la liberté du commerce et toute restriction supplémentaire porterait atteinte à cette liberté d'une manière contraire à l'ordre public. Elle serait par conséquent nulle

réalisation des opérations de concentration (2005/C56/03), qui n'est certes pas directement applicable en droit belge mais énonce des principes dont le juge belge peut s'inspirer, même si le droit belge est seul d'application ; » Ces principes soumettent également la validité de toute clause de non-concurrence à la triple limite du temps (maximum trois ans), de l'espace (zone d'achalandage ou de prospection) et des activités visées ;

» Aux termes de cette communication,

» "19. De telles clauses de non-concurrence ne sont cependant justifiées par l'objectif légitime de réalisation de la concentration que dans la mesure où leur durée, leur champ d'application territorial et leur portée matérielle et personnelle n'excèdent pas ce qui est raisonnablement nécessaire à cette fin.

» "20. Les clauses de non-concurrence se justifient pour des périodes n'excédant pas trois ans lorsque la cession de l'entreprise inclut la fidélisation de la clientèle sous la forme à la fois du fonds commercial et du savoir-faire. Lorsque le fonds commercial est inclus, ces clauses sont justifiées pour des périodes n'excédant pas deux ans.

» "22. La portée géographique d'une clause de non-concurrence doit être limitée à la zone où le vendeur offre les produits ou les services en cause avant la cession, puisque l'acquéreur n'a pas besoin

"activités actuelles de la société" Établissements L. M. dont l'objet social consistait en l'exploitation d'ateliers de mécanique générale, de constructions métalliques et réparations ainsi que la fabrication d'articles en fer forgé, les prestations de bureau d'études pour la conception de machines et d'outillage et "d'une façon générale toutes les opérations industrielles" ; » Elle ne permet pas de savoir avec précision si elle couvre les prestations de services non liées à la construction ou à la réparation de pièces métalliques (peinture, manutention, transport...), la fourniture ou la pose de pièces non transformées ou réparées dans un atelier de mécanique générale et enfin l'exécution de chantiers de faible importance qui ne présentaient plus aucun intérêt pour la société Établissements L. M. dès lors que celle-ci a fait le choix, dès le changement d'actionnariat, de s'adresser exclusivement aux opérateurs industriels et d'abandonner l'activité de montage proprement dite ; » Si elle devait être interprétée de la sorte, elle devrait être tenue pour excessive puisqu'elle priverait [le défendeur] de la possibilité de réaliser, en dehors même de l'exploitation d'un atelier de mécanique générale, des prestations que la société anonyme Établissements L. M., dont la dénomination a été modifiée en Technosteel le 26 juillet 2006, avait décidé de ne plus exécuter ; »



La condition relative aux activités visées n'est dès lors pas remplie. Non seulement elle est imprécise mais, si elle devait être interprétée dans le sens suggéré par les [demandeuses], c'est-à-dire comme couvrant toutes activités dans le secteur de la ferronnerie, même celles qui sont exercées en dehors de la tenue d'un atelier de construction et de réparation mécanique, elle devrait dès lors être tenue pour déraisonnable et disproportionnée ; » Enfin, dans la mesure où le champ territorial de la clause porte sur le territoire belge "et l'étranger", sans la moindre restriction, elle est abusive et ce, d'autant que le *listing* des anciens clients de la société Établissements L. M. révèle l'existence de 641 clients belges, deux clients luxembourgeois, deux clients hollandais et deux clients français, un client pakistanais ;

» C'est à tort que les [demandeuses] soutiennent que les effets de cette clause, qui est claire, devraient être restreints au territoire sur lequel la société Établissements L. M. déployait ses activités au jour de la cession des actions ;

» En effet, "il n'appartient [pas] au juge qui déclare en partie illicite une clause de nonconcurrence de lui donner un effet limité" (Cass., 3 février 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 512) ;

» La clause de non-concurrence n'est dès lors pas valable et ne peut en conséquence être appliquée. La question du caractère indemnitaire ou coercitif de la clause ne doit pas même être abordée. La demande des [demandeuses] ne reposant sur aucun autre fondement, elle doit être rejetée purement et simplement ».

Griefs.

[...]

Seconde branche (subsidiaire).

1. Lorsqu'une clause de non-concurrence est jugée illicite en raison du caractère excessif de sa durée, du type d'activités visées ou de son étendue territoriale, le juge peut en prononcer la nullité partielle et, dès lors, refuser de lui donner effet dans la mesure où elle excède

NOTE. — Voy. ci-dessus, S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », p. 717, ainsi que Cass., 1^{re} ch., 23 janvier 2015, ci-dessous.

tel terme, tel type d'activité ou tel territoire, si elle ne constitue pas, dans l'esprit des parties, un tout indivisible (articles 6, 900, 1101, 1108, 1131, 1134, 1156, 1172 et 1660, alinéa 2, du Code civil).

2. Après avoir relevé, d'une part, sous forme de principe, que les clauses de non-concurrence doivent être limitées dans le temps, dans l'espace et quant aux activités visées, et constaté, d'autre part, que la clause litigieuse avait une durée de trois ans, que, dans une interprétation possible, elle devait être considérée comme excessive sous l'angle des activités visées et qu'elle ne comportait aucune limitation territoriale, l'arrêt n'a donc pu légalement décider que c'est à tort que les demandeuses soutenaient que les effets de la clause litigieuse devaient être restreints au territoire sur lequel la société cédée déployait ses activités au jour de la cession des actions en se fondant sur la règle générale inexiste : « qu'il n'appartient pas au juge qui déclare en partie illicite une clause de non-concurrence de lui donner un effet limité » en sorte que la clause litigieuse doit être annulée dans sa totalité (Violation des articles 6, 900, 1101, 1108, 1131, 1172, 1660, alinéa 2, du Code civil et 7 du décret des 2 et 17 mars 1791).

3. À tout le moins, à défaut de rechercher en l'espèce si, dans l'intention commune des parties, la clause litigieuse formait un tout indivisible, en sorte que seule la nullité totale de celle-ci pouvait être prononcée, l'arrêt ne permet pas à la Cour d'exercer son contrôle de légalité au regard des dispositions légales visées ci-dessus. Il n'est dès lors pas régulièrement motivé (Violation de l'article 149 de la Constitution).

III. La décision de la Cour.

Sur le premier moyen.

Quant à la seconde branche.

En vertu de l'article 7 du décret des 2 et 17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aide, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentés,

applicable au litige, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon.

Cette disposition, qui s'oppose à une limitation illicite de la liberté du commerce et de l'industrie, est d'ordre public.

La clause qui impose une limitation excessive de la concurrence quant à l'objet, au territoire ou à la durée est, dès lors, nulle.

Le juge peut, si une nullité partielle d'une telle clause est possible, en limiter la nullité à la partie contraire à l'ordre public, pour autant que le maintien de la clause partiellement annulée réponde à l'intention des parties. L'arrêt considère que

— dans la mesure où elle s'étend à l'étranger sans restriction, la clause de non-concurrence est abusive ;

— les demandeuses soutiennent à tort que les effets de cette clause, qui est claire, devraient être restreints au territoire sur lequel la société Établissements L. M. déployait ses activités au jour de la cession des actions ; — en effet, il n'appartient pas au juge qui déclare en partie illicite une clause de nonconcurrence de lui donner un effet limité ; — la clause de non-concurrence n'est dès lors pas valable et ne peut en conséquence être appliquée.

Par ces motifs absolus, l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision d'exclure toute limitation de la nullité de la clause jugée abusive. Le moyen, en cette branche, est fondé.

Il n'y a lieu d'examiner ni la première branche du premier moyen ni le second moyen, qui ne sauraient entraîner une cassation plus étendue.

Par ces motifs :

La Cour,

Casse l'arrêt attaqué, sauf en tant qu'il reçoit l'appel principal;

[...]

LIBERTÉ DE COMMERCE

ET D'INDUSTRIE

- Ordre public
- Limitation
- Clause de non-concurrence
- Limitation déraisonnable
- Pouvoirs du juge

Cass. (1^{re} ch.), 23 janvier 2015



Siég. : E. Dirix (prés. sect.), A. Smetyns (rapp.), K. Mestdagh, G. Jocqué et B. Wylleman.

Min. publ. : A. Van Ingelgem (av. gén.).

Plaid. : MM^{es} H. Geinger et S. Verbist.

(Renson Sun Protection-screens s.a. et L. R. c. L en K Projects s.p.r.l. e.a.).

La liberté de commerce et d'industrie relève de l'ordre public. La clause qui impose une limitation déraisonnable de la concurrence quant à l'objet, au territoire ou à la durée, est, dès lors, nulle.

Si une convention ou une clause est contraire à une disposition d'ordre public et qu'elle est, dès lors, nulle, le juge peut, si une nullité partielle est possible, limiter la nullité, sauf interdiction de la loi, à la partie de la convention ou de la clause contraire à cette disposition à la condition que la poursuite de l'existence de la convention ou de la clause partiellement annulée réponde à l'intention des parties.

(Extraits)

I. La procédure devant la Cour.

Le pourvoi en cassation est dirigé contre larrêt rendu le 17 décembre 2012 par la cour d'appel de Gand.

Le conseiller Alain Smetyns a fait rapport. L'avocat général André Van Ingelgem a conclu.

II. Le moyen de cassation.

Dans la requête en cassation, jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme, les demandeurs présentent un moyen.

III. La décision de la Cour.

Quant à la première branche.

1. En vertu de l'article 7 du décret d'Allarde des 2-17 mars 1791, tel qu'il est applicable en l'espèce, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon.

2. Cette disposition, qui s'oppose à une limitation illicite de la liberté du commerce et de l'industrie, est d'ordre public.

La clause qui impose une limitation déraisonnable de la concurrence quant à l'objet, au territoire ou à la durée, est, dès lors, nulle.

3. Si une convention ou une clause est contraire à une disposition d'ordre public et qu'elle est, dès lors, nulle, le juge peut, si une nullité partielle est possible, limiter la nullité, sauf interdiction de la loi, à la partie de la convention ou de la clause contraire à cette disposition à condition que la poursuite de l'existence de la convention ou de la clause partiellement annulée réponde à l'intention des parties.

4. Les juges d'appel ont constaté que :

- les parties ont conclu un contrat de cession d'entreprise et que ce contrat contient une clause de non-concurrence d'une durée de dix-sept ans ;
- l'article 10 de ce contrat stipule que : « les dispositions qui seraient entachées de nullité ou qui ne seraient pas valables restent obligatoires pour la partie qui est légalement autorisée » .

5. Ils ont décidé qu'une clause de nonconcurrence pour une durée de dix-sept ans est « particulièrement longue », qu'une telle clause est contraire à la liberté du commerce et de l'industrie, qu'elle est nulle, que « la nullité est absolue et que la clause ne peut être modérée ».

6. En ne donnant, par ces motifs, aucune suite à la demande des demandeurs de la nullité de la clause de non-concurrence au dépassement de la durée autorisée, les juges d'appel n'ont pas légalement justifié leur décision. Le moyen, en cette branche, est fondé.

Par ces motifs :

La Cour

Casse larrêt attaqué ;

[...]

NOTE. — Rappr. Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, concl. av. gén. Th. Werquin, ci-dessus, pp. 727 et voy. S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », ci-dessus, p. 717.

University.

The Faculty of Law, Economics and Finance of the University of Luxembourg has an opening for an

Associate Professor in European and International Tax Law (M/F)

- Ref. : F2-110015 (to be mentioned in all correspondence)
- Employee status



All applications should be sent both by post **and e-mail before 27/11/2015** to the following addresses:

Professeur
Stefan Braum
Dean of the Faculty of Law,
Economics and Finance
University of
Luxembourg
4, rue Alphonse Weicker
L-2721 Luxembourg
E-mail : fdef-
recrutement@uni.lu

All applications will be handled in strictest confidence.



Luik 2 april 2015

I. Droit commercial en général – Algemeen handelsrecht

Liège, 2 avril 2015

RG: 2014/RG/13

Siège: Mme. M. Ligot, président, MM. T. Lambert et T. Piraprez, conseillers
Plaid.: Me J. Piron et P. Dumoulin

Cession d'actions – Porte-fort – Ratification de la cession Art. 1202, al. 2, C. civ. – Portée

Cession d'actions – Garanties – Déclarations et garanties contractuelles – Rôle du juge

Convention de cession d'actions – Interprétation

Convention de cession d'actions – Bénéficiaire de la garantie – Principes de l'indemnisation

Si, vis-à-vis des cessionnaires d'actions, un actionnaire se porte fort que son coactionnaire cédera ses actions et que ce dernier signe la cession dans le registre des actions de la société, ceci constitue la ratification de l'obligation contractée par le portefort.

La règle que la solidarité ne se présume pas (art. 1202, al. 2, C. civ.) implique que, s'il n'y a rien été stipulé entre les parties, ou si l'objet de l'obligation n'est pas par sa nature, indivisible, c'est à l'obligation conjointe que l'on doit conclure.

Le juge doit examiner le caractère exact ou inexact des déclarations des cédants (et ce indépendamment de toute notion de faute), vérifier si l'appel aux garanties a été exercé régulièrement et, en cas de déclaration inexacte, évaluer le préjudice des cessionnaires, conformément aux règles contenues dans la convention.

La convention de cession d'actions doit d'abord être interprétée en recherchant la commune intention des parties. Ce n'est pas parce qu'une convention est complexe qu'elle est nécessairement obscure.

S'il est admis que les clauses conventionnelles de garantie ou les déclarations particulières qui accroissent les obligations des vendeurs par rapport au droit commun des cessions d'actions doivent recevoir une interprétation stricte, il ne faut pas se méprendre sur la portée à donner à ce type d'interprétation en restreignant le champ d'application des dispositions contractuelles. Il convient de leur donner leur plein effet conformément à la volonté des parties, dans le respect des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1164 du Code civil.

Deux critères sont essentiels pour permettre de distinguer la nature de garantie accordée par les cédants aux cessionnaires : d'une part, en théorie le bénéficiaire de la garantie n'est pas la société cible, mais les cessionnaires ; d'autre part, la garantie ne leur permet pas d'obtenir une indemnisation supérieure aux prix de vente des parts.

Aandelenoverdracht – Sterkmaking – Bekrachtiging van de overdracht

Art. 1202, al. 2 BW – Draagwijdte

Aandelenoverdracht – Waarborgen – Contractuele verklaringen en waarborgen – Rol van de rechter

Overeenkomst van aandelenoverdracht – Interpretatie

Overeenkomst van aandelenoverdracht – Begunstigde van de waarborg – Schadeloosstellingsprincipes

Indien een aandeelhouder zich sterk maakt tegenover de overnemers van aandelen dat zijn medeaandeelhouder zijn aandelen zal overdragen en deze laatste de overdracht ondertekent in het aandelenregister van de vennootschap, dan vormt dit de bekraftiging van de verbintenis die de sterkmaker op zich nam.

De regel dat hoofdelijkheid niet wordt vermoed (art. 1202, al. 2 BW) impliceert dat, wanneer tussen partijen niets werd bedongen of wanneer het voorwerp van de verbintenis uit zijn aard niet ondeelbaar is, men moet besluiten tot een gezamenlijke verbintenis.

De rechter moet de juistheid of onjuistheid nagaan van de verklaringen van de overdragers (en dit onafhankelijk van elk idee van fout), controleren of het beroep op de waarborgen op regelmatige wijze werd uitgeoefend en, in geval van een onjuiste verklaring, de schade van de overnemers vaststellen, in overeenstemming met de regels vervat in de overeenkomst.

De overeenkomst van aandelenoverdracht moet in de eerste plaats worden geïnterpreteerd via het zoeken naar de gemeenschappelijke bedoeling van partijen. Het is niet omdat een overeenkomst ingewikkeld is dat ze noodzakelijk duister is.

Hoewel aanvaard wordt dat conventionele garantieclauses of bijzondere verklaringen die de verplichtingen van de verkopers verzwaren ten aanzien van het gemeen recht van de aandelenoverdracht, strikt moeten worden geïnterpreteerd, moet men zich niet blind staren op de draagwijdte die dit type van interpretatie moet krijgen, door het toepassingsgebied van de contractuele bepalingen te beperken. Men moet hen hun volle draagkracht geven in overeenstemming met de wil van de partijen, met inachtneming van de interpretatieregels voorzien door de artikelen 1156 tot 1162 BW.

Twee principes zijn essentieel om de aard van de door de overdragers aan de overnemers verleende garantie na te gaan: enerzijds is in beginsel de begunstigde van de garantie niet de geviseerde vennootschap, maar de overnemers; anderzijds laat de waarborg hen niet toe om een schadeloosstelling te bekomen die hoger ligt dan de verkoopprijs van de aandelen.

.....

(D.E., G.S., G.S. c. M. P. et P.P.)

(...)



Antécédents et objet des appels

L'objet du litige et les circonstances de la cause ont été correctement relatés par le premier juge à l'exposé duquel la cause se réfère.

Celui-ci a trait à l'exécution des garanties contractuelles contenues dans la convention de cession de 100 % des parts sociales de la SPRL HOLDING (ci-après « la convention » : pièce 3 PP), avenue le 1er juin 2010 entre d'une part P.P. et M.P.-P.P. se portant fort pour M.P.- (ci-après les cédants), et d'autre part D.E., G.S. et G.S. (ci-après les cessionnaires). La SPRL HOLDING détient l'intégralité des actions des SA B. (société immobilière) et CAR (concessionnaire BMW).

Par courrier daté du 13 septembre 2010 (pièce 4 PP), les cessionnaires ont fait appel à la garantie contractuelle vis-à-vis des cédants.

Ils ont invoqué

1. des notes de crédit à recevoir figurant dans le projet décomptes 2009 de CAR qui doivent être annulées pour un montant de € 33.948,38 ;
2. une réduction de valeur complémentaire sur le stock des véhicules d'occasion qui aurait dû être actée dans les comptes 2009 de CAR pour un montant de € 54.952,90 ; 3. la conversion, en mai 2010, par CBC Banque, d'un mandat hypothécaire en hypothèque sur les immeubles de CAR et B. qui a généré des frais à hauteur de € 20.325 ; 4. l'absence de provision dans les comptes 2009 de CAR pour couvrir des frais de défense relatifs à des litiges nés avant le 31 décembre 2009 qui peuvent être évalués sur la base des décomptes reçus à ce jour à la somme provisionnelle de € 23.472,52 ;
5. l'absence de provision dans les comptes 2009 de CAR pour les indemnités dues aux loueurs de véhicules concernant des véhicules loués par CAR avant le 31 décembre 2009 qui sont évaluées provisionnellement à la somme de 1 € ; 6. les revendications de Mr DEV. représentant la société INVEST concernant l'absence de mise à disposition d'un véhicule par CAR en exécution d'une convention d'apporteur d'affaires signée le 22 septembre 2008 entre les sociétés précitées. Il est réclamé pour ce poste la somme provisionnelle de € 1.

Dans la citation introductory d'instance du 17 janvier 2011, les cessionnaires maintiennent leur appel à la garantie pour les points 1 à 5 précités, le point 6 étant porté à € 101.947 en principal et ils y ajoutent :

7. le recouvrement dans le chef de CAR des cotisations sociales personnelles de P.P. en vertu de l'article 15, paragraphe 1er de l'Arrêté Royal n° 38 du 27 juillet 1967, pour un montant de € 13.103,35 ;
8. des dégâts au véhicule personnel de P.P. restitué par celui-ci le 4 octobre 2010, pour un montant de € 14.434,48 selon devis du Bureau d'expertises automobiles M.-S. ; 9. des litiges avec certains membres du personnel de CAR dont les conséquences financières sont évaluées provisionnellement à la somme de € 15.000.

Par conclusions du 19 mars 2012, les cessionnaires majorent leurs réclamations visées aux points 5 (indemnités location de véhicules) et 9 (litiges personnel) pour les porter respectivement à € 14.836,34 et € 26.888,64 et introduisent un nouvel appel à la garantie pour :

10. des rectifications fiscales pour la SA CAR portant sur les exercices d'imposition 2009 et 2010 (revenus 2008 et 2009) pour un montant total de € 20.672,10.

Soit une somme totale provisionnelle de € 324.581,31, à majorer des intérêts précités.

Enfin, dans leurs conclusions du 31 décembre 2012, le point 7 (cotisations sociales personnelles de P.P.) est réduit à la somme de € 1.300,08 représentant les frais de défense de CAR, selon facture d'honoraires de son conseil et le point 9 (litiges personnel) est porté à € 35.942,80.

Par conséquent, c'est une somme totale provisionnelle de € 321.832,20 qui est réclamée, à majorer des intérêts précités.

Les conclusions du 19 mars 2012 contiennent également une demande de capitalisation des intérêts échus en application de l'article 1154 du Code civil. Les dépens sont liquidés à la somme de € 7.997,85, dont une indemnité de procédure de € 7.700.

Dans leurs conclusions du 31 décembre 2012, les cessionnaires ont renouvelé leur demande de capitalisation des intérêts échus et ont majoré leurs dépens, l'indemnité de procédure réclamée étant fixée à son montant maximum de € 15.400.

M.P. a conclu à l'irrecevabilité ou à tout le moins au nonfondement de l'action des cessionnaires et a demandé leur condamnation solidaire aux dépens liquidés à l'indemnité de procédure de € 7.700. Il a également formé une demande incidente contre P.P., son fils, celui-ci devant être condamné à le garantir « de toute condamnation qui serait portée contre lui ».

P.P. a conclu aux mêmes fins que son père et a réclamé la condamnation solidaire, ou à défaut *in solidum* des cessionnaires aux dépens liquidés à la somme de € 15.400, soit l'indemnité de procédure maximum selon le montant de la demande. Il a demandé qu'il soit statué comme de droit sur l'action en garantie de son père M.P. Subsidiairement, il a sollicité la production par les cessionnaires « du mémorandum établi par BDO le 18 juin 2010 puis modifié le 6 août et 8 septembre 2010 » et « du dossier de travail du Commissaire-réviseur D.LE., sur lequel se fonde le rapport de *due diligence* établi par BDO » (dispositif de ses conclusions d'instance déposées au greffe le 27 août 2012).

Le jugement entrepris a fait partiellement droit à la demande des cessionnaires, les cédants étant condamnés « chacun à concurrence des parts sociales cédées (soit une seule part pour P.P.) » au paiement de

Monsieur M.P.) » au paiement de
« – la somme d'un euro provisionnel dans le cadre de l'aphypothécaire en hypothèque le 21 mai 2010 ; – la somme d'un euro provisionnel dans le cadre de l'appel à garantie relatif aux frais de défense lors de
Internationaal tijdschrift voor ondernemingsrecht – Wolters Kluwer

J.A.O.R. 2016/1 - n° 117

Soit une somme totale provisionnelle de € 277.185,23, à augmenter des légaux depuis le 13 septembre 2010, des intérêts judiciaires ou subsidiairement des intérêts calculés conformément la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.



la procédure devant la commission des dispenses de cotisations ; – la somme d'un euro provisionnel dans le cadre de l'appel à garantie relativement aux rectifications fiscales (exercices 2009 et 2010). »

Il rouvre les débats « pour que les parties s'expliquent sur le préjudice définitif effectivement subi par les (cessionnaires) relativement à ces trois éléments ».

La demande en garantie de M.P. à l'encontre de P.P. est déclarée fondé, ce dernier étant condamné à garantir son père de toute condamnation portée contre lui en faveur des appellants.

La cause est mise au rôle.

En termes de requête d'appel, les cessionnaires réitèrent leur dernière demande et leur sommation anatocisme et liquident leurs dépens à la somme de € 31.097,85, dont deux indemnités de procédure de € 15.400. Ils sollicitent à titre subsidiaire la désignation d'un expert-comptable ou réviseur d'entreprises « aux fins d'opérer les comptes et vérifications utiles avec mission habituelle ».

Par conclusions reçues au greffe le 28 août 2014, ils réduisent leur demande à la somme provisionnelle de € 185.228,45 augmentée des intérêts légaux depuis le 13 septembre 2010, des intérêts judiciaires ou des intérêts calculés selon la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, renouvellement leur sommation anatocisme et adaptent leurs dépens à la somme de € 22.297,85, en ce compris deux indemnités de procédure de € 11.000, soit leur montant maximum compte tenu de la réduction de la demande principale. Subsidiairement, ils maintiennent leur demande d'expertise.

Dans leurs dernières conclusions additionnelles et de synthèse d'appel reçues au greffe le 28 novembre 2014, les cessionnaires forment une nouvelle sommation anatocisme et majorent leurs dépens du coût de frais d'inscription au rôle de leur requête d'appel, soit € 210, pour porter ceux-ci à une somme totale de € 22.507,85.

P.P. conclut au non-fondement de l'appel et postule incidemment la réformation du jugement *a quo*, l'action des cessionnaires devant être déclarée « irrecevable et non fondée ». Il demande leur condamnation solidaire ou, à défaut, *in solidum* aux dépens liquidés à l'indemnité de procédure maximum de € 15.400 par instance et qu'il soit statué comme de droit quant à l'action en garantie de M.P.

M.P. conclut aux mêmes fins que son fils P.P., réitere sa demande en garantie et postule la condamnation des cessionnaires « solidairement ou chacun » aux dépens liquidés à une indemnité de procédure de € 7.700 par instance.

Discussion

Recevabilité

Selon l'article 8.1. de la convention de cession de parts sociales, « Le Cédant s'engage à indemniser totalement le Cessionnaire de tout préjudice qu'il subirait, directement ou indirectement, du fait de l'inexactitude d'une (des) déclarations à l'article 7, d'un

manquement à l'une des garanties visées au même article ou d'une violation d'une des obligations prévues par le présent contrat. »

Les cessionnaires ont qualité et intérêt pour agir en exécution de l'appel à la garantie contenue dans la convention du 1er juin 2010.

Leur action est recevable.

Fondement M.P.

M.P. est donc le père de P.P. Il n'a pas signé la convention de cession des parts sociales du 1er juin 2010. Seul P.P. l'a signée, mais tout en précisant qu'il se portait fort pour son père.

La convention de porte-fort, est celle dans laquelle l'une des parties s'engage envers l'autre à obtenir qu'un tiers consente à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose (article 1120 Code civil ; *De Page*, t. II, 2e éd., n° 730bis).

En l'espèce, P.P., le porte-fort, s'est engagé vis-à-vis des cessionnaires, l'autre partie, à ce que M.P., tiers à la convention, consente à la cession de son unique part sociale qu'il détenait dans la SPRL HOLDING.

En signant sous la date du 1er juin 2010, la cession de son unique part dans le livre des parts de la société précitée, M.P. a ratifié l'engagement pris par son fils P.P. à l'égard des consorts E. et S..

La ratification est un acte juridique unilatéral qui n'est soumis à aucune forme particulière et peut tout aussi bien être expresse que tacite (*De Page*, t. II, 1964, p. 719). Elle opère avec effet rétroactif. Le tiers s'approprie le contrat. Il est censé avoir été partie à celui-ci *ab initio*. Par conséquent, la ratification de M.P. porte sur la cession de sa part, mais également sur les conditions mises à cette cession. Il ne peut donc être suivi lorsqu'il entend dissocier la cession de sa part aux conditions mises à celle-ci.

M.P. est dans la vie des affaires depuis plusieurs dizaines d'années et a été à la tête d'une des plus importantes concessions automobiles de la région liégeoise. Il est dès lors difficilement concevable qu'il ait pu signer le livre des parts en juin 2010 (le 21 selon ses dires et le 4 selon les cessionnaires, la copie du livre des parts sociales déposée par ceux-ci indiquant « 010610 ») sans avoir pris connaissance au préalable du contenu de la convention du 1er juin 2010 signée par son propre fils.

Le fait qu'il ait pu contester cette cession ultérieurement, parce qu'après avoir consulté un conseil il a estimé que les conditions mises à celle-ci auraient pu être meilleures, ne suffit pas pour lui permettre de se délier de son engagement. *A fortiori*, dès lors qu'il ne soutient pas que son consentement aurait été vicié lorsqu'il a opposé sa signature dans le livre des parts de la société.

Il est rappelé que selon l'article 1202, alinéa 2, du Code civil, la solidarité ne se presume pas.

Cependant, « Dans la pratique, il semble que la règle de l'article 1202, alinéa 2, du Code civil ne doive pas être appliquée de manière trop contraignante. Il suffit que l'obligation solidaire des codébiteurs découle de leurs actes et les circonstances. DE PAGE est même d'avis que la volonté implicite de créer la solidarité suffit, mais il souligne néanmoins que, dans ce cas, la volonté commune des parties doit être certaine et réelle. En cas de doute et de difficultés d'en établir la



preuve, le juge doit naturellement se prononcer contre la solidarité. Cette solidarité doit donc être certaine et univoque. » (Peeters, N., « Les différents types d'obligations », *Traité des obligations*, Kluwer, 2002, Livre III.3.2., p. 366).

Certes, la convention du 1er juin 2010 a été conclue entre d'une part, P.P. et M.P. identifiés indistinctement sous le terme le « Cédant » et d'autre part, les consorts E. et S., dénommés le « Cessionnaire » et elle dispose que « *Le Cédant vend au Cessionnaire (...) 100 % des parts sociales (...) de la société SPRL HOLDING* », sans autre précision quant au nombre de parts détenues par l'un et l'autre des consorts P.

Toutefois, il ne peut être déduit de ces dispositions que la volonté des parties était de déroger au droit commun de l'obligation conjointe en cas de pluralité de débiteurs.

Dans ce cas, « L'obligation conjointe constitue le droit commun des obligations à sujets multiples. Si une obligation réunit plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, ceux-ci seront, en principe, obligés conjointement. La Cour de cassation a rappelé ce principe dans deux arrêts du 5 décembre 1975 et 10 mai 1979. Comme l'écrit Henri DE PAGE, cela 'doit se comprendre, non pas en ce sens que l'obligation conjointe est la forme la plus courante et la plus utile des obligations à pluralité de sujets, mais bien en ce sens que s'il n'a rien été stipulé entre parties, ou si l'objet de l'obligation n'est pas par nature, indivisible, c'est à l'obligation conjointe que l'on doit conclure'. En pratique, l'obligation conjointe constitue, en quelque sorte, une catégorie résiduelle ou supplétive à laquelle il faudra conclure en l'absence de solidarité légale ou conventionnelle et d'indivisibilité, par nature ou conventionnelle, de l'obligation dans le cas d'espèce » (Eyben, C. et Philippe, D.-E., « Obligations à sujets multiples », *Traité des obligations*, Kluwer, 2007, Livre III.3.1., p. 91).

« Le régime juridique de l'obligation conjointe est la divisibilité de l'obligation. Lorsque plusieurs personnes sont créancières ou débitrices de la même obligation, elles ne le sont chacune que pour leur part :

– chaque débiteur n'est donc tenu, vis-à-vis du créancier, que pour sa part de la dette (divisibilité passive) ;
(...)

La proportion de cette division de l'obligation se détermine comme suit :

1° Pour les obligations conjointes dès leur naissance : En principe, la division s'effectue en proportion de l'intérêt de chaque partie à l'obligation. Si l'on ne peut déterminer cette proportion, la division a lieu par part virile. » (Van Ommeslaghe, P., *Droit des obligations*, tome troisième, Régime général de l'obligation, Théorie des preuves, Bruyulant 2010, nos 1231 et 1232, p. 1761).

Les cessionnaires ne peuvent invoquer l'existence d'une obligation *in solidum* dans le chef des cédants puisque leur responsabilité est recherchée en exécution de la convention de cession de parts et non d'une faute délictuelle ou quasidélictuelle.

L'appel à la garantie

Les cédants concluent à l'irrecevabilité des demandes en se fondant sur le caractère tardif de l'appel à la garantie, sur le défaut de respect des modalités prévues pour cet appel et enfin sur la caractérence limité de la garantie contractuelle.

Selon l'article 8.5. de la convention,

« Information du cédant

Le Cessionnaire devra informer le Cédant, par lettre recommandée et de manière précise, de tout fait susceptible de mettre en jeu la garantie prévue par la présente clause dans les plus brefs délais et, au plus tard, dans les 3 mois dans lesquels il en a eu connaissance. A défaut de ce faire, le Cessionnaire sera déchu de tous les droits découlant de cette garantie. »

Les cessionnaires vont faire appel à la garantie par courrier recommandé du 13 septembre 2010, puis par citation du 17 janvier 2011 et encore par conclusions du 19 mars 2012.

En exigeant le recours à la notification par lettre recommandée, les parties ont voulu éviter toute discussion quant à la date et au contenu de l'appel à la garantie. Cet objectif est atteint, lorsque l'appel à la garantie est notifié par citation, puis par conclusions régulièrement communiquées. L'appel à la garantie effectué dans de telles conditions est recevable.

L'article 8.5. de la convention est clair. Le délai de trois mois doit être calculé de date à date et non de mois à mois et son point de départ est « *tout fait susceptible de mettre en jeu la garantie* ». Il n'y a pas lieu d'ajouter à la convention des conditions qu'elle ne prévoit pas en exigeant notamment « la connaissance précise et validée de ce que ce fait est litigieux » (dernières conclusions d'appel des cessionnaires, page 31 antépénultième paragraphe).

Les cessionnaires doivent donc démontrer qu'ils n'ont eu connaissance des faits sur lesquels ils fondent leurs demandes successives qu'après respectivement le 13 juin 2010, le 17 octobre 2010 et le 19 décembre 2011.

Les questions de la recevabilité de l'appel à la garantie et de son portée convient de s'interroger sur la portée des déclarations et

J.A.O.R. 2016/1 - n° 117

Il résulte du registre des parts de la SPRL HOLDING que les cessionnaires et P.P. ont signé dans la foulée de la convention de cession des parts, que l'intérêt de M.P. à l'obligation était de un centième, ce que les cessionnaires devaient savoir. C'est dès lors à bon droit que le premier juge a décidé que les cédants devaient être condamnés « chacun à concurrence des parts sociales cédées ».

fondement sont intimement liées, puisque, selon la thèse des cédants, les cessionnaires connaissaient ou devaient connaître les éléments sur la base desquels ils ont fait appel à la garantie avant les dates précitées.

garanties contenues dans la convention du 1er juin 2010.



Le mécanisme de déclarations et garanties contractuelles contenu dans la plupart des conventions de cession d'actions vise à combler la protection insuffisante accordée à l'acquéreur par le droit commun.

Il s'articule autour de trois axes

- les déclarations des cédants par lesquelles ceux-ci fournissent des informations concernant la société dont les actions sont vendues (appelée communément « société cible »), informations qui ont généralement déterminé les cessionnaires à acheter les actions aux termes et conditions fixés dans la convention (Matray, D. et Duvieusart, C., « Les titres de la société anonyme et leur transfert – Le contenu des conventions de cession d'actions et la maîtrise des risques par l'acheteur », *Séminaire Vanham & Vanham*, 25 novembre 1999, p. 25) ;
- les garanties données aux cessionnaires que l'ensemble des déclarations sont exactes, ainsi que les modalités de leur mise en œuvre en cas d'inexactitude ;
- le droit à indemnisation en cas d'appel aux garanties, l'indemnisation n'étant pas nécessairement subordonnée à la démonstration préalable par les cessionnaires de l'existence d'une faute dans le chef des cédants, d'un dommage dans le chef des cessionnaires et d'un lien causal entre cette faute et ce dommage.

Il s'agit d'opérer un rééquilibrage au profit de l'acheteur en reportant sur le vendeur, qui est le mieux à même d'appréhender la réalité de la société cible, la charge d'un certain nombre de risques relatifs à l'opération de cession d'actions (Coibion, A., « Quelques réflexions sur les garanties conventionnelles en matière de cession d'actions et sur l'influence de la pratique anglaise », *R.D.C.*, 2003, liv. 10, p. 867).

Les parties ont défini une convention-loi (article 1134 Code civil) dans laquelle elles ont aménagé librement les conséquences des manquements constatés. Elles ont entendu déroger aux principes de droit commun en matière de responsabilité civile, où il n'y a indemnisation qu'en présence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre cette faute et ce dommage.

« Il est même théoriquement concevable que la convention de cession permette à l'acheteur de mettre en œuvre la garantie du vendeur en l'absence de tout préjudice. (...) le lien de causalité (...) est pour le moins distendu, pour ne pas dire inexistant (...) Si le vendeur déclare par exemple que la société a payé ou provisionné tous les impôts afférents aux périodes antérieures au '*closing*', il est bien évident que les éventuelles dettes d'impôts relatives auxdites périodes ne présentent aucun lien de causalité avec l'inexactitude de la déclaration (du vendeur). » (Leclercq, D., *Les conventions de cession d'actions, Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, *Larcier*, 2009, p. 202). Aussi, plutôt que de parler d' « indemnisation » ou de « dédommagement », il serait plus judicieux de recourir dans cette hypothèse à la notion d' « obligation de règlement ».

Le juge doit examiner le caractère exact ou inexact des déclarations des cédants (et ce indépendamment de toute notion de faute), vérifier si l'appel aux garanties a été exercé régulièrement et, en cas de déclaration inexacte, évaluer le préjudice des cessionnaires, conformément aux règles contenues dans la convention.

Les cessionnaires n'ont donc pas à démontrer la faute des cédants. Il leur suffit d'établir que les cédants ont fait des déclarations inexactes pour avoir droit à leur indemnisation.

Afin de garantir le respect dû à la convention-loi élaborée par les parties (article 1134, alinéa 1er, Code civil), celle-ci doit d'abord être interprétée en recherchant leur commune intention (article 1156 Code civil). Ce n'est pas parce qu'une convention est complexe – les parties ayant voulu rencontrer toutes les hypothèses dans lesquelles il pourrait être fait appel à la garantie des cédants – qu'elle est nécessairement obscure.

Son interprétation doit également se fonder sur les règles édictées par les articles 1158 (« Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat »), 1159 (« Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé ») et 1161 du Code civil (« Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier »).

« Conformément aux articles 1156 et 1157 du Code civil, si les termes d'une clause contractuelle sont ambigus, il incombe de rechercher l'intention des parties contractantes non pas en s'arrêtant au sens littéral des termes utilisés, mais en déterminant l'interprétation qui justifie le mieux l'existence de cette clause. L'article 1162 du code civil, selon lequel dans le doute, une convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation, n'est d'application que si, après avoir examiné l'intention des parties conformément aux articles 1156 et 1157 du Code civil, un doute subsiste quant à l'interprétation à donner au texte. (Bruxelles, (9ème ch.), 19 septembre 2002, *Rev. prat. Soc.*, 3/2003, p. 310). Il y a doute au sens de l'article 1162 du Code civil, « Quand il (n')est pas possible (au juge) de déterminer le sens ou la portée d'une convention par des éléments intrinsèques ou extrinsèques à l'acte » (Cass., 22 février 2002, Pas., p. 531).

Ce n'est que lorsque ce doute subsiste qu'il doit être fait usage de l'article 1162 du Code civil, selon lequel « la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

S'il est admis que les « clauses conventionnelles de garantie ou les déclarations particulières qui accroissent les obligations des vendeurs par rapport au droit commun des cessions d'actions (...) doivent être interprétées restrictivement et sont d'application stricte » (Liège, 1er avril 1992, *Rev. prat. Soc.*, 1993, p. 97 et note Corbisier, I.), il ne faut pas se méprendre sur la portée à donner à ce type d'interprétation en restreignant le champ d'application des dispositions contractuelles. Il convient au contraire de leur donner leur plein effet conformément à la volonté des parties, dans le respect des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1164 du Code civil.

Enfin, en application de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, la convention doit être exécutée de bonne foi.

Ne serait pas une exécution de bonne foi, une exécution d'une convention qui permettrait d'écartier la connaissance qu'ont manifestement les cessionnaires d'un fait au simple motif que ce fait ne serait pas reproduit *expressis verbis* dans le texte même de la convention et ce alors qu'ils reconnaîtraient qu'ils le connaissaient ou encore qu'ils pouvaient et



Rechtspraak – Jurisprudence

devaient le connaître en raison de leurs diligences et de leur science et qu'ils ont pu disposer de tout ce qui leur permettait de le savoir.

En l'espèce, l'article 7 de la convention dispose

« déclarations et garanties du Cédant

Relativement aux trois sociétés – HOLDING SA, B. SA et CAR SA – visées par la présente cession, le Cédant garantit que les déclarations suivantes sont exactes, complètes et précises, sous la seule réserve des informations mentionnées expressément dans les annexes.

(...) 7.3. Comptes

Tous les comptes de la Société (...) reflètent fidèlement le patrimoine et les résultats de l'entreprise. Ils ne comportent aucune surévaluation d'actif ni sous-estimation de passif.

(...) 7.4 Actif

7.4.1. Tous les biens portés à l'actif du projet de comptes annuels des sociétés CAR SA, B. SA et HOLDING SPRL arrêtés au 31 décembre 2009 (annexes) existent réellement pour la valeur déclarée. Toutes les créances indiquées dans ces comptes sont normalement recouvrables à leur date d'échéance, sauf à avoir été provisionnées à due concurrence. Les stocks ont été évalués à leur valeur d'acquisition ou, si celle-ci est inférieure, à leur valeur du marché.

(...)

7.4.4. Tous les actifs de la Société sont libres d'hypothèque, gage, nantissement ou toute autre charge ou restriction affectant leur propriété ou leur jouissance, sauf les engagements CBC bien connus du cessionnaire.

(...) 7.5.

Passif

La Société n'a d'autres passifs que ceux mentionnés dans ses comptes précités à l'article 7.4.1.

Elle a constaté dans ses comptes toutes les provisions relevant d'une bonne gestion comptable et financière. Elle n'a pas souscrit d'engagements 'hors bilan', tels que des engagements à l'égard de ses actionnaires et administrateurs ou des engagements de cautionnement ou de garantie de tiers.

(...)

7.10. Impôts et cotisations sociales

(...)

7.10.5. La Société n'a et n'aura aucune dette d'impôts et de cotisations sociales qui aurait pour cause ou pour origine des faits antérieurs à la conclusion du présent contrat pour un montant supérieur au montant provisionné dans les comptes précités à l'article 7.4.1. sous réserve des impôts et cotisations sociales relatifs aux opérations ordinaires et normales de la Société depuis cette date.

(...) 7.13. Litiges

La Société n'est, au jour de la conclusion du présent contrat, impliquée dans aucun litige de quelque nature que ce soit, tant en qualité de défenderesse que de demanderesse hormis les litiges déclarés et visés au rapport BDO annexé. A la connaissance du Cédant, au jour de la conclusion du présent contrat, la Société n'est menacée d'aucun autre litige et il n'existe à ce jour aucune contestation, réclamation,

– D.A.O.R. 2016/1 - n° 117

contrôle, enquête, demande de renseignements ou autre indice qui permette raisonnablement de penser qu'elle puisse l'être à l'avenir.

(...)

7.15. Changements

Depuis le 31 décembre 2009 pour les sociétés CAR SA, B. SA et HOLDING SPRL, la Société n'a accompli aucun acte ni pris aucun engagement autre que ceux nécessaires à sa gestion normale et ordinaire. Elle n'a, depuis cette date, accompli aucun acte ni pris aucun engagement de nature à modifier, de manière significative, la valeur des actifs et passifs ni à influencer négativement ses résultats.

Le Cédant n'a connaissance d'aucune circonstance ou d'aucun fait survenu depuis le 31 décembre 2009 pour les sociétés, de nature à modifier, de manière significative, la valeur des actifs et passifs ni à influence négativement ses résultats. (...)

Les annexes sont constituées par :

- le Mémorandum de la *due diligence* de CAR SA par BDO mandatée par les cessionnaires ;
- le projet de comptes annuels de HOLDING SPRL arrêtés au 31 décembre 2009 ;
- le projet de comptes annuels de CAR SA arrêtés au 31 décembre 2009 ;
- le projet de comptes annuels de B. SA arrêtés au 31 décembre 2009.

Dans son Mémorandum, BDO indique en page 4 que les « principales informations reçues » sont :

- *Statuts de la société*
- *Organigramme du personnel ; détail des rémunérations*
- *Balance des comptes 2009*
- *Comptes de résultats analytiques pour les années 2008 et 2009*
- *Balance clients et fournisseurs au 31/12/09*
- *Détail des stocks au 31/12/2009 et au 31/03/2010 – Diverses pièces justificatives comptables relatives aux comptes 2009*
- *Courriers d'avocats relatifs aux litiges en cours*
- *Synthèse annuelle 2009 de BMW relative aux divers bonus – Conventions de crédits*
- *Contrat de bail emphytéotique, convention cadre BMW,... – Accès au dossier et travaux du commissaire »*

C'est donc en fonction des déclarations des cédants, des annexes à la convention et des principes précités qui gouvernent l'interprétation et l'exécution des conventions qu'il y a lieu d'examiner la recevabilité et le bien fondé des appels à la garantie.

Les appels à la garantie concernent principalement la société CAR.

1. Annulation des notes de crédit à recevoir figurant dans le projet de comptes 2009 pour un montant de € 33.948,38 :

Les notes de crédit à recevoir constituent une créance de CAR vis-à-vis de BMW.

Internationaal tijdschrift voor ondernemingsrecht – Wolters Kluwer



Au vu des pièces déposées par les cessionnaires, il n'est pas possible de déterminer la date exacte à laquelle ceux-ci auraient eu connaissance d'un problème dans la comptabilisation desdites notes.



Selon l'attestation de BDO du 14 juin 2011 (pièce B8 des cessionnaires), celle-ci aurait procédé « à l'analyse des transactions comptables enregistrées entre le 1er janvier 2010 et le 15 juin 2010 dans les livres de (...) CAR » « du 16 au 18 juin 2010 ». Il importe de relever d'emblée qu'il ne s'agit donc pas d'une analyse des opérations comptables enregistrées en 2009 alors qu'il s'agit des notes de crédit à recevoir figurant dans les comptes au 31 décembre 2009. Ensuite, il est interpellant de lire dans le détail des prestations effectuées durant la semaine 24 de l'année 2010 (soit du lundi 14 au dimanche 20 juin), qu'il s'agit déjà de faire « *le point + rédaction et suivi* ». Cela pourrait laisser accroire qu'il y a eu des investigations antérieures concernant les comptes de 2009. Si tel était le cas, l'appel à la garantie du 13 septembre 2010 serait irrecevable puisque fondé sur des éléments dont les cessionnaires ont eu connaissance plus de 3 mois auparavant.

Mais plus fondamentalement, il doit être constaté que dans les « principaux travaux réalisés » repris dans son Mémorandum, BDO indique qu'elle procédé à la « *réconciliation des notes de crédit à recevoir (remise écologique, bonus BMW, garanties à recevoir,...) sur base des pièces justificatives* » (page 9),
Elle n'a émis aucune critique ou réserve à cet égard et a donc approuvé pour ce poste le projet des comptes annuels 2009 de CAR.

A présent, les cessionnaires prétendent que BDO n'aurait « pas eu l'occasion d'analyser en détail toutes les notes de crédit » (leurs dernières conclusions d'appel, page 58, paragraphe 6).

BDO a été mandatée par les cessionnaires et a eu tout le loisir d'examiner les comptes de CAR ainsi qu'il ressort de ses propres déclarations. Elle a dû travailler avec le comptable de CAR, Y.B., qui est resté à ce poste après la cession.

Elle prétend avoir procédé à la réconciliation des notes de crédit à recevoir.

Or, à peine deux semaines après la cession des parts sociales de CAR, BDO est à nouveau sur place et est à même, en deux jours (si on s'en tient à ce qu'elle atteste), de relever, entre autres, une erreur dans la comptabilisation de ces notes de crédit à hauteur de € 39.727,48 (selon l'appel à la garantie du 13 septembre 2010, montant réduit dans les comptes annuels approuvés pour 2009 à € 27.396).

Cette thèse ne peut être suivie.

En faisant appel à la garantie dans ces conditions, les cessionnaires n'exécutent pas la convention de cession des parts sociales de bonne foi dès lors qu'en raison de la *due diligence* de BDO, ils pouvaient et devaient connaître les faits sur lesquels ils fondent cet appel.

Par conséquent, c'est à bon droit que le premier juge a rejeté la demande des cessionnaires concernant ce premier point. **2.**

Surévaluation des stocks à hauteur de € 54.952,90

Les cessionnaires soutiennent que la réduction de valeur pratiquée sur le stock de véhicules d'occasion aurait dû être augmentée de € 54.952,90 pour tenir compte de la valeur de marché desdits véhicules.

BDO a relevé au cours de sa *due diligence* que « *Une réduction de valeur a été comptabilisée à hauteur de 35 KEUR sur le stock de 57*

véhicules d'occasion au 31/12/2009 (485 KEUR avant réduction) » et que celle-ci a été « *calculée afin d'aligner les valeurs d'inventaire aux valeurs de réalisation estimées par les marchands* ». Elle a indiqué qu'il n'y avait « *pas de pièce justificative obtenue pour valider l'estimation des marchands* » ni « *de règle d'évaluation spécifique définie en interne* ». et que « *La réduction de valeur s'élève à 25 KEUR sur le stock de 51 véhicules d'occasion au 31/03/2010 (477 KEUR avant réduction)* ». En synthèse, elle a également indiqué « *Réductions de valeur complémentaires éventuelles sur les stocks de véhicules* » (Mémorandum, pages 12 et 26).

Il ne doit pas être perdu de vue que la réduction de valeur sur stock mesure l'écart probable entre la valeur d'acquisition du stock et sa valeur de marché ou de réalisation.

Sa détermination présente donc un certain caractère aléatoire tempéré par les principes de bonne foi et de prudence propres au droit comptable.

Les cessionnaires précisent d'ailleurs que « La valeur de marché n'a pu être réalisée qu'après la cession, à l'occasion de la vente ultérieure des véhicules. » (leurs dernières conclusions d'appel, page 60, dernier paragraphe).

Mais c'est *a priori* et non *a posteriori* que la réduction de valeur doit être déterminée.

Les cessionnaires ne démontrent nullement que la réduction de valeur sur le stock de véhicules d'occasion figurant dans le projet de comptes annuels 2009 n'était pas conforme au prescrit comptable lorsqu'elle a été actée.

Au demeurant, ils ne fournissent aucune précision concernant les ventes ultérieures de ces véhicules et en particulier sur le fait de savoir si celle-ci ont été effectuées dans les conditions habituelles et normales propres au marché concerné.

Dès lors, c'est à raison que le tribunal de première instance a également rejeté la demande des cessionnaires relativement à ce deuxième point.

3. Frais de conversion du mandat hypothécaire en hypothèque par la banque CBC, soit € 20.325

Dans la convention de cession de parts sociales, les cédants ont notamment déclaré : « 7.15.Changements

(...)

Le Cédant n'a connaissance d'aucune circonstance ou d'aucun fait survenu depuis le 31 décembre 2009 pour les sociétés, de nature à modifier, de manière significative, la valeur des actifs et passifs ni à influencer négativement ses résultats. »

Or, il est avéré que le 21 mai 2010, la banque CBC a procédé à la conversion de son mandat hypothécaire en hypothèque (pièces C3 des cessionnaires), opération qui a généré des frais dans le chef de CAR et de B. qui ne figuraient donc pas en-

D.A.O.R. 2016/1 - n° 117 –

core dans les comptes de ces sociétés au 31 décembre 2009, ni dans la convention du 1er juin 2010, ni dans ses annexes.



Il importe peu que cette opération soit « un acte unilatéral du créancier hypothécaire, survenu sans intervention » des cessionnaires (dernières conclusions d'appel de P.P., page 54, antépénultième paragraphe). Du moment qu'il s'agit d'*« un fait survenu depuis le 31 décembre 2009 pour les sociétés, de nature (...) à influencer négativement ses résultats.* », l'appel à la garantie se justifie.

Les cessionnaires produisent deux extraits de compte pour un montant total de € 20.325, ainsi qu'un courriel du comptable de CAR, Y.B., adressé au réviseur d'entreprises D. LE. le 25 mai 2010 dans lequel il l'informe que « *La CBC a converti, via le notaire, le mandat hypothécaire en prenant une inscription hypothécaire. Le coût est de € 10.478 pour CAR SA et de € 9.847 pour B.* » (pièces C3 des cessionnaires). Le montant desdits frais est dès lors établi.

La conversion du mandat hypothécaire est la conséquence directe de l'attitude adoptée alors par la direction de CAR face à son banquier (voir lettres de CBC du 21 mai 2010 et du 12 juillet 2011). Il n'est nullement établi que « cette conversion serait de toute façon intervenue postérieurement à la cession, si elle n'était pas intervenue le 21 mai 2010. » (dernières conclusions d'appel de P.P., page 55, paragraphe 1er).

Les cédants ne pouvaient ignorer cet événement au 1er juin 2010 puisqu'il était connu de leur comptable et de leur commissaire.

L'appel à la garantie est fondé dans son principe.

4. Provisions honoraires sous-évaluées de € 24.758,57

Au jour de la signature de la convention de cession des parts sociales, les cessionnaires n'ignoraient pas l'existence de litiges nés avant le 31 décembre 2009 et le fait qu'aucune provision n'avait été actée pour anticiper les honoraires et frais qui seraient réclamés ultérieurement par les conseils des sociétés cibles pour avoir assuré la défense de leurs intérêts.

En effet, d'une part le rapport de la *due diligence* de BDO mentionne parmi les « principales informations reçues » : « *Courriers d'avocats relatifs aux litiges en cours* » ; parmi les « principaux travaux réalisés » : « *obtention de la confirmation avocat (Cabinet BIAR)* » et en ce qui concerne les « aspects comptables et financiers » : « *Litiges identifiés pour un montant global à charge de 38 KEUR* » (rapport BDO, pages 10 et 19) et d'autre part il est constant qu'aucune provision n'avait été actée à cet égard dans les projets de comptes annuels au 31 décembre 2009.

Par conséquent, les cessionnaires ne peuvent prétendre exécuter de bonne foi la convention du 1er juin 2010 en fondant leur appel à la garantie sur un fait qu'ils pouvaient et devaient connaître par leurs diligences.

En outre, les cessionnaires sont forclos dès lors qu'ils avaient connaissance de l'existence des éléments précités avant le 1er juin 2010 et qu'ils n'ont fait appel à la garantie des cé-

– D.A.O.R. 2016/1 - n° 117

dants que le 13 septembre 2010, en contrariété avec le délai prévu par l'article 8.5. de la convention.

5. Indemnités liées aux véhicules loués par CAR pour un montant de € 14.836,34

Il est reproché aux cédants que « *dans le cadre des véhicules pris en location par CAR avant le 31 décembre 2009, les loueurs ont porté en compte en 2010 diverses indemnités liées à des événements antérieurs au 31 décembre 2009. Dans la mesure où ces frais sont liés à des locations débutées avant le 31 décembre 2009, ils auraient dû faire l'objet d'une provision pour indemnités dans le projet de comptes 2009* » (appel à la garantie du 13 septembre 2010 : pièce B1 des cessionnaires).

Les cessionnaires précisent en termes de conclusions que « Ce poste est totalement justifié eu égard au mail que BMW communiquait à la société CAR en date du 29.09.2010 pour laquelle BMW expliquait que 3 voitures avaient fait l'objet de locations à long terme par la société CAR au profit de connaissances de Monsieur P.P., lesquelles, lors de leur restitution conduisait à des recalculs des contrats eu égard au kilométrage excessif (...) par rapport au kilométrage contractuellement prévu. » (dernières conclusions d'appel, page 65, paragraphe 3),

Or, dans son Mémorandum, BDO indique en ce qui concerne les « principaux travaux réalisés » : « *obtention du détail des véhicules en location* » et parmi les « aspects comptables et financiers » : « *identification de 58 véhicules faisant l'objet d'un renting au 31/12/2009 (...) véhicules de remplacement pour les clients ; dans la pratique, véhicules fréquemment prêtés (à titre gratuit) à des connaissances du management ; 16 contrats sont achevés depuis le 28/02/2010* » ;

3 véhicules ne sont pas récupérés à ce jour ». Elle ajoute en « synthèse des autres risques/charges non chiffrables » : « *3 à 5 véhicules de location non récupérés à ce jour* » (rapport, pages 9,17 et 26, en gras dans le texte).

Il s'agissait donc ici encore d'un élément connu des cessionnaires au 1er juin 2010 pour lequel ils ne peuvent faire appel à la garantie des cédants pour les motifs exposés au point 4 ci-dessus.

(...)

Le dommage

En fin de compte, l'appel à la garantie n'est fondé dans son principe que pour les frais de conversion du mandat hypothécaire de la banque CBC en hypothèque et pour les honoraires du conseil de CAR relatifs à la levée de la solidarité relative aux cotisations sociales de P.P.

Les cessionnaires prétendent qu'ils ont droit à une indemnisation correspondant auxdits frais et honoraires.

Selon l'article 8 « indemnisation du cessionnaire

(...)

Le Cédant s'engage à indemniser totalement le Cessionnaire de tout préjudice qu'il subirait, directement ou indirectement, du fait de l'inexactitude d'une de ces déclarations à l'article 7, d'un manquement à l'une des garanties visées au même article ou d'une violation d'une des obligations prévues par le présent contrat.

(...)

Le montant total des dommages et intérêts dont le Cédant pourrait être redevable en vertu de la présente clause ne pourra excéder le prix fixé à l'article 2 alinéa 1.

(...)



Le Cédant ne devra payer de dommages et intérêts au Cessionnaire, en vertu de la présente clause, que pour autant que leur montant total excède la somme de € 10.000. Dans cette hypothèse, le Cédant devra des dommages et intérêts à compter du premier euro. »

Il ressort de ces dispositions que contrairement à ce que soutiennent les cessionnaires, les parties n'ont pas envisagé une « garantie de reconstitution » ou encore une « garantie de passif », mais bien une « garantie de valeur » ou « de révision de prix ».

En effet, en théorie d'une part le bénéficiaire de la garantie n'est pas la société cible, mais les cessionnaires (voire l'une ou les autres au choix de l'acquéreur). D'autre part, la garantie ne leur permet pas d'obtenir une indemnisation supérieure au prix de vente des parts.

Or, il est admis que ces deux critères sont essentiels pour permettre de distinguer la nature de la garantie accordée par les cédants aux cessionnaires (Coibion, A., *op. cit.*, p. 864 à 879 ; Liège (14ème ch.), 17 janvier 2012, *J.D.S.C.*, 2014, p. 63 et note d'observations : Coipel, M., « Une importante distinction parmi les garanties conventionnelles en cas de cession de parts ou d'actions »),

« Dans une clause de garantie de valeur, 'le vendeur s'oblige à verser à l'acheteur des indemnités compensatoires des dommages résultant de la moins-value subie par les actions cédées suite à une augmentation de passif, une diminution d'actif ou la variation d'une ou de la situation nette pour autant que cet événement ait une origine antérieure à la cession mais se révèle postérieurement à celle-ci'. On voit que l'objectif est 'de garantir à l'acheteur la valeur des droits sociaux cédé' et cette définition montre que la garantie ne porte pas nécessairement sur la totalité des dettes sociales : ce serait seulement dans ce cas que l'appellation de 'garantie de passif' serait adéquate ». Les clauses 'sont en principe limitées à hauteur du prix de cession' puisqu'elles débouchent sur une réduction du prix de vente et qu'il y a une 'impossibilité juridique de prévoir un prix nul ou négatif en droit de la vente' » (Coipel, M., *op. cit.*, p. 69).

Il est rappelé que les clauses de garantie sont de stricte interprétation. Il ne s'agit pas de restreindre le champ d'application des dispositions contractuelles, mais au contraire de leur donner leur plein effet conformément à la volonté des parties.

Or, il ne peut être déduit de la seule mention que le cédant s'engage à indemniser totalement le cessionnaire de tout préjudice qu'il subirait, « *directement ou indirectement* » que l'intention des parties étaient d'insérer dans la convention de cession de parts sociales un garantie « de reconstitution » ou « de passif ».

Par conséquent, il appartient aux cessionnaires d'établir le préjudice qu'ils ont subi directement ou indirectement relativement aux frais de conversion du mandat hypothécaire de la banque CBC en hypothèque et aux honoraires du conseil de CAR pour la levée de la solidarité relative aux cotisations sociales de P.P.

C'est dès lors à bon droit que le premier juge leur avait accordé un euro provisionnel pour chacun de ces deux postes et avait ordonné la réouverture des débats aux fins précitées.

Il est regrettable que les cessionnaires n'aient pas mis à profit la procédure d'appel pour envisager cette question, ne serait-ce qu'à titre subsidiaire.

Leur demande d'expertise n'a pas cet objet.

Action en garantie de M.P. contre P.P.

Dans ses dernières conclusions d'appel (page 82, avant-dernier paragraphe), P.P. précise qu'il « s'en réfère à justice quant à cette demande ».

« Si le 'référez à justice' est une manière de contester la demande, une contestation non précisée de la prétention de l'autre partie. En conséquence, il ne constitue pas un acquiescement à la décision sujette à cette contestation minimaliste » (Closset-Marchal, G., Van Droogenbroeck, J.-F., Ühlig, S., Decroës A., « Examen de jurisprudence, 1993 à 2005, Droit judiciaire privé, Les voies de recours », R.C.J.B., 2006, n° 38, p. 112), il n'en demeure pas moins que P.P. n'interjette pas appel des dispositions du jugement du 28 juin 2013 relatives à l'action en garantie dirigée contre lui par son père. Son appel incident vise en effet exclusivement l'action des cessionnaires (conclusions P.P., pt. IV, p 14 et 15).

Le jugement du 28 juin 2013 est donc définitif en ce qu'il condamne P.P. à garantir M.P.

(...)

.....
.....

Gent 3 juni 2015

AR: 2012/AR/1007

Zet.: Mw. A. Van de Putte, kamervoorzitter, de h. G Danneels en L. Billiet, raadsheren

Pleit.: Mrs. S. Beele en D. Ryckaert

Toepassingsgebied handelsagentuurovereenkomst – Art. I.11.1° WER – Wetgeving op de handelsagentuurovereenkomst – Dwingend karakter – Inschrijving in een register – Geen voorwaarde voor de geldigheid van een handelsagentuurovereenkomst

Niet-inschrijving in de Kruispuntbank van Ondernemingen

D.A.O.R. 2016/1 - n° 117 –



Cass. 23 januari 2015

Hof van Cassatie van België

Arrest

Nr. C.13.0579.N

1. **RENSON SUNPROTECTION-SCREENS nv**, met zetel te 8790 Waregem, Kalkhoevestraat 45,
2. **L. R.**,

eisers,

vertegenwoordigd door mr. Huguette Geinger, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Quatre Brasstraat 6, waar de eisers woonplaats kiezen,

tegen

1. **L EN K PROJECTS bvba**, met zetel te 8900 Ieper, Proosdijstraat 1,
2. **SUNPROTEX bvba**, met zetel te 8900 Ieper, Albert Dehemlaan 27,
3. **L. K.**,

verweerders,

vertegenwoordigd door mr. Johan Verbist, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 2000 Antwerpen, Amerikalei 187, bus 302, waar de verweerders woonplaats kiezen.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent van 17 december 2012.

Raadsheer Alain Smetryns heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eisers voeren in hun verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste onderdeel

1. Krachtens artikel 7 van het Decreet d'Allarde van 2-17 maart 1791, zoals te dezen van toepassing, staat het eenieder vrij om naar goeddunken elke handel te drijven of elk beroep, bedrijf of ambacht uit te oefenen.
2. Deze bepaling, die zich verzet tegen een ongeoorloofde beperking van de vrijheid van handel en nijverheid, is van openbare orde.

Het beding dat een onredelijke beperking van de concurrentie naar voorwerp, territorium of duur oplegt, is bijgevolg nietig.

3. Indien een overeenkomst of een beding strijdig is met een bepaling van openbare orde en bijgevolg nietig is, kan de rechter indien een partiële nietigheid mogelijk is, de nietigheid, behoudens de wet zulks verbiedt, beperken tot het met deze bepaling strijdig gedeelte van de overeenkomst of beding op

voorwaarde dat het voortbestaan van de gedeeltelijk vernietigde overeenkomst of beding beantwoordt aan de partijbedoeling.

4. De appelrechters stellen vast dat:

- de partijen een overeenkomst hebben gesloten tot overdracht van onderne-
ming en deze overeenkomst voorziet in een niet-concurrentiebeding met een
duur van zeventien jaar;
- artikel 10 van deze overeenkomst bepaalt dat: “*bepalingen die door nietig-
heid aangetast of ongeldig zouden zijn, blijven bindend voor het gedeelte
ervan dat wettelijk toegelaten is*”.

5. Zij oordelen dat een niet-concurrentiebeding van zeventien jaar “*bijzon-
der lang*” is, een dergelijk beding strijdig is met de vrijheid van handel en nij-
verheid, het beding nietig is en “*de nietigheid absoluut [is] en het beding niet
[kan] gematigd worden*”.

6. Door op deze gronden geen gevolg te geven aan het verzoek van de ei-
zers om de nietigheid van het niet-concurrentieding te beperken tot de over-
schrijding van de toegelaten duur, verantwoorden de appelrechters hun beslis-
sing niet naar recht.

Het onderdeel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het ver-
nietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent over aan de feitenrech-
ter.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Antwerpen.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, sa-
mengesteld uit afdelingsvoorzitter Eric Dirix, als voorzitter, en de raadheren
Alain Smetryns, Koen Mestdagh, Geert Jocqué en Bart Willeman, en in open-

bare rechtszitting van 23 januari 2015 uitgesproken door afdelingsvoorzitter Eric Dirix, in aanwezigheid van advocaat-generaal André Van Ingelgem, met bijstand van griffier Kristel Vanden Bossche.

K. Vanden Bossche

B. Wylleman

G. Jocqué

K. Mestdagh

A. Smetryns

E. Dirix

Kh. Brussel 15 oktober 2008

identiteit en hun bevindingen; zijn oordeel daarover uit te spreken en te antwoorden op alle vragen van partijen, nuttig voor de oplossing van het geschil.

5. het voorlopig verslag aan iedere partij te sturen, met het verzoek hun gemotiveerde opmerkingen binnen de 45 dagen na de datum postmerk over te maken; hun bezwaren te beantwoorden en indien partijen niet tot verzoening komen, een gemotiveerd, schriftelijk en onder eed bevestigd verslag van al zijn vaststellingen op te stellen en hierbij de gedetailleerde staat van de kosten en het ereloon te voegen met opgave van het uurloon, eventuele verplaatsingskosten, verblijfkosten, algemene kosten en bedragen die aan derden zijn betaald en de verrekening van vrijgegeven bedragen.

6. op de dag van de neerlegging van het eindverslag op de griffie van de rechtbank van eerste aanleg te Veurne aan partijen aangetekend een afschrift van het verslag en de gedetailleerde staat van de kosten en het ereloon te zenden met het verzoek, om - overeenkomstig artikel 991 van het gerechtelijk wetboek - binnen de 15 dagen na de neerlegging ter griffie schriftelijk aan de rechter in deze rechtbank hun instemming mee te delen met het bedrag van het ereloon en de kosten die worden aangerekend, zodat deze rechtbank kan overgaan tot hun begroting onderaan op de minuut van de staat en bij gebreke waarvan de gerechtelijk deskundige deze rechtbank om de begroting kan vragen.

[...]

NOOT

Voor een bespreking van dit arrest : B. BELLEN en J. STEVENS, "Bedrog bij de totstandkoming van een overnameovereenkomst en de verhouding met de precontractuele informatieplicht", *TRV* 2011, 577.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE BRUSSEL

15 oktober 2008 - 24ste Kamer

Voorzitter : Roosen

Rechters in handelszaken : De Wachter en Derieuw
Advocaten : D. De Marez loco J. Lievens, K. Geens,
L. Schuermans, J.-L. Schuermans, J. Verlinden en
T. Van Maldergem

1. OVERDRACHT VAN AANDELEN - BEDROG -
PROFESSIONEEL KARAKTER EN BEKWAAMHEID
OVERNEMER - ONVOLLEDIGE INFORMATIE -
RISICO VOOR OVERNEMER

2. OVERDRACHT VAN AANDELEN - CULPA IN CONTRAHENDO - GEEN EENZIJDIGE INFORMATIEVERPLICHTING VOOR OVERDRAGER

1. Opdat een overeenkomst tot overdracht van aandelen nietig verklaard kan worden wegens bedrog, dient de eiseres te bewijzen dat het bedrog determinerend is geweest voor haar toestemming. Bij de beoordeling van de beweerde bedrieglijke kinstgrepen dient rekening te worden gehouden met het professionele karakter en de bekwaamheid van eiseres. Indien deze het risico neemt om te contracteren op grond van onvolledige informatie, dan is de overeenkomst niet aangestast door bedrog.

2. Op de overdrager rust geen algemene verplichting tot het verstrekken van volledige informatie, behoudens indien de wet het voorschrijft. De informatieverplichting in het kader van onderhandelingen is niet eenzijdig, op alle onderhandelaars rust een zorgvuldigheidsplicht om zichzelf te informeren. Gezien de grote ervaring die eiseres had, diende zij de nodige voorzichtigheid aan de dag te leggen om de voor haar nuttige en noodzakelijke informatie op te vragen alvorens te contracteren.

NV Plastic Investment Company t./ NV Umicore,
NV Umicore Cuivre et Zinc en NV Overpelt Plascobel

[...]

RELEVANTE FEITEN & VORDERINGEN

Onderhavig geschil is ontstaan ingevolge een overeenkomst gesloten tussen partijen op 23 juni 1999 waarbij verweersters 100 % van hun aandelen in OPV aan eiseres verkocht voor de prijs van 625.000.000 bef, thans 15.493.345,30 EUR.

Eiseres houdt staande dat verweersters tijdens de onderhandelingen voorafgaand het tot stand komen van de Overeenkomst van 23 juni 1999, op bedrieglijke wijze foutieve, gemanipuleerde en onvolledige informatie verstrekt heeft aan eiseres teneinde OVP

voor te stellen als "een geherstructureerde en vernieuwde vennootschap met een schitterende toekomst voor de boeg gelet op de reeds gerealiseerde turnaround", daar waar eiseres achteraf diende vast te stellen dat de realiteit totaal anders was en de toestand van OVP ronduit dramatisch was, zodat zij een veel te hoge overname prijs betaald heeft.

Deze beweerde bedrieglijke handelwijze van verweersters heeft er volgens eiseres toe geleid dat zij een overeenkomst aangegaan heeft die zij niet zou hebben afgesloten indien zij over de juiste en volledige informatie zou beschikt hebben, minstens dat zij de overeenkomst niet zou hebben gesloten aan dezelfde voorwaarden.

Eiseres is dan ook van oordeel dat verweersters bedrog gepleegd hebben, minstens precontractuele fouten begaan hebben bij het afsluiten van de Overeenkomst van 23 juni 1999 waardoor zij schade geleden hebben.

De vordering van eiseres na uitbreiding en wijziging in conclusies, strekt er toe :

- In hoofdorde : te zeggen voor recht dat de koopverkoopovereenkomst dd. 23 juni 1999 m.b.t. 100 % van de aandelen van NV OVERPELT PLASCOBEL aangetast is door bedrog, gepleegd door verweersters, en waarzonder eiseres de overeenkomst nooit zou hebben gesloten.
- Ten gevolge dit bedrog verweersters te veroordelen tot betaling aan eiseres van een schadevergoeding, gelijk aan de door eiseres betaalde prijs zijnde 15.493.345,30 EUR (625.000.000 bef), te vermeerderen met de intresten aan de wettelijke rentevoet vanaf de betaling van de prijs door eiseres tot volledige betaling van de schadevergoeding.
- In ondergeschikte orde : te zeggen voor recht dat de koop-verkoopovereenkomst dd. 23 juni 1999 m.b.t. 100 % van de aandelen van NV OVERPELT PLASCOBEL aangetast is door bedrog, gepleegd door verweersters, en waarzonder eiseres niet aan de overeengekomen voorwaarden zou hebben gecontracteerd.
- Verweersters minstens te veroordelen tot betaling aan eiseres van een schadevergoeding van 13.494.345,30 EUR zijnde de door eiseres betaalde prijs zijnde 15.493.345,30 EUR (625.000.000 bef) minus 2.000.000,00 EUR, te vermeerderen met de intresten aan de wettelijke rentevoet vanaf de betaling van de prijs door eiseres tot volledige betaling van de schadevergoeding.
- In meer ondergeschikte orde : te zeggen voor recht dat verweersters aansprakelijk zijn ten overstaan van eiseres op grond van precontractuele aansprakelijkheid en verweersters te veroordelen tot betaling aan eiseres van een schadevergoeding, gelijk aan de door eiseres betaalde prijs zijnde 15.493.345,30 EUR (625.000.000 bef), te vermeerderen met de intresten aan de wettelijke rentevoet vanaf de betaling van de prijs door eiseres tot volledige betaling van de schadevergoeding.

15.493.345,30 EUR (625.000.000 bef), te vermeerderen met de intresten aan de wettelijke rentevoet vanaf de betaling van de prijs door eiseres tot volledige betaling van de

- Verweersters te veroordelen tot betaling aan eiseres van een morele schadevergoeding provisioneel begroot op 1 EUR.
- Verweersters te veroordelen tot de kosten van het geding.
- Het tussen te komen vonnis uitvoerbaar te verklaren, niettegenstaande alle verhaal, zonder borgstelling en met uitsluiting van kantonnement.

Verweersters betwisten de vordering en vorderen bij monde van conclusies :

- Alvorens recht te doen : eiseres op grond van art. 877 Ger.W. te bevelen het rapport of de rapporten, of een eensluidend verklard afschrift ervan, die de BDO in juni 1999 omtrent OVP heeft opgesteld tijdens of na de due diligence van OVP, bij het dossier van de rechtspleging te voegen.
- In hoofdorde : de vordering van eiseres onontvankelijk, ontoelaatbaar of minstens ongegrond te verklaren en eiseres te veroordelen tot de kosten en het te wijzen vonnis gemeen te verklaren aan verweerster in gedwongen tussenkomst.
- In ondergeschikte orde : voor zover de rechbank per impossible zou zeggen voor recht dat de overeenkomst van 23 juni 1999 aangetast is door bedrog, tevens te zeggen voor recht dat deze overeenkomst nietig is, te zeggen voor recht dat verweerster in gedwongen tussenkomst ertoe gehouden is alles terug te geven wat zij op grond van deze overeenkomst ontvangen heeft van verweersters, alsook te zeggen voor recht dat verweersters bevrijd zijn van alle bestaande of toekomstige verplichtingen ten opzichte van verweerster in tussenkomst of van eiseres op basis van de overeenkomst van 23 juni 1999. Verweerster in gedwongen tussenkomst te veroordelen tot betaling van het provisioneel bedrag van 470.733,17 EUR, te vermeerderen met de intresten aan de wettelijke rentevoet vanaf het ogenblik van uitvoering van de betalingen door verweersters en verweerster in tussenkomst te veroordelen tot de kosten van het geding.

Verweerster in gedwongen tussenkomst concludeert tot de onontvankelijkheid, ontoelaatbaarheid en ongegrondheid van de hoofdvordering van eiseres op hoofdeis lastens verweersters op hoofdeis, minstens de vordering in gedwongen tussenkomst onontvankelijk, ontoelaatbaar minstens ongegrond te verklaren, minstens de tegeneis van verweerster in tussenkomst lastens Umicore als gegronde toe te kennen en derhalve te zeggen voor recht dat Umicore haar dient te vrijwaren voor alle nadelige gevolgen die zij zou ondervinden wegens de vernietiging van de overeenkomst zo o.a. dat Umicore,

minstens de tussenvordering van verweerster in tussenkomst lastens eiseres op hoofdeis gegrond te verklaren en voor recht te zeggen dat eiseres op hoofdeis haar dient te vrijwaren voor de terugbetaalingen die zij aan eiseressen in tussenkomst zou moeten verrichten en voor verbintenissen uit de overeenkomst die Umicore naar de toekomst toe niet zou moeten naleven ten gunste van haar.

Op de pleitzitting verklaren eiseres en verweersters dat zij hun rechtplegingsvergoeding begroten op het maximaal bedrag van 30.000,00 EUR overeenkomstig het KB van 26 oktober 2007.

BESPREKING

Nopens de ontvankelijkheid

Verweersters werpen de niet-ontvankelijkheid van de vordering van eiseres op wegens het ontbreken van de contractueel verplichte voorafgaande poging tot minnelijke schikking zoals bepaald in artikel 10.12 van de overeenkomst van 23 juni 1999, dat bepaalt :

Geschillen

Alle betwistingen in verband met deze overeenkomst moeten voorgelegd worden aan de raden van bestuur van Umicore en van de Koper. Indien dergelijke betwisting niet is opgelost binnen de 60 dagen na dergelijke voorlegging, is artikel 10.12 (lees artikel 10.13) van toepassing.

(vrij vertaald uit het Engels door verweersters)

Eiseres houdt voor dat de term "the management of boards" dient vertaald te worden als "het management". Deze betwisting omtrent de juiste vertaling is echter irrelevant.

Verweersters voeren aan dat deze clausule een contractueel verplichte poging tot minnelijke schikking inhoudt vergelijkbaar met de wettelijke verplichte poging tot minnelijke schikking voorzien in artikel 1345 Ger.W. en stellen dat de niet naleving van zulke bedingen gesanctioneerd worden met de niet-ontvankelijk[heid] van de ingestelde rechtsvordering.

Deze stelling kan niet bijgetreden worden door de rechtbank.

Beide partijen zijn het eens dat het beding vervat in artikel 10.12 niet kan gekwalificeerd worden als een bemiddelingsbeding waar partijen dienen beroep te doen op een derde 'bemiddelaar' om het geschil trachten te beslechten. De vergelijking van verweersters van onderhavig beding met de verplichte wettelijke poging tot minnelijke schikking zoals voorzien in pachtzaken is dan ook niet terzake.

Hoger genoemde clausule dient gekwalificeerd te worden als een contractuele verbintenis van de con-

tractspartijen om iets te doen (art. 1142 B.W.) namelijk, het voorleggen van het geschil aan de raden van bestuur/management die over een periode van 60 dagen beschikken om de betwisting op te lossen. De clausule omvat geen conventionele sanctie ingeval van niet naleving van de verbintenis.

Overeenkomstig het gemeen recht maakt de niet naleving [van] een contractuele verbintenis een contractuele fout uit, die de wederpartij het recht verleent de uitvoering van de verbintenis te vorderen of indien de uitvoering ervan niet meer mogelijk is, schadevergoeding te vorderen.

De niet uitvoering van deze clausule kan aldus niet leiden tot niet-ontvankelijkheid van de rechtsvordering.

Vervolgens werpen verweersters als tweede grond van onontvankelijk[heid] het gebrek aan hoedanigheid en belang, minstens gebrek aan vorderingsrecht van eiseres op, nu eiseres op datum van dagvaarding 60 % van de aandelen verkocht heeft en in de loop van de procedure de resterende 40 %.

Krachtens art. 17 Ger.W. kan de rechtsvordering niet worden toegelaten, indien de eiser geen belang heeft om ze in te dienen. Het begrip belang wordt algemeen gedefinieerd als elk effectief en niet-theoretisch, materieel of moreel voordeel, dat door de persoon, die een vordering instelt, verwacht mag worden op het ogenblik dat hij zijn vordering formuleert (Fettweis, A., *Manuel de procedure civil*, 1985, nr. 27). Krachtens artikel 18, eerste lid, Ger.W. moet het belang een bij de inleiding reeds verkregen en dadelijk belang zijn. Bovendien moet het belang rechtstreeks en persoonlijk zijn.

Door eiseres wordt betaling van een schadevergoeding gevorderd ingevolge bedrog gepleegd door verweersters bij het tot stand komen van een overeenkomst tot verkoop van aandelen, waarvan verweersters staande houden dat zij niet tot betaling ervan gehouden zijn.

Er bestaat derhalve een betwisting tussen partijen en eiseres kan derhalve een verkregen en dadelijk belang hebben om haar gestelde recht te doen erkennen en verweersters te doen veroordelen tot schadevergoeding.

Dat het bestaan of ontbreken van een belang namelijk niet afhankelijk kan worden gesteld, of getoetst worden aan, het al dan niet bestaan of gegrond zijn van het recht waarvan men de erkenning of de naleving vordert (Cass. 14 januari 1983, *R.W. 1983-84, 1230*).

Opnieuw krachtens art. 17 Ger.W. kan de rechtsvordering niet worden toegelaten indien de eiser geen hoedanigheid heeft om ze in te dienen. Het begrip hoedanigheid wordt algemeen gedefinieerd als "de bevoegdheid krachtens welke iemand een rechtsvordering uitoefent". Heeft de vereiste hoedanigheid, de

houder van een subjectief recht waarvan de erkenning in rechte wordt gevorderd, tenzij verlies van de beschikkingsbevoegdheid over het aangevoerde recht.

Door eiseres wordt een vordering op grond van art. 1382-1383 B.W. ingesteld waarbij eiseres (terecht of ontorecht) de vergoeding van schade beoogt, zodat dan ook getuigt van de vereiste hoedanigheid in de zin van art. 17 Ger.W.

Het bestaan of ontbreken van de vereiste hoedanigheid kan namelijk niet opnieuw afhankelijk worden gesteld, of getoetst worden aan, het al dan niet bestaan of gegrond zijn van het recht waarvan men de erkenning of de naleving vordert (Cass. 14 januari 1983, *R.W.* 1983-84, 1230).

De procespartij die voorhoudt titularis te zijn van een subjectief recht, heeft hoedanigheid om een vordering in te stellen, ook al wordt dit recht betwist.

Het onderzoek naar het bestaan of de draagwijdte van het subjectief recht dat wordt ingeroepen - in casu de vraag of eiseres nog een recht op schadevergoeding kan uitoefenen en/of deze vordering overgedragen werd bij de verkoop van de aandelen door eiseres - betreft niet de ontvankelijkheid maar de gegrondheid van de vordering.

(Cass. 2 april 2004, C.02.0609.N/1, www.cass.be)

De vordering komt dan ook ontvankelijk voor.

Nopens de grond

1. Uitvoering van de overeenkomst

Het argument van verweersters dat eiseres geen wilsgebrek meer kan inroepen omdat eiseres de Overeenkomst van 23 juni 1999 bij herhaling vrijwillig uitgevoerd heeft - wat niet betwist wordt door eiseres - en een bevestiging tot de rechtshandeling die tot stand gekomen is door bedrog inhoudt, kan niet weerhouden worden omdat de bevestiging of bekraftiging van een rechtshandeling enkel betrekking heeft op de nietigheidssanc tie.

In casu vordert eiseres echter niet de nietigverklaring van de overeenkomst doch slechts het vaststellen van het bedrog met schadevergoeding.

De vaststelling van verweersters dat eiseres evenwel de instandhouding van de overeenkomst nastreeft en een schadevergoeding van de totale koopprijs van de aandelen vordert, erop neerkomt dat eiseres "de boter en het geld van de boter wil" kan evenwel bijgetreden worden doch dit gegeven kan enkel gevlogen hebben met betrekking tot de omvang van de eventuele schadevergoeding.

2. Artikel 10.2 van de Overeenkomst

Verder voeren verweersters aan dat eiseres geen beroep kan doen op feiten uit de precontractuele fase wat uitgesloten wordt in artikel 10.2 van de Overeenkomst.

Deze clause die door verweersters omschreven wordt als een "vierhoekenclause" kan slechts worden verantwoord wanneer het geschreven contract inderdaad de volledige wilsovereenstemming van de partijen bevat, wat in casu door eiseres betwist wordt [...].

De rechtbank dient aldus voorafgaand te oordelen of de overeenkomst door bedrog aangetast is.

3. Het bedrog

Artikel 1116 B.W. bepaalt dat bedrog een oorzaak van nietigheid van de overeenkomst is, wanneer de kunstgrepen, door een van de gebezigt, van dien aard zijn dat de andere partij zonder die kunstgrepen of listen klaarblijkelijk het contract niet zou hebben aangegaan. Bedrog wordt niet vermoed het moet bewezen zijn. Het bewijs kan geleverd worden met alle middelen van recht.

Opdat er sprake zou zijn van bedrog dient derhalve het bewijs geleverd worden van een materieel element, zijnde het aanwenden van kunstgrepen of listen, maar ook van een moreel element, zijnde de bedoeling om de wederpartij te doen dwalen en aldus tot het sluiten van de overeenkomst aan te zetten. Voor het bestaan van bedrog is bovendien kwade trouw vereist "opzet".

Gezien eiseres op hoofdbedrog beroeft dient zij te bewijzen dat het bedrog determinerend geweest is voor haar toestemming.

Ten bewijs van het bedrog schetst eiseres een uitvoerig beeld van de onderhandelingen tussen partijen waaruit moet blijken dat verweersters zich misleidend, listig opgesteld hebben en doelbewust foutieve informatie gegeven hebben en bepaalde belangrijke informatie verzwegen hebben waardoor zij misleid werd doordat OVP voorgesteld werd als een venootschap die door strenge maatregelen reeds een ommekeer had gekend en opnieuw een mooie toekomst tegemoet ging. Dat dit niet met realiteit overeenstemde tracht eiseres te bewijzen aan de hand van het rapport opgesteld door KPMG op 7 april 2000.

Verweersters betwisten de bewijskracht van dit eenzijdig rapport dat niet op tegenspraak tot stand gekomen is en hun rechten van verdediging schendt.

De bewijslast van dit rapport dient inderdaad in twijfel getrokken te worden. Het blijkt immers dat het opgesteld werd enkel en alleen op de informatie meegeleid door eiseres en haar adviseurs en juridi-

sche gevolgtrekkingen omvat opgesteld door de raadslieden van eiseres (wat door eiseres niet bewist wordt). Overigens is het rapport deels gesteund op verklaringen van personen werkzaam binnen OVP zodat de vereiste objectiviteit ervan in twijfel kan getrokken worden.

De rechbank dient uit de aangevoerde feiten naar recht het bestaan van het bedrog te kunnen afleiden. In onderhavige casus meent de rechbank dat er bij de beoordeling van de beweerde bedrieglijke kunstgrepen rekening dienen te houden met het professionele karakter en de bekwaamheid van eiseres, het beweerd slachtoffer van het bedrog.

In casu mag immers niet uit het oog verloren worden dat eiseres een subholding was van de NV Trust Capital Partners welke een investeringsmaatschappij was, gespecialiseerd in het nemen van participaties in niet-beursgenoemde bedrijven via haar gespecialiseerde sub-holdings. Eiseres wordt aldus verondersteld om over een ervaren deskundigheid te beschikken inzake het onderhandelen van de overname van bedrijven, temeer eiseres zich liet adviseren door deskundigen in deze materie.

Eiseres houdt voor dat zij reeds bedrogen werd bij de overhandiging van het eerste presentatielidessier van OVP op 2 maart 1999 waaruit moest blijken dat OVP een "indrukwekkende ommekkeer" achter de rug had en een zeer rendabele investering was, wat volgens de bevindingen in het rapport van KPMG niet strookte met de werkelijkheid. Het presentatielidessier zou reeds een eerste bewijs inhouden van de listige kunstgrepen van verweersters met name, de bewuste bedoeling van verweersters om eiseres te misleiden.

Dat eiseres zich zou hebben laten misleiden door een presentatielidessier komt ongeloofwaardig over. Bij inzage van deze presentatielidessier wordt vastgesteld dat het pakketjes basisinformatie betreft, een bedrijfsfolder van OVP omvat en een zeer simplistische voorstelling van het actieplan om van OVP een gezond bedrijf te maken en dit tegen eind 2000, dit alles aangevuld met simpele schetsen die tot de verbeelding kunnen spreken, zoals bv. een zak met dollars !! en put dichthen !! Kortom, een eerste kennismaking met een bedrijf.

Uit deze nota kan niet meer of minder afgeleid worden dat OVP in 1996 verlies maakte en in 1997 en 1998 er winst geboekt werd.

Overigens stelt eiseres zelf dat deze presentatie een algemeen beeld van OVP gaf op basis van hetwelk zij bereid gevonden werd de mogelijke overname verder te onderzoeken.

Zelfs moet aangenomen worden dat de presentatielidessier de toestand van OVP rooskleuriger voorstelde dan de werkelijkheid en een vervorming van het McKinsey rapport inhoudt, kan dit de rechbank niet overtuigen als een afdoend bewijs van een bedrieglijke kunstgreep van verweersters om eiseres ertoe te

bewogen te hebben de overeenkomst te sluiten. Eiseres kan niet ernstig voorhouden op grond van dergelijke beknopte informatie met kennis van zaken tot de overtuiging gekomen te zijn dat OVP een bedrijf was waar de herstructureren achter de rug was en heeft hoe dan ook op grond van deze presentatie niet beslist te contracteren.

Verder stelt eiseres dat zij op een vergadering van 8 april 1999 onder druk gezet werd om snel een bod te doen waarna de heer K.V., toenmalig bestuurder van eerste verweerster, zich in lovende termen zou uitgelaten hebben omtrent OVP tegen de heer D., bestuurder van eiseres, zodat de heer D., gelet op de vertrouwen dat hij stelde in de heer V., bereid gevonden werd snel een bod te doen voor de overname.

Dergelijke beweringen die overigens niet bewezen worden, kunnen hoe dan ook niet ernstig aangevoerd worden ten bewijs van bedrog, temeer het de rechbank niet kan overtuigen dat de heer D., die zichzelf omschrijft als "de man die reeds 200 bedrijven overgenomen heeft", zich zomaar onder druk laat zetten in het kader van de overname van een bedrijf van dergelijke omvang en bovendien een bod van maar liefst 625 miljoen doet op grond van een "blindelings" vertrouwen in de verklaringen van de heer V.!!

Verder blijkt het dat eiseres tijdens de verdere onderhandelingen voor de "due diligence" dat eiseres OVP gedurende twee weken doorgelicht heeft op financieel vlak, op het vlak van milieu, arbeidsrecht, fiscaal recht en hiertoe werd bijgestaan door het advocatenkantoor "Loeff Claeys Verbeke", het accountkantoor BDO en het milieuadviesbureau ABO, allen specialisten in hun vak, waarna eiseres op grond van het advies van haar raadgevers de gelegenheid heeft gekregen vragen te stellen welke beantwoord werden.

Verweersters vorderen dat alvorens recht te doen, het BDO-rapport opgesteld door de bedrijfsrevisoren, zou overlegd worden door eiseres.

De rechbank meent aan dit verzoek geen gevolge te moeten geven.

Gelet op weigering van eiseres om dit rapport in de debatten te brengen, leidt de rechbank hieruit het vermoeden af dat dit rapport de beweerde bewijzen van bedrog zou kunnen ontkrachten. Indien dit niet het geval zou zijn, dient eiseres de gevolgen van haar eigen weigering te dragen.

Eiseres houdt staande dat de "due diligence" niet in optimale omstandigheden verlopen is vermits verweersters de werkzaamheden van eiseres bemoeilijkten en vertraagden en informatie achterhielden.

Zo houdt eiseres voor dat

- verweersters de voorgestelde tijdsduur van 15 dagen op 10 dagen brachten

- het nazicht van de boekhouding slechts toegelaten was tot 31 december 1998 terwijl er enkel een beperkte bevrágingsmogelijkheid bestond vanaf 1 januari 1999
- zij met juridische documentatie overstelpet werd daar waar zij op financieel en fiscaal vlak met mondjesmaat informatie kreeg
- de gestelde vragen niet correct beantwoord werden

Ook deze gegevens moeten de rechbank overtuigen van de door verweersters opzettelijk gepleegde kunstgrepen die [tot] bedrog geleid hebben.

De rechbank stelt zich de vraag in welke mate de ervaren en gespecialiseerde raadslieden en bedrijfsrevisoren van eiseres hun cliënt hebben kunnen adviseren om de koop van de aandelen te sluiten voor de prijs van 625.000.000 bef, indien zij in hun onderzoeksverrichtingen tegengewerkt werden door verweersters, zij niet alle informatie ontvingen, en geen antwoord kregen op al hun vragen !!!

Mogelijks zouden de rapporten van de adviseurs van eiseres een antwoord op deze vragen kunnen geven !!

Dat eiseres geen volledige inzage van de boekhouding na december 1998 kon hebben, kan evenmin aanvaard worden als een opzettelijke kunstgreep van verweersters. Het stond eiseres immers vrij aan te dringen op de inzage ervan, zoniet diende [zij] er de nodige gevolgen uit te trekken. Eiseres deed dit niet en verkoos het risico te nemen te contracteren op grond van onvolledige informatie.

Gelet op deze overwegingen dient besloten te worden dat eiseres niet afdoende bewijst in rechte dat de Overeenkomst van 23 juni 1999 aangetast is door bedrog.

Alle overige door eiseres aangehaalde middelen zijn niet van aard om de hier voren uiteengezette argumentatie te ontkrachten.

4. Culpa in contrahendo

Ondergeschikt beroept eiseres zich op de culpa in contrahendo op grond van dewelke zij schadevergoeding vordert. Zij voert aan dat verweersters in de precontractuele fase onjuiste en onvolledige informatie verstrekken hebben en zelfs essentiële informatie verzwegen hebben.

Eiseres houdt voor dat zelfs de lichtste fout/onvoorzichtigheid in de precontractuele informatieverstrekking volstaat om de aansprakelijkheid van verweersters te weerhouden op grond van artikel 1382 B.W.

Verweersters stellen terecht dat er geen algemene informatieverplichting bestaat tot het verstrekken van volledige informatie, behoudens de wet het voor-schrijft, wat *in casu* niet het geval is.

Verder voeren verweersters eveneens terecht aan dat de informatieverplichting in het kader van onderhan-

delingen niet eenzijdig is, op beide onderhandelaars rust immers een zorgvuldigheidspligt om zichzelf te informeren.

Hoger werd reeds geoordeeld dat eiseres niet aantoon dat verweersters onjuiste informatie verstrekken hebben, noch dat verweersters ter kwader trouw gehandeld hebben.

De rechbank herhaalt dat gelet op de grote ervaring die eiseres had in onderhandelen en overnamen van bedrijven - hiertoe overigens bijgestaan door een team van ervaren specialisten -, zij de nodige voorzichtigheid aan de dag diende te leggen om de voor haar nuttige en noodzakelijke informatie te vragen alvorens te contracteren.

5. Gelet op de beoordeling van de hoofdeis is de vordering in tussenkomst van verweerster lastens OVP ingesteld in ondergeschikte orde zonder voorwerp, alsook tegeneis van verweersters en de tegeneis tot vrijwaring van OVP lastens verweerster op hoofdeis, is de tegeneis van verweersters, de eis in tussenkomst van verweersters en de tusseneis van verweerster in tussenkomst zonder voorwerp.

[...]

OM DEZE REDENEN,

De rechbank, recht sprekend op tegenspraak

Alle meer omvattende besluiten verwerpend als zinnde niet dienend terzake

Verklaart de vordering van eiseres ontvankelijk, toelaatbaar doch ongegrond.

Verklaart het vonnis gemeen aan verweerster in tussenkomst.

Verklaart alle overige vorderingen van partijen gesteld in ondergeschikte orde zonder voorwerp.

[...]

NOOT

Voor een besprekking van dit vonnis zie B. BELLEN en J. STEVENS, "Bedrog bij de totstandkoming van een overnameovereenkomst en de verhouding met de precontractuele informatieplicht", TRV 2011, 577.

Gent 6 oktober 2008

20. De afwezigheid van het doorslaggevende karakter van het bedrog werd door de rechtbank van koophandel te Brussel aangenomen in het geciteerde vonnis van 15 oktober 2008. *In casu* voerde de koper aan dat hij door de verkopers was bedrogen aangezien de inhoud van het presentatiedossier betreffende de doelvennootschap niet zou stroken met de werkelijkheid. De rechtbank achtte het echter ongelofwaardig dat de koper zich zou hebben laten misleiden door deze presentatielijst daar het slechts basisinformatie voor een “eerste kennismaking met het bedrijf” betrof. Volgens de rechtbank kon de koper “niet ernstig voorhouden op grond van dergelijke beknopte informatie met kennis van zaken tot de overtuiging te zijn gekomen dat [de doelvennootschap] een bedrijf was waar de herstructureringsplannen achter de rug was en heeft hoe dan ook op grond van deze presentatie niet beslist te contracteren”.

4. Conclusie

21. De aangehaalde vonnissen en arresten tonen aan dat een koper van aandelen zich slechts in uitzonderlijke omstandigheden zal kunnen beroepen op het wilsgebrek bedrog om de vernietiging van de koopovereenkomst te bekomen. Deze vaststelling komt bovendien nog meer tot uiting wanneer een koper zich tijdens de acquisitieonderhandelingen heeft laten bijstaan door professionele adviseurs, hetgeen doorgaans het geval zal zijn. In dergelijk geval lijken de rechtbanken immers een verstregende onderzoeksplaatje op te leggen aan de koper. Het is derhalve in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de kandidaat-koper om zelf informatie in te winnen over de doelvennootschap. Om die reden worden in de praktijk dan ook nog enoeg alle professioneel begeleide overnames voorafgegaan door een bedrijfsonderzoek (*due diligence*)⁽³³⁾.

22. De keerzijde van de medaille is dat een koper die een uitgebreid *due diligence* onderzoek heeft gevoerd, zich achteraf slechts in uitzonderlijke omstandigheden zal kunnen beroepen op bedrog indien de verkoper bepaalde informatie heeft achtergehouden⁽³⁴⁾. De geciteerde gerechtelijke uitspraken bevestigen deze analyse.

Bart Bellen en Jeroen Stevens⁽³⁵⁾

-
33. Uit onze studie van de kenmerken van M&A transacties blijkt dat nog enoeg alle acquisities werden voorafgegaan door een *due diligence*-onderzoek (B. BELLEN en F. WIJCKMANS, “De Belgische M&A-index”, *TRV* 2010, 107-108).
34. S. MARYSSE, “Due diligence-onderzoek, bedrog en *culpa in contrabando*” (noot onder Antwerpen, 3 december 2007), *TBBR* 2009, 260; W. DEJONGHE, “De rechtspositie van de overnemer bij de verwerving van een onderneming door acquisitie van aandelen”, *V&F* 1997, 90-91.
35. Advocaten te Brussel (contrast).

HOF VAN BEROEP TE GENT

6 oktober 2008 - 7de Kamer

Voorzitter : H. Debucquoy

Raadsheren : G. Vanderstichele en G. De la Ruelle

Advocaten : A. Verbeke, S. Snaet, M. De Boel en D. Fevery

1. OVERDRACHT VAN AANDELEN - BEDROG - OVERSCHATTING VAN DE MOGELIJKHEDEN VAN HET BEDRIJF - GEEN GROND TOT NIETIGVERKLARING

2. OVERDRACHT VAN AANDELEN - BEDROG - VERKEERDE EN MISLEIDENDE VOORSTELLING VAN DE FINANCIËLE SITUATIE - AANTASTING PRIJSBEPALING AANDELEN - GROND TOT NIETIGVERKLARING

1. *Er is geen sprake van bedrog indien de aangevoerde onjuiste voorstelling van contractmogelijkheden, valse voorstelling van commerciële en financiële opportuniteiten, onrealistische uitgangspunten en voorstellen in het businessplan kunnen berusten op een overschatting van de mogelijkheden van het bedrijf. De kopers dienden ervan bewust te zijn dat de verkopers de zaak wellicht te rooskleurig hebben voorgesteld.*

2. *Voor zover de verkopers een verkeerde en misleidende voorstelling hebben gegeven van de financiële situatie van de vennootschap, heeft deze op ernstige wijze de prijsbepaling van de aandelen aangetast. Waar de afspraak over de prijs een essentieel onderdeel is van een verkoopovereenkomst, leidt dit tot de nietigheid van overeenkomst tot overdracht van aandelen.*

NV Inox Construct, J.V., BVBA Jovevan en M.V. t./
NV Paroota, P.T. en M.A.

[...]

1. GEGEVENS VAN DE ZAAK IN BEROEP

1.1. *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* stelden 2 februari 2006 hoger beroep in tegen het vonnis van 12 januari 2006 van de vierde kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Veurne, *PAROOTA NV, P.T. en M.A.* stelden in besluiten neergelegd op 1 juni 2006 incidenteel hoger beroep in.

1.1.1. Dit vonnis - dat op alle punten het voorwerp van het hoger beroep uitmaakt - verklaarde de hoofdeis die *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* tegen *PAROOTA NV, P.T. en M.A.* hadden ingesteld :

- in betaling van het saldo van 1.626.629,34 EUR op de overnamesom van de aandelen van *T.V.D. PLASTICS NV* (voorheen *M.V.D. PLASTICS NV*), vermeerderd met de overeengekomen intrestvoet aan 8 % op 309.866,91 euro vanaf 01/01/2003, op 449.135,10 euro vanaf 01/02/2002, op 433.813,61 euro vanaf 01/08/2003, op 433.813,67 euro vanaf 01/08/2004, telkens tot de datum der integrale betaling);
- in betaling van een schadevergoeding van 100.000 EUR meer de gerechtelijke intresten vanaf 23 september 2000 voor het niet-implementeren van het businessplan;
- in ontheffing van de persoonlijke borgstelling die *M.V.* bij KBC-bank had onderschreven en dit binnen de 24 uren na betrekking van het vonnis op de sanctie af van de verbeurte van een dwangsom van 2.500 EUR per dag vertraging, op volgende overwegingen ongegrond :

'Op 20 juni 2001 ondertekenden respectievelijk de heer M.V. en mevrouw R.A. een verkoopovereenkomst betreffende de aandelen van MVD PLASTICS NV. Aan deze overeenkomst werden een aantal voorwaarden gekoppeld met name dat het voorschot zou terugbetaald worden indien "blijkt dat de ontvangen informatie (verkoopsmemorandum, jaarrekening per 31.03.2001, businessplan 2001-2002/2003, ...) materieel onjuist is, waaronder zodanige afwijkingen worden verstaan, dat redelijkheid niet een acquisitie zou doorgevoerd worden". Deze passage geeft aan dat de overeenkomst van 20.06.2001 een principeovereenkomst was dewelke zou gevolgd worden door een audit. In een schrijven van 6 juli 2001 gericht aan de heer V. maakt accountant Sanders ervan gewag dat het businessplan waarvan hij kennis heeft genomen niet voldoende onderbouwd is en dat verdere onderhandelingen zich opdringen. In antwoord op dit schrijven stelde de heer POUSEELE, bedrijfsrevisor aangesteld door [INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA] in een brief van 09.07.2001 dat de overeenkomst van 20.06.2001 een definitie overeenkomst was waaraan niets meer kon gewijzigd worden. De heer Sanders protesteerde de inhoud van het schrijven van 11.07.2001 onmiddellijk bij schrijven van 12.07.2001 en drukte zijn verbazing uit omtrent het feit dat [PARROOTA NV, P.T. en M.A.] op 11 juli 2001 een op 20 juni 2001 ondertekende overeenkomst ontvingen bestaande uit twee bladzijden waarvan de enige door [PARROOTA NV, P.T. en M.A.] gekende ondertekende pagina de laatste pagina uitmaakte terwijl op de eerste een definitieve vaste prijs van 100 miljoen vermeld stond. Dit protest heeft vervolgens aanleiding gegeven tot een bernegotiatie zodat omtrent alle punten concrete afspraken konden worden gemaakt in het kader van een koop/verkoopovereenkomst van aandelen. In het kader van deze overeenkomst en met het oog op de prijsbepaling werd door de heer Sanders een audit verricht beperkt tot de voorlopige balans van MVD PLASTICS NV per 31.03.2001. De oorzaak van de nieuwe onderhandelingen gestart in de loop van juli 2001 is derhalve de niet-tegenstelbaarheid aan [PARROOTA NV, P.T. en M.A.] van de volledige inhoud van de overeenkomst van 20.06.2001.

De nieuwe onderhandelingen leidden tot de overeenkomst van koop/verkoop van aandelen die door partijen werd ondertekend op 24.08.2001, waarin werd geopteerd [1] voor een prijs die deels afhankelijk was van de toekomstige winsten en [2] voor ruime gedetailleerde contractuele garanties vanwege de verkopers. In deze overeenkomst hebben [INOX CONSTRUCT, J. en M.V. en JOVEVAN BVBA] buiten de gemeenrechtelijke vrijwaringsverplichtingen een aantal specifieke garanties onderschreven, waarvoor verwezen wordt naar de artikelen 5 en 11 van de overeenkomst. Deze garantieclausules, de juistheid en de correctheid van de medegedeelde cijfers en inlichtingen waren uiteraard voor [PARROOTA NV, P.T. en M.A.] essentieel bij het sluiten van de overeenkomst, nu - het zij herhaald - er geen volledige audit heeft plaatsgehad.

'Uit het dossier blijkt dat [PARROOTA NV, P.T. en M.A.] na enkele maanden [INOX CONSTRUCT, J. en M.V. en JOVEVAN BVBA] hebben aangemaand en gewezen op de tekortkomingen aan hun contractuele verplichtingen. De contractuele wanprestaties zijn ernstig te noemen. Immers uit het verslag van 6 juni 2002 over de controlewerkzaamheden uitgevoerd na de overdracht van aandelen door bedrijfsrevisor Bruno CLAEYS mocht immers blijken, dat een hele reeks ernstige contractuele tekortkomingen, schendingen van de garantieclausules of gevallen van bedrieglijke verwijging en bedrog in hoofde van [INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA] werden vastgesteld, waarvan de belangrijkste - niet limitatief opgesomd - :

- overwaardering van sommige activa
- de verkoop van materiële vaste activa aan TVD Plastics door Inox Construct tegen "overstated" prijzen en omgekeerd overname door Inox Construct van vermogensbestanddelen van TVD Plastics tegen ondergewaardeerde prijzen;
- de niet vermelding van een ernstige bodemverontreiniging;
- het niet weergeven van kosten die reeds vaststonden;
- het "schuiven" met bepaalde inkomsten;
- het valselyk voorstellen van bepaalde klanten tegeden;

'Verder verwijzen [PARROOTA NV, P.T. en M.A.] terecht naar de vaststellingen gedaan door de heer MADOU (...) aangesteld door de curator van T.V.D. PLASTICS NV, evenals naar de bijkomende vaststellingen van de heer CLAEYS. Illustratief terzake is dat [INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA] niet hadden voldaan aan hun volstortingsplicht en dit aan [PARROOTA NV, P.T. en M.A.] hadden verzwegen. Terecht beroepen [PARROOTA NV, P.T. en M.A.] zich dus omwille van al deze tekortkomingen op de exceptio non adimplenti contractus zodat de hoofdvordering alleszins niet kan worden ingewilligd.

1.1.2. Anderzijds verklaarde dit vonnis de tegeneis die PARROOTA NV, P.T. en M.A. tegen INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA hadden ingesteld tot nietigverklaring van de aandelenoverdracht-overeenkomst betreffende T.V.D. PLASTICS NV wegens bedrog gegronde op volgende overwegingen :

'Van zodra [PAROUTA NV, P.T. en M.A.] kennis hebben genomen van de contractuele schendingen, ernst van de feitelijkheden en de bedrieglijke verwijzingen hebben zij gereageerd. Ten onrechte poneren [INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA], dat [PAROUTA NV, P.T. en M.A.] enkel zouden gedwaald hebben over de prijs. Nochtans zijn de tekortkomingen waarvan hoger in vonnis een niet-limitatieve opsomming wordt gegeven dermate ernstig en belangrijk in verhouding tot de bedragen waarvoor de aandelenoverdrachtovereenkomst werd afgesloten, dat er zeker sprake is van bedrog overeenkomstig het bepaalde in artikel 1116 B.W.

'Het spreekt immers voor zich dat iedere normaal voorzichtige koper de overname niet gerealiseerd zou hebben van zo'n overgewaardeerde aandelen'. Illustrerend is het feit dat ook de heer W.D.S. verklaart dat zonder de bedrieglijke verwijzingen van [INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA] bij nooit met deze laatsten zou gecontracteerd hebben. Er is in casu duidelijk sprake van bedrog vermits de verwijzingen en tekortkoming vanwege de verkoper - cfr. supra - ongetwijfeld tot doel hadden de koper te bedriegen; immers de overwaardering van activa en het verwijgen van passiva illustreren dit best. Aangezien omwille van het bedrog vanwege [INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA] de toestemming die [PAROUTA NV, P.T. en M.A.] hebben gegeven, aangetast is door een gebrek in de toestemming, is de overeenkomst nietig. Vermits de overeenkomst niet rechtsgeldig is tot stand gekomen, hebben [PAROUTA NV, P.T. en M.A.] recht op schadevergoeding.

'De eerste rechter beval daarop een deskundigenonderzoek om 'cijfermatig de schade te bepalen van [PAROUTA NV, P.T. en M.A.] ten gevolge van de overname, evenals de gederfde winst, de administratie- en bijstandkosten'.

1.2. Partijen werden gehoord in openbare terechting van 10 maart 2008 en de stukken werden ingezien.

1.2.1. *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* betwisten dat zij *PAROUTA NV, P.T. en M.A.* hebben bedrogen bij de aandelenoverdrachtovereenkomst en blijven de betaling vorderen van :

- een saldo van 309.866,91 EUR op de vaste overnamesom, te vermeerderen met de conventioneel overeengekomen interesten aan 8 % vanaf 1 januari 2003;
- een provisionele som van 209.687,53 EUR, te vermeerderen met de overeengekomen interestvoet van 8 % vanaf 1 augustus 2002;
- van de provisionele som van 49.806,42 EUR, te vermeerderen met de overeengekomen interestvoet aan 8 % vanaf 1 augustus 2003;
- de betaling van de provisionele som van 49.311,90 EUR, te vermeerderen met de overeengekomen interestvoet aan 8 % vanaf 1 augustus 2004;
- de provisionele som van 257.550,96 EUR (wegens het niet-schrappen van de persoonlijke borgstelling van M.V.);
- van de betaling van de provisionele som van 1 EUR (ingevolge het niet-verlenen van kwijting als bestuurder);

- van de betaling van de provisionele som van 250.000 EUR (ingevolge de schade die zij leden door de faillietverklaring van *T.V.D. PLASTICS NV*, waarvoor zij *PAROUTA NV, P.T. en M.A.* verantwoordelijk houden).

Voorafgaandelijk vorderen zij wel de opschorting van de procedure :

- tot na uitspraak over de bestuurdersverantwoordelijkheid van *M. en J.V., W.D., A.R. en W.V.W.*, die het voorwerp uitmaakt van een procedure die voor het Hof gekend is onder de rolnummers 2006-AR-1959 & 1994.
- totdat de curator van het faillissement *T.V.D. PLASTICS NV* alle boekhoudkundige en nuttige stukken vanaf de aandelenoverdracht zal overgelegd hebben, om hen toe te laten bestuursfouten van *PAROUTA NV, P.T. en M.A.* aan te wijzen die een merkelijk gevolg hadden op de financiële of commerciële positie van de vennootschap, op de waarde van de aandelen na de overname of die rechtstreeks of onrechtstreeks het faillissement van de vennootschap hebben veroorzaakt.

Zij vorderen minstens de aanstelling van een deskundige met als opdracht (1) de exacte berekening te maken van het veranderlijk gedeelte van de verkoopprijs van de aandelen rekening houdende met de verwezenlijkte cashflows van *T.V.D. PLASTICS NV* en (2) de schade te begroten die zij door het faillissement van *T.V.D. PLASTICS NV* hebben geleden; in ondergeschikte orde minstens een deskundigenonderzoek te bevelen naar feiten en omstandigheden, die *PAROUTA NV, P.T. en M.A.* zouden verzwegen hebben en naar hun eventuele bestuursfouten, die een merkelijke weerslag zouden gehad hebben op de financiële of commerciële positie van de vennootschap *T.V.D. PLASTICS NV*, op de waarde van haar aandelen na de overname, of die hebben bijgedragen tot haar faillissement.

1.2.2. *PAROUTA NV, P.T. en M.A.* blijven zich beroepen op het bedrog van *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* bij het afsluiten van de aandelenoverdrachtovereenkomst; minstens op een tekortkoming van *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* aan hun contractuele waarborgverplichtingen als verkopers van de aandelen. Zij vorderen dan ook (1) de bevestiging van het vonnis van 12 januari 2006, dat de eisen van *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* ongegrond verklaarde en (2) de betaling van een schadevergoeding die zij ex aequo et bono begroten op 750.000 EUR, vermeerderd met de verwijlinteresten vanaf de eerste ingebrekestelling.

Zij stellen ook een tusseneis tegenover *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* in betrekking van een schadevergoeding van 5.000 EUR voor het instellen van een tergend en roekeloos hoger beroep.

2. BEOORDELING

2.1. *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* vorderen ten onrechte de opschorting van de behandeling van deze zaak :

- De betwisting over hun eventuele bestuursfouten waarmee de rechter in de rechtbank van koophandel te Veurne werd gevat, kan in geen geval deze procedure - die de nietigheid van de aandelenoverdrachtovereenkomst van 24 augustus 2001 betreft - doorlopen.
- Een onderzoek naar bestuursfouten in hoofde van *PARROOTA NV, P.T. en M.A.* - die de financiële positie van *T(M).V.D. PLASTICS NV* na de aandelenoverdrachtovereenkomst in het gedrang zou hebben gebracht - komt eerst aan de orde, nadat het Hof geoordeeld zal hebben over de nietigheid van de aandelenoverdrachtovereenkomst. Eerst wanneer het Hof zal uitgemaakt hebben dat de eis van *PARROOTA NV, P.T. en M.A.* - die strekt tot de nietigverklaring van de aandelenoverdrachtovereenkomst - ongegrond is, zal het Hof moeten natrekken in welke mate hun vermeende bestuursfouten een weerslag hebben gehad op het veranderlijk gedeelte van de overeengekomen verkoopprijs, die *PARROOTA NV, P.T. en M.A.* voor de overgenomen aandelen van *T(M).V.D. PLASTICS NV* verschuldigd blijven.

2.2. Op juiste gronden weerhield de eerste rechter dat de aandelenoverdrachtovereenkomst die partijen op 24 augustus 2001 opnieuw genegoterd hebben, de verhouding tussen partijen regelt en voorafgaande afspraken vervangt.

In deze overeenkomst werd de overnameprijs bepaald op een vast gedeelte van (7.500.000 BEF + 18.000.000 BEF + 12.500.000 BEF =) 38.000.000 BEF en een variabel gedeelte in functie van de resultaten van *T(M).V.D. PLASTICS NV* over de boekjaren 2001/2002, 2002/2003 en 2003/2004 en in functie van eventuele meerwaarden die zouden gerealiseerd worden bij vervreemding/verkoop van de aandelen aan een derde in de periode van 2003 tot 2005.

Deze prijsafspraak grondde voornamelijk op de voorlopige balans van *T(M).V.D. PLASTICS NV* per 31 maart 2001. Dit volgt onder meer uit artikel 5.6 van de aandelenoverdrachtovereenkomst, die de verklaring weerhoudt van *PARROOTA NV, P.T. en M.A.* dat zij als kopers *'recht van inzage hebben gekregen en kennis hebben gekregen van de inhoud van de balansposten en van de onderliggende documenten met betrekking tot de balans afgesloten per 31 maart 2001 en met betrekking tot een (onvolledige) proef- en saldibalans per 30 juni 2001 en de mogelijkheid gehad te hebben om een audit uit te voeren'*.

2.3. Partijen spraken onder de artikelen 5 tot 7 van de aandelenoverdrachtovereenkomst diverse garanties af, die hun verhouding na de overdracht van de aandelen (die gevolgd werd door de onmiddellijke ingezet) beheersen.

Zij bepalen onder meer, (1) dat de jaarrekening per 31 maart 2001 - die in bijlage één aan de overeenkomst werd gevoegd - naar best vermogen correct, nauwkeurig en volledig was en een getrouw beeld gaf van de financiële toestand, activa en schulden van de vennootschap *T(M).V.D. PLASTICS NV* en (2) dat *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA*

als overdragers gedurende vijf jaar moesten instaan voor alle schade boven de 300.000 BEF, die *PARROOTA NV, P.T. en M.A.* als overnemers zouden lijden wegens onjuiste verklaringen of waarborgen.

De overeenkomst voorzag ook in de uitvoering van een bodemonderzoek op kosten van de overnemers en de persoonlijke borgstelling van M.V. om alle saneringskosten te dragen, die zouden volgen op het bodemonderzoek. Uit deze bepaling leidt het Hof meteen al af, dat geen bedrieglijke verwijzing van een ernstige bodembetwisting in hoofde van *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* kan worden weerhouden.

2.4. *PARROOTA NV, P.T. en M.A.* houden voor dat eerst achteraf - na grondig en langdurig onderzoek van experten-bedrijfsrevisoren - boekhoudkundige vervalsingen, malversaties en goed gemaskeerde overwaarderingen aan te licht kwamen. In een aantekende brief van 29 maart 2002 van hun raadsman beklagen zij zich enerzijds over onjuiste voorstelling van contractmogelijkheden, valse voorstelling van commerciële en financiële opportuniteiten, onrealistische uitgangspunten en voorstellingen in het businessplan en anderzijds over een onjuist beeld van de financiële situatie van de vennootschap *T(M).V.D. PLASTICS NV* (zij bijv. onvolledige balansen, overschatting der activawaardes, doorrekening van kosten toekomend aan uw vennootschap *INOX CONSTRUCT NV*, niet voorziene kosten te betalen aan het WVI voor het bouwrijp maken van terreinen...), schending van algemene wettelijke verplichting inzake facturatie (ondermeer door het opstellen van facturen voor fictieve prestaties ...) en inbreuk op de garantieverklaring inzake geschillen [...].

- De aangevoerde onjuiste voorstelling van contractmogelijkheden, valse voorstelling van commerciële en financiële opportuniteiten, onrealistische uitgangspunten en voorstellingen in het businessplan kan berusten op een overschatting van de mogelijkheden van het bedrijf, waarin *PARROOTA NV, P.T. en M.A.* ook zijn mee gestapt. Op deze punten ontbreekt het bewijs van een tekortkoming vanwege *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA*, die als verkopers de zaak wellicht rooskleurig hebben voorgesteld, maar waarvan de kopers zich ook moesten bewust zijn.
- Het weergeven van een onjuist beeld van de financiële situatie van de vennootschap, een schending van algemene wettelijke verplichting inzake facturatie (ondermeer door het opstellen van facturen voor fictieve prestaties...) en een inbreuk op de garantieverklaring inzake geschillen kunnen wel de contractuele verantwoordelijkheid van *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* in het gedrang brengen.

2.5. De bedrijfsrevisor *Claeys* weerhoudt in zijn audit van 6 juni 2002 (1) een overwaardering van het netto-actief van 76.229.829 BEF of 1.889.688 EUR die bij verder onderzoek nog kan oplopen en (2) het systematisch overfactureren van investeringen, het overfactureren van dienstverlening waardoor *T(M).V.D. PLASTICS NV* verder ontdaan werd van haar werkkapitaal en het oneigenlijk gebruik van de middelen

van de vennootschap door de groep rond *M.V.* en dit voornamelijk via de vennootschappen *INOX CONSTRUCT* en *HERICO*, wat in de boekhouding werd verdoezeld en tegenover de kopers verzwege werd. Hij adviseert de kopers om de koop te laten ontbinden of om minstens de prijs te laten herzien en de vennootschap om een vordering wegens misbruik van vennootschapsgoederen in te stellen [...]. In zijn verslag van 22 maart 2005 besluit hij : "Wij kunnen niet anders dan vaststellen dat de jaarrekeningen en boekhoudkundige staten van *MVD PLASTICS NV* ernstige en veelvuldige tekortkomingen bevatten die het getrouw beeld aantasten. Zo zijn wij van mening dat op 31.03.2001 de vennootschap virtueel failliet was...".

Accountant *MADOU* - die aangesteld werd door de rechter-commissaris van het faillissement van *T.V.D. PLASTICS NV* - besluit in zijn verslag van 26 juni 2003 eveneens dat de jaarrekening van 31 maart 2001 geen getrouwwe weergave was van de werkelijke financiële toestand van de onderneming op het ogenblik van het afsluiten van de aandelenoverdrachtovereenkomst. In het bijzonder weerhoudt hij een willekeurige verhoging van de voorraad met 4.000.000 BEF (wat later gecorrigeerd werd), verkeerde afboeking van de volstortingsverplichting, het niet-boeken van ruilovereenkomsten betreffende de aandelen, het activeren van immateriële kosten in een verliespost en het achterhouden van gelden bestemd voor de vennootschap.

Hun bevindingen worden bijgetreden door *gerechtelijke deskundige J. CLEPPE*, die in de zaken die bij het Hof gekend zijn onder de rolnummers 2006-AR-1959 en 1994 op verzoek van de rechter in de rechtbank van koophandel te Veurne op 29 januari 2008 een tegensprekelijk verslag heeft neergelegd. Zijn verslag sluit ook aan bij het antwoord dat bedrijfsrevisor *CLAEYS* had gemaakt op de opmerkingen die bedrijfsrevisor *POUSSEELE* op 8 juli 2002 had geformuleerd tegenover zijn audit van 6 juni 2002. De gerechtelijk deskundige besluit (1) dat per 31 maart 2001 voor minimaal 30.428.092 BEF overfacturaties en overwaarderingen door *INOX CONSTRUCT, J. en M.V.*, en *JOVEVAN BVBA* waren geboekt; (2) dat hij supplementair nog diverse overwaarderingen terug vond met betrekking tot de voorraden (4.000.000 BEF), mallen (5.000.000 BEF) en vorderingen (698.346 BEF); (3) en verder signaleert hij nog mogelijke andere overwaarderingen, waarop het Hof niet verder meer ingaat. De eerste vaststellingen bewijzen voor het Hof naar genoegen van recht, dat de jaarrekening per 31 maart 2001 de kopers in het geheel geen getrouw beeld van *T(M).V.D. PLASTICS NV* heeft gegeven.

2.6. Deze verkeerde en misleidende voorstelling heeft op ernstige wijze de prijsbepaling van de aandelen betreffende *T.V.D. PLASTICS NV* aangetast. Waar de afspraak over de prijs een essentieel onderdeel van een verkoopovereenkomst is en *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* als verkopers weet hadden van de overwaardering, maar die verzwege voor de kopers, weerhield de eerste rechter

dan ook terecht (1) de nietigheid van de aandelenoverdrachtovereenkomst betreffende de vennootschap *T(M).V.D. PLASTICS NV* en (2) een voorafgaand deskundigenonderzoek dat advies moet uitbrengen over de schade die *PARROOTA NV, P.T. en M.A.* voorhouden te hebben geleden door de misleidende voorstelling die de jaarrekening per 31 maart 2001 inhield.

De nietigheid van de overeenkomst impliceert anderzijds de ongegrondheid van de eisen van *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA*, die ertoe strekken dat *PARROOTA NV, P.T. en M.A.* de aandelenoverdrachtovereenkomst nog verder zouden uitvoeren. Hun aanspraak op betaling van de overnamesom die verschuldigd blijft, is dan ook ongegrond.

2.7 Ook de eis van *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* die strekt tot de aanstelling van een gerechtelijke deskundige om de schade te begroten die zij door het faillissement van *T.V.D. PLASTICS NV* zouden geleden hebben, is ongegrond :

- Zij voeren geen concrete bestuursfouten van *PARROOTA NV, P.T. en M.A.* aan, die het faillissement van *T.V.D. PLASTICS NV* zouden veroorzaakt hebben en waardoor zij schade zouden geleden hebben op de bewering na, dat *PARROOTA NV, P.T. en M.A.* meteen de intentie zouden gehad hebben om de handelszaak van *T.V.D. PLASTICS NV* te verkopen en uit de vennootschap te halen, om vervolgens doelbewust de vennootschap als een lege doos achter te laten. Deze bewering gronden zij in het bijzonder op de verklaring van de toenmalige productiemanager die vanaf juli 2002 tot aan de faillietverklaring op 27 november 2002 in *T.V.D. PLASTICS NV* actief was. Uit haar verklaring volgt evenwel, dat het bedrijf in de eerste plaats vers kapitaal miste en dat zij overtuigd was, dat indien er kapitaal in het bedrijf was gestoken en het management was uitgeoefend zonder voortdurende bemoeienissen van de aandeelhouders het bedrijf tot een bloeiend bedrijf was uitgegroeid. Hiermee geeft zij de oorzaken van de faillietverklaring van *T.V.D. PLASTICS NV* aan, maar die zijn niet eenduidig toe te rekenen aan bestuursfouten van *PARROOTA NV, P.T. en M.A.*. Integendeel, de overwaardering van *T(M).V.D. PLASTICS NV* op het ogenblik van de aandelenoverdrachtovereenkomst door *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* impliceerde meteen, dat de liquiditeit en solvabiliteit van de vennootschap en de verdere financiële mogelijkheden van de nieuwe aandeelhouders gehypothekeerd werden. En het vertekend beeld dat zij hebben gegeven van de over te dragen vennootschap, verklaart ook meteen de groeiende slechte verstandhouding tussen de partijen, wat uiteraard zijn weerslag had op het bestuur van *T(M).V.D. PLASTICS NV*.

Zo *PARROOTA NV, P.T. en M.A.* na de overname van de aandelen de beslissing zouden genomen hebben om de handelszaak te verkopen, dan volgt hieruit nog geen intentie tot het toebrengen van schade aan *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA*. Dergelijke beslissing heeft in elk geval geen enkele invloed op de waardebepaling van de aan-

- delen op datum van het afsluiten van de aandelenoverdrachtovereenkomst (zie hierna punt 2.8).
- De curator van het faillissement *T.V.D. PLASTICS NV* verklaart over geen concrete aanwijzingen te beschikken van een bestuursfout van *PAROOTA NV, P.T. en M.A.* in relatie tot de faillietverklaring van *T.V.D. PLASTICS NV*.
 - En in de verslagen die de diverse bedrijfsrevisoren hebben opgesteld vindt het Hof evenmin enige verwijzing van dergelijke fout.
 - Een deskundigenonderzoek kan er niet toe strekken, dat de gerechtelijke deskundige zelf op zoek gaat naar niet nader gepreciseerde fouten.

2.8. INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA maken terecht aanspraak op een uitbreiding van de opdracht van de gerechtelijke deskundige, die ertoe strekt de waarde van *T(M).V.D. PLASTICS NV* te begroten op datum van de aandelenoverdrachtovereenkomst, zij per 24 augustus 2001. Het faillissement van *T.V.D. PLASTICS NV* voorkomt immers, dat partijen in de oorspronkelijke toestand vóór het afsluiten van de aandelenoverdrachtovereenkomst kunnen hersteld worden.

De waardering in going-concern van een niet op de beurs genoteerde onderneming kan gebeuren op basis van diverse benaderingen of waarderingsmethoden. De algemeen aanvaarde waarderingstheorieën en praktijk bepaalt de waarde van een onderneming als een combinatie van meerdere waarderingsmethoden, waarbij inzonderheid de substantiële waarde en de rendementswaarde weerhouden worden, naast de cash-flowwaarde, de EBIT-waarde en EBITDA-waarde. Het Hof draagt de gerechtelijk deskundige dan ook op, om minstens de substantiële waarde en de rendementswaarde te berekenen en bij zijn eindevaluatie aan te geven welke waarde of combinaties van waarden hij voor de begroting van de aandelen van *T.V.D. PLASTICS NV* weerhoudt en om welke redenen.

De methoden gebaseerd op de substantiële of intrinsieke waarde berekenen het netto-actief van de onderneming op een gegeven ogenblik. Het gaat dus in feite om het samenstellen van een inventaris, waarbij het boekhoudkundig plaatje van de balans wordt bijgeschaafd, om te komen tot een - meer realistisch - bedrijfseconomisch beeld.

De methoden gebaseerd op de rendementswaarde associëren de waarde van de onderneming met de actualisatie van toekomstverwachtingen. Dat betekent dat de in de toekomst verwachte cijfers worden teruggerekend naar vandaag. Deze verwachtingen worden dan in geld uitgedrukt aan de hand van toekomstgerichte informatie met betrekking tot de evolutie van de resultaten, de dividendstromen of de kasstromen.

De statische aanpak (substantiële waarde) heeft geen oog voor het rendement van de zaak, terwijl de dynamische aanpak (de rendementswaarde) geen rekening houdt met de balansstructuur.

Bij het opstellen van zijn begrotingen zal de gerechtelijk deskundige ook adviseren 'of *M.V.D. PLASTICS NV*

op datum van het afsluiten van de aandelenoverdrachtovereenkomst al dan niet al virtueel failliet was'. Met dit advies zal de rechter bij de begroting van de waarde die *PAROOTA NV, P.T. en M.A.* eventueel verschuldigd kan zijn, rekening kunnen houden.

2.9. Het Hof verklaart de eis van *PAROOTA NV, P.T. en M.A.* in betaling van een schadevergoeding door *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* voor het instellen van een tergend en roekeloos hoger beroep ongegrond, nu het hoger[rl] beroep van *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* gedeeltelijk gegrond is.

BESLUITEN

Het Hof verklaart - [...] - de hogere beroepen ontvankelijk maar niet gegrond.

Het verklaart de tusseneis van *PAROOTA NV, P.T. en M.A.* in betaling van een schadevergoeding voor het instellen van een tergend en roekeloos hoger beroep ontvankelijk, maar ongegrond.

Het bevestigt het bestreden vonnis met volgende uitbreiding van de opdracht aan de gerechtelijk deskundige, om overeenkomstig de artikelen 972 tot en met 991bis van het gerechtelijk wetboek binnen de 6 maanden vanaf de aanvaarding van deze bijkomende taak, volgende opdracht te vervullen :

1. binnen de 8 dagen na de kennisgeving van dit arrest - partijen aangetekend en hun advocaten en het Hof bij gewone brief - te verwittigen van ofwel zijn gemotiveerde weigering om de opdracht te aanvaarden, ofwel van :

- plaats, dag en uur van de uitvoering van zijn opdracht, waarvoor hij een tussentijd van 30 dagen zal respecteren,
- van de manier waarop hij zijn kosten en ereloon zal berekenen,
- en van het voorschot dat *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* ter griffie van de rechbank van eerste aanleg te Veurne zal willen consigneren en waarvan de gerechtelijk deskundige aan de rechter in deze rechbank de vrijgave van een redelijk deel kan vragen in verhouding tot de uitgevoerde werkzaamheden.

2. partijen te horen en hun geïnventariseerd dossier met alle relevante stukken op te vragen, die zij overeenkomstig artikel 972bis uiterlijk bij de aanvang van de werkzaamheden moeten overhandigen.

3. een prijsvark voor de aandelen van *M.V.D. PLASTICS NV* op datum van 24 augustus 2001 te adviseren aan de hand van minstens de intrinsieke waarde en de rendementswaarde en omstandig te verwoorden welke waardering of combinatie van waarderingen hij - in het concrete geval met zijn eigenheden - het meest voorstaat.

4. alle vereiste inlichtingen in te winnen bij de daar toe bevoegde personen met de vermelding van hun

identiteit en hun bevindingen; zijn oordeel daarover uit te spreken en te antwoorden op alle vragen van partijen, nuttig voor de oplossing van het geschil.

5. het voorlopig verslag aan iedere partij te sturen, met het verzoek hun gemotiveerde opmerkingen binnen de 45 dagen na de datum postmerk over te maken; hun bezwaren te beantwoorden en indien partijen niet tot verzoening komen, een gemotiveerd, schriftelijk en onder eed bevestigd verslag van al zijn vaststellingen op te stellen en hierbij de gedetailleerde staat van de kosten en het ereloon te voegen met opgave van het uurloon, eventuele verplaatsingskosten, verblijfkosten, algemene kosten en bedragen die aan derden zijn betaald en de verrekening van vrijgegeven bedragen.

6. op de dag van de neerlegging van het eindverslag op de griffie van de rechtbank van eerste aanleg te Veurne aan partijen aangetekend een afschrift van het verslag en de gedetailleerde staat van de kosten en het ereloon te zenden met het verzoek, om - overeenkomstig artikel 991 van het gerechtelijk wetboek - binnen de 15 dagen na de neerlegging ter griffie schriftelijk aan de rechter in deze rechtbank hun instemming mee te delen met het bedrag van het ereloon en de kosten die worden aangerekend, zodat deze rechtbank kan overgaan tot hun begroting onderaan op de minuut van de staat en bij gebreke waarvan de gerechtelijk deskundige deze rechtbank om de begroting kan vragen.

[...]

NOOT

Voor een besprekking van dit arrest : B. BELLEN en J. STEVENS, "Bedrog bij de totstandkoming van een overnameovereenkomst en de verhouding met de precontractuele informatieplicht", *TRV* 2011, 577.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE BRUSSEL

15 oktober 2008 - 24ste Kamer

Voorzitter : Roosen

Rechters in handelszaken : De Wachter en Derieuw

Advocaten : D. De Marez loco J. Lievens, K. Geens, L. Schuermans, J.-L. Schuermans, J. Verlinden en T. Van Maldergem

1. OVERDRACHT VAN AANDELEN - BEDROG - PROFESSIONEEL KARAKTER EN BEKWAAMHEID OVERNEMER - ONVOLLEDIGE INFORMATIE - RISICO VOOR OVERNEMER

2. OVERDRACHT VAN AANDELEN - CULPA IN CONTRAHENDO - GEEN EENZIJDIGE INFORMATIEVERPLICHTING VOOR OVERDRAGER

1. Opdat een overeenkomst tot overdracht van aandelen nietig verklaard kan worden wegens bedrog, dient de eiseres te bewijzen dat het bedrog determinerend is geweest voor haar toestemming. Bij de beoordeling van de beweerde bedrieglijke kunstgrepen dient rekening te worden gehouden met het professionele karakter en de bekwaamheid van eiseres. Indien deze het risico neemt om te contracteren op grond van onvolledige informatie, dan is de overeenkomst niet aangestast door bedrog.

2. Op de overdrager rust geen algemene verplichting tot het verstrekken van volledige informatie, behoudens indien de wet het voorschrijft. De informatieverplichting in het kader van onderhandelingen is niet eenzijdig, op alle onderhandelaars rust een zorgvuldigheidsplicht om zichzelf te informeren. Gezien de grote ervaring die eiseres had, diende zij de nodige voorzichtigheid aan de dag te leggen om de voor haar nuttige en noodzakelijke informatie op te vragen alvorens te contracteren.

NV Plastic Investment Company t./ NV Umicore,
NV Umicore Cuivre et Zinc en NV Overpelt Plascobel

[...]

RELEVANTE FEITEN & VORDERINGEN

Onderhavig geschil is ontstaan ingevolge een overeenkomst gesloten tussen partijen op 23 juni 1999 waarbij verweersters 100 % van hun aandelen in OVP aan eiseres verkochten voor de prijs van 625.000.000 bef, thans 15.493.345,30 EUR.

Eiseres houdt staande dat verweersters tijdens de onderhandelingen voorafgaand het tot stand komen van de Overeenkomst van 23 juni 1999, op bedrieglijke wijze foutieve, gemanipuleerde en onvolledige informatie verstrekkt heeft aan eiseres teneinde OVP

Antwerpen 3 december 2007

Hof van beroep te Antwerpen

3 december 2007

AANDELENOVERDRACHT – BEDROG

Due diligence-onderzoek – Informatie- en onderzoeksplicht – Verzwijging – Bedrog – Culpa in contrahendo – Schadevergoeding

Een due diligence-onderzoek wordt gevoerd door de kopers met het oog op een aandelenoverdracht. Aan een stilzwijgen van de verkoopster tijdens de onderhandelingen wordt na de contractsluiting door de kopers een onjuiste voorstelling van de werkelijkheid verweten.

Niet elk stilzwijgen is een kunstgreep in de zin van artikel 1116 BW of levert een grond op tot precontractuele aansprakelijkheid ex artikelen 1382-1383 BW wegens een schending van een bijzondere informatieplicht.

In casu kan de verkoopster er rechtmatig op vertrouwen dat de kopers volledig waren ingelicht ingevolge het georganiseerde due diligence-onderzoek. Er is geen sprake van een (bewuste) verzwijging, noch van een precontractuele fout in hoofde van de verkoopster.

TRANSFERT D'ACTIONS – DOL

Examen due diligence – Devoir d'information et d'examen – Réticence – Dol – Culpa in contrahendo – Indemnisation du dommage

Un examen due diligence est effectué par les acheteurs en vue d'un transfert d'actions. En raison d'une réticence de la vendeuse au cours des négociations, les acheteurs se plaignent après la conclusion du contrat d'une représentation inexacte de la réalité.

Toute réticence n'est pas une manœuvre au sens de l'article 1116 du Code civil ni ne fonde une responsabilité précontractuelle sur base des articles 1382-1383 du Code civil du chef de violation d'un devoir particulier d'information.

En l'occurrence, la vendeuse peut légitimement être certaine que les acheteurs étaient entièrement informés suite à l'examen due diligence qui avait été organisé. Il n'est pas question d'une réticence (intentionnelle) ni d'une faute précontractuelle dans le chef de la vendeuse.

(...)

I. De vordering van appellanten – oorspronkelijk eisers – strekte tot de veroordeling van geïntimeerde – oorspronkelijk verweerster – tot betaling van een bedrag van 150.000 EUR, te vermeerderen met de verwijlinterest vanaf 27 december 2001 en de gerechtelijke interest.

De vordering kaderde in een koop-verkoopovereenkomst van aandelen die partijen sloten op 24 december 1999. Appellanten hielden voor dat geïntimeerde haar informatieverplichting in de precontractuele fase niet zou zijn nagekomen en zij vorderden vergoeding voor de schade die zij leden.

Geïntimeerde stelde een tegenvordering teneinde voor recht te horen zeggen dat het bedrag van 123.946,76 EUR, zoals in pand gegeven volgens de overeenkomst van inpanding afgesloten tussen partijen en Bacob Bank CV, diende te worden vrijgegeven aan geïntimeerde en dit volgens de bepalingen van de pandovereenkomst.

II. Met het bestreden vonnis werd de hoofdvordering als ongegrond afgewezen. De tegenvordering werd toegewezen en de rechtkant zegde voor recht dat het bedrag van 123.946,76 EUR volgens de voorwaarden van de pandovereenkomst aan geïntimeerde diende te worden vrijgegeven en dit op de eenvoudige voorlegging van een afschrift van het vonnis.

III. Het hoger beroep strekt tot de hervorming van het bestreden vonnis, tot de toewijzing van de hoofdvordering en de afwijzing van de tegenvordering.

Geïntimeerde vraagt de afwijzing van het hoger beroep.

Beoordeling

De ontvankelijkheid van het hoger beroep

(...)

De grond van het beroep

Eerste appellante is producent van zoetwaren. BVBA Eurobisco, een distributiebedrijf actief in de zoetwarensector, was een klant van eerste appellante.

In het kader van de voorgenomen verkoop door geïntimeerde van de aandelen van BVBA Eurobisco, hebben eerste appellante en geïntimeerde op 25 oktober 1999 een optieovereenkomst gesloten waarbij geïntimeerde aan eerste appellante een optie tot aankoop van alle 750 aandelen van de vennootschap verleende en dit voor de prijs van 991.574,10 EUR (40.000.000 BEF). De optieovereenkomst bepaalde dat voorbeeld bedrag gebeurlijk zou worden gereduceerd in functie van de resultaten van een "Due diligence"-onderzoek.

Op 24 december 1999 werd de definitieve verkoopovereenkomst gesloten waarbij appellanten de aandelen aankochten voor een bedrag van 793.259,28 EUR (32.000.000 BEF).

Appellanten hielden later voor dat geïntimeerde tijdens de onderhandelingsfase bewust een onjuiste en onvolledige voorstelling van de werkelijkheid zou hebben gegeven. Meer

bepaald zou geïntimeerde geen melding hebben gemaakt van een dispuut tussen BVBA Eurobisco en AD Delhaize i.v.m. niet toegepaste kortingen gedurende jaren en van de intentie van AD Delhaize om het assortiment producten dat zij bij Eurobisco afnam, in te perken. Geïntimeerde zou appellanten evenmin in kennis hebben gesteld van de nakende sluiting van de Belgische EDA-winkels.

Op deze manier zou geïntimeerde zich schuldig hebben gemaakt aan een precontractuele fout in de onderhandelingsfase en zou zij minstens een inbreuk hebben begaan op de garantiebepalingen opgenomen in de overeenkomst.

2. Appellanten houden voor dat zij, zonder de bedrieglijke verzwijgingen van geïntimeerde, niet tegen dezelfde voorwaarden zouden hebben gecontracteerd. Zij vorderen vergoeding van de schade die zij leden als gevolg van het bedrog van geïntimeerde.

Bedrog als wilsgebrek veronderstelt een door kunstgrepen of listen van de wederpartij veroorzaakte dwaling, met dien verstande dat zonder die kunstgrepen, de verbintenis niet (hoofdbedrog) of althans onder gunstiger voorwaarden (incidenteel bedrog) zou zijn aangegaan (art. 1116 BW). De kunstgrepen kunnen ook vervat liggen in een stilzwijgen, nl. wanneer de wederpartij, al dan niet door de potentiële tegenpartij ondervraagd, nalaat te spreken of de vraag – behendig – uit de weg gaat, terwijl zij eigenlijk had moeten spreken en op die manier de verkeerde voorstelling van de werkelijkheid door de tegenpartij, die zich aan het vormen was en waarvan de wederpartij zich rekenschap gaf, had kunnen voorkomen (L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Intersentia, 2000, nr. 45).

Niet elk stilzwijgen levert een kunstgreep op. In casu acht het hof het bestaan van een kunstgreep hoegenaamd niet aangetoond.

Geïntimeerde kon er in de precontractuele fase terecht van uitgaan dat appellanten, die zelf het *Due diligence*-onderzoek organiseerden en voerden, volledig waren ingelicht over de toestand van de vennootschap en over alle punten die appellanten zelf van belang achten voor de waardebepaling van de aandelen.

Appellanten van hun zijde houden voor dat het *due diligence*-onderzoek dat zij voerden zeer beperkt was en zich niet uitstrekte tot de klantendossiers van de vennootschap. Dit wordt door geïntimeerde tegengesproken. Er is voor het hof geen enkele aanwijzing dat appellanten – die het *Due diligence*-onderzoek zelf voerden – geen toegang zouden hebben gehad tot alle gegevens waarover de vennootschap beschikte, inclusief de klantendossiers en dat deze toegang op welke wijze ook beperkt zou zijn geweest.

Appellanten houden in dit verband verder voor dat een grondig *Due diligence*-onderzoek dat zich uitstrekte over alle bestanddelen van de vennootschap, inclusief de klan-

tendossiers, overbodig was en dit gelet op de conventionele garanties die geïntimeerde verleende.

Deze bewering wordt op geen enkel punt aannemelijk gemaakt. Niets wijst erop dat de conventionele garanties, die in hun draagwijdte overigens beperkt waren (zie verder), ertoe strekten een *Due diligence*-onderzoek te vervangen.

Appellanten hebben overigens als kopers van de aandelen in artikel 4 van de koopovereenkomst erkend *te zijn ingelicht over de statuten en de financiële toestand van de vennootschap, alsmede van de jaarrekeningen en nodige documenten (zoals exploitievergunning, aankoopakte van de grond,...)* waardoor de kopers zich een juist oordeel kunnen vormen over de wenselijkheid van de koop en de koopprijs.

Uit deze verklaring leidt het hof af dat appellanten wel degelijk een onderzoek voerden of konden voeren naar alle gegevens die zijzelf van belang achten voor de waardebepaling van de aandelen van de vennootschap. Er is geen enkele aanwijzing dat gegevens m.b.t. de toestand van de vennootschap in het kader van het *Due diligence*-onderzoek of daarbuiten, voor appellanten verborgen zouden zijn gehouden door de vennootschap en nog minder door geïntimeerde die zich als verkoper van de aandelen niet met de vennootschap vereenzelvigt.

Appellanten tillen zwaar aan een brief die de echtgenoot van geïntimeerde richtte aan AD Delhaize met de vraag om de problematiek m.b.t. de kortingen even te willen uitsstellen (brief d.d. 25 september 1999 – stuk 5 dossier appellanten). Appellanten leiden uit deze brief en uit de datum ervan af dat het verzoek tot uitschot er op gericht was de kwestie in verband met de kortingen voor appellanten als kopers van de aandelen verborgen te houden.

Uit de voorliggende gegevens die zeer vaag zijn, leidt het hof af dat het verzoek tot uitschot andere betekenissen kan hebben gehad die minstens even plausibel zijn, zoals de ernstige ziekte van de dochter van geïntimeerde.

Geïntimeerde kon er verder in het kader van de op haar rustende informatieverplichting terecht van uitgaan dat appellanten, zelf belangrijke producenten in de markt van de zoetwaren, bekend waren met de voorgenomen sluiting van de EDA-winkelketen, een belangrijke afnemer van zoetwaren. De voorgenomen verkoop van de winkelketen maakte tevoren reeds het voorwerp uit van een artikel in de krant *De Financieel Economische Tijd* zodat deze informatie geacht dient te worden een algemene bekendheid te hebben gehad en aan appellanten – specialisten op de markt – bekend te zijn geweest.

Ten overvloede – en voor zover appellanten toch niet op de hoogte zouden zijn geweest van de situatie m.b.t. Delhaize en Eda – acht het hof niet aangetoond dat deze gegevens doorslaggevend waren bij het bepalen van de prijs van de aandelen. Appellanten geven niet precies aan op welke wijze de

aandelen werden gewaardeerd en in welke omstandigheden en om welke redenen de in de optieovereenkomst vooropgestelde koopprijs van 991.574,10 EUR (40.000.000 BEF) uiteindelijk werd herleid tot 793.259,28 EUR (32.000.000 BEF).

Verder blijkt uit de voorliggende gegevens dat appellanten pas met een aangetekende brief van 27 december 2001 (aan de postdiensten afgegeven op 17 januari 2002 – stuk 2 dossier appellanten), d.w.z. ruim twee jaar na de overdracht van de aandelen, reageerden naar aanleiding van de problematiek van de korting van Delhaize en de sluiting van de EDA-winkels. Appellanten kunnen nochtans niet in ernst voorhouden dat deze gegevens hen uiteindelijk pas na verloop van twee jaar bekend zouden zijn geworden. Indien appellanten inderdaad – zoals zij voorhouden – vaststellen dat bij de waardebepaling niet van correcte gegevens werd uitgegaan, dan ligt het voor de hand dat zij onmiddellijk zouden hebben gereageerd. Het lange tijdsverloop – meer dan twee jaar na de overdracht van de aandelen – maakt aannemelijk dat de gegevens m.b.t. EDA en Delhaize voor appellanten allerminst doorslaggevend waren voor het bepalen van de waarde van de aandelen en dat deze gegevens – zoals geïntimeerde stelt – thans als drogreden worden aangehaald in een poging om teleurstellende resultaten van de vennootschap – vennootschap die inmiddels ook niet meer blijkt te bestaan – te compenseren.

Het hof besluit dat geen bedrog in hoofde van geïntimeerde wordt bewezen. Appellanten bewijzen evenmin een niet-opzettelijke fout in hoofde van geïntimeerde, noch een cauzaal verband en schade.

Appellanten beroepen zich op de hiernavolgende garanties opgenomen in de overeenkomst.

Artikel 4

De verkoper staat er jegens de kopers voor in dat de bij deze verkochte aandelen haar eigendom zijn, dat zij niet met pandrecht, enig retentierecht, of beletsel dat de vrije overdracht zou kunnen verhinderen, zijn bezwaard en dat zij alle volstort zijn, derwijze dat de kopers ze verkrijgen onvoorwaardelijk in volle en vrije eigendom, uitzondering gemaakt voor de bepalingen van artikel 13 van de statuten.

De verkoper verklaart dat de statuten van de vennootschap geen bepalingen bevatten die de bevoegdheid van de aandeelhouders om aandelen over te dragen beperken en dat zij geen overeenkomst hebben gesloten strekkende tot beperking van dezelfde bevoegdheid, met uitzondering van de bepalingen van artikel 13 van de statuten.

De kopers erkennen te zijn ingelicht over de statuten en de financiële toestand van de vennootschap, alsmede van de jaarrekeningen en nodige documenten (zoals exploitatievergunningen, aankoopakte van de grond,...) waardoor de kopers zich een juist oordeel kunnen vormen over de wenselijkheid van de koop en de koopprijs.

De verkoper garandeert jegens de kopers de juistheid en de volledigheid van de balans van de vennootschap afgesloten op 31 december 1998 en de balans over het boekjaar 1999, welke documenten als bijlage aan de huidige overeenkomst zijn gehecht.

De verkoper verbindt zich persoonlijk voor de schade die de kopers mochten lijden door een onjuiste en/of onvolledige voorstelling van de feiten.

Uit voormelde contractbepaling blijkt enkel dat geïntimeerde bereid was de correctheid te garanderen van de balansen van de vennootschap, correctheid die in casu niet ter discussie staat.

Verder heeft artikel 4 van de overeenkomst betrekking op het voorwerp zelf van de verkoop, met name de aandelen van de vennootschap. Gelet op de inhoud van artikel 4 dat naar voorwerp duidelijk is omlijnd en de plaats die dit artikel inneemt in het geheel van de overeenkomst, besluit het hof dat naar de bedoeling van partijen de laatste zinsnede van artikel 4 (*De verkoper verbindt zich persoonlijk voor de schade die de kopers mochten lijden door een onjuiste en/of onvolledige voorstelling van de feiten*) geen algemene draagwijdte heeft maar enkel slaat op datgene wat het voorwerp uitmaakt van artikel 4, met name het niet-bezuward karakter van de aandelen en de beschikbaarheid en de verhandelbaarheid ervan.

Het hof acht niet aangetoond dat artikel 4 van de overeenkomst op welke wijze ook door geïntimeerde zou zijn geschonden.

Er ligt evenmin een schending voor van artikel 9 van de overeenkomst.

Artikel 9

De verkoper garandeert dat de vennootschap op datum van de ondertekening van de overeenkomst geen andere lopende overeenkomsten heeft onderschreven dan de aankoop-, verkoop-, huur-, huurkoop-, leasing- en verzekeringscontracten, gekend door de kopers, waarbij geen rekening wordt gehouden met de kortlopende overeenkomsten die eigen zijn aan de dagelijkse werking van de vennootschap.

De verkoper garandeert dat zij niet op de hoogte is van feiten die ertoe zouden leiden dat de medecontractanten de bedoeling hebben de hoger vermelde overeenkomsten te beëindigen of te wijzigen.

De verkoper garandeert dat de vennootschap deze overeenkomsten tot op de datum van de bestuurs-overdracht nauwgezet uitvoert, en dat zij tot dezelfde datum geen gelijkaardige overeenkomsten zal onderschrijven zonder de schriftelijke goedkeuring van de kopers.

Appellanten beroepen zich op de tweede paragraaf van voormeld artikel waarin geïntimeerde garandeerde niet op de hoogte te zijn van feiten die ertoe zouden leiden dat medecontractanten de bedoeling zouden hebben overeenkomsten te beëindigen of te wijzigen.

Indien appellanten zich op deze garantie wensen te beroepen, dan dienen zij vooreerst aan te tonen dat geïntimeerde zelf op de hoogte zou zijn geweest van de nakende sluiting van de EDA-winkels en van de problematiek m.b.t. de kortingen. Dit bewijs wordt niet geleverd. Geïntimeerde was aandeelhouder van BVBA Eurobisco en verkocht haar aandelen aan appellanten. Uit niets blijkt dat geïntimeerde ook zelf alle klantenrelaties van nabij zou hebben onderhouden en van de inhoud van de dossiers op de hoogte zou zijn geweest. Uit de gegevens die voorliggen, leidt het hof precies het tegendeel af. Alles wijst erop dat het niet geïntimeerde maar wel haar echtgenoot, de heer M.F., was die de leidende functie binnen BVBA Eurobisco waarnam en de relaties met de klanten onderhield. Dit blijkt o.m. ook uit het feit dat de heer M.F. – niet geïntimeerde – zich ertoe verbond om gedurende een periode van zes maanden na de overdracht van de aandelen zijn werkzaamheden binnen de vennootschap verder te zetten. Ook uit de briefwisseling tussen de heer M.F. en Delhaize blijkt dat de besprekingen m.b.t. de kortingen exclusief met de heer M.F. werden gevoerd en dat hij diegene was die samenwerkingsvoorstellen formuleerde (brief van de heer M.F. aan dhr. V.G. van AD Delhaize van 26 november 1999). Het hof acht niet naar behoren aangetoond dat geïntimeerde zelf, die enkel haar aandelen overdroeg, op de hoogte zou zijn geweest van welke feiten ook. Een bewijs van deze kennis wordt niet geleverd.

Uit het feit dat geïntimeerde niet reageerde naar aanleiding van de ingebrekstellende van appellanten, kan geen erkenning van wat ook worden afgeleid. Geïntimeerde is geen handelaar en haar stilzwijgen is niet van die aard dat het niet voor een andere uitleg dan een erkenning van aansprakelijkheid zou kunnen gelden.

Het hof besluit tot de ongegrondheid van het hoger beroep.

Om die redenen

Het hof, na beraad,

(...)

D.d. 3 december 2007 – Hof van beroep te Antwerpen

A.R.: 2007/AR/752

Zet.: Carette (raadsheer-voorzitter), Bresseleers en Peeters
(raadsheren)

Pleit.: Mrs. Smets en Drieskens

Due diligence-onderzoek, bedrog en culpa in contrahendo

Steven MARYSSE

Assistent vakgroep burgerlijk recht, Universiteit Gent

I. Feitenrelasie en antecedenten

1 Het feitencomplex van onderhavig arrest kan als volgt worden geschetst.

2 Voorafgaandelijk aan de verkoop van de aandelen van een vennootschap (bvba), wordt tussen de verkoopster (aandeelhouder)¹ en de koper (producent van zoetwaren (nv))², op 25 oktober 1999, een optieovereenkomst gesloten waarbij aan de koper een optie tot aankoop van alle 750 aandelen van de vennootschap wordt verleend voor de prijs van 991.574,10 EUR. De optieovereenkomst bepaalt evenwel dat het bedrag gebeurlijk kan worden gereduceerd in functie van de resultaten van een *due diligence*-onderzoek. Het *due diligence*-onderzoek wordt ingesteld en gevoerd door en namens de potentiële kopers. Op 24 december 1999 sluiten de kopers de definitieve verkoopovereenkomst waarbij de aandelen worden aangekocht voor een bedrag van 793.259,28 EUR.

3 Ruim twee jaar na de overdracht van de aandelen, beweren de kopers dat de verkoopster tijdens de onderhandelingsfase bewust (*i.e.* wetens en willens) een onjuiste en onvolledige voorstelling van de werkelijkheid zou hebben gegeven door gegevens te verwijzen. Op deze manier zou de verkoopster zich schuldig hebben gemaakt aan een precontractuele fout in de onderhandelingsfase (met name een schending van de informatieplicht).³ De kopers houden voor dat zij zonder de bedrieglijke verwijzingen van de verkoopster niet tegen dezelfde voorwaarden zouden hebben gecontracteerd.

4 De vordering tot schadevergoeding wordt door de rechtkant van eerste aanleg te Hasselt ongegrond verklaard. Het vonnis wordt in graad van beroep bevestigd door het hof van beroep te Antwerpen. Het hof oordeelt dat door de kopers geen bewijs van bedrog⁴ in hoofde van de verkoopster wordt geleverd en er evenmin een afdoend bewijs is van een (niet-opzettelijke) fout, noch van een causaal verband, noch van een schade om tot een precontractuele fout te besluiten.

-
1. Die zich niet vereenzelvigt met de vennootschap.
 2. De vennootschap waarvan de verkoopster de aandelen verkoopt, was gedurende een (in het arrest niet nader gedefinieerde) periode, een afnemer van de vennootschap van de koper.
 3. “(...) of toch minstens een inbreuk hebben begaan op de garantiebeloften opgenomen in de overeenkomst.” Op dit onderdeel van het arrest wordt niet ingegaan. Het voorwerp van voorliggende annotatie beperkt zich tot het *due diligence*-onderzoek en de rechtsfiguren bedrog en culpa in contrahendo.
 4. Het hof van beroep bedoelt eigenlijk incidenteel bedrog.

Rechtsleer

M&A Kroniek – Chronique de jurisprudence en M&A (2000-2017)
Bart Bellen en/et Didier Leclercq

M&A Kroniek - Chronique de jurisprudence en M&A (2000-2017)

Bart Bellen⁽¹⁾ en/et Didier Leclercq⁽²⁾

m.m.v. Jesse Docx, Elise Gonnissen, Breth Hermans, Céline Mergeay, Ine Schockaert, Alexander Tolpe en Arne Vanhees

Inhoud - Table des matières

Inleiding (nrs. 1-4) - Introduction (n°s 5-8)

Precontractuele fase - Phase précontractuelle

- I. Les accords préliminaires (n°s 9-18)
- II. Les audits d'acquisition (*"due diligence"*) et l'obligation d'information (n°s 19-50)

- Koopovereenkomst tot overdracht van aandelen - Convention de cession d'actions**
- I. Identificatie en vertegenwoordiging van de partijen (nrs. 51-52)
- II. Interpretatie van de koopovereenkomst (nrs. 53-57)
- III. Voorwerp en eigendomsoverdracht (nrs. 58-91)
- IV. Koopprijs
 - 1. Vaststelling van de koopprijs (nrs. 92-107)
 - 2. Financiering van de koopprijs met steun van de doelvennootschap (nrs. 108-128)

V. Opschortende voorwaarden (nrs. 129-134)

- VI. Les clauses de déclarations et de garanties - Mécanisme d'indemnisation de l'acheteur - Limitations (n°s 135-159)
- VII. Beëindiging (nrs. 160-171)
- VIII. Niet-concurrentiebeding (nrs. 172-193)
- IX. Standaardclausules (*'boilerplate'*) en andere typische bepalingen (nrs. 194-200)
- X. Geschillenbeslechting (nrs. 201-205)
- XI. Ondertekening (nrs. 206-210)

1. Advocaat te Brussel (**contrast**).

2. Partner BDO Legal, collaborateur scientifique de l'UCL.

Inleiding

1. Deze bijdrage bevat een overzicht van Belgische gerechtelijke uitspraken die verband houden met koopovereenkomsten in het kader van bedrijfsovernames en die werden gepubliceerd in de periode 2000-2017.

2. De focus ligt daarbij op bedrijfsovernames die tot stand zijn gekomen op basis van een koop van aandelen (*share deal*). Uitspraken die betrekking hebben op overdrachten van activa (*asset deal*) zijn echter ook opgenomen als zij betrekking hebben op de civielrechtelijke aspecten van de koopovereenkomst en daardoor een bredere relevantie hebben voor de beoordeling van overnameovereenkomsten in het algemeen.

3. Deze kroniek heeft betrekking op contractuele bedrijfsovernames en dus niet op gedwongen overdrachten, bijvoorbeeld naar aanleiding van de geschillenregeling in het Wetboek van vennootschappen. Ook uitspraken die betrekking hebben op de herstructureringsoperaties (fusie, splitsing, inbreng of overdracht van bedrijfstak of algemeenheid) zijn in principe niet opgenomen. Enkel indien een uitspraak over een uitgesloten onderwerp ook een bredere relevantie heeft voor contractuele bedrijfsovernames, kan de uitspraak uitzonderlijk alsnog zijn opgenomen.

4. Het doel is om een bondige en overzichtelijke samenvatting te bieden van de gepubliceerde rechtspraak. De weerhouden vonnissen en arresten worden daarbij niet kritisch besproken. Voor een grondige analyse verwijzen wij graag naar de geciteerde bronnen en de daarin opgenomen commentaren.

Introduction

5. La présente chronique porte sur les décisions rendues par les juridictions belges en matière de conventions de cession conclues dans le cadre de ventes d'entreprises, qui ont été publiées au cours de la période 2000-2017.

6. Ces décisions ont essentiellement trait à des cessions d'entreprises réalisées sous la forme de ventes d'actions (*share deals*). Les décisions concernant des ventes d'actifs (*asset deals*) ont toutefois également été recensées lorsqu'elles sont relatives aux aspects de droit civil de la convention de cession et qu'elles

ont dès lors une portée plus large, qui peut s'appliquer à toute convention de vente.

7. La présente chronique porte sur les cessions conventionnelles d'entreprises. Elle ne couvre donc pas les cessions forcées, notamment dans le cadre de la procédure de résolution de conflits internes prévue par le Code des sociétés. De même, les décisions relatives à des opérations de restructuration (fusions, scissions, apports ou cessions d'une branche d'activité ou d'une universalité) ne sont en principe pas recensées. De telles décisions peuvent toutefois être mentionnées exceptionnellement lorsqu'elles présentent un intérêt dans le cadre de cessions conventionnelles d'entreprises.

8. La présente chronique a pour but de présenter un aperçu synthétique de la jurisprudence publiée en la matière. Les jugements et arrêts relevés ne font dès lors pas l'objet de commentaires critiques. Pour une analyse plus approfondie des différents sujets, nous renvoyons aux sources doctrinales citées en notes infrapaginale.

Precontractuelle fase - Phase précontractuelle

I. Les accords préliminaires

9. Principes généraux. Les conventions de cession d'actions sont généralement conclues à l'issue d'un processus de négociation plus ou moins long, au cours duquel les parties établissent fréquemment un certain nombre d'accords ou de documents préliminaires, dont la forme, l'objet et le contenu sont très variés (lettre d'intention, protocole d'accord, "Memorandum of Understanding", etc.)⁽³⁾.

10. Portée juridique des accords préliminaires. Les parties doivent se montrer particulièrement prudentes lorsqu'elles établissent des accords préliminaires, car la portée juridique de ceux-ci peut susciter de délicates questions d'interprétation.

11. Conformément au droit commun (art. 1156 C.civ.), en l'absence de disposition contractuelle expresse, il appartient au juge qui est saisi d'une contestation à propos de la portée juridique d'un accord préliminaire de rechercher quelle était la volonté commune et réelle des parties. Il s'ensuit qu'en fonction de son contenu et de l'intention réelle

3. Au sujet de ces accords, voy. D. LECLERCQ, "Les accords préliminaires dans les opérations de cession d'actions" dans R. AYDOGDU (dir.), *Les contrats commerciaux en pratique*, CUP, vol. 169, Bruxelles, Larcier, 2016, 139-171.

des parties qu'il traduit, un accord préliminaire peut constituer un simple “gentlemen's agreement” dénué de toute intention de la part des parties de se lier juridiquement ou, au contraire, il peut être source d'obligations contractuelles.

12. Dans un arrêt du 17 octobre 2011, la cour d'appel d'Anvers a ainsi considéré que “le fait que la lettre d'intention précise qu'elle ne comporte aucune obligation d'acheter ou de vendre, ne signifie pas que celle-ci n'emporte aucune obligation”. En l'espèce, la cour a décidé que le candidat acheteur n'avait pas exécuté de bonne foi la lettre d'intention et qu'il n'avait pas respecté l'obligation de moyens imposée par celle-ci de mettre tout en œuvre afin de réaliser la vente rapidement⁽⁴⁾.

13. Il se peut aussi qu'une lettre d'intention constitue une véritable convention de cession, dont seules restent à négocier, le cas échéant, les modalités accessoires ou d'exécution. On appellera à cet égard qu'une vente est parfaite entre les parties dès qu'il y a accord sur les éléments essentiels du contrat, à savoir sur la chose et sur le prix (art. 1583 C.civ.) ainsi que, le cas échéant, sur les éléments substantiels de la vente, c'est-à-dire ceux que les parties “ont jugé[s] *in concreto* indispensables à leur convention”⁽⁵⁾.

14. Se fondant sur ces principes, la cour d'appel d'Anvers a décidé, dans un arrêt du 9 janvier 2012, que la lettre d'intention signée par les parties constituait une véritable convention de cession d'actions. Dans cette espèce, l'acheteur poursuivait l'exécution de la convention, mais pour un prix inférieur à celui qui était convenu dans la lettre d'intention. La cour a rejeté cette demande et confirmé la décision du premier juge qui avait prononcé, sur demande reconventionnelle du vendeur, la résolution de la convention aux torts de l'acheteur (qui avait refusé d'exécuter celle-ci au prix convenu) avec l'octroi de dommages et intérêts correspondant au montant de l'acompte payé par l'acheteur (en vue d'indemniser le dommage subi par le vendeur qui avait dû faire patienter d'autres candidats acheteurs)⁽⁶⁾.

15. Dans une autre affaire, des candidats acheteurs évincés dans une procédure de cession d'actions soutenaient que la vente de celles-ci s'était réalisée en leur faveur “en raison de l'accord des parties sur la

chose et le prix et, même, sur les conditions accessoires, à savoir la soumission de la vente à des “garanties usuelles” pour le vendeur (c'est-à-dire conformes à la pratique)”. Après avoir rappelé qu'il ne suffisait pas qu'il y ait accord sur la chose et sur le prix pour qu'il y ait vente, mais que l'accord devait également porter sur “tous les points que les parties ont jugés indispensables ou auxquels elles ont attaché une importance certaine”, la cour d'appel de Mons a débouté ces candidats acheteurs, par un arrêt du 14 octobre 2008, en constatant que la hauteur des garanties revêtait un caractère essentiel pour chacune des parties, de sorte que les candidats acheteurs ne pouvaient valablement prétendre que le désaccord existant à ce sujet avec les vendeurs se limitait à un élément accessoire du contrat. La cour relève en outre que, aux termes de la lettre d'intention signée par les parties, celles-ci avaient expressément accepté que la vente ne serait parfaite que lors de la signature de la convention de cession⁽⁷⁾.

16. On notera incidemment que dans son arrêt précédent du 17 octobre 2011, la cour d'appel d'Anvers a également considéré qu'aucune convention de cession d'actions ne s'était formée entre les parties⁽⁸⁾.

17. La théorie classique de l'offre et de l'acceptation. Suivant la théorie classique, un contrat se forme par la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Mais il arrive très rarement qu'une convention de cession d'actions se forme de la sorte, car la conclusion d'une telle opération est généralement le fruit d'un processus de négociation au cours duquel se succèdent les propositions et contre-propositions des parties, sans que celles-ci ne s'analysent en de véritables offres ou contre-offres⁽⁹⁾.

18. Le tribunal de commerce de Nivelles a toutefois eu à connaître d'une affaire dans laquelle un actionnaire avait émis une offre de vente de l'ensemble de ses actions en faveur d'un autre actionnaire et avait rétracté celle-ci avant l'expiration de son terme. Le lendemain de la rétraction, l'offre avait été acceptée par son destinataire. Après avoir constaté, d'une part, que l'offre était valable car elle était à la fois ferme et complète (en ce sens qu'elle précisait les éléments essentiels du contrat à conclure) et, d'autre part, qu'elle avait été régulièrement portée à la connaissance de son destinataire, le tribunal a décidé, par un

4. Anvers, 17 octobre 2011, *RW* 2013-14, 655, note A. VAN OEVELEN. Voy. aussi, à propos de cet arrêt, le paragraphe 16.

5. L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, “Examen de jurisprudence (1981 à 1991) - Les contrats spéciaux”, *RCJB* 1995, (107) 113. Il n'est donc pas nécessaire que les parties s'accordent sur les éléments accessoires de la convention pour que celle-ci se forme valablement.

6. Anvers, 9 janvier 2012, *TBBR-RGDC* 2015, n° 5, 278. Voy. les paragraphes 130 et 164.

7. Mons, 14 octobre 2008, *JT* 2008, 758. Voy. le paragraphe 48.

8. Anvers, 17 octobre 2011, *RW* 2013-14, 655, note A. VAN OEVELEN. Voy. le paragraphe 12.

9. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2017, 53-54.

jugement du 12 juin 2008, que l'offrant était tenu de maintenir son offre jusqu'au terme fixé et qu'il y avait lieu de sanctionner le retrait intempestif de celle-ci par la condamnation de l'offrant à l'exécution en nature. On relèvera néanmoins que les circonstances de cette espèce étaient assez particulières, car elles s'inscrivaient dans le cadre d'opérations de cession d'actions d'une société cotée⁽¹⁰⁾.

II. Les audits d'acquisition (“due diligence”) et l'obligation d'information

19. Principes généraux. Au cours de la période précédant la signature d'une convention de cession d'actions, les vendeurs communiquent à l'acheteur ou mettent habituellement à sa disposition (en principe, via une “*data room*”⁽¹¹⁾) un grand nombre d'informations et de documents portant sur les différentes composantes de la société cible (comptes, situation juridique, financière, patrimoniale, opérationnelle, fiscale...). Ces informations et documents font généralement l'objet d'audits (communément appelés “*due diligence*”) réalisés par l'acheteur, avec l'assistance de ses différents conseils, dont le but est de lui permettre de mieux appréhender les risques inhérents à l'opération envisagée⁽¹²⁾. Il s'ensuit notamment qu'en pareil cas, comme l'a décidé le tribunal de commerce de Gand dans un jugement du 1er mars 2017, l'acheteur ne peut plus remettre en cause le montant du compte courant du vendeur à l'égard de la société⁽¹³⁾.

20. L'acheteur, déçu par l'acquisition qu'il a réalisée, peut reprocher au vendeur de lui avoir fourni des informations inexactes ou incomplètes à propos de la société dont il a acheté les actions. Toutefois, si les exigences de la bonne foi auxquelles les parties sont tenues de se conformer au cours de la phase précontractuelle impliquent notamment un devoir de loyauté et d'information, il est communément admis que le vendeur n'est pas tenu d'une obligation générale de renseigner l'acheteur sur tout élément qui pourrait présenter un intérêt pour lui dans le cadre de l'achat des actions de la société cible.

21. Trois conditions doivent être réunies pour que l'on puisse conclure à l'existence d'une obligation

d'information à charge du vendeur : (1) le vendeur doit connaître ou être censé connaître les informations en question, (2) le vendeur doit connaître ou être censé connaître l'importance de ces informations pour l'acheteur et (3) l'acheteur doit pouvoir légitimement ignorer ces informations⁽¹⁴⁾.

22. *Culpa in contrabendo.* La troisième des conditions précitées renvoie à l'obligation incomptante à l'acheteur de s'informer lui-même sur les éléments qui présentent un intérêt pour lui. L'acheteur ne peut donc pas reprocher au vendeur d'avoir commis une faute précontractuelle (*culpa in contrahendo*) en ne portant pas certains éléments à sa connaissance, dans la mesure où son ignorance est due à sa propre négligence. Pour apprécier le comportement de l'acheteur, on tient notamment compte de ses qualités, de son expérience en matière d'acquisition d'entreprises et du fait qu'il a ou non fait appel à des conseils professionnels pour l'assister.

23. Sur la base de ces principes, les cours et tribunaux rejettent fréquemment les demandes en dommages et intérêts formulées par des acheteurs à l'encontre de vendeurs auxquels ils reprochent de leur avoir fourni des informations inexactes ou incomplètes au cours de la période précontractuelle⁽¹⁵⁾ :

- dans une affaire dans laquelle un acheteur reprochait aux vendeurs de lui avoir fourni des informations inexactes sur la situation financière de la société, la cour d'appel de Gand a confirmé, par un arrêt du 27 octobre 2008, la décision du premier juge qui avait rejeté la demande de l'acheteur fondée sur la responsabilité précontractuelle des vendeurs; la cour a constaté à cet effet que l'acheteur avait des compétences en matière de comptabilité et rappelé par ailleurs qu'il était censé agir avec diligence et qu'il lui appartenait de bien examiner les conventions qu'il concluait⁽¹⁶⁾;

- dans une autre espèce, la responsabilité précontractuelle des vendeurs, auxquels les acheteurs reprochaient de ne pas les avoir informés à propos de problèmes d'infiltrations d'eau, a été rejetée pour un motif différent par un arrêt du 28 octobre 2010 de la cour d'appel de Gand; en l'occurrence, il n'était pas établi que si les acheteurs avaient eu connaissance de

10. Comm. Nivelles, 12 juin 2008, *JT* 2008, 625.

11. B. BELLEN, “M&A Survey - 4th edition”, *TRV-RPS* 2017, (251) 255.

12. Sur ces questions, voy. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2017, 48-52 et 63-79 et B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 43-64.

13. Comm. Gand, 1er mars 2017, *DAOR* 2017, n° 123, 55. Voy. les paragraphes 175, 178, 181 et 188.

14. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2017, 69-72. Voy. également B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 43-45.

15. Voy. aussi (dans un autre contexte) comm. Bruxelles, 25 janvier 2008, *TRV* 2010, 506, note M. DE MUYNCK.

16. Gand, 27 octobre 2008, *TRV* 2011, 571, note B. BELLEN et J. STEVENS. Voy. le paragraphe 29.

cette information, cela aurait eu une incidence sur le prix des actions⁽¹⁷⁾;

• après avoir rappelé que l'obligation d'information n'avait pas une portée générale et qu'il appartenait à chaque partie de faire preuve de toute la diligence nécessaire avant de conclure une convention, le tribunal de commerce de Bruxelles a rejeté, par un jugement du 25 août 2005, la demande en dommages et intérêts émanant d'un acheteur qui soutenait que la pollution affectant un terrain appartenant à la société dont il avait acheté les actions était plus importante que ce qui pouvait être anticipé au moment de la conclusion de la convention; le tribunal a considéré en l'espèce que l'acheteur n'était pas un profane et qu'il n'était pas établi que le vendeur lui avait transmis de fausses informations⁽¹⁸⁾;

• se fondant sur des motifs similaires, le tribunal de commerce de Bruxelles a également débouté, dans un jugement du 15 octobre 2008, un acheteur qui reprochait au vendeur d'avoir commis une *culpa in contrahendo* en lui transmettant une note de présentation enjolivant la situation de la société; en l'occurrence, l'acheteur appartenait à un groupe spécialisé dans les prises de participations dans des sociétés non cotées et il s'était fait assister par des conseils professionnels⁽¹⁹⁾.

24. Dol et réticence dolosive du vendeur. S'il fournit des informations inexactes ou incomplètes à l'acheteur au cours des négociations de la convention de cession d'actions, le vendeur peut également se rendre coupable de dol, auquel cas l'acheteur pourra poursuivre l'annulation de la convention ou réclamer l'octroi de dommages et intérêts (art. 1116 C.civ.)⁽²⁰⁾.

25. Pour pouvoir obtenir l'annulation de la convention de cession pour cause de dol, l'acheteur doit établir que le vendeur a eu recours à des manœuvres dans l'intention de le tromper. En outre, ces manœuvres doivent avoir eu une influence déterminante sur le consentement de l'acheteur, de telle sorte qu'en l'absence de celles-ci, ce dernier n'aurait pas conclu la convention. Lorsqu'elles ont simplement conduit

l'acheteur à conclure la convention à des conditions différentes, les manœuvres du vendeur n'entraînent pas la nullité de la convention de cession, mais elles peuvent donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts (dol incident, par opposition au dol principal).

26. Les manœuvres peuvent consister soit en des actes positifs (comme la communication d'informations inexactes), soit en une réticence, c'est-à-dire dans le fait de volontairement conserver le silence alors que l'on était tenu d'une "obligation de parler".

27. Les acheteurs qui estiment avoir été trompés par le vendeur sur la situation financière ou la consistance du patrimoine de la société - spécialement lorsque celle-ci est déclarée en faillite quelque temps après l'acquisition - invoquent fréquemment le dol pour réclamer l'annulation de la vente ou l'octroi de dommages et intérêts.

28. Dol et réticence dolosive du vendeur (suite) - Rejeté. Un nombre important d'actions fondées sur le dol du vendeur sont toutefois rejetées par les cours et tribunaux, à défaut pour l'acheteur de pouvoir établir que tous les éléments constitutifs sont réunis, en particulier lorsque ce dernier est expérimenté en matière d'acquisitions d'entreprises et qu'il a fait appel à des conseils professionnels pour l'assister dans le cadre de sa "*due diligence*" et des négociations de la convention. Conformément au droit commun, il appartient en effet à la partie qui invoque le dol d'en rapporter la preuve⁽²¹⁾. En outre, l'acheteur ne peut pas se prévaloir d'un présumé dol s'il a eu connaissance de la tromperie au cours des négociations et qu'il a néanmoins décidé de conclure la convention de cession car, en pareil cas, son consentement n'était plus vicié au moment de la signature de la convention⁽²²⁾.

29. Au cours de la période couverte par la présente chronique, on relève les décisions suivantes rejetant, sur la base de ces principes, les allégations de dol invoquées par des acheteurs dans des opérations d'achat d'entreprises :

17. Gand, 28 octobre 2010, *TGR* 2011, 120. Voy. le paragraphe 201.

18. Comm. Bruxelles, 25 août 2005, *TRV* 2011, 593, note B. BELLEN et N. WATZEELS. Au sujet de ce jugement, voy. aussi les paragraphes 152 et 157.

19. Comm. Bruxelles, 15 octobre 2008, *TRV* 2011, 587. Voy. les paragraphes 29 et 33.

20. Sur la notion de dol en matière de cessions d'actions, voy. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2017, 88-96; B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 47-49 et A. COIBION, "Le dol en matière de conventions de cession d'actions. La revanche de l'ingénue" (note sous comm. Gand, 2 mars 1999), *TBH-RDC* 2001, 49-57.

21. On observera que l'article 1116 du Code civil n'exclut pas la preuve par présomption, mais qu'il doit s'entendre en ce sens que le dol ne peut pas s'induire de la conclusion de l'acte lui-même et doit se prouver spécifiquement, fût-ce par présomptions. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, II, *Les obligations*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylants, 2013, vol. I, 280, n° 158.

22. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2017, 95.

- par un arrêt du 3 décembre 2007 confirmant la décision rendue en première instance, la cour d'appel d'Anvers a rejeté la demande des acheteurs qui prétendaient que le vendeur s'était rendu coupable de réticence en ne les informant pas de l'existence d'un litige avec un client ni de la fermeture imminente de la chaîne de magasins d'un autre client; pour justifier son arrêt, la cour relève que les acheteurs ont effectué une "*due diligence*", qu'ils sont des professionnels du secteur dans lequel la société exerce ses activités et qu'il n'est pas établi que les informations en question ont eu un caractère déterminant dans la fixation du prix des actions⁽²³⁾;

- un acheteur, qui prétendait que son consentement avait été obtenu par des manœuvres dolosives du vendeur consistant à avoir sciemment présenté des comptes qui ne donnaient pas une image fidèle de la situation des sociétés, a été débouté par un arrêt du 17 mai 2001 de la cour d'appel de Bruxelles qui a considéré que celui-ci devait, à la lecture des comptes, aisément se rendre compte que l'activité de l'une des sociétés était largement déficitaire et qu'il n'était pas raisonnable de soutenir que le prix des actions aurait été déterminé sur la seule base des éléments du bilan des sociétés⁽²⁴⁾;

- dans une espèce où l'acheteur soutenait que les vendeurs lui avaient indiqué et promis au cours des négociations que la perte de la société au 30 juin 2004 ne dépasserait pas un certain montant et poursuivait la nullité de la convention de cession pour dol, la cour d'appel de Bruxelles a débouté celui-ci, dans un arrêt du 10 juin 2008 confirmant la décision du premier juge, au double motif qu'il avait réalisé une "*due diligence*" (et ne pouvait donc prétendre ignorer la situation financière de la société) et qu'il avait approuvé les comptes annuels de la société au 30 juin 2004 et accordé la décharge aux administrateurs plusieurs mois avant d'introduire une réclamation à l'encontre des vendeurs en raison du montant des pertes de la société⁽²⁵⁾;

- un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 28 avril 2009 et un jugement du tribunal de première instance de Bruxelles du 14 avril 2015 ont également rejeté le dol invoqué par l'acheteur au motif que le vendeur

peut exiger de l'acheteur un certain devoir de vigilance et que pour apprécier l'existence éventuelle d'un dol, il y a lieu de tenir compte du caractère professionnel et de la compétence de la victime du préteudol ainsi que de l'intervention de conseillers ou d'experts lors des négociations; "dès lors [que les conseillers de l'acheteur] ont eu la possibilité d'examiner en détail la situation de la société, il paraît difficile de faire grief au vendeur de ne pas avoir attiré l'attention sur des éléments résultant de dossiers mis à leur disposition, ni *a fortiori* sur les risques liés de manière générale à tel ou tel type d'activités"⁽²⁶⁾;

- par un arrêt du 13 mars 2006, la cour d'appel de Gand a rejeté les allégations de dol invoquées par l'acheteur, fondées sur la situation patrimoniale de la société, car il n'était pas établi que la composition des éléments d'actif et de passif de cette dernière avait joué un rôle déterminant dans la décision de l'acheteur de conclure la convention de cession⁽²⁷⁾;

- le dol du vendeur n'a pas non plus été retenu dans l'espèce précitée qui a fait l'objet de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Gand le 27 octobre 2008, à défaut pour l'acheteur d'en rapporter la preuve⁽²⁸⁾;

- le devoir de diligence qui pèse sur l'acheteur d'un fonds de commerce implique que celui-ci vérifie, avant l'opération, si le fonds de commerce en question n'est pas grevé d'un gage (puisque une telle sûreté fait l'objet d'un mécanisme de publicité par le biais d'une inscription au registre de la conservation des hypothèques); il s'ensuit, comme l'a décidé la cour d'appel de Gand dans un arrêt du 23 février 2011, que l'acheteur ne peut prétendre que le vendeur a commis un dol en ne l'informant pas de l'existence d'un tel gage⁽²⁹⁾;

- la cour d'appel de Liège a rejeté, par un arrêt du 21 décembre 1999, les allégations de dol invoquées par l'acheteur des actions d'une société, propriétaire d'un domaine immobilier, qui affirmait avoir été trompé par les vendeurs au motif que ceux-ci auraient laissé entendre, par certaines indications figurant sur le plan inclus dans la plaquette présentant le bien, qu'une grande partie du domaine pourrait faire l'objet d'un lotissement, alors qu'en réalité toute

23. Anvers, 3 décembre 2007, *TBBR-RGDC* 2009, 254. Au sujet de cet arrêt, voy. aussi le paragraphe 150.

24. Bruxelles, 17 mai 2001, *RPS* 2002, 73, *TBH-RDC* 2003, n° 10, 859, note A. COIBION. À propos de cet arrêt, voy. aussi le paragraphe 142.

25. Bruxelles, 10 juin 2008, *TRV* 2009, 640. Voy. le paragraphe 132. À propos de l'incidence de l'approbation des comptes annuels de la société par l'acheteur, voy. aussi le paragraphe 158.

26. Bruxelles, 28 avril 2009, *JDSC* 2014, 33, *TBBR-RGDC* 2013, 517 et Trib. Bruxelles, 14 avril 2015, *DAOR* 2017, n° 121, 86.

27. Gand, 13 mars 2006, *TGR* 2007, 42. Voy. les paragraphes 60, 62, 66 et 68.

28. Gand, 27 octobre 2008, *TRV* 2011, 571, note B. BELLEN et J. STEVENS. Voy. le paragraphe 23.

29. Gand, 23 février 2011, *TGR* 2011, 279. Voy. le paragraphe 162.

construction d'habitations était interdite sur cette zone par le plan de secteur; en l'espèce, l'acheteur était une société spécialisée en matière immobilière et, qui plus est, celui-ci n'avait pas spécialement attiré l'attention des vendeurs sur ses intentions de construire un lotissement sur la zone en question⁽³⁰⁾;

- dans son jugement précité du 15 octobre 2008, le tribunal de commerce de Bruxelles a estimé que l'on ne pouvait pas sérieusement admettre que l'acheteur - qui appartenait à un groupe spécialisé dans les prises de participations dans des sociétés non cotées et qui s'était fait assister par des conseils professionnels - aurait été induit en erreur par une note de présentation contenant des informations de base sur la société, quand bien même devrait-on reconnaître qu'elle embellissait la situation de cette dernière; le tribunal relève aussi que le refus de l'acheteur de produire le rapport d'audit de l'un de ses conseils peut laisser présumer que ce rapport infirmait les allégations de dol⁽³¹⁾;

- à défaut pour l'acheteur d'avoir pu établir que le vendeur lui avait volontairement communiqué des informations inexactes (et notamment, une liste erronée de clients) au cours des négociations, le tribunal de commerce de Gand a déclaré infondée l'action de l'acheteur basée sur le dol incident dans un jugement du 31 octobre 2016; dans cette espèce, l'acheteur, qui était lui-même comptable, avait procédé à une "*due diligence*", de sorte que celui-ci devait raisonnablement être en mesure d'estimer la valeur de la clientèle⁽³²⁾;

- dans une espèce où, peu de temps après la cession des actions, la société avait fait l'objet d'un contrôle fiscal qui avait débouché sur une imposition supplémentaire, le tribunal de commerce de Gand a estimé, dans un jugement du 2 mars 1999, qu'une révision fiscale portant sur des exercices antérieurs était un risque dont un acquéreur d'actions devait tenir compte et que, partant, les acheteurs ne pouvaient faire grief au vendeur d'avoir commis un dol (réticence), d'autant plus que ceux-ci avaient eu l'occasion d'examiner la comptabilité de la société, avec l'assistance d'experts; le tribunal ajoute que, dans une telle situation, le dol ne serait établi que si le vendeur savait qu'il avait commis une fraude d'une ampleur telle qu'une taxation supplémentaire était inéluctable

ou s'il avait tu l'existence d'une taxation qui était imminente à la suite d'un contrôle déjà effectué⁽³³⁾.

30. Dol et réticence dolosive du vendeur (suite) - Rejeté - Incidence des clauses de la convention de cession. Un arrêt rendu par la cour d'appel d'Anvers le 11 février 2005 présente un intérêt tout particulier, car il met en lumière l'incidence que certaines clauses de la convention de cession peuvent avoir sur les allégations de dol invoquées par l'acheteur⁽³⁴⁾.

31. L'acheteur prétendait tout d'abord que le vendeur avait commis un dol en ne l'informant pas de l'existence d'une enquête diligentée par la chambre d'enquête commerciale ni du fait que certaines créances étaient irrécouvrables. Mais la cour a considéré que l'absence de communication de ces informations n'était pas constitutive d'un dol car, d'une part, la convention de cession contenait une clause aux termes de laquelle l'acheteur déclarait qu'il avait reçu de la part du vendeur tous les documents et informations nécessaires afin de lui permettre de "se faire une image exacte de l'opportunité de l'achat et du prix"⁽³⁵⁾ et, d'autre part, il était établi que l'acheteur avait pris connaissance du bilan de la société. Il s'en suit que l'acheteur ne pouvait pas prétendre ignorer ces informations.

32. L'acheteur reprochait également au vendeur de ne pas l'avoir informé de l'existence d'une troisième procédure à l'encontre de la société, alors que celui-ci avait déclaré dans la convention de cession que la société n'était partie qu'à deux litiges. Réformant sur ce point la décision rendue par le premier juge, la cour d'appel d'Anvers a décidé que cet élément ne constituait pas non plus un dol, car la convention de cession prévoyait un mécanisme spécifique d'indemnisation de l'acheteur dans l'hypothèse où l'existence de certains litiges n'aurait pas été portée à la connaissance de l'acheteur.

33. Dol et réticence dolosive du vendeur (suite) - Retenu. Pendant la période faisant l'objet de la présente chronique, on relève néanmoins un certain nombre de jugements et d'arrêts qui ont admis que le vendeur avait commis un dol dans le cadre d'une cession d'entreprise :

30. Liège, 21 décembre 1999, *RPS* 2000, 164. Voy. aussi les paragraphes 45, 161 et 167.

31. Comm. Bruxelles, 15 octobre 2008, *TRV* 2011, 587. Voy. les paragraphes 23 et 33.

32. Comm. Gand, 31 octobre 2016, *RW* 2017-18, 632. Il s'agissait en l'occurrence d'une opération portant sur la vente d'un fonds de commerce (d'un bureau de comptabilité).

33. Comm. Gand, 2 mars 1999, *TBH-RDC* 2001, 46, note A. COIBION.

34. Anvers, 11 février 2005, *TRV* 2005, 116, note D. VAN GERVEN.

35. Voy., sur ce point, l'arrêt rendu en sens contraire par la cour d'appel de Bruxelles le 30 mars 2004 (paragraphe 35).

• par un arrêt du 30 septembre 2014, la cour d'appel d'Anvers a confirmé le jugement rendu par le premier juge qui avait prononcé la nullité de la convention de cession dans une espèce où le vendeur n'avait pas informé les acheteurs du fait que la société avait fait aveu de faillite préalablement à la signature de celle-ci; la cour relève à cet effet qu'en vertu du devoir d'information pesant sur lui par application de l'article 1602 du Code civil, le vendeur était tenu de déclarer clairement dans la convention de cession que la société avait fait aveu de faillite⁽³⁶⁾;

• la cour d'appel de Bruxelles a considéré, quant à elle, dans un arrêt du 14 mars 2008, que le vendeur d'un fonds de commerce avait commis un dol incident justifiant l'octroi de dommages et intérêts en n'indiquant pas à l'acheteur que, par suite de la publication d'un avis de permis de bâtir, il avait été informé du fait que des bâtiments allaient être construits par la commune sur le terrain sur lequel était implanté le fonds de commerce, de sorte que celui-ci ne pourrait plus être exploité que pendant un peu plus d'un an; pour la cour, le prix de cession aurait certainement été moins élevé si l'acheteur avait eu connaissance de cet élément⁽³⁷⁾;

• confirmant le jugement rendu en première instance qui avait prononcé la nullité de la convention de cession, la cour d'appel de Gand a retenu, dans un arrêt du 6 octobre 2008, le dol des vendeurs résultant de la présentation erronée et trompeuse de la situation financière de la société (surévaluation de l'actif net, surfacturation de services, etc.), car celle-ci avait eu une incidence importante sur la détermination du prix des actions; en revanche, à l'instar du jugement précité rendu par le tribunal de commerce de Bruxelles le 15 octobre 2008⁽³⁸⁾, l'arrêt rejette les allégations de dol fondées sur des présentations inexactes des perspectives commerciales et financières de la société ainsi que sur le caractère irréaliste des hypothèses de départ utilisées dans le business plan de cette dernière, au motif que les acheteurs devaient être conscients que, ce faisant, les vendeurs avaient peut-être embelli les choses⁽³⁹⁾.

34. Dol et réticence dolosive du vendeur (suite) - Retenu - Incidence des clauses de la convention de cession. Comme l'illustrent un certain nombre de jugements et d'arrêts rendus au cours de la période

couverte par la présente chronique, les clauses de "déclarations et de garanties" du vendeur figurant dans la convention de cession peuvent conduire le juge à considérer que le dol du vendeur invoqué par l'acheteur est établi :

• confirmant le jugement rendu en première instance prononçant la nullité de la convention de cession, la cour d'appel de Gand a considéré, dans un arrêt du 22 décembre 2008, que le dol du vendeur était établi, au motif que celui-ci s'était abstenu d'informer l'acheteur du fait que la déclaration figurant dans la convention de cession - aux termes de laquelle il affirmait que "les actions étaient vendues quittes et libres, à savoir qu'il n'existant pas de dettes pesant sur la société" - était inexacte (en raison de l'existence de nombreuses dettes et de factures impayées)⁽⁴⁰⁾;

• pour des motifs similaires, un arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles le 8 septembre 2011, confirmant la décision du premier juge, a admis que les vendeurs avaient intentionnellement induit l'acheteur en erreur quant à la situation comptable de la société en garantissant, dans la convention de cession, la régularité de la comptabilité et l'exactitude des comptes annuels de la société, alors qu'ils savaient que tel n'était pas le cas, ce qui était constitutif d'un dol incident; la cour relève à cet égard que la garantie en question démontrait que l'acheteur attachait de l'importance à la régularité de la comptabilité de la société et que les vendeurs le savaient; on observera toutefois que la cour n'a pas octroyé à l'acheteur les dommages et intérêts réclamés par ce dernier (correspondant à une prétendue moins-value des actions achetées), car celui-ci restait en défaut de justifier de la réalité d'un préjudice personnel⁽⁴¹⁾.

35. Un arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles le 30 mars 2004, confirmant le jugement de première instance qui avait prononcé la nullité de la convention de cession, a admis que le vendeur avait délibérément trompé l'acheteur en joignant à celle-ci une liste de clients qui ne correspondait pas à la réalité, commettant de la sorte un dol, car le volume annoncé de la clientèle de la société constituait un élément substantiel dans l'appréciation de la valeur intrinsèque de celle-ci, prise en compte lors des négociations entre les parties⁽⁴²⁾.

36. Anvers, 30 septembre 2014, *ERO* 2016, n° 228, 69.

37. Bruxelles, 14 mars 2008, *TBBR-RGDC* 2009, 365, note B. VAN DEN BERGH.

38. Comm. Bruxelles, 15 octobre 2008, *TRV* 2011, 587. Voy. les paragraphes 23 et 29.

39. Gand, 6 octobre 2008, *TRV* 2011, 581, note B. BELLEN ET J. STEVENS.

40. Gand, 22 décembre 2008, *TRV* 2009, 638, note D. VAN GERVEN.

41. Bruxelles, 8 septembre 2011, *RPS* 2011, 563, note D. LECLERCQ. Voy. aussi les paragraphes 51 et 141.

42. Bruxelles, 30 mars 2004, *RPS* 2005, 94.

36. On observera que, dans cet arrêt, la cour a considéré :

- que le vendeur se prévalait vainement de la clause de la convention de cession aux termes de laquelle l'acheteur reconnaissait "avoir été informé de tous les éléments lui permettant de se faire une opinion sur la société et la reprendre en toute connaissance de cause", dès lors qu'il avait délibérément tronqué les informations fournies⁽⁴³⁾;
- que les qualités professionnelles que le vendeur attribue à l'acheteur n'entraînaient pas que ce dernier aurait dû prendre en compte l'éventualité de la déclaration inexacte, par le vendeur, du nombre réel de clients de la société.

37. On relèvera enfin que dans une espèce où la convention de cession n'indiquait pas quelle était la sanction s'attachant à la violation de la clause de garantie portant sur l'exactitude des comptes de la société et l'exhaustivité des informations communiquées à l'acheteur, le tribunal de commerce de Mons a considéré, dans un jugement du 11 avril 2002, qu'il ne s'agissait pas "d'une garantie conventionnelle à proprement parler mais plutôt d'une explication de l'obligation de droit commun qui pèse sur le vendeur d'éclairer correctement l'acheteur et de s'abstenir de lui fournir des informations mensongères" et que la sanction du non-respect de cette obligation était "à rechercher dans la matière du dol"⁽⁴⁴⁾.

38. En l'occurrence, le tribunal a retenu le dol incident invoqué par l'acheteur en admettant que le vendeur l'avait trompé en lui communiquant des documents comptables qui sous-évaluaient les créances irrécouvrables de la société de manière notable, alors qu'il était en possession d'un rapport du commissaire réviseur de la société qui insistait expressément sur le caractère erroné de ces informations.

39. Dol et réticence dolosive de l'acheteur. Les principes exposés ci-dessus s'appliquent aussi à l'acheteur, car celui-ci peut disposer à propos de la société d'informations dont le vendeur n'avait pas connaissance.

40. Dans un arrêt du 14 novembre 2006, la cour d'appel de Liège a ainsi retenu une réticence, constitutive d'un dol incident, à charge de l'acheteur, dans une

affaire où l'administrateur délégué d'une société avait acheté les actions de cette dernière à un actionnaire afin de les revendre à un tiers à un prix supérieur. La cour a jugé, en effet, que l'acheteur s'était sciemment abstenu d'informer le vendeur à propos de l'opération qu'il négociait avec le tiers acquéreur, en vue d'induire le vendeur en erreur sur la valeur réelle de ses actions⁽⁴⁵⁾.

41. En revanche, dans une espèce où les vendeurs poursuivaient la nullité de la convention de cession dans laquelle ils s'étaient engagés à payer certains montants aux sociétés dont ils avaient vendu les actions et qui se trouvaient en grande difficulté financière, la cour d'appel de Gand a confirmé, par un arrêt du 10 septembre 2012, la décision du premier juge, qui n'avait pas retenu le prétendu dol de l'acheteur invoqué par les vendeurs. Après avoir rappelé que, pour évaluer le dol, il convenait de tenir compte de la situation professionnelle et des compétences de la partie qui s'en estime victime, la cour a considéré que les vendeurs ne pouvaient pas valablement soutenir qu'ils avaient été trompés par l'acheteur sur la situation financière des sociétés concernées. Contrairement à celui-ci, ils avaient en effet exercé des fonctions d'administrateur et d'administrateur délégué dans ces sociétés, et ce, depuis plus de dix ans, de sorte qu'ils étaient censés être parfaitement au courant de la situation financière réelle de ces dernières. La cour précise aussi que c'est en réalité aux vendeurs qu'il appartenait de fournir des informations exactes à l'acheteur à propos des sociétés⁽⁴⁶⁾.

42. Erreur - vice de consentement. Outre la *culpa in contrahendo* et le dol, les acheteurs, déçus par la situation financière et patrimoniale de la société dont ils ont acheté les actions, invoquent souvent, aux fins de poursuivre l'annulation de la convention de cession, le fait qu'ils auraient commis une erreur.

43. Toutefois, eu égard aux impératifs de sécurité juridique, la partie qui prétend avoir commis une erreur "simple" (à distinguer de l'erreur consécutive à un dol de l'autre partie) ne peut obtenir l'annulation de la convention qu'à certaines conditions très strictes : premièrement, l'erreur doit porter sur la substance de la chose (à savoir, "sur tout élément qui a déterminé principalement la partie à contracter, de telle sorte que, sans cet élément, le contrat n'aurait pas été conclu"); deuxièmement, elle doit être com-

43. Voy., sur ce point, l'arrêt précité rendu en sens contraire par la cour d'appel d'Anvers le 11 février 2005 (paragraphe 30).

44. Comm. Mons, 11 avril 2002, *JDS* 2005, 59, *JLMB* 2004, 693. Voy. aussi le paragraphe 142.

45. Liège, 14 novembre 2006, *TBH-RDC* 2008, n° 2, 162, note Y. DE CORDT.

46. Gand, 10 septembre 2012, *RW* 2013-14, n° 36, 1427.

mune (ce qui signifie que les deux parties devaient connaître le caractère déterminant, pour la partie qui a versé dans l'erreur, des éléments en question); et troisièmement, elle doit être excusable (en ce sens qu'elle aurait pu être commise par toute personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances)⁽⁴⁷⁾.

44. Selon l'enseignement classique, l'erreur sur la valeur (ou sur le prix) de même que l'erreur sur les motifs ne constituent pas, comme telles, des erreurs substantielles et ne sont donc, en règle générale, pas retenues comme causes de nullité de la convention. Tel est le cas, en particulier, en matière de cessions d'actions⁽⁴⁸⁾.

45. Dans un certain nombre d'espèces qui ont donné lieu aux décisions précitées rejetant les allégations de dol (voy. le paragraphe 29), les acheteurs se prévalaient en outre de l'erreur, mais ils ont également été déboutés sur ce plan, car le juge a considéré que celle-ci ne présentait pas un caractère excusable compte tenu soit des qualités professionnelles de l'acheteur⁽⁴⁹⁾, soit du fait que ce dernier avait réalisé une "*due diligence*" et ne pouvait donc pas prétendre ne pas avoir eu connaissance de la situation financière de la société⁽⁵⁰⁾.

46. Un arrêt rendu le 29 mai 2002 par la cour d'appel de Gand se prononce dans le même sens. Confirmant la décision de première instance, la cour rejette la demande en annulation de la convention de cession introduite par les acheteurs et condamne ceux-ci au paiement du prix des actions. En l'occurrence, les acheteurs avaient reconnu, dans la convention, qu'ils étaient au courant de la valeur des actions et qu'ils avaient reçu de la part des vendeurs toutes les pièces comptables et financières ainsi que toutes les informations demandées. Ils avaient également reconnu avoir eu accès à tous les documents nécessaires en vue de leur permettre d'avoir une "image complète" de la valeur des actions et de la portée de la convention de cession. De plus, ils avaient déchargé les vendeurs de toute garantie concernant les actions ven-

dues et renoncé à toute demande en dommages et intérêts⁽⁵¹⁾.

47. Rupture fautive des négociations. La *culpa in contrahendo* peut être invoquée non seulement lorsque la convention de cession a été conclue, mais aussi lorsque l'une des parties prétend que l'autre partie a rompu fautivement les pourparlers précontractuels⁽⁵²⁾.

48. Dans l'arrêt précité du 14 octobre 2008, la cour d'appel de Mons a rejeté l'argument, formulé à titre subsidiaire par le candidat acheteur, suivant lequel les vendeurs auraient rompu de manière fautive les négociations très avancées entre eux, en estimant qu'en l'espèce le candidat acheteur ne pouvait prétendre que sa légitime confiance avait été trompée par les vendeurs⁽⁵³⁾.

49. En revanche, dans une affaire soumise à la cour d'appel de Gand, il était établi que le propriétaire d'un site commercial avait rompu fautivement les négociations portant sur la vente de ce dernier. Le litige portait sur l'étendue des dommages et intérêts réclamés par les candidats acheteurs. En l'occurrence, la cour a décidé, par un arrêt du 3 décembre 2014, que ceux-ci ne pouvaient pas se voir octroyer des dommages et intérêts positifs ("*positief contractbelang*") - lesquels impliquent que la victime de la faute reçoive une indemnisation correspondant au montant qu'elle aurait perçu si le contrat avait été conclu, en ce compris le bénéfice escompté (gain manqué) - dès lors qu'en l'espèce, au moment où la faute avait été commise, il n'existant aucune certitude que le contrat aurait été conclu si la faute ne s'était pas produite. Pour les mêmes motifs, la cour rejette également la demande en dommages et intérêts des candidats acheteurs fondée sur la perte d'une chance⁽⁵⁴⁾.

50. La cour d'appel d'Anvers a rendu un arrêt dans le même sens le 16 avril 2015. Après avoir considéré que le vendeur potentiel avait fautivement rompu les négociations portant sur la vente des actions de sa société en subordonnant la conclusion de la conven-

47. Sur cette question, voy. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2017, 82-88 et B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 49-52.

48. Liège, 1er avril 1992, *RPS* 1993, 97, obs. I. CORBISIER.

49. Liège, 21 décembre 1999, *RPS* 2000, 164.

50. Bruxelles, 10 juin 2008, *TRV* 2009, 640. Voy. le paragraphe 132.

51. Gand, 29 mai 2002, *DAOR* 2002, n° 63, 298.

52. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2017, 67. Sur la rupture des négociations, voy. D. LECLERCQ, "Les accords préliminaires dans les opérations de cession d'actions" dans R. AYDOGDU (dir.), *Les contrats commerciaux en pratique*, CUP, vol. 169, Bruxelles, Larcier, 2016, 160-169. Voy. aussi le paragraphe 22.

53. Mons, 14 octobre 2008, *JT* 2008, 758. Voy. le paragraphe 15.

54. Gand, 3 décembre 2014, *TGR* 2015, 113. Concernant cette problématique, voy. D. LECLERCQ, "Les accords préliminaires dans les opérations de cession d'actions" dans R. AYDOGDU (dir.), *Les contrats commerciaux en pratique*, CUP, vol. 169, Bruxelles, Larcier, 2016, 164-167.

tion de cession à une nouvelle condition à un stade avancé des négociations, la cour a décidé que l'acheteur potentiel ne pouvait pas obtenir de dommages et intérêts au titre du gain manqué, car il n'existe aucune certitude que les parties auraient conclu la convention de cession si la faute n'avait pas été commise. La cour ne lui a dès lors octroyé des dommages et intérêts que pour les frais encourus. La cour relève également que l'acheteur potentiel aurait pu prétendre, le cas échéant, à une indemnisation pour la perte d'une chance (car les négociations auraient pu continuer en l'absence de cette faute), mais que cela ne faisait pas l'objet de sa demande⁽⁵⁵⁾.

Koopovereenkomst tot overdracht van aandelen - Convention de cession d'actions

I. Identificatie en vertegenwoordiging van de partijen

51. Natuurlijke personen : toestemming echtgenoot. Het is essentieel dat de partijen bij de overeenkomst kunnen worden geïdentificeerd en (in voorkomend geval) geldig vertegenwoordigd zijn. Wanneer de contractspartijen natuurlijke personen zijn, dient men ook rekening te houden met hun burgerlijke staat⁽⁵⁶⁾. In een arrest van 8 september 2011 aanvaarde het hof van beroep te Brussel, op basis van de specifieke omstandigheden van de zaak, het bestaan van een impliciet vertegenwoordigingsmandaat van de ene echtgenoot aan de andere echtgenoot. In casu had een van de echtgenoten de overeenkomst niet zelf ondertekend. De rechter besloot echter dat deze echtgenoot, ingevolge de ondertekening door de andere echtgenoot, gebonden was door de inhoud van de overeenkomst (inclusief de daarin opgenomen vrijwaringsverplichtingen), aangezien de betrokken echtgenoot niet betwistte (i) eigenaar te zijn geweest van een deel van de verkochte aandelen op het ogenblik van de verkoop, (ii) de prijs ervan te hebben ontvangen en (iii) op de dag van de ondertekening van de overdrachtsovereenkomst ontslag te hebben gegeven als bestuurder van de doelvennootschap⁽⁵⁷⁾.

52. Voor de verkoop van een handelszaak bepaalt artikel 1418, § 1, b Burgerlijk Wetboek dat, in het gemeenschapsstelsel, de toestemming van beide echtgenoten is vereist om een handelszaak over te dragen. Een arrest van 7 november 2003 van het hof van beroep te Brussel bevestigt dat deze bepaling primeert op artikel 1417, eerste lid Burgerlijk Wetboek dat toelaat dat de echtgenoot, die een zelfstandig beroep uitoefent, alle daartoe noodzakelijke bestuurshandelingen verricht, althans indien de bedoelde overdracht niet gepaard gaat met de aankoop van een andere, gelijksoortige handelszaak⁽⁵⁸⁾.

II. Interpretatie van de koopovereenkomst

53. Algemeen. Een koopovereenkomst tot overdracht van aandelen is - net zoals elke andere overeenkomst beheerst door het Belgisch recht - onderworpen aan de interpretatieregels van het Burgerlijk Wetboek. De primaire interpretatieregel is opgenomen in artikel 1156 BW en bepaalt dat de rechter de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen dient te achterhalen, veeleer dan zich te beperken tot de letterlijke zin van de in de overeenkomst gebruikte bewoordingen. De artikels 1157 tot en met 1164 BW bevatten bijkomende interpretatieregels die de primaire regel van artikel 1156 BW aanvullen⁽⁵⁹⁾.

54. Aanvullende interpretatieregel van artikel 1162 Burgerlijk Wetboek. Overeenkomstig artikel 1162 BW dient een overeenkomst in geval van twijfel te worden uitgelegd ten nadelen van de begunstigde van een verbintenis en ten voordele van degene die zich heeft verbonden. In een arrest van 19 september 2002 bevestigt het hof van beroep te Brussel dat deze aanvullende interpretatieregel slechts kan worden toegepast indien er, na toepassing van artikel 1156 BW, twijfel blijft bestaan over de juiste interpretatie van de overnameovereenkomst. In casu kon een koper van aandelen een put-optie uitoefenen ten aanzien van de verkopers en de gekochte aandelen terug verkopen aan de oorspronkelijke verkopers indien een aantal voorwaarden waren vervuld. Het hof diende te beoordelen of de partijen waren overeengekomen dat deze voorwaarden cumulatief waren (zoals de

55. Anvers, 16 avril 2015, *RABG* 2016, n° 6, 436.

56. B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 67-72; D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Brussel, Larcier, 2017, 270-271 en A. VAN DOORSLAER DE TEN RYEN, "Identificatie van de partijen" in G.-L. BALLOON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (325) 327-328.

57. Brussel 8 september 2011, *RPS* 2011, 563, noot D. LECLERCQ. Zie randnummers 34 en 141.

58. Brussel 7 november 2003, *RW* 2004-05, afl. 32, 1266, noot G. DEKNUDT. Zie ook B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 72.

59. B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 81-85 en D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Brussel, Larcier, 2017, 290-295.

oorspronkelijke verkopers voorhielde) of niet (wat de oorspronkelijke koper beweerde). Op basis van een grondige analyse van de betrokken clausule stelde het hof de oorspronkelijke koper in het gelijk, ondanks de kennelijk gebrekkige redactie van het beding. Het hof baseerde zich enkel op de interpretatieregels van artikels 1156 en 1157 BW, zonder een beroep te doen op artikel 1162 BW (dat tot een tegenovergesteld resultaat zou hebben geleid)⁽⁶⁰⁾.

55. In een arrest van 13 september 2011 maakt het hof van beroep te Brussel wel gebruik van artikel 1162 BW. Ook in deze zaak ging het hof, verwijzend naar artikel 1156 BW, eerst op zoek naar de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen. In casu betrof de betwisting de correcte toepassing van een *earn-out*-prijsmechanisme in een context waarbij de doelvennootschap na de overname was geherstructureerd. Het hof oordeelde dat de interpretatie die de verkopers aan de *earn-out*-clausule gaven minstens twijfelachtig was en dat de clausule daarom moest worden uitgelegd in het voordeel van de koper, die zich had verbonden tot betaling van de koopprijs⁽⁶¹⁾.

56. Interpretatie van contractuele garanties. Hoewel dit vatbaar is voor kritiek, blijkt uit bepaalde rechtspraak dat contractuele verklaringen en garanties in overnameovereenkomsten strikt (volgens sommige rechtbanken zelfs restrictief) zouden moeten worden geïnterpreteerd⁽⁶²⁾. In een arrest van 2 april 2015 bevestigt bijvoorbeeld het hof van beroep te Luik dat waarborgclausules strikt moeten worden geïnterpreteerd. Volgens het hof kan uit de loutere melding dat de verkoper zich ertoe verbindt om de kopers integraal te vergoeden voor elk nadeel dat zij “rechtstreeks of onrechtstreeks” (“directement ou indirectement”) zouden lijden, niet worden afgeleid dat de partijen de bedoeling hadden om een “waarborg tot wedersamenstelling” (“garantie de reconstitution”) of een “waarborg van het passief” (“garantie de passif”) op te nemen in de overeenkomst. Bijgevolg was het aan de kopers om de schade te bewijzen die zij hadden geleden als gevolg van kosten en erelonen op het niveau van de doelvennootschap⁽⁶³⁾.

57. In een vonnis van 4 november 2009 sprak de burgerlijke rechbank te Gent zich uit over de draagwijdte van verklaringen en garanties (en een vrijwaringsclausule) opgenomen in een overnameovereenkomst en meer bepaald over de mogelijke interpretatie ervan als een beding ten behoeve van een derde, namelijk de doelvennootschap. De rechbank bevestigde dat een kwalificatie als beding ten behoeve van een derde niet wordt vermoed, maar vereist dat partijen duidelijk en ondubbelzinnig de bedoeling hebben om in het voordeel van een derde te bedingen. De rechbank besliste dan ook dat de vrijwaringsverbintenis van de verkoper op basis van de overnameovereenkomst geen eigen recht creëren in hoofde van de doelvennootschap en dat enkel de koper zich erop kan beroepen (mits hij een minwaarde van de aandelen aantont)⁽⁶⁴⁾.

III. Voorwerp en eigendomsoverdracht

58. Bepaald of bepaalbaar voorwerp. Artikel 1129 BW bepaalt dat een zaak die het voorwerp is van een verbintenis ten minste ten aanzien van haar soort bepaald moet zijn. In het kader van een koopovereenkomst tot overdracht van aandelen zal met name een duidelijke identificatie van de over te dragen aandelen vereist zijn. Het aantal aandelen, hun aard (aandelen op naam, gedematerialiseerde aandelen) en eventueel de categorie en/of volgnummer zijn hierbij relevante elementen⁽⁶⁵⁾.

59. De rechbank van eerste aanleg te Hasselt oordeelde in een vonnis van 18 februari 2002 dat aan de vereiste van bepaalbaarheid van het voorwerp niet is voldaan, indien bij de verkoop van een aandelenpakket tegen een prijs voor het geheel, geen enkel objectief gegeven of overtuigingsstuk het mogelijk maakt om de prijs per aandeel en het aantal aandelen te bepalen. In zo een geval is het voorwerp niet bepaalbaar en de overeenkomst nietig⁽⁶⁶⁾.

60. Brussel 19 september 2002, *RPS* 2003, 310. Zie randnummer 194. Dit principe werd nogmaals bevestigd in Luik 2 april 2015, *DAOR* 2016, afl. 117, 5, *TRV-RPS* 2016, 181, noot D. LECLERCQ. Zie randnummers 56, 139-140, 148 en 156.
61. Brussel 13 september 2011, *TBH-RDC* 2012, afl. 7, 729 (samenvatting). Zie randnummer 107.
62. B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 171-172.
63. Luik 2 april 2015, *DAOR* 2016, afl. 117, 5, *TRV-RPS* 2016, 181, noot D. LECLERCQ. Zie randnummers 139-140, 148 en 156.
64. Rb. Gent 4 november 2009, *TGR* 2010, 9.
65. B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 93-94 en D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Brussel, Larcier, 2017, 318-319.
66. Rb. Hasselt 18 februari 2002, *RW* 2003-04, afl. 22, 873. Zie randnummer 97.

60. Voorwerp aandelentransactie betreft lidmaatschaps- en vermogensrechten : geen overdracht van vermogen doelvennootschap. De eigen rechtspersoonlijkheid van de doelvennootschap verhindert in beginsel dat de verkopende aandeelhouders als eigenaars van het maatschappelijk vermogen van de doelvennootschap kunnen worden beschouwd. Een verkoop van de aandelen van de doelvennootschap kan niet worden gelijkgesteld met een verkoop van haar activa. In een arrest van 13 maart 2006 oordeelde het hof van beroep te Gent dat dit impliceert dat, in geval van een geschil over de waarde van de aandelen, eerst het bewijs moet worden geleverd dat de samenstelling van het vermogen van de doelvennootschap een determinerende rol heeft gespeeld bij de wilsovereenstemming of dat de koper, via de overname van de aandelen van de doelvennootschap, een vermogen wenste te verwerven met zekere eigenschappen inzake waarde en rendabiliteit⁽⁶⁷⁾.

61. In een eerder arrest van 3 november 1998 had het hof van beroep te Gent reeds vastgesteld dat zich een “rigoureus behoud” opdringt van het onderscheid tussen beide transactievormen. In casu stelde het hof vast dat de overdracht van aandelen door de aandeelhouders van een doelvennootschap omwille van dat essentiële onderscheid geen inbreuk kon uitmaken op de exclusiviteit die door een tussenpersoon werd bedongen voor de overdracht van het handelsfonds⁽⁶⁸⁾.

62. Eigendomsoverdracht tussen partijen (“solo consensu”). De eigendomsoverdracht vindt plaats tussen partijen als gevolg van hun loutere wilsovereenstemming (“solo consensu”)⁽⁶⁹⁾.

- Verschillende arresten van de hoven van beroep te Antwerpen (9 maart 2006)⁽⁷⁰⁾, Brussel (21 oktober

1999⁽⁷¹⁾ en 1 oktober 2004)⁽⁷²⁾ en Gent (13 maart 2006⁽⁷³⁾ en 4 februari 2008)⁽⁷⁴⁾ bevestigen dat de wettelijke verplichting om een register bij te houden op de zetel van de vennootschap, waarin alle aandelenoverdrachten worden genoteerd⁽⁷⁵⁾, enkel is bepaald in het belang van de vennootschap en van derden, zodat de niet-vervulling ervan geen invloed heeft op de geldigheid van de koopovereenkomst *inter partes*. Die komt tussen de partijen tot stand door loutere wilsovereenstemming en het bewijs van de overdracht kan worden geleverd door elk geschrift⁽⁷⁶⁾.

- Ook in een vonnis van 16 februari 1998 van de rechbank van eerste aanleg te Brussel werd vastgesteld dat een aandelenoverdracht tussen de partijen wordt voltrokken als gevolg van hun wilsovereenstemming, ook al is de overdracht nog niet ingeschreven in het register van aandelen op naam. De rechbank stelde dat de “*fysieke lokalisatie*” (“*la localisation physique*”) van de aandelen geen invloed heeft op de totstandkoming van de overeenkomst, nu er tussen partijen overeenstemming was over prijs en voorwerp⁽⁷⁷⁾.

- In een vonnis van 22 oktober 2013 bevestigde de rechbank van koophandel te Tongeren dat geen geschrift is vereist voor de geldige totstandkoming van een overeenkomst tot aandelenoverdracht. Ten aanzien van een partij die handelaar is, is het bewijs vrij en kan de overeenkomst worden bewezen door de vrijwillige uitvoering ervan⁽⁷⁸⁾.

63. Overdracht van risico. Het hof van beroep te Antwerpen bevestigde in een arrest van 3 december 2009 dat de koper het risico draagt van een eventueel faillissement van de doelvennootschap na de overdracht en dus gehouden blijft om de prijs te betalen, ook al was de overdracht nog niet ondertekend in het aandelenregister⁽⁷⁹⁾.

67. Gent 13 maart 2006, *TGR* 2007, 42. Zie randnummers 29, 62, 66 en 68.

68. Gent 3 november 1998, *TRV* 2000, 291. Het hof verwijst daarvoor (onder meer) naar Franse cassatierechtspraak.

69. Art. 1583 BW *juncto* art. 1183 BW; D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Brussel, Larcier, 2017, 115 en B. TILLEMAN, “Overeenkomsten. 2 : Bijzondere Overeenkomsten. A : Verkoop. 2 : Gevolgen van de koop” in *Beginselen van Belgisch Privatecht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 43. In het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen wordt expliciet bepaald dat “de overdracht en overgang van effecten gebeurt volgens de regels van het gemeen recht” (zie artikels 5:61, 6:50 en 7:73 WVV). Volgens de memorie van toelichting is dit in de eerste plaats een verwijzing naar het contractenrecht en de regel dat de eigendom bij een verkoop *solo consensu* wordt overgedragen.

70. Antwerpen 9 maart 2006, *TRV* 2007, 679. Zie randnummer 68.

71. Brussel 21 oktober 1999, *RPS* 2000, 357. Zie randnummers 68 en 84.

72. Brussel 1 oktober 2004, *DAOR* 2004, afl. 72, 43. Zie randnummer 65.

73. Gent 13 maart 2006, *TGR* 2007, 42. Zie randnummers 29, 60, 66 en 68.

74. Gent 4 februari 2008, *TRV* 2008, 513. Zie randnummer 68.

75. Art. 233 W.Venn. (BVBA), art. 357 W.Venn. (CVBA) en art. 463 W.Venn. (NV).

76. Zie eveneens Kh. Gent 26 mei 2000, *TGR* 2000, 255; Kh. Hoei 22 januari 2003, *DAOR* 2002, 397, noot, *RPS* 2003, 328 en Kh. Veurne 12 december 2001, *TBH-RDC* 2002, 750.

77. Rb. Brussel 16 februari 1998, *TBH-RDC* 2003, 880. Te noteren dat dit vonnis werd verbroken door een arrest van het hof van beroep te Brussel, zie randnummer 142.

78. Kh. Tongeren 22 oktober 2013, *NJW* 2014, 903.

79. Antwerpen 3 december 2009, *TRV* 2011, 679, noot D. VAN GERVEN.

64. Verplichte inschrijving van de overdracht in register van aandelen. In een vonnis van 31 januari 2002 oordeelde de rechtbank van koophandel te Leuven dat de wettelijke verplichting om de overdracht in te schrijven in het aandelenregister inherent is aan elke overdracht van aandelen op naam⁽⁸⁰⁾. In casu bepaalde de koopovereenkomst dat de prijs pas moest worden betaald na de overdracht van de aandelen. De koper kan de betaling van de prijs opschorten als de verkoper weigert om mee te werken aan de overdrachtsformaliteiten indien deze reeds vervuld moesten zijn op het ogenblik dat de prijs moet worden betaald⁽⁸¹⁾.

65. In het hierboven reeds vermelde arrest van 1 oktober 2004 stelt het hof van beroep te Brussel vast dat artikel 463 W.Venn. geen verplichtingen oplegt aan de verkoper, maar enkel aan de vennootschap, om de overdracht in te schrijven in het aandelenregister⁽⁸²⁾.

66. In het hierboven eveneens reeds vermelde arrest van 13 maart 2006 oordeelde het hof van beroep te Gent dat een verkoper mag weigeren om de overdracht in het aandelenregister in te schrijven zolang de prijs niet is betaald⁽⁸³⁾.

67. Bewijs en tegenstelbaarheid van eigendom(s-overdracht) (bewijswaarde van het aandelenregister). In principe wordt de eigendom van een aandeel op naam bewezen door de inschrijving in het aandelenregister⁽⁸⁴⁾. Volgens de toepasselijke bepalingen van het Wetboek van vennootschappen moeten de partijen de overdracht van aandelen op naam dan ook tegenstelbaar maken aan de vennootschap en aan derden door de inschrijving ervan in het register van aandelen op naam⁽⁸⁵⁾. Het register van aandelen op naam vormt evenwel geen exclusief bewijsmiddel, maar eerder een begin van bewijs dat, aangevuld met andere bewijsmiddelen, een volko-

men bewijs kan vormen. De hoedanigheid van aandeelhouder kan ook op een andere wijze worden bewezen en een overdracht van aandelen op naam kan dan ook op andere gronden tegenstelbaar zijn aan de vennootschap en derden⁽⁸⁶⁾.

68. Dit blijkt onder meer uit volgende uitspraken :

- Het Hof van Cassatie oordeelde op 19 april 2001 dat de stelling dat een overdrager een aandelenoverdracht slechts zou kunnen aantonen, mits hij een begin van schriftelijk bewijs (eventueel aangevuld met andere bewijsmiddelen) kan voorleggen, niet in rechte is gemotiveerd. Als dusdanig is bijvoorbeeld ook het bewijs met getuigen principieel toegelaten, zelfs als er geen begin van schriftelijk bewijs vorhanden is⁽⁸⁷⁾.

- In een arrest van 19 november 2015 oordeelde het Hof van Cassatie evenwel dat de loutere kennis van de aandelenoverdracht in hoofde van de zaakvoerder van de betrokken vennootschap niet noodzakelijk volstaat als bewijs van kennis en erkenning van de overdracht in hoofde van de vennootschap⁽⁸⁸⁾.

- Ook het hof van beroep te Antwerpen had eerder, in een arrest van 12 maart 1996, geoordeeld dat een overdracht van aandelen en de inschrijving ervan in het aandelenregister kan worden bewezen met getuigen. In casu stelde het hof dat het grote tijdsverloop sinds de overdracht het getuigenbewijs niet uitsluit aangezien de overdracht van aandelen een belangrijke en duurzame verandering met zich meebracht in de aandeelhoudersstructuur van de vennootschap die de betrokken personen zich mogelijk kunnen herinneren⁽⁸⁹⁾.

- In een arrest van 11 mei 1998 oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat een aandelenoverdracht bewezen en tegenstelbaar was aan een curator

80. Art. 233 W.Venn. (BVBA) en art. 357 W.Venn. (CVBA).

81. Kh. Leuven 31 januari 2002, *TRV* 2003, 674.

82. Brussel 1 oktober 2004, *DAOR* 2004, afl. 72, 43. Zie randnummer 62.

83. Gent 13 maart 2006, *TGR* 2007, 42. Zie randnummers 29, 60, 62 en 68.

84. Art. 235 W.Venn. (BVBA), art. 359 W.Venn. (CVBA) en art. 465 W.Venn. (NV). In het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen is de verwijzing naar "eigendom" weggelaten. De vraag wie eigenaar van aandelen is, wordt immers door het gemeen recht beheerst, en een inschrijving in het aandelenregister kan niet de eigendom (of andere zakelijke) rechten (be)vestigen in hoofde van een persoon die burgerrechtelijk geen eigenaar is. Het aandelenregister heeft echter wel een belangrijke bewijsfunctie : wie in dit register als aandeelhouder is ingeschreven, wordt tot bewijs van het tegendeel vermoed aandeelhouder te zijn (Cass. 21 april 1983) (zie artikels 5:29, 5:61, tweede lid, 6:28, 6:50, tweede lid, 7:34 en 7:74 WV; memorie van toelichting bij wetsontwerp WVV, *Parl.St. Kamer* 2017-18, nr. 3119/01, 139).

85. Art. 250 W.Venn. (BVBA), art. 365 W.Venn. (CVBA) en 504 W.Venn. (NV). Zie tevens artikels 5:61, tweede lid, 6:50, tweede lid en 7:74 WV.

86. H. LAGA en V. LIETAER, "Eigendomsbetwistingen bij aandelen" in B. TILLEMAN en B. DU LANG (eds.), *Ondernemingen en effecten*, Brugge, die Keure, 2001, 474, nr. 13 en J. RONSE, K. VAN HULLE, J.-M. NELISSEN GRADE, J. LIEVENS en H. LAGA, "Overzicht van rechtspraak (1978-1985) - Vennootschappen", *TPR* 1986, (1231) 1370-1372.

87. Cass. 19 april 2001, *RPS* 2001, 278, *JT* 2001, 827.

88. Cass. 19 november 2015, *TRV-RPS* 2016, 990, noot D. VAN GERVEN. Zie randnummer 85.

89. Antwerpen 12 maart 1996, *JDSC* 2003, 142, *TRV* 2002, 526.

aangezien de overdracht werd vermeld in het verslag van een buitengewone algemene vergadering van de vennootschap⁽⁹⁰⁾.

- In een arrest van 22 september 2005 oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat uit de artikels 235 en 250 W.Venn. niet kan worden afgeleid dat de overdracht van aandelen in een BVBA enkel kan worden bewezen door overlegging van het register waarin de overdracht is ingeschreven. In casu werd het bewijs van de overdracht geleverd door een geheel aan overeenstemmende feiten, namelijk een onderhandse overeenkomst waarvan enkel de eerste pagina's geparafeerd waren, aangevuld door twee schriftelijke verklaringen (van de boekhouder) en de notulen van een bijzondere algemene vergadering waarin de overnemer staat vermeld als enige aandeelhouder⁽⁹¹⁾.

- Het hof van beroep te Antwerpen oordeelde in een arrest van 9 maart 2006 dat het bewijs van de overdracht kan worden geleverd door een geschrift (onder voorbehoud van artikels 1347 en 1348 BW)⁽⁹²⁾.

- Het hof van beroep te Brussel oordeelde in een arrest van 21 oktober 1999 dat een vennootschap en een derde kunnen verzaken aan de wettelijke tegenwerpelijkheidsregels en zich derhalve kunnen beroepen op een overdracht die hen niet tegenstelbaar is. In casu werd een aandelenoverdracht erkend op grond van andere stukken waaruit de toestemming van de partijen bleek⁽⁹³⁾.

- Het hof van beroep te Brussel oordeelde in een arrest van 5 mei 2009 dat het aandelenregister van een CVBA moet worden beschouwd als een niet-exclusief bewijsmiddel. In casu bleek de hoedanigheid van aandeelhouder uit de ondertekening van het toetredingsformulier, de storting van de kapitaalinbreng, de betaling van het intredegeld en van de jaarlijkse bijdrage en de vermelding als aandeelhouder in de jaarverslagen en bijlagen bij de jaarrekeningen⁽⁹⁴⁾.

- Het hof van beroep te Brussel oordeelde in een arrest van 3 juli 2009 dat de inschrijving in het aandelenregister, als wettelijke tegenstelbaarheidsvereiste⁽⁹⁵⁾, inderdaad niet exclusief is. Het gebrek aan inschrijving in het aandelenregister belet volgens het hof van beroep niet dat een overdracht toch tegenstelbaar is aan de vennootschap wanneer vaststaat dat deze er behoorlijk kennis van had gekregen⁽⁹⁶⁾.

- Het hof van beroep te Brussel oordeelde in een arrest van 13 januari 2014 dat het aandelenregister geen exclusief middel is voor de tegenstelbaarheid van de aandelenoverdracht en dat, bij afwezigheid van een aandelenregister, uit andere omstandigheden kan worden afgeleid dat een tegenwerpelijk overdracht is tot stand gekomen. Bij gebrek aan een aandelenregister, kan bijvoorbeeld uit de goedekeurde en neergelegde jaarrekeningen worden afgeleid wie de vennoten zijn⁽⁹⁷⁾.

- Het hof van beroep te Gent oordeelde in een arrest van 13 maart 2006 dat de inschrijving in het aandelenregister op zich geen eigendomstitel uitmaakt, maar slechts een (niet-exclusief) bewijsmiddel of een begin van geschreven bewijs⁽⁹⁸⁾.

- In een arrest van 4 februari 2008 oordeelde het hof van beroep te Gent met toepassing van het oude artikel 504 W.Venn.⁽⁹⁹⁾ dat een vennootschap die de overdrager van aandelen niet langer uitnodigt voor de algemene vergadering en de aanwezigheid van de overnemer van de aandelen op de algemene vergadering opneemt in de notulen wordt geacht de overdracht van de aandelen te hebben erkend, zelfs indien de inschrijving in het aandelenregister niet werd aangepast. De overdracht was in casu dan ook tegenwerpelijk aan de vennootschap⁽¹⁰⁰⁾.

- Op vergelijkbare wijze besliste de rechtbank van koophandel te Hasselt op 22 maart 2005 dat een aandelenoverdracht, hoewel niet ingeschreven in het aandelenregister, toch tegenwerpelijk was aan de vennootschap aangezien deze kennis bleek te heb-

90. Antwerpen 11 mei 1998, *JDSC* 2001, 74, *AJT* 2000, 97. Zie randnummer 80. Te noteren dat dit arrest is geveld voor de inwerkingtreding van de wet van 12 december 2005 houdende afschaffing van de effecten aan toonder (*BS* 23 december 2005). Zie voetnoot 99.

91. Antwerpen 22 september 2005, *NJW* 2006, 651. Zie randnummer 80.

92. Antwerpen 9 maart 2006, *TRV* 2007, 679. Zie randnummer 62.

93. Brussel 21 oktober 1999, *RPS* 2000, 357. Zie randnummers 62 en 84.

94. Brussel 5 mei 2009, *RABG* 2010, 179.

95. Artikel 365 W.Venn. (CVBA).

96. Brussel 3 juli 2009, *RABG* 2010, 483. Zie randnummer 86.

97. Brussel 13 januari 2014, *RABG* 2015, afl. 5, 342. Zie randnummer 82.

98. Gent 13 maart 2006, *TGR* 2007, 42. Zie randnummers 29, 60, 62 en 66.

99. Vóór de inwerkingtreding van de wet van 12 december 2005 houdende afschaffing van de effecten aan toonder (*BS* 23 december 2005) bepaalde (het oude) artikel 504 W.Venn. dat de overdracht van aandelen op naam van een naamloze vennootschap, naast het registreren in het register van aandelen op naam, ook kon geschieden volgens de bepalingen van artikel 1690 BW.

100. Gent 4 februari 2008, *TRV* 2008, 513. Zie randnummer 62.

ben van de overdracht op basis van de notulen van de algemene vergadering. Uit deze notulen bleek in casu dat enkel de overnemers nog aandeelhouder waren⁽¹⁰¹⁾.

• In een vonnis van 22 januari 2003 besliste de rechtbank van koophandel te Hoei dat een aandelenoverdracht tegenstelbaar is aan de vennootschap en derden, ondanks de verdwijning van het aandelenregister, en dit op basis van een verklaring van de lasthebber van de koper die bevestigde dat het aandelenregister bij de overdracht beschikbaar was en dat de overdracht was ingeschreven in het register⁽¹⁰²⁾.

• De rechtbank van koophandel te Veurne besliste in een vonnis van 12 december 2001 dat de juridische gevolgen van de inschrijving van een aandelenoverdracht in het aandelenregister beperkt zijn tot de tegenwerpelijkheid van de overdracht. De inschrijving in het aandelenregister is geen eigendomstitel, maar slechts een bewijsmiddel mits de overdracht zelf op geldige wijze is tot stand gekomen⁽¹⁰³⁾.

69. Een aantal uitspraken illustreren dat de rechtbaniken, afhankelijk van de omstandigheden, soms ook een strengere aanpak hanteren :

• Zo oordeelde het hof van beroep te Bergen in een arrest van 23 juni 2014 dat de inschrijving in het aandelenregister is voorgescreven in het belang van de vennootschap en van derden en dat zij daarvan afstand kunnen doen. In casu was dat echter niet gebeurd, waardoor de beweerde overdracht dan ook niet tegenstelbaar was aan de curator bij gebrek aan inschrijving in het aandelenregister⁽¹⁰⁴⁾.

• Het hof van beroep te Luik besliste in een arrest van 29 oktober 2009 dat een overdracht van aandelen in een CVBA, bij gebrek aan een register, niet door de overdrager kan worden bewezen met alle middelen van recht ten aanzien van de vennootschap en van derden, aangezien het Wetboek van vennootschappen voorziet in een specifieke formaliteit, namelijk de inschrijving van de overdracht in het aandelenregister (art. 365 W.Venn.)⁽¹⁰⁵⁾.

• Ook de rechtbank van koophandel te Dendermonde besliste in een vonnis van 24 januari 1995 dat een door de curator in volstorting aangesproken aandeelhouder-zaakvoerder, die beweerde dat hij zijn aandelen in de gefailleerde vennootschap had overgedragen, daarvan het bewijs diende te leveren aan de hand van een geldige inschrijving in het aandelenregister. In deze zaak bepaalden de statuten van de betrokken vennootschap ook explicet dat de overdracht slechts geldt ten aanzien van de vennootschap en derden vanaf de inschrijving in het aandelenregister⁽¹⁰⁶⁾.

70. Een vonnis van 31 oktober 2002 van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel illustreert ten slotte dat een inschrijving van een overdracht in het aandelenregister op zich niet noodzakelijk voldoende is als bewijs van een koopovereenkomst. In casu vermeldde het aandelenregister een “overdracht” (“transfert”) van de aandelen, zonder prijs of verdere kwalificatie en bleek uit latere correspondentie tussen partijen dat er van een verkoop geen sprake was. De rechtbank bevestigde evenwel de rechtsgeldigheid van de overdracht en kwalificeerde deze als een overdracht ten kosteloze titel (“onrechtstreekse schenking”)⁽¹⁰⁷⁾.

71. Bewijswaarde van vermeldingen in een authentieke akte. In een zaak voor het hof van beroep te Gent rees de vraag of een aandeelhouder de eigendom van aandelen kan bewijzen aan de hand van een vermelding door een notaris in een authentieke akte. Een authentieke akte levert immers, behoudens bewijs van valsheid, tussen de contracterende partijen en hun erfgenamen of de rechtverkrijgenden een volledig bewijs⁽¹⁰⁸⁾. In casu had de notaris in een authentieke akte opgenomen dat de betrokken aandeelhouder met 165 aandelen aanwezig was op een buitengewone algemene vergadering van de vennootschap. Het hof oordeelde in een arrest van 8 oktober 2012 dat hieruit niet kan worden afgeleid dat de betrokken persoon ook daadwerkelijk eigenaar is van die aandelen. De notaris stelt enkel vast wie zich aanbiedt en met hoeveel aandelen, en dient niet na te gaan in welke hoedanigheid die persoon verschijnt. Uit het feit dat men met 165 aandelen op

101. Kh. Hasselt 22 maart 2005, *TBH-RDC* 2006, 461. Zie randnummers 76 en 80. Te noteren dat dit arrest is geveld voor de inwerkingtreding van de wet van 12 december 2005 houdende afschaffing van de effecten aan toonder (*BS* 23 december 2005).

102. Kh. Hoei 22 januari 2003, *DAOR* 2002, 397, noot, *RPS* 2003, 328. Zie randnummer 81.

103. Kh. Veurne 12 december 2001, *TBH-RDC* 2002, 750. Te noteren dat dit vonnis betrekking heeft op een schenking.

104. Bergen 23 juni 2014, *JLMB* 2016, 588. Zie randnummer 82.

105. Luik 29 oktober 2009, *JDSC* 2011, 115, *JLMB* 2010, 1369, *RPS* 2010, 431. Zie randnummer 76.

106. Kh. Dendermonde 24 januari 1995, *TRV* 2002, 536. Zie randnummers 76 en 82.

107. Rb. Brussel 31 oktober 2002, *TRV* 2003, 546.

108. Art. 1319, eerste lid BW.

de buitengewone algemene vergadering verschijnt, kan hoogstens een vermoeden van eigendom worden afgeleid⁽¹⁰⁹⁾.

72. Aandelen aan toonder - Bezit geldt als titel.

Aandelen aan toonder kunnen worden overgedragen door de loutere overhandiging van de titel⁽¹¹⁰⁾. In een arrest van 2 maart 2004 oordeelde het hof van beroep te Luik dat het vermoeden van eigendom, zoals opgenomen in artikel 2279 Burgerlijk Wetboek, in dat geval slechts geldt als bewijsregel ten voordele van diegene die de effecten bezit indien de voorwaarden van artikels 2228 en volgende Burgerlijk Wetboek zijn vervuld⁽¹¹¹⁾.

73. Overdracht van aandelen in CVOA (artikel 357, § 3 W.Venn.).

De vennoot die aandelen van een CVOA koopt, moet bij de inschrijving van de overdracht in het aandelenregister tekenen met de handgeschreven woorden “goed voor onbeperkte en hoofdelijke verbintenis”⁽¹¹²⁾. Het Hof van Cassatie oordeelde op 30 oktober 2014 dat het bewijs van deze vermelding bij de schuldeiser ligt die de vennoot tot betaling van vennootschapsschulden aanspreekt. Volgens het Hof van Cassatie kan dit bewijs worden geleverd met alle middelen. Indien het bewijs evenwel niet wordt aangebracht, kan de schuldeiser de vennoot niet aanspreken voor de verbintenissen van de CVOA⁽¹¹³⁾.

74. Tegenstelbaarheid van eigendomsoverdracht in een VOF.

Een aandelenoverdracht in een VOF kan, mits deze door het vennootschapscontract is toegelaten, slechts geschieden met inachtneming van de vormen van het burgerlijk recht en kan geen gevolg hebben ten aanzien van de verbintenissen die vóór de openbaarmaking ervan zijn aangegaan⁽¹¹⁴⁾. De aandelenoverdracht en, derhalve, het verlies van de hoedanigheid van vennoot, moeten worden bekendgemaakt om tegenstelbaar te zijn aan derden⁽¹¹⁵⁾. De aandelenoverdracht kan aan derden niet eerder worden tegengeworpen dan vanaf de dag dat deze bij uitreksel of in de vorm van een mededeling in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt⁽¹¹⁶⁾.

75. Deze principes worden bevestigd en/of verduidelijkt in volgende uitspraken :

- In een arrest van 2 september 2016 oordeelde het Hof van Cassatie dat uit de artikels 204 en 209 W.Venn. volgt dat de vennoten die hun deelneming in de VOF overdragen, hoofdelijk aansprakelijk blijven ten aanzien van derden voor alle verbintenissen van de vennootschap aangegaan vóór de publicatie van de aandelenoverdracht in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad. Het Hof verduidelijkt daarbij dat onder “derden” (in de zin van art. 76, eerste lid W.Venn.) moet worden begrepen : “diegenen die met de vennootschap hebben gecontracteerd omwille van haar bestaan”. Derden die over een schuldbordering tegen de vennootschap beschikken krachtens de wet of uit onrechtmatige daad, worden niet beschermd. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de belastingadministratie voor wat betreft de opeisning van de bedrijfsvoorheffing. Deze derden kunnen zich niet beroepen op de openbaarmakingsverplichting van artikel 209 W.Venn. De overdracht van aandelen en de rechtsgevolgen die daaruit voortvloeien kunnen aan deze derden worden tegengeworpen overeenkomstig het gemeen recht, i.e. zodra zij bestaan⁽¹¹⁷⁾.

- Het hof van beroep te Gent bevestigde in een arrest van 12 april 2010 dat het vertrek van een vennoot uit een VOF door middel van een aandelenoverdracht pas tegenwoordelijk is aan de vennootschapschuldeisers na bekendmaking in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad⁽¹¹⁸⁾.

- Het hof van beroep te Luik oordeelde in een arrest van 18 januari 2017 dat het feit dat derden, waarvan de schuldborderingen zijn ontstaan nadat een vennoot zijn deelneming heeft overgedragen en na de publicatie van de overdracht in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad, zich niet tot de overdragende vennoot kunnen wenden, niet belet dat deze vennoot aansprakelijk blijft ten aanzien van derden waarvan de schuldbordering vóór de publicatie is ontstaan⁽¹¹⁹⁾.

109. Gent 8 oktober 2012, NJW 2013, 660.

110. (Oud) artikel 504 W.Venn., zoals van toepassing voor de inwerkingtreding van de wet van 12 december 2005 houdende afschaffing van de effecten aan toonder.

111. Luik 2 maart 2004, JDSC 2006, 25, RRD 2004, 160.

112. Art. 357, § 3 W.Venn.

113. Cass. 30 oktober 2014, TRV 2015, 135, noot D. VAN GERVEN.

114. Art. 209 W.Venn. Deze bepaling is in hoofdzaak hernoemd in het nieuwe artikel 4:7 WVV.

115. Art. 69, eerste lid, 4º W.Venn. en art. 74, 1º W.Venn. Zie ook art. 2:8, § 2, 4º WVV en art. 2:14, 5º WVV.

116. Art. 76 W.Venn. Zie ook art. 2:18 WVV.

117. Cass. 2 september 2016, TBH-RDC 2016, 874 (samenvatting), TRV-RPS 2018, 54.

118. Gent 12 april 2010, TRV 2014, 78.

119. Luik 18 januari 2017, DAOR 2017, afl. 124, 64 (samenvatting). Online raadpleegbaar via www.legalworld.be.

76. Niet-tegenwerpelijke overdracht van niet-volgestorte aandelen - (solidaire) gehoudenheid tot volstorting. Indien de overdracht van niet-volgestorte aandelen niet tegenstelbaar is gemaakt aan de vennootschap en aan derden, kunnen zowel de overdrager als de overnemer, al dan niet solidair, worden aangesproken voor de volstortingsplicht.

Dit wordt geïllustreerd door volgende uitspraken :

- arrest van het hof van beroep te Luik van 3 februari 2003⁽¹²⁰⁾;
- arrest van 29 oktober 2009 van het hof van beroep te Luik (met betrekking tot een CVBA)⁽¹²¹⁾;
- vonnis van de rechtbank van koophandel te Dendermonde van 24 januari 1995⁽¹²²⁾;
- vonnis van de rechtbank van koophandel te Gent van 26 mei 2000⁽¹²³⁾;
- vonnissen van 22 maart 2005⁽¹²⁴⁾, 15 november 2005⁽¹²⁵⁾ en 22 september 2009⁽¹²⁶⁾ van de rechtbank van koophandel te Hasselt; en
- vonnis van 2 juni 2006 van de rechtbank van koophandel te Tongeren⁽¹²⁷⁾.

77. Tegenwerpelijke overdracht van niet-volgestorte aandelen in een NV. De overdrager van niet-volgestorte aandelen van een naamloze vennootschap is in principe van zijn volstortingsverplichting bevrijd zodra de overdracht tegenwerpelijk is gemaakt overeenkomstig artikel 506 W.Venn.⁽¹²⁸⁾. Vanaf dat ogenblik kunnen de vennootschap en derden zich enkel nog wenden tot de overnemer. In overeenstemming met artikel 507 W.Venn. is de overdrager evenwel niet volledig bevrijd van zijn volstortingsverbintenis maar blijft hij ook na de openbaarmaking van de overdracht gehouden, ten belope van het niet-volgestorte bedrag, tot de schulden van de

vennootschap die reeds bestonden vóór de openbaarmaking van de overdracht.

78. In een arrest van 27 april 2009 oordeelde het hof van beroep te Luik dat een overdrager van niet-volgestorte aandelen na de overdracht (en ongeacht de geldigheid van de inschrijving van de overdracht in het aandelenregister) gehouden bleef tot volstorting van de aandelen, tenzij de vennootschap de overdrager uitdrukkelijk heeft bevrijd van zijn volstortingsverplichting⁽¹²⁹⁾. Er dient daarbij wel te worden opgemerkt dat de beweerde overdracht zou hebben plaatsgevonden voor de inwerkingtreding van het W.Venn⁽¹³⁰⁾.

79. Tegenwerpelijke overdracht van niet-volgestorte aandelen in een BVBA. Terwijl er voor de NV een wettelijke regeling bestond voor de overdracht van niet-volgestorte aandelen, ontbrak deze voor de andere vennootschapsvormen (BVBA en CVBA). Deze lacune heeft, in het bijzonder voor de BVBA, geleid tot uiteenlopende interpretaties in de rechtspraak en rechtsleer⁽¹³¹⁾.

80. Een eerste strekking ging uit van het principe van schuldbevrijding in hoofde van de overdrager zodra de overdracht tegenwerpelijk is gemaakt aan de vennootschap en aan derden (bijvoorbeeld door de inschrijving in het aandelenregister overeenkomstig art. 250 W.Venn.).

De volgende uitspraken liggen in lijn met de deze strekking :

- arresten van het hof van beroep te Antwerpen van 11 mei 1998⁽¹³²⁾, 5 maart 2001⁽¹³³⁾, 31 januari 2002⁽¹³⁴⁾ en 22 september 2005⁽¹³⁵⁾;

120. Luik 3 februari 2003, *JDSC* 2006, 29, *JLMB* 2003, 1283.

121. Luik 29 oktober 2009, *JDSC* 2011, 115, *JLMB* 2010, 1369, *RPS* 2010, 431. Zie randnummer 69.

122. Kh. Dendermonde 24 januari 1995, *TRV* 2002, 537. Zie randnummers 69 en 82.

123. Kh. Gent 26 mei 2000, *TGR* 2000, 255.

124. Kh. Hasselt 22 maart 2005, *TBH-RDC* 2006, 461. Zie randnummers 68 en 80.

125. Kh. Hasselt 15 november 2005, *TRV* 2007, 692.

126. Kh. Hasselt 22 september 2009, *JDSC* 2011, 113, *RW* 2010-11, 502.

127. Kh. Tongeren 2 juni 2006, *DAOR* 2007, afl. 82, 221.

128. Artikel 506 W.Venn. legt, naast de verplichte inschrijving in het aandelenregister, bijkomend een verplichting op om een lijst neer te leggen van de aandeelhouders die hun aandelen niet volledig volgestort hebben en om die lijst in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad bekend te maken in de vorm van een mededeling.

129. Luik 27 april 2009, *JDSC* 2011, 102, *JLMB* 2010, 944.

130. Oud artikel 51, derde lid Venn.W. en artikel 52 Venn.W.

131. K. MARESCEAU, "De invloed van de aandelenoverdracht op de volstortingsplicht : een omstreden problematiek voor de BVBA" (noot onder Gent 16 januari 2006), *TRV* 2007, 550-559.

132. Antwerpen 11 mei 1998, *JDSC* 2001, 74, *AJT* 2000, 97. Zie randnummer 68.

133. Antwerpen 5 maart 2001, *T.Not.* 2002, 625.

134. Antwerpen 31 januari 2002, *RW* 2002-03, 508.

135. Antwerpen 22 september 2005, *NIW* 2006, 651. Zie randnummer 68.

- arresten van het hof van beroep te Brussel van 29 november 2001⁽¹³⁶⁾ en 24 april 2009⁽¹³⁷⁾;
- arresten van het hof van beroep te Gent van 16 januari 2006⁽¹³⁸⁾ en 29 oktober 2007⁽¹³⁹⁾;
- vonnis van de rechtbank van koophandel te Hasselt van 22 maart 2005⁽¹⁴⁰⁾;
- vonnis van de rechtbank van koophandel te Luik van 14 oktober 2013⁽¹⁴¹⁾; en
- vonnis van de rechtbank van koophandel te Tongeren van 19 april 2017⁽¹⁴²⁾.

81. Een tweede strekking ging eveneens uit van het principe van schuldbevrijding in hoofde van de overdrager, maar stelde dat de regeling van artikel 507 W.Venn. naar analogie moest worden toegepast op de BVBA⁽¹⁴³⁾.

De volgende uitspraken liggen in lijn met deze tweede strekking :

- arresten van het hof van beroep te Gent van 10 november 1999⁽¹⁴⁴⁾ en van 6 oktober 2003⁽¹⁴⁵⁾; en
- vonnis van de rechtbank van koophandel te Hoei van 22 januari 2003⁽¹⁴⁶⁾.

82. Een derde strekking in de rechtspraak ging uit van de principiële niet-overdraagbaarheid van schulden op basis van het gemeen recht⁽¹⁴⁷⁾. Bijgevolg moest worden teruggegrepen naar het gemeen recht om na te gaan wie voor de volstorting van de overgedragen aandelen kon worden aangesproken.

De volgende uitspraken liggen in lijn met deze derde strekking :

- arrest van het hof van beroep te Bergen van 23 juni 2014⁽¹⁴⁸⁾;
- arresten van het hof van beroep te Brussel van 20 december 1999⁽¹⁴⁹⁾ en van 13 januari 2014⁽¹⁵⁰⁾;
- arrest van 30 juni 2014 van het hof van beroep te Gent⁽¹⁵¹⁾;
- arrest van het hof van beroep te Luik van 24 juni 2003⁽¹⁵²⁾; en
- vonnis van de rechtbank van koophandel te Dendermonde van 24 januari 1995⁽¹⁵³⁾.

83. In een arrest van 9 maart 2017 bevestigde het Hof van Cassatie uiteindelijk de hierboven vermelde eerste strekking, namelijk dat een overdracht van aandelen tegenstelbaar is ten aanzien van de vennootschap door de inschrijving ervan in het aandelenregister (art. 250 W.Venn.). Volgens het Hof van Cassatie volgt hieruit dat de vennootschap, zelfs als ze de overdracht nooit heeft aanvaard, geen volstorting meer kan vorderen van de overdrager na de inschrijving van de overdracht in het aandelenregister⁽¹⁵⁴⁾.

84. Overdracht van niet-volgestorte aandelen in een BVBA (overnemer te goeder trouw). In een arrest van 21 oktober 1999 besliste het hof van beroep te Brussel dat het feit dat een overnemer aandelen had gekocht in de veronderstelling (te goeder trouw) dat deze volledig volgestort waren, geen

136. Brussel 29 november 2001, *JLMB* 2003, 1253.

137. Brussel 24 april 2009, *TBH-RDC* 2009, 970.

138. Gent 16 januari 2006, *TRV* 2007, 548.

139. Gent 29 oktober 2007, *TRV* 2008, 137.

140. Kh. Hasselt 22 maart 2005, *TBH-RDC* 2006, 461. Zie randnummers 68 en 76.

141. Kh. Luik 14 oktober 2013, *DAOR* 2014, afl. 109, 77.

142. Kh. Antwerpen (afd. Tongeren) 19 april 2017, *DAOR* 2017, afl. 124, 65 (samenvatting). Online raadpleegbaar via www.legalworld.be.

143. F. BOUCKAERT, "Van de aansprakelijkheid van de notaris die ten onrechte beweerde dat het kapitaal van een vennootschap volgestort was en van een curator die de volstorting eiste van aandelen, terwijl de inschrijvers die aandelen aan derden hadden overgedragen. Status Quaestionis omtrent de vraag wie voor de volstorting moet instaan" (noot onder Antwerpen 5 maart 2001), *T.Not* 2002, (629) 633; M. DALLE, "De volstortingsplicht na overdracht van niet-volgestorte aandelen in een naderhand gefailleerde BVBA" (noot onder Gent 10 november 1999), *TRV* 2000, (503) 504; F. HELLEMANS, "Over de volstortingsplicht bij overdracht van niet-volgestorte aandelen in een BVBA" (noot onder Gent 11 maart 1998), *TRV* 1998, (166) 168; H. MATTHYSEN, "Artikel 507 W.Venn.", *Comm. V. en V.*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 96; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 291; M. WYCKAERT, *Kapitaal in NV en BVBA. Vermogens- en kapitaalvorming door inbreng. Rechten en plichten van vennooten*, Kalmthout, Biblo, 1995, 349.

144. Gent 10 november 1999, *TRV* 2000, 500, met noot M. DALLE. Zie randnummer 106.

145. Gent 6 oktober 2003, *TGR* 2004, 145.

146. Kh. Hoei 22 januari 2003, *DAOR* 2002, 397, noot, *RPS* 2003, 328. Zie randnummer 68.

147. M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1997, 231; K. MARESCEAU, "De invloed van de aandelenoverdracht op de volstortingsplicht : een omstreken problematiek voor de BVBA", *TRV* 2007, (550) 556-557; SDG, "Bewijs eigendom van aandelen en overdracht van niet-volgestorte aandelen" (noot onder Antwerpen 22 september 2005), *NJW* 2006, 652 en J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, II, Brussel, Bruylant, 1957, 26.

148. Bergen 23 juni 2014, *JLMB* 2016, 588. Zie randnummer 69.

149. Brussel 20 december 1999, *DAOR* 2001, afl. 60, 342.

150. Brussel 13 januari 2014, *RABG* 2015, afl. 5, 342. Zie randnummer 68.

151. Gent 30 juni 2014, *DAOR* 2014, afl. 112, 145 (samenvatting). Online raadpleegbaar via www.legalworld.be.

152. Luik 24 juni 2003, *DAOR* 2004, afl. 70, 73.

153. Kh. Dendermonde 24 januari 1995, *TRV* 2002, 537. Zie randnummers 69 en 76.

154. Cass. 9 maart 2017, *DAOR* 2017, afl. 124, 26, *TRV-RPS* 2017, 932.

afbreuk doet aan de gegrondheid van de vordering tot volstorting van de curator ten aanzien van deze overnemer. Dit kan enkel aanleiding geven tot de contractuele aansprakelijkheid van de overdrager ten aanzien van de overnemer⁽¹⁵⁵⁾.

85. Overdracht van niet-volgestorte aandelen in een CVBA.

Net zoals voor de BVBA, was er voor de CVBA geen wettelijke regeling inzake de overdracht van niet-volgestorte aandelen. Het Hof van Cassatie had ter zake echter reeds in dezelfde zin beslist als later in het arrest van 19 november 2015 met betrekking tot de BVBA⁽¹⁵⁶⁾. In een aantal oudere arresten⁽¹⁵⁷⁾ had het Hof voor de CVBA immers bevestigd dat de overdrager principieel bevrijd was van de volstortingsplicht zodra de overdracht tegenstelbaar was gemaakt aan de vennootschap, met name door de inschrijving ervan in het aandelenregister.

86. In het verlengde van deze cassatierechtspraak heeft het hof van beroep te Brussel in een arrest van 3 juli 2009 beslist dat artikel 507 W.Venn. - *i.e.* de (beperkte) bijdrageplicht van de overdrager van niet-volgestorte aandelen van een NV in de schulden die zijn ontstaan vóór de openbaarmaking van de overdracht - niet per analogie kan worden toegepast op de CVBA⁽¹⁵⁸⁾.

87. Wetboek van vennootschappen en verenigingen. Bovenstaande rechtspraak in verband met de allocatie van de volstortingsplicht in geval van een (tegenstelbare) overdracht van niet-volgestorte aandelen zal, na de inwerkingtreding van de dwingende bepalingen van het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen (op 1 januari 2020), nog slechts beperkte precedentswaarde hebben. Artikels 5:66 (BV), 6:55 (CV) en 7:77 (NV) WVV bevatten immers een nieuwe, dwingende regeling voor de allocatie van de volstortingsplicht bij de overdracht van niet-volgestorte aandelen, waarbij overdrager(s) en overnemer(s) hoofdelijk zijn gehouden tot de volstorting van het aandeel, zowel tegenover de vennootschap als tegenover derden.

88. Schending van statutaire overdrachtsbeperkingen. In een arrest van 7 juni 2012 oordeelde het hof van beroep te Luik dat een overdracht van aandelen die een statutair voorkoophrecht schendt, bij wijze van herstel in natura, kan worden vernietigd indien de voorwaarden van derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk zijn vervuld⁽¹⁵⁹⁾.

89. De rechtbank van koophandel te Ieper oordeelde in dezelfde zin in een vonnis van 23 juni 2003. De rechtbank noteerde daarbij bovendien dat “*van een redelijk en voorzichtig persoon mag worden verwacht dat hij vooraf kennis neemt van de statuten van de vennootschap waarvan hij aandelen wil kopen, alleszins wanneer het gaan om een eerder kleine en niet-beursgenoteerde vennootschap*”⁽¹⁶⁰⁾.

90. In een zaak die betrekking had op een overdracht tussen aandeelhouders van dezelfde vennootschap, besliste de rechtbank van koophandel te Hasselt in een vonnis van 8 maart 2004 dat een koper niet de nietigheid van de overdracht kan inroepen wegens strijdigheid met een statutaire overdrachtsbeperking, als hij met kennis van zaken heeft gehandeld en daardoor impliciet afstand heeft gedaan van de relatieve nietigheid volgend uit de overdrachtsbeperking die in zijn voordeel was bedongen. Hetzelfde geldt (met betrekking tot winstbewijzen) voor de eventuele relatieve nietigheid volgend uit artikel 508 van het Wetboek van vennootschappen⁽¹⁶¹⁾.

91. Verkoop van aandelen vóór oprichting van de naamloze vennootschap. Voor de volledigheid vermelden we nog een arrest van 23 maart 1999 van het hof van beroep te Gent waarin het hof besliste dat een verkoop van aandelen in een naamloze vennootschap, vóór de oprichting van de vennootschap, absoluut nietig was onder het (oude) artikel 46 van de gecoördineerde wetten op de handelvennootschappen⁽¹⁶²⁾.

155. Brussel 21 oktober 1999, *RPS* 2000, 357. Zie randnummers 62 en 68.

156. Zie randnummer 68.

157. Cass. 21 januari 1982, *Pas.* 1892, I, 92, *RPS* 1892, 51 en Cass. 31 januari 1889, *Pas.* 1889, I, 101, concl. MESDACH DE TER KIELE, *JT* 1889, 183, *RPS* 1889, 306.

158. Brussel 3 juli 2009, *RABG* 2010, 483. Zie randnummer 68.

159. Luik 7 juni 2012, *TBH-RDC* 2015, 430. Zie in dit verband art. 5:68, § 2 WVV (BV), art. 6:54, § 2 WVV (CVBA) en art. 7:78 WVV (NV).

160. Kh. Ieper 23 juni 2003, *RW* 2005-06, afl. 12, 468.

161. Kh. Hasselt 8 maart 2004, *TRV* 2004, 249.

162. Gent 23 maart 1999, *TRV* 2000, 254. Deze bepaling luidde: “*Overdracht van aandelen is eerst geldig na de definitieve oprichting van de vennootschap en de storting van een/vierde van het bedrag der aandelen*”. Artikel 46 W.Venn. werd gewijzigd door de wet van 13 april 1995, met uitwerking op 17 juni 1995. Bij die gelegenheid werd het verbod van windhandel (“agiotage”), nl. de verkoop van aandelen die nog niet bestonden en waarvan derhalve de waarde nog niet kon worden bepaald, afgeschaft.

IV. Koopprijs

1. Vaststelling van de koopprijs

92. Bepaald of bepaalbaar karakter. Artikel 1591 BW bepaalt dat “*de koopprijs bepaald moet zijn en door de partijen moet worden vastgesteld*”. De prijs is bepaalbaar indien de overeenkomst voldoende objectieve elementen bevat om de prijs te bepalen, die onafhankelijk zijn van de wil van de partijen en waarvoor geen nieuwe afspraken moeten worden gemaakt tussen de partijen⁽¹⁶³⁾.

93. In een arrest van 13 oktober 2008 oordeelde het hof van beroep te Gent dat een prijs die deels betrekking heeft op het saldo van de bankrekening van de doelvennootschap en op het bedrag van de rekening-courant van de verkoper niet als bepaald of bepaalbaar kan worden beschouwd zonder aanduiding van een precies cijfer, datum of concrete berekeningswijze in de koopovereenkomst. Bij gebrek aan een bepaalde, minstens bepaalbare, prijs is de overeenkomst nietig⁽¹⁶⁴⁾.

94. Het hof van beroep te Gent oordeelde in een arrest van 25 juni 2012 dat een overeenkomst die, voor wat betreft de prijsbepaling, louter verwijst naar “*de tussentijdse balans per 1 oktober 2005*”, niet geldig is. De overeenkomst bepaalde als volgt : “*Na opmaking van de balans per 1 oktober 2005 zal de juiste waarde der aandelen berekend worden, rekening houdend met voorgaande beslissingen*”. Het hof stelde vast dat niet was bepaald door wie, op welke wijze en/of volgens welke methode, na het opmaken van de tussentijdse balans, de “*juiste waarde*” van de aandelen zal worden berekend. De overeenkomst bevatte dus geen bepaalde prijs en, volgens het hof, ook niet voldoende objectieve en aan de wil van de partijen onttrokken elementen op grond waarvan de prijs kon worden vastgesteld, zonder dat een nieuw akkoord tussen partijen noodzakelijk was⁽¹⁶⁵⁾.

95. In een vonnis van 30 juni 2009 stelde de rechtbank van koophandel te Brussel vast dat, bij gebrek aan overeenstemming tussen de partijen omtrent de prijs, geen koopovereenkomst was tot stand gekomen zodat het betaalde voorschot moet worden terugbetaald door de kandidaat-verkopers. In casu

bepaalde de overeenkomst als volgt : “*de prijs van (de) aandelen rekening houdend met de schulden aan derden, zal later worden bepaald door de verkopers en de kopers na onderzoek van de rekeningen en de balans van (de doelvennootschap) met een maximum van (...)*”⁽¹⁶⁶⁾.

96. In een geschil tussen een moeder en een zoon werd de beweerde overdracht van aandelen aan de zoon, waarvoor geen geschreven overeenkomst bestond en waarvoor geen precieze koopprijs kon worden aangeduid, door het hof van beroep te Luik in een arrest van 21 november 2013 beschouwd als niet bewezen. Het feit dat de zoon stelselmatig bepaalde bedragen, via overschrijving dan wel in cash, aan zijn moeder heeft betaald die door haar werden aanvaard, doet hieraan geen afbreuk⁽¹⁶⁷⁾.

97. In een vonnis van 18 februari 2002 besliste de rechtbank van eerste aanleg te Hasselt dat het voorwerp van een overeenkomst niet bepaalbaar is als bij de verkoop van een aandelenpakket, tegen een prijs voor het geheel, geen enkel objectief gegeven of overtuigingsstuk het mogelijk maakt om de prijs per aandeel en het aantal aandelen te bepalen⁽¹⁶⁸⁾.

98. Bevestiging door een partij. Volgens het Hof van Cassatie kan een rechtbank rechtsgeldig vaststellen dat de prijs bepaald of bepaalbaar was, indien de overeenkomst werd uitgevoerd door de partijen. In casu had de verkoper een overeenkomst voor “*voldaan*” ondertekend waarbij hij verklaarde “*zijn aandelen integraal verkocht te hebben*”. Het hof van beroep te Gent had in deze zaak vastgesteld dat de betrokken partij op die manier “*blijkbaar een transactie bevestigt die reeds plaatsgevonden en reeds volledig werd uitgevoerd*” en heeft op die basis geoordeeld dat de prijs bepaald of bepaalbaar was⁽¹⁶⁹⁾.

99. Vaststelling van goodwill / wilsgebreken. In een arrest van 30 april 2004 stelt het hof van beroep te Brussel dat het gebruikelijk is om het eigen vermogen van de doelvennootschap te herwaarderen op basis van een niet-uitgedrukte *goodwill*. Het staat de partijen vrij om dit element onvoorwaardelijk, onherroepelijk en definitief vast te stellen in de koopovereenkomst zonder dat zij de waardering ervan moeten verantwoorden. Als achteraf, naar aanleiding van een

163. B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 99-100 en D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Brussel, Larcier, 2017, 324-326 en de bronnen waarnaar daarin wordt verwezen.

164. Gent 13 oktober 2008, *TRV* 2009, 287.

165. Gent 25 juni 2012, *DAOR* 2012, afl. 103, 328.

166. Kh. Brussel 30 juni 2009, *ERO* 2016, n° 4, 222.

167. Luik 21 november 2013, *RPS* 2013, 536, noot W. DERIJCKE.

168. Rb. Hasselt 18 februari 2002, *RW* 2003-04, afl. 22, 873. Zie randnummer 59.

169. Cass. 17 juni 2005, *RABG* 2005, afl. 17, 1620.

prijsherzieningsclausule, blijkt dat het eigen vermogen van de doelvennootschap veel lager is dan verwacht, doet dit op zich geen afbreuk aan het feit dat de *goodwill* definitief door de partijen was bepaald. De koper die de overeenkomst in de gegeven omstandigheden wil ontbinden, moet bedrog in hoofde van de verkoper aantonen⁽¹⁷⁰⁾.

100. Vaststelling van de koopprijs door een derde. Op grond van artikel 1592 BW kunnen partijen overeenkomen om de prijs te laten bepalen door een derde. Ook dan dient de overeenkomst voldoende objectieve elementen te bevatten op basis waarvan deze derde de koopprijs kan bepalen⁽¹⁷¹⁾.

101. Als de partijen aan een derde-beslisser opdragen om de waarde van aandelen te bepalen op grond van de door hen op bindende wijze vastgestelde criteria en de rechter vaststelt dat de derde-beslisser zich op andere parameters heeft gebaseerd, mag de rechter zich, volgens een principiearrest van 31 oktober 2008 van het Hof van Cassatie, niet in de plaats van de derde-beslisser stellen door zelf de waarde van de aandelen te bepalen op grond van die criteria⁽¹⁷²⁾.

102. In een zaak die het voorwerp was van een arrest van 18 juni 2007 van het hof van beroep te Brussel hadden de partijen in de overeenkomst een bedrijfsrevisor aangeduid en waren zij overeengekomen dat hij de waarde van de aandelen moest bepalen “aan de hand van de methode die steunt op de analyse van de waarde van het vermogen (gebaseerd op het gecorrigeerd netto-actief) en aan de hand van een methode die steunt op de rendementsaspecten van de onderneming; te bepalen aan welke van de door hem gebruikte waarderingsmethode het meeste gewicht toekomt gelet op de aard van de onderneming.” Volgens het hof had de derde-beslisser bij de uitvoering van zijn opdracht correct, naar behoren en op volledige wijze gehandeld, en was er geen reden om vast te stellen dat zijn beslissing kennelijk onredelijk of onbillijk is. Als dusdanig kon de prijsbepaling niet worden aangevochten. In casu hadden de partijen nog bepaald dat de derde-beslisser zijn opdracht moest vervullen met inachtneming van de artikels 962 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek en dus rekening houdend met, onder meer,

de stukken en de opmerkingen van de partijen. Nu de derde-beslisser in zijn eindverslag rekening had gehouden met de stukken en opmerkingen die tijdig waren meegedeeld, maar een bijkomend element dat nadien door één van de partijen unilateraal werd aangebracht buiten beschouwing had gelaten, had de derde-beslisser volgens het hof redelijk gehandeld⁽¹⁷³⁾.

103. Een arrest van 25 april 2005 van het hof van beroep te Antwerpen illustreert dat de rechter de prijsbepaling van de derde-beslisser terzijde kan schuiven indien hij vaststelt dat de prijsbepaling afwijkt van de contractuele afspraken. In casu had de aangeduide derde-beslisser de waardering kennelijk niet volgens de geldende bepalingen van het boekhoudrecht gedaan, hoewel dit zo was bepaald in de overeenkomst. De rechter kan zich evenwel niet in de plaats van de derde-beslisser stellen. Wel kan hij aan de partijen opleggen om een andere derde-beslisser aan te stellen en hiervan de kosten te verdelen. Gelet op de zuiver contractuele aard van de aanstelling van een derde-beslisser, mag de rechter niet zelf tot een nieuwe aanstelling overgaan⁽¹⁷⁴⁾.

104. In een vonnis van 2 oktober 2003 stelt de rechtbank van koophandel te Gent dat de beoordelingsvrijheid van de rechter in het kader van een bindende derdenbeslissing beperkt is tot een marginale toetsing. Meer bepaald kan de rechter enkel nagaan of de materie die het voorwerp uitmaakt van een derdenbeslissing vatbaar is voor een dading, of de aanstelling van de derde-beslisser op rechtsgeldige wijze is gebeurd, of de derde-beslisser onpartijdig is, of diens beslissing volledig is, of de derde-beslisser zijn bevoegdheid niet heeft overschreden, of de partijen in hun middelen met betrekking tot de derdenbeslissing werden gehoord, of er geen dwaling, bedrog of valsheid is en of de derdenbeslissing niet kennelijk onredelijk of onbillijk is. Waar de derde-beslisser een waardevermindering heeft toegepast met betrekking tot een boekhoudkundige rubriek, in strijd met de overeengekomen waarderingsregels voor die rubriek, heeft de derde-beslisser zijn bevoegdheid overschreden. De beslissing om voor een andere rubriek, bij gebrek aan een contractueel vastgelegde waarderingsregel, de algemene boekhoudregels toe te passen, was volgens de rechtbank daarentegen niet kennelijk onredelijk of onbillijk⁽¹⁷⁵⁾.

170. Brussel 30 april 2004, *RPS* 2005, 101.

171. B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 101-102 en D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Brussel, Larcier, 2017, 326-328.

172. Cass. 31 oktober 2008, *RW* 2009-10, afl. 30, 1258, noot A. VAN OEVELEN.

173. Brussel 18 juni 2007, *TRV* 2009, 291, noot D. VAN GERVEN.

174. Antwerpen 25 april 2005, *RW* 2006-07, afl. 17, 726.

175. Kh. Gent 2 oktober 2003, *TGR* 2004, 26.

105. Derde-beslisser is geen arbiter - Onpartijdigheid. In een arrest van 13 december 2013 bevestigt het Hof van Cassatie dat de opdracht van de derde-beslisser in de context van artikel 1592 BW geen arbitrage uitmaakt in de zin van artikel 1676 Ger.W. De aangeduide derde moet dus niet noodzakelijk onafhankelijk zijn ten aanzien van de partijen. In casu hadden de koper en de verkoper krachtens de koopovereenkomst, elk een derde-beslisser aangesteld om de prijs vast te stellen. Het hof van beroep te Luik kon volgens het Hof van Cassatie rechtsgeldig oordelen dat deze derde-besslers niet onafhankelijk moesten zijn en evenmin gemeenschappelijke lasthebbers zijn⁽¹⁷⁶⁾.

106. Bezwarend karakter van de koopovereenkomst. Een overeenkomst tot overdracht van aandelen waarin een koopprijs van één frank werd bedongen kwalificeert volgens een arrest van 10 november 1999 van het hof van beroep te Gent niet als een schenking, voor zover de wil om te schenken niet aanwezig is in hoofde van de verkoper. Dit laatste zal moeten worden aangetoond door de partij die het bezwarend karakter van de overeenkomst betwist⁽¹⁷⁷⁾.

107. Toepassing van algemene interpretatieregels op de prijsclausule. Een arrest van het hof van beroep te Brussel van 13 september 2011 illustreert de toepassing van de klassieke interpretatieregels op de prijsclausule. In casu betrof de betwisting de correcte toepassing van een *earn-out*-prijsmechanisme in een context waarbij de doelvennootschap na de overname was geherstructureerd⁽¹⁷⁸⁾.

2. Financiering van de koopprijs met steun van de doelvennootschap

108. Algemeen. Een bijzonder aandachtspunt bij bepaalde transacties betreft de naleving van de regels inzake financiële steunverlening door de doelvennootschap. Tot 2008 was het principieel verboden voor de doelvennootschap⁽¹⁷⁹⁾ om middelen voor te schieten, leningen toe te staan of zekerheden te stel-

len met het oog op de verwerving van haar aandelen door een derde. Dit verbod werd in 2008 opgeheven en omgevormd naar een principiële toelating onder (relatief strenge) voorwaarden⁽¹⁸⁰⁾. In de rechtsleer wordt aangenomen dat het gewijzigde uitgangspunt - van een verbod naar een toelating onder voorwaarden - niet belet dat de oudere rechtspraak over financiële steunverlening nog steeds relevant blijft⁽¹⁸¹⁾.

109. In het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen werden de regels in verband met financiële steunverlening ondertussen verder vereenvoudigd en gedepenaliseerd. Ten gronde werden de voorwaarden voor financiële steunverlening door de doelvennootschap echter niet fundamenteel gewijzigd⁽¹⁸²⁾. Bovendien werd er niet geraakt aan het toepassingsgebied van de regels inzake financiële steunverlening. De wijze waarop de rechtkassen transacties met financiële steunverlening door de doelvennootschap zullen beoordelen, zou na de inwerkingtreding van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen dan ook niet fundamenteel mogen verschillen.

110. Inpandgeving aandelen van doelvennootschap door de koper. In een arrest van 10 januari 2008 doet het hof van beroep te Gent een evidente vaststelling, namelijk dat het in pand geven van de aandelen van de doelvennootschap door de koper, tot zekerheid voor de lening aangegaan voor de verwerving van deze aandelen, buiten het toepassingsgebied van de regels inzake financiële steunverlening valt. De aandelen van de doelvennootschap zijn immers geen activa waarop de regels inzake financiële steunverlening van toepassing zijn⁽¹⁸³⁾.

111. Financiële steunverlening impliceert een terugbetalingsverplichting. In een arrest van 30 januari 2015 besliste het Hof van Cassatie dat de verboden handelingen limitatief zijn opgesomd door de wet. Met “*het voorschieten van middelen, het toestaan van leningen of het stellen van zekerheden*” worden bovendien handelingen bedoeld die de teruggave impliceren van het voorschot, de lening of de zekerheden⁽¹⁸⁴⁾.

176. Cass. 13 december 2013, *JT*2014, 115, noot O. CAPRASSE.

177. Gent 10 november 1999, *TRV*2000, 500, noot M. DALLE. Zie randnummer 81.

178. Brussel 13 september 2011, *TBH-RDC* 2012, afl. 7, 729 (samenvatting). Zie randnummer 55.

179. In de vorm van een NV, Comm.VA, BVBA, CVBA, SE of SCE.

180. Koninklijk besluit van 8 oktober 2008 tot wijziging van het Wetboek van vennootschappen ingevolge richtlijn 2006/68/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 september 2006 tot wijziging van richtlijn 77/91/EEG van de Raad met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, *BS* 30 oktober 2008 (het “KB van 8 oktober 2008”). Zie art. 329 W.Venn. (BVBA), art. 430 W.Venn. (CVBA) en art. 629 W.Venn. (NV).

181. K. BYTTEBIER en T. WERA, “De dividendluitkering : (nog steeds) een geoorloofd alternatief voor financiële steunverlening .” (noot onder Bergen 16 april 2012), *TBH-RDC* 2013, afl. 9, (895) 900 en P. MULLIEZ en J. PATTYN, “De versoepeeling van het verbod op financiële bijstand : een stap in de goede richting”, *TBH-RDC* 2010, afl. 4, (318) 324.

182. Zie art. 5:152 WVV (BV), art. 6:118 WVV (CV) en art. 7:227 WVV (NV).

183. Gent 10 januari 2008, *TRV*2008, 307, noot S. BOGAERTS. Zie randnummer 166. Zie tevens Kh. Tongeren 5 december 2001, *RW*2002-03, afl. 35, 1394. Zie randnummers 112 en 115.

184. Cass. 30 januari 2015, *TRV*2015, 458. De uiteindelijke terugbetaling van de gelden heeft echter geen regulariserend effect op de nietigheid van de steunverlenende rechtshandeling. Zie in deze zin Kh. Brussel 25 oktober 2007, *TRV*2008, 315 (randnummer 119).

112. De rechbank van koophandel te Tongeren besliste in een vonnis van 5 december 2001 dat de regels inzake financiële steunverlening inderdaad niet van toepassing zijn op de uitkering van dividenden omdat in dit geval geen som geleend of voorgesloten wordt, maar wel in eigendom wordt overgedragen⁽¹⁸⁵⁾.

113. Financiering van dividend uitgekeerd aan de overnemer van de aandelen (*debt push down*). In een arrest van 16 april 2012 beoordeelde het hof van beroep te Bergen een “*debt push down*”-transactie, waarbij de doelvennootschap na de overname een lening was aangegaan, gewaarborgd door een pand op haar handelszaak, met het oog op de uitkering van een dividend aan de koper. Het hof besliste dat de geviseerde transactie niet strijdig was met het verbod op financiële steunverlening, ook als het dividend was bestemd om de oorspronkelijke acquisitieschuld van de koper (die was aangegaan op korte termijn) terug te betalen. Het hof stelde daarbij dat (oud) artikel 329 W.Venn.⁽¹⁸⁶⁾ restrictief moet worden geïnterpreteerd, mede omdat de bepaling werd beschouwd als van openbare orde en strafrechtelijk gesanctioneerd was. Volgens het hof verbood artikel 329 W.Venn. enkel leningen die worden gegeven door de doelvennootschap als kredietgever, niet leningen die worden aangegaan door de doelvennootschap als kredietnemer, zelfs als de lening wordt aangegaan om een dividend te financieren dat de overname van de aandelen van de doelvennootschap faciliteert. Het hof stelde ten slotte dat financiële steunverlening door de doelvennootschap in het kader van een “*debt push down*”-transactie ook moet worden beoordeeld op basis van het belang van de doelvennootschap. In casu werd niet bewezen dat de geviseerde transactie, op het moment waarop ze was aangegaan, strijdig was met het eigen belang van de doelvennootschap⁽¹⁸⁷⁾.

114. Het hof van beroep te Gent was eerder in een arrest van 11 april 2005, met een vergelijkbaar feitenrelas, tot een tegenovergesteld besluit gekomen. In dit arrest beoordeelde het hof een gelijkaardige “*debt push down*”-transactie waarbij de doelvennootschap na de overname een lening was aangegaan, even-

eens gewaarborgd door een pand op haar handelszaak, om een “*superdividend*” te financieren waarmee de koper een deel van de acquisitieschuld (op basis van een kortetermijnkrediet) kon terugbetalen. Het hof oordeelde dat deze transactie wel onder het verbod van financiële steunverlening valt, in de mate dat het van in het begin de bedoeling was om op die manier de aandelentransactie te faciliteren. Niet de chronologie, maar het intentioneel element van de rechtshandelingen, dat moet blijken uit objectieve en verifieerbare feiten, werd daarbij doorslaggevend bevonden. Het hof oordeelde dat dit intentioneel element in casu onder meer bleek uit het feit dat het aanvankelijke acquisitiekrediet van de koper gedeeltelijk moest worden terugbetaald met een door de doelvennootschap uit te keren dividend en dat de doelvennootschap daarom een nieuw krediet (met zekerheidstelling) moest aangaan. Het hof merkte nog op dat een dividendumtkening door de doelvennootschap aan de koper in ieder geval niet strijdig mag zijn met het eigen vennootschapsbelang van de doelvennootschap⁽¹⁸⁸⁾.

115. Ook in het reeds vermelde vonnis van 5 december 2001 van de rechbank van koophandel te Tongeren, met vergelijkbare feiten als in de twee bovenstaande zaken, werd onderzocht of door de doelvennootschap gestelde zekerheden werden verleend met het oog op de verwerving van haar aandelen door een derde. In casu oordeelde de rechbank dat hiervoor geen bewijs was omdat het krediet dat aan de koper werd toegestaan, onderworpen was aan andere zekerheden dan het krediet aan de doelvennootschap. Ook deze rechbank oordeelde reeds dat het (oude) artikel 629, § 1 W.Venn.⁽¹⁸⁹⁾ restrictief moet worden geïnterpreteerd in die zin dat de verboden handelingen op limitatieve wijze zijn opgesomd in de wet⁽¹⁹⁰⁾.

116. “Met het oog op”. Het voorschieten van middelen, het toestaan van leningen of het stellen van zekerheden door de doelvennootschap valt slechts onder de regels inzake financiële steunverlening indien dit gebeurt “*met het oog op*” de verwerving van haar aandelen door een derde.

185. Kh. Tongeren 5 december 2001, *RW* 2002-03, afl. 35, 1394. Zie randnummer 115.

186. Hiermee bedoelen we de tekst van dit wetsartikel vóór de inwerkingtreding van het koninklijk besluit van 8 oktober 2008. Zie randnummer 108.

187. Bergen 16 april 2012, *TBH-RDC* 2013, afl. 7, 650, noot K. BYTTEBIER en T. WERA.

188. Gent 11 april 2005, *RW* 2007-08, afl. 15, 615, *TRV* 2008, 311, noot S. BOGAERTS.

189. Hiermee bedoelen we de tekst van dit wetsartikel vóór de inwerkingtreding van het koninklijk besluit van 8 oktober 2008. Zie randnummer 108.

190. Kh. Tongeren 5 december 2001, *RW* 2002-03, afl. 35, 1394. Zie randnummer 112.

117. Een vergelijkbare redenering als in het eerder besproken arrest van het hof van beroep te Gent⁽¹⁹¹⁾ kan worden gevonden in een arrest van 2 april 2009 van het hof van beroep te Luik. Ook hier werd geoordeeld dat niet de chronologie, maar het intentioneel element van de rechtshandelingen doorslaggevend is. In casu was er een krediet toegestaan aan de doelvennootschap. Het geleende bedrag werd vervolgens integraal ter beschikking gesteld van de aandeelhouders (die slechts een maand daarvoor aandelen in de doelvennootschap hadden verworven) en werd vervolgens door deze aandeelhouders aangewend om het krediet terug te betalen dat ze voor exact hetzelfde bedrag waren aangegaan ter financiering van de verwerving van hun aandelen in de doelvennootschap. Het hof oordeelde dat het ter beschikking stellen van deze fondsen door de doelvennootschap de regels inzake financiële steunverlening schond. Volgens het hof bleek namelijk dat deze steun van in het begin gepland was en gebeurde met het oog op de verwerving van aandelen van de doelvennootschap. Aanwijzingen daarvoor werden onder meer gevonden in de afwezigheid van een kredietwaardigheidsanalyse door de bank voor de lening toegestaan aan de aandeelhouders en in de tegenstrijdigheden die waren opgenomen in de kredietdocumentatie met betrekking tot de doeleinden van het krediet aan de doelvennootschap⁽¹⁹²⁾.

118. In een (tussen)arrest van 4 september 2007 stelde het hof van beroep te Brussel de nietigheid vast van een transactie waarbij de koopprijs van de aandelen werd betaald door een storting vanuit de vennootschap aan de verkoper, via de creatie van een rekening-courantverhouding, waarna de koper de rekening-courantschuld van de verkoper overnam⁽¹⁹³⁾.

119. In een zaak die het voorwerp was van een vonnis van 25 oktober 2007 van de rechtbank van koophandel te Brussel was een overeenkomst tot overdracht van aandelen aangegaan onder een aantal opschorrende voorwaarden, waaronder een voorafgaande kapitaalverhoging van de doelvennootschap door de koper. Het bedrag van de kapitaalverhoging werd amper 2 dagen later terug aan de koper voor-

geschoten als rekening-courant. Vervolgens gebruikte de koper deze gelden als zekerheid om zelf een krediet te bekomen voor de verwerving van de reeds bestaande aandelen in de doelvennootschap. De rechtbank oordeelde dat de rekening-courant dus door de doelvennootschap was toegestaan “met het oog op” de verwerving van haar aandelen en daarom niet verenigbaar was met de regels inzake financiële steunverlening⁽¹⁹⁴⁾.

120. Uitbreiding van de nietigheidssanctie tot de koopovereenkomst en kredietovereenkomsten. Rechtshandelingen die gesteld zijn in strijd met de regels inzake financiële steunverlening worden, op burgerrechtelijk vlak, gesanctioneerd met de absolute nietigheid⁽¹⁹⁵⁾. Deze nietigheidssanctie kan worden uitgebreid tot de rechtshandelingen die zonder de verboden financiële steunverlening niet hadden kunnen plaatsvinden. Op deze basis kan dus ook de koopovereenkomst zelf nietig worden verklaard. Dit gebeurde bijvoorbeeld in een arrest van 5 februari 2008 van het hof van beroep te Brussel⁽¹⁹⁶⁾.

121. In het hierboven reeds besproken arrest van 2 april 2009 van het hof van beroep te Luik werd de nietigheidssanctie uitgebreid tot de kredietverlening die door de bank aan de doelvennootschap was verstrekt en die de strijdige financiële steunverlening door de doelvennootschap had mogelijk gemaakt⁽¹⁹⁷⁾.

122. Gevolgen nietigverklaring koopovereenkomst. De nietigheidssanctie werkt *ex tunc*. Dit betekent dat de partijen moeten worden teruggeplaatst in de toestand waarin ze zich zouden bevinden indien de nietig verklaarde rechtshandeling nooit zou hebben plaatsgevonden. Dergelijk herstel in de oorspronkelijke toestand dient in principe in natura te gebeuren.

123. Het hof van beroep te Brussel bevestigde in het reeds vermelde arrest van 5 februari 2008 dat de koper recht heeft op de terugkeer van de verkoopprijs en de verkoper op de terugkeer van de aandelen⁽¹⁹⁸⁾.

191. Gent 11 april 2005, *RW* 2007-08, afl. 15, 615, *TRV* 2008, 311. Zie randnummer 114.

192. Luik 2 april 2009, *TBH-RDC* 2009, afl. 9, 965. Zie randnummers 121 en 126.

193. Brussel 4 september 2007, *TRV* 2008, 304.

194. Kh. Brussel 25 oktober 2007, *TRV* 2008, 315.

195. De absolute nietigheid wordt afgeleid uit het feit dat een inbreuk op de regels inzake financiële steunverlening ook strafrechtelijk werd gesanctioneerd. Zie in dit verband ook randnummer 128. De nietigheid kan door elke belanghebbende worden gevorderd, dus ook door de curator van een failliet verklaarde steunverlenende vennootschap. Zie daarover Brussel 4 september 2007, *TRV* 2008, 304 en Kh. Brussel 25 oktober 2007, *TRV* 2008, 315. Zie randnummers 118-119.

196. Brussel 5 februari 2008, *TRV* 2008, 301. Dit arrest is het eindarrest in deze zaak, na een tussenarrest van Brussel 4 september 2007. Zie randnummer 118 en ook randnummers 123 en 127.

197. Luik 2 april 2009, *TBH-RDC* 2009, afl. 9, 65. Zie randnummers 117 en 126.

198. Brussel 5 februari 2008, *TRV* 2008, 301. Zie randnummers 120 en 127.

124. In een arrest van 13 januari 2017 oordeelde het Hof van Cassatie bovendien dat, indien de aandelen die het voorwerp uitmaakten van een nietig verklaarde transactie zich nog in het vermogen van de koper bevinden, de koper die aandelen in natura dient terug te geven aan de verkoper, ongeacht de tussen-tijdse waardestijging of -daling van deze aandelen. De verkoper wordt immers geacht steeds de eigenaar van de aandelen te zijn gebleven, zodat hij de risico's van een economische waardestijging of -daling moet dragen, behalve indien het verschil in waarde is toe te schrijven aan het doen of laten van de koper. Indien teruggave in natura niet meer mogelijk zou zijn geweest, *quod non* in casu, zou het bedrag van de vervangende schadevergoeding gelijk moeten zijn aan de waarde van de aandelen op het ogenblik van de begroting van de vergoeding⁽¹⁹⁹⁾.

125. Matiging van de nietigheidssanctie (toepassing van adagium “*in pari causa turpitudinis cessat repetitio*”). Bovenstaand cassatiearrest verhindert niet dat de rechter de restitutieplicht kan matigen, bijvoorbeeld op basis van het adagium “*in pari causa turpitudinis cessat repetitio*”. Volgens vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie kan de rechter de terugvordering van een partij inderdaad weigeren, hetzij omdat hij oordeelt dat de preventieve rol van de voorziene sanctie van absolute nietigheid in het gedrang zou komen, hetzij omdat hij meent dat de sociale orde vereist dat een van de contractanten zwaarder moet worden getroffen⁽²⁰⁰⁾.

126. Een voorbeeld van dergelijke matiging vinden we in het reeds vermelde arrest van 2 april 2009 van het hof van beroep te Luik. In casu werd de lening aangegaan door de doelvennootschap met een professionele kredietverstrekker nietig verklaard wegens schending van de regels inzake financiële steunverlening. Het hof van beroep besloot om de gevolgen van de restitutieplicht te matigen door de schuldvordering van de professionele kredietverstrekker (tot teruggave van de onder het krediet verstekte sommen) niet toe te laten in het faillissement van de doelvennootschap. Het hof oordeelde dat de sociale orde dergelijke matiging opdrong vermits een profes-

sionele kredietverstrekker bijzondere aandacht moet hebben voor de regels inzake financiële steunverlening⁽²⁰¹⁾.

127. In het eveneens reeds besproken arrest van 5 februari 2008 ging het hof van beroep te Brussel omstandig in op de vraag of de teruggaveplicht op basis van dezelfde overwegingen moest worden gematigd, alvorens te beslissen dat dit in casu niet aan de orde was⁽²⁰²⁾.

128. Strafrechtelijke sanctionering. Een inbreuk op de regels inzake financiële steunverlening kon tot voor kort ook strafrechtelijk gesancioneererd worden⁽²⁰³⁾. Voorbeelden van deze strafrechtelijke sanctivering zijn schaars, maar een opvallende toepassing kan worden gevonden in een vonnis van 24 november 2011 van de correctionele rechtbank te Antwerpen. De rechtbank oordeelde in deze zaak dat het personeel toepassingsgebied van artikel 648, 7° W.Venn. niet beperkt is tot de bestuurders van de doelvennootschap. Ook de begünstigden van de verboden financiële steunverlening waren strafbaar. Bovendien oordeelde de rechtbank dat bij toepassing van de gemeenrechtelijke bepalingen inzake strafbare deelneming ook andere betrokkenen strafrechtelijk beschouwd worden als mededader of medeplichtige aan een inbreuk op de regels inzake financiële steunverlening. In casu had de betrokken NV een schuldvordering overgedragen aan de koper van haar aandelen, die de koper vervolgens op zijn beurt had overgedragen aan de verkoper om een deel van de koopprijs te betalen. De correctionele rechtbank stelde dat dergelijke (dubbele) overdracht financiële steunverlening uitmaakt als de doelvennootschap geen tegenprestatie of slechts een dubieuze of preinaire tegenprestatie ontvangt van de koper⁽²⁰⁴⁾.

V. Opschortende voorwaarden

129. De koopovereenkomst tot overdracht van aandelen wordt vaak afhankelijk gemaakt van een of meerdere opschorrende voorwaarden⁽²⁰⁵⁾.

199. Cass. 13 januari 2017, *TRV-RPS* 2018, 44, noot F. PEERAER, *RW* 2018-19, afl. 8, 301, *TBH* 2017, afl. 5, 561 (samenvatting). In casu werd de koopovereenkomst in eerste aanleg nietig verklaard omdat de overeenkomst bepaalde dat de doelvennootschappen zelf borg stonden voor betaling van de koopprijs. Enkel de gevolgen van deze nietigheid werden in beroep, en vervolgens voor het Hof van Cassatie, nog betwist.

200. Cass. 24 september 1976, *Pas.* 1979, I, 101.

201. Luik 2 april 2009, *TBH-RDC* 2009, afl. 9, 965. Zie randnummers 117 en 121.

202. Brussel 5 februari 2008, *TRV* 2008, 301. Zie randnummers 120 en 123.

203. Het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen voorziet niet langer in dergelijke strafrechtelijke sanctivering.

204. Corr. Antwerpen 24 november 2011, *JDSC* 2013, 262, *TBH-RDC* 2012, afl. 7, 729 (samenvatting).

205. B. BELLEN, “M&A Survey - 4th edition”, *TRV-RPS* 2017, (251) 268; B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 123 en D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Brussel, Larcier, 2017, 342-343 en de bronnen waarnaar daarin wordt verwezen.

130. Status van de overdrachtsovereenkomst pendente conditione. Een arrest van 9 januari 2012 van het hof van beroep te Antwerpen illustreert dat de overeenkomst waarbij een verbintenis onder opschortende voorwaarde is aangegaan, bestaat hangende de voorwaarde (“*pendente conditione*”), ook al is de uitvoering van de verbintenis geschorst⁽²⁰⁶⁾.

131. In een arrest van 16 april 2014 oordeelde het hof van beroep te Gent dat het feit dat een overdracht gold “*onder opschortende voorwaarde van het bekomen van een financiering*” de totstandkoming van de koopovereenkomst niet aantast, maar enkel de uitvoering of opeisbaarheid schorst van een of meerdere verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien⁽²⁰⁷⁾.

132. Inspanningsverbintenis van de partijen. Artikel 1178 BW stelt dat een voorwaarde wordt geacht vervuld te zijn wanneer de schuldenaar, die zich onder die voorwaarde verbonden heeft, zelf de vervulling ervan verhindert. Dit principe wordt toegepast in een arrest van 10 juni 2008 van het hof van beroep te Brussel. In casu was een verbintenis van een koper van aandelen om een bankgarantie te leveren afhankelijk van de opschortende voorwaarde van het laten uitvoeren van een aantal onderzoeken. De koper had zich ertoe verbonden deze onderzoeken te laten uitvoeren en zich tevens sterk gemaakt voor de vennootschap waarvan hij de aandelen had overgenomen. De koper kon evenwel niet aantonen dat hij redelijke inspanningen had geleverd om de voorwaarde te verwezenlijken, zodat de voorwaarde werd geacht vervuld te zijn⁽²⁰⁸⁾.

133. Afstand van opschortende voorwaarde. Wanneer de opschortende voorwaarde in het uitsluitend belang van een partij is bedongen, kan die partij er, hangende de voorwaarde, afstand van doen. Volgens het Hof van Cassatie is dat bijvoorbeeld het geval indien een aanbod tot overdracht van aandelen in duidelijke en ondubbelzinnige bewoordingen bepaalt dat het onderworpen is aan opschortende voorwaarden “*en dit exclusief ten voordele van de*

verweerster”, in casu de partij die het aanbod heeft ontvangen⁽²⁰⁹⁾.

134. Protestatieve voorwaarde. In overeenstemming met artikel 1174 BW is iedere verbintenis nietig wanneer zij is aangegaan onder een protestatieve voorwaarde. Deze bepaling viseert enkel de zuiver protestatieve voorwaarde die uitsluitend en volledig in de macht ligt van de schuldenaar van de verbintenis. Een gemengde of eenvoudig protestatieve voorwaarde, waarvan de vervulling slechts gedeeltelijk afhangt van de wil van de schuldenaar, is geldig⁽²¹⁰⁾. Een toepassingsgeval van deze principes vinden we terug in een vonnis van 16 juni 2003 van de rechtbank van koophandel te Hasselt, die vaststelde dat een clausule, waarbij de overdracht van aandelen zou plaatsvinden in het geval er een einde komt aan de liefdesrelatie tussen de verkoper en een andere vennoot, een opschortende voorwaarde betreft die afhankelijk is van een toekomstige en onzekere gebeurtenis en dus geen zuiver protestatieve voorwaarde is⁽²¹¹⁾.

VI. Les clauses de déclarations et de garanties - Mécanisme d’indemnisation de l’acheteur - Limitations

135. Protection insuffisante offerte par le droit commun. Lorsqu’une opération de cession d’entreprise est réalisée sous la forme d’une vente d’actions, le droit commun offre indéniablement une protection insuffisante à l’acheteur qui découvrira, postérieurement au transfert des actions, que la situation financière ou patrimoniale de la société ne correspond pas à ses attentes⁽²¹²⁾. Comme l’illustrent les décisions judiciaires rendues au cours de la période couverte par la présente chronique, le régime des vices de consentement (dol et erreur) ne peut être invoqué avec succès que dans des circonstances spécifiques. Il en va de même de la *culpa in contrahendo* (voy. les paragraphes 19 et s.). Par ailleurs, suivant la position traditionnellement admise en doctrine et en jurisprudence, les garanties légales du vendeur (garantie des vices cachés et garantie d’éviction) et l’obligation de

206. Antwerpen 9 januari 2012, *TBBR-RGDC* 2015, afl. 5, 278. Zie randnummers 14 en 164.

207. Gent 16 april 2014, *DAOR* 2015, afl. 113, 49. Te noteren dat dit arrest betrekking heeft op een overeenkomst tot overdracht van een handelsfonds.

208. Brussel 10 juni 2008, *TRV* 2009, 640. Zie randnummer 29.

209. Cass. 30 juni 2016, AR C.15.0414.N, *TBH-RDC* 2017, afl. 4, 409. Zie ook Antwerpen 9 januari 2012, *TBBR-RGDC* 2015, afl. 5, 278. Voor een besprekking zie randnummers 14, 130 en 164.

210. B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 124-125 en D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d’actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Brussel, Larcier, 2017, 343-345 en de bronnen waarnaar daarin wordt verwezen.

211. Kh. Hasselt 16 juni 2003, *TRV* 2005, 183, noot D. VAN GERVEN.

212. Sur cette problématique, voy. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d’actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2017, 81-101; B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 163-168. Voy. Gand, 25 mai 2005, *DAOR* 2005, n° 76, 334 (paragraph 175) et Mons, 14 février 2000, *JDSC* 2002, 74, *JT* 2000, 468.

délivrance⁽²¹³⁾ ne peuvent servir de base légale à un recours de l'acheteur en cas de découverte, après la réalisation de l'acquisition, de tout passif occulte ou de tout déficit de valeur d'un actif, car la vente a pour objet les actions de la société et non pas les éléments constituant le patrimoine de celle-ci.

136. Protection contractuelle. La plupart des conventions de cession d'actions contiennent dès lors toute une série de clauses de "déclarations et garanties" - souvent inspirées des "*representations and warranties*" figurant dans les conventions de droit anglais ou américain - ainsi que des clauses d'indemnisation visant à permettre à l'acheteur d'obtenir de la part du vendeur réparation du "dommage" qu'il estimerait avoir subi⁽²¹⁴⁾.

137. Dans un arrêt du 6 décembre 2004, la cour d'appel de Gand a jugé que la clause de "garantie" figurant dans la convention de cession - aux termes de laquelle le vendeur déclarait que les comptes annuels de la société avaient été établis conformément aux dispositions légales et aux principes comptables généralement admis - imposait à celui-ci une obligation de résultat. Or en ne comprenant pas de provision pour des taxes en matière environnementale, les comptes annuels ne donnaient pas une image fidèle de la situation de la société et ne respectaient donc pas les dispositions légales. La cour a dès lors condamné le vendeur à indemniser le montant du préjudice subi par l'acheteur. On observera que la cour n'a pas retenu l'argument du vendeur qui invoquait le fait que la problématique de ces taxes ne faisait pas partie de la détermination du prix des actions, dès lors qu'elle n'avait pas été soulevée par le comptable mandaté par l'acheteur pour réaliser un audit des comptes. Selon la cour, le comptable pouvait se contenter de réaliser un audit limité, étant donné que la convention comprenait suffisamment de garanties⁽²¹⁵⁾.

138. Garanties conventionnelles - Caractère autonome - Incidence du contenu des clauses. Les clauses de garantie figurant dans les conventions de cession d'actions de droit belge sont généralement

calquées sur le régime de la responsabilité contractuelle - lequel presuppose, comme on le sait, l'établissement d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage -, mais elles peuvent aussi viser à organiser un mécanisme de protection de l'acheteur qui déroge au droit commun de la responsabilité civile⁽²¹⁶⁾.

139. Deux arrêts rendus par la cour d'appel de Liège le 17 janvier 2012 et le 2 avril 2015 ont ainsi affirmé le caractère autonome de la garantie conventionnelle du vendeur dans les conventions de cession d'actions par rapport au régime de droit commun de la responsabilité civile, en considérant que cette garantie constituait une convention-loi, par laquelle les parties aménageaient librement les conséquences des manquements constatés, consistant en l'inexactitude d'une ou de plusieurs déclarations⁽²¹⁷⁾. Comme l'indique la cour, dès lors que, par ce mécanisme contractuel, les parties ont entendu déroger aux principes de la responsabilité civile, il appartient au juge "[d]examiner le caractère exact ou inexact des déclarations des cédants (et ce indépendamment de toute notion de faute), [de] vérifier si l'appel aux garanties a été exercé régulièrement et, en cas de déclaration inexacte, [d'évaluer] le préjudice des cessionnaires, conformément aux règles contenues dans la convention"⁽²¹⁸⁾.

140. Il s'ensuit que l'étendue des droits respectifs des parties et plus particulièrement, du droit de l'acheteur à l'octroi d'une indemnisation de la part du vendeur, dépendra largement de la façon dont les clauses de garantie sont rédigées. Les deux arrêts précités de la cour d'appel de Liège en fournissent une bonne illustration⁽²¹⁹⁾ :

- dans son arrêt du 17 janvier 2012, réformant la décision du premier juge, la cour a estimé, sur la base de l'articulation de plusieurs clauses de la convention, que "le cessionnaire n'avait pas l'obligation d'établir l'existence d'un préjudice propre, distinct de celui subi par la société" et qu'il était en droit d'obtenir une réduction du prix de cession à concurrence des paiements effectués par la société au titre de rec-

213. Aux termes de laquelle le vendeur est tenu de livrer une chose conforme à la chose vendue (art. 1604 C.civ.).

214. B. BELLEN, "M&A Survey - 4th edition", *TRV-RPS* 2017, (251) 260-261. Au sujet de l'inadéquation du concept d'indemnisation dans le cadre de la garantie conventionnelle du vendeur en matière de cessions d'actions, voy. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2017, 218-220; B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 163-168.

215. Gand, 6 décembre 2004, *RABG* 2005, n° 17, 1625.

216. Au sujet de la nature juridique des clauses de garantie figurant dans les conventions de cession d'actions, voy. B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 169-171 et 203-214.

217. Liège, 17 janvier 2012, *JDSC* 2014, 63, obs. M. COIPEL, *JLMB* 2013, n° 29, 1488 et Liège, 2 avril 2015, *DAOR* 2016, n° 117, 5, *TRV-RPS* 2016, 181, note D. LECLERCQ. Voy. les paragraphes 56, 140, 148 et 156.

218. Liège, 2 avril 2015, *DAOR* 2016, n° 117, 5, *TRV-RPS* 2016, 181, note D. LECLERCQ. À propos de cet arrêt, voy. aussi les paragraphes 56, 140, 148 et 156.

219. Sur cette problématique, voy. D. LECLERCQ, "Le dommage de l'acheteur dans la mise en œuvre des garanties contractuelles du vendeur en matière de cession d'actions" (note sous Liège 2 avril 2015), *TRV-RPS* 2016, 194-206.

tifications fiscales relatives à des périodes antérieures à la vente, dès lors qu'il était établi que les déclarations du vendeur étaient inexactes⁽²²⁰⁾;

• en revanche, dans l'arrêt rendu le 2 avril 2015, confirmant partiellement le jugement entrepris, la cour a décidé qu'il appartenait aux cessionnaires "d'établir le préjudice qu'ils ont subi directement ou indirectement" en raison des éléments retenus comme étant constitutifs d'inexactitudes des déclarations des vendeurs (frais de conversion d'un mandat hypothécaire en hypothèque et honoraires de conseils concernant une question en matière de cotisations sociales); à cette fin, la cour a ordonné la réouverture des débats afin de permettre aux parties de s'expliquer sur ce dommage.

141. On relèvera aussi que dans son arrêt précité du 8 septembre 2011, la cour d'appel de Bruxelles a considéré qu'à défaut pour l'acheteur de justifier de la réalité d'un préjudice personnel, il ne pouvait être fait droit à sa demande en dommages et intérêts, non seulement au titre du dol commis par les vendeurs, mais également au titre de la violation par ceux-ci de leurs obligations de garantie (portant sur la régularité de la comptabilité et l'exactitude des comptes annuels de la société)⁽²²¹⁾.

142. Deux autres espèces mettent en lumière l'incidence de la rédaction des clauses de garantie sur le droit de l'acheteur d'obtenir une indemnisation de la part du vendeur :

• dans son arrêt précité du 17 mai 2001, la cour d'appel de Bruxelles a considéré que l'acheteur ne pouvait réclamer une révision du prix sur la base d'une disposition de la convention de cession qui prévoyait que toute fausse déclaration relative aux comptes de la société entraînerait automatiquement une révision des sommes dues par celle-ci au vendeur (correspondant au solde du compte courant de ce dernier), car cette clause ne concernait que les sommes dues directement par la société au vendeur; la cour relève à cet égard que la convention ne contenait aucune clause de révision du prix dû par l'acheteur au vendeur⁽²²²⁾;

• comme nous l'avons déjà relevé, le tribunal de commerce de Mons a décidé, dans un jugement du 11 avril 2002, qu'une clause de garantie à laquelle ne s'attachait aucune sanction contractuelle ne constituait pas à proprement parler une garantie conventionnelle et que la sanction du non-respect d'une telle clause était "à rechercher dans la matière du dol"⁽²²³⁾.

143. Garanties conventionnelles - Clause pénale.

Une convention de cession peut prévoir que le non-respect des garanties du vendeur donnera lieu à l'application d'une clause pénale. Dans une espèce où un contrat de vente d'un fonds de commerce contenait une telle clause, la cour de cassation a décidé, par un arrêt du 6 décembre 2002, que violaient l'article 1231, § 1er du Code civil, les juges d'appel qui avaient prononcé la nullité de la disposition en question au motif que le montant prévu par celle-ci couvrait plus que le dommage potentiel⁽²²⁴⁾.

144. Les "disclosures" et la problématique de la connaissance de l'acheteur. Une affaire tranchée par un arrêt du 7 avril 2009 de la cour d'appel de Bruxelles illustre l'importance du rôle de ce que l'on appelle, dans le jargon des acquisitions, les "disclosures", à savoir les informations et documents fournis par le vendeur à l'acheteur préalablement à la conclusion de la convention de cession et dont les parties conviennent qu'ils constituent des exceptions aux déclarations du vendeur⁽²²⁵⁾.

145. Dans le cas d'espèce, l'acheteur réclamait l'indemnisation d'un dommage résultant d'un avis d'imposition d'office adressé à la société. Après avoir constaté que l'acheteur ne contestait pas avoir été informé par le vendeur du dépôt tardif de la déclaration fiscale de la société - puisque la correspondance y relative figurait dans l'inventaire des documents remis à l'acheteur - et qu'il ne pouvait ignorer l'existence de l'avis d'imposition d'office, la cour a considéré que le vendeur n'était tenu ni sur la base des clauses de la convention - qui ne comprenaient pas de déclaration relative à la récupération fiscale des pertes comptables du passé -, ni sur la base d'un devoir précontractuel de renseignement de fournir à

220. À propos de l'articulation de ces clauses, voy. X. DIEUX, PH. LAMBRECHT et O. CAPRASSE (dir.), "Examen de jurisprudence - Les sociétés commerciales (2010-2013)", *RCJB* 2016, (261) 304-305.

221. Bruxelles, 8 septembre 2011, *RPS* 2011, 563, note D. LECLERCQ. Voy. les paragraphes 34 et 51.

222. Bruxelles, 17 mai 2001, *RPS* 2002, 73, *TBH-RDC* 2003, n° 10, 859, note A. COIBION. Voy. le paragraphe 29 et Trib. Bruxelles, 16 février 1998, *TBH-RDC* 2003, 880. Voy. aussi le paragraphe 62.

223. Comm. Mons, 11 avril 2002, *JDS* 2005, 59, *JLMB* 2004, 693. Voy. le paragraphe 37.

224. Cass., 6 décembre 2002, *RABG* 2003, n° 12, 645, note J. BAECK.

225. Bruxelles, 7 avril 2009, *DAOR* 2010, n° 96, 395. Sur la notion de "disclosures", voy. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2017, 179-190 et B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 187-190.

l'acheteur des informations sur les conséquences éventuelles d'un avis d'imposition d'office.

146. On observera également que la cour constate que l'acheteur restait en défaut d'établir que la société avait subi un préjudice et qu'elle précise, à titre surabondant, que l'existence du prétendu dommage de la société - à savoir, une prétendue perte d'économie fiscale - n'établissait pas en soi que l'acheteur avait subi un dommage en tant qu'actionnaire de la société⁽²²⁶⁾.

147. L'acheteur peut également être privé du recours à la garantie conventionnelle du vendeur si ses réclamations sont fondées sur des éléments qui ne figurent pas dans les “disclosures”, mais dont il avait ou aurait dû avoir connaissance préalablement à la cession⁽²²⁷⁾.

148. Dans l'arrêt précité du 2 avril 2015, la cour d'appel de Liège a ainsi rejeté un certain nombre d'éléments sur lesquels étaient basés les appels à la garantie formulés par les acheteurs en estimant qu'en fondant leurs réclamations sur des faits qu'ils “pouvaient et devaient connaître” en raison de la “due diligence” réalisée par leur mandataire, ceux-ci n'avaient pas exécuté de bonne foi la convention⁽²²⁸⁾.

149. La problématique de la connaissance du vendeur. Les vendeurs souhaitent fréquemment modaliser la portée de toute une série de déclarations en précisant que celles-ci sont faites “à leur connaissance”. Une telle réserve présente une importance non négligeable, car elle a pour conséquence que, pour pouvoir se prévaloir de la garantie du vendeur liée à cette déclaration, l'acheteur devra établir non seulement que la déclaration en question était inexacte, mais également que le vendeur en avait connaissance et qu'il s'est abstenu de l'en informer. En d'autres termes, la charge de la preuve s'en trouve alourdie pour l'acheteur⁽²²⁹⁾.

150. Ce principe a été confirmé par l'arrêt précité de la cour d'appel d'Anvers du 3 décembre 2007. Dans cette affaire, la convention de cession contenait une clause aux termes de laquelle le vendeur garantissait ne pas être au courant d'éléments susceptibles de conduire certains cocontractants de la société à mettre fin à leur contrat avec cette dernière. Constatant que les acheteurs ne rapportaient pas la preuve que le vendeur avait connaissance des faits invoqués à l'appui de leur appel à la garantie de ce dernier - à savoir, notamment, la fermeture imminente de la chaîne de magasins d'un client - la cour a déclaré l'action des acheteurs non fondée⁽²³⁰⁾.

151. Les délais d'appel à la garantie des vendeurs. La plupart des conventions de cession fixent des délais au-delà desquels l'acheteur ne peut plus faire appel à la garantie des vendeurs⁽²³¹⁾. La durée de ces délais de “prescription conventionnelle de l'appel à la garantie des vendeurs” varie généralement en fonction de l'objet de l'appel à la garantie, mais la plupart du temps celle-ci est largement inférieure à la prescription de droit commun de dix ans en matière d'actions contractuelles (art. 2262bis C.civ.)⁽²³²⁾.

152. Le non-respect de ces délais est sanctionné par la déchéance de la garantie. Dans son jugement précité du 25 août 2005, le tribunal de commerce de Bruxelles a ainsi déclaré irrecevable la demande d'indemnisation de l'acheteur fondée sur la violation des déclarations et garanties du vendeur en matière d'environnement, au motif que l'acheteur n'avait pas notifié son appel à la garantie au vendeur dans le délai prévu par la convention⁽²³³⁾.

153. Les devoirs d'information mis à charge de l'acheteur dans le cadre de la mise en œuvre des garanties des vendeurs. Les conventions de cession d'actions contiennent souvent des dispositions plus ou moins détaillées qui organisent le processus de mise en œuvre de la garantie des vendeurs, notam-

226. Sur la distinction entre le prétendu dommage de la société et le dommage de l'acheteur, voy. D. LECLERCQ, “Le dommage de l'acheteur dans la mise en œuvre des garanties contractuelles du vendeur en matière de cession d'actions” (note sous Liège, 2 avril 2015), *TRV-RPS* 2016, (194) 202-204.

227. À ce sujet, voy. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2017, 190-199 et B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 184-187.

228. Liège, 2 avril 2015, DAOR 2016, n° 117, 5, *TRV-RPS* 2016, 181, note D. LECLERCQ. Voy. les paragraphes 56, 139-140 et 156.

229. Au sujet de la notion de “connaissance du vendeur”, voy. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2017, 237-242 et B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 180-181.

230. Anvers, 3 décembre 2007, *TBBR-RGDC* 2009, 254. Voy. le paragraphe 29.

231. B. BELLEN, “M&A Survey - 4th edition”, *TRV-RPS* 2017, (251) 263-265.

232. Sur cette question, voy. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2017, 479-481 et B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 232-241.

233. Comm. Bruxelles, 25 août 2005, *TRV* 2011, 593, note B. BELLEN et N. WATZEEELS. Voy. les paragraphes 23 et 157.

ment en mettant à charge de l'acheteur des devoirs d'information qui impliquent le respect de certaines formes et de certains délais⁽²³⁴⁾.

154. La convention peut prévoir, par exemple, que l'acheteur sera tenu d'informer le vendeur de la survenance de tout événement susceptible de déclencher un appel à la garantie, et ce, dans un certain délai - souvent relativement court - à compter de la date à laquelle l'acheteur en a eu connaissance (ou aurait dû en avoir connaissance).

155. L'efficacité de ce type de clause sera naturellement renforcée si celle-ci prévoit la sanction s'attachant au non-respect du délai en question.

156. Dans l'arrêt précité du 2 avril 2015, la cour d'appel de Liège a ainsi rejeté un certain nombre d'éléments sur lesquels étaient fondés les appels à la garantie des vendeurs, au motif que les acheteurs étaient forcés dès lors qu'ils avaient fait appel à la garantie de ceux-ci plus de trois mois après avoir eu connaissance des éléments en question, alors que la convention de cession leur imposait d'informer les vendeurs "de tout fait susceptible de mettre en jeu leur garantie" dans un tel délai, et ce, à peine d'être déchus de "tous les droits découlant de cette garantie"⁽²³⁵⁾.

157. La convention de cession peut aussi prévoir qu'il appartiendra à l'acheteur de communiquer certains documents au vendeur dans un délai déterminé dans le cadre de la mise en œuvre de la garantie de ce dernier. Tel était le cas dans l'espèce qui a donné lieu au jugement précité du tribunal de commerce de Bruxelles du 25 août 2005. Le tribunal a constaté en effet que l'acheteur n'avait pas transmis au vendeur, dans les délais contractuellement prévus, les documents visés dans la clause de garantie, ce qui justifiait également l'irrecevabilité de la demande de l'acheteur⁽²³⁶⁾.

158. Incidence du comportement de l'acheteur après l'acquisition - Approbation des comptes annuels de la société. Comme l'illustre un jugement rendu le 15 janvier 2003 par le tribunal de commerce de Furnes, le comportement adopté par l'acheteur après la cession peut entrer en ligne de compte dans

l'appréciation des éléments invoqués par celui-ci dans le cadre de la mise en œuvre de la garantie du vendeur⁽²³⁷⁾. Dans le cas d'espèce, un mois après la signature de la convention de cession, l'acheteur, en tant que nouvel associé, avait approuvé sans réserves les comptes annuels de la sociétés afférents au dernier exercice social. Il avait ensuite fait appel à la garantie bancaire consentie par le vendeur (laquelle "garantisait la garantie" du vendeur confirmant que le bilan et les autres pièces comptables avaient été établis conformément aux dispositions légales) au motif que les stocks n'étaient pas correctement valorisés dans le bilan.

159. Le tribunal a fait droit à la demande du vendeur qui réclamait le remboursement du montant perçu par l'acheteur, en considérant que les comptes annuels, une fois approuvés par l'assemblée générale, étaient devenus définitifs et liaient l'acheteur (notamment en ce qui concerne la valorisation des stocks). Le tribunal relève en outre que la décision de l'ancien gérant de comptabiliser les stocks à leur valeur d'acquisition n'était pas manifestement déraisonnable et que le cabinet d'audit mandaté par l'acheteur n'avait pas émis de réserves sur ce plan.

VII. Beëindiging

160. Algemeen. Een geldig afgesloten overeenkomst kan op verschillende gronden worden beëindigd : (i) door ontbinding door een partij op basis van artikel 1184 BW, in geval van schending van de overeenkomst door een andere partij (tenzij deze ontbindingsmogelijkheid uitdrukkelijk is uitgesloten in de koopovereenkomst); (ii) door opzegging met wederzijdse instemming of door een partij op grond van een opzeggingsclausule in de koopovereenkomst; of (iii) als gevolg van de vervulling van een ontbindende voorwaarde opgenomen in de overeenkomst⁽²³⁸⁾.

161. Ontbinding op basis van artikel 1184 BW - Rechtsmisbruik. De partij jegens wie de verbintenis niet is uitgevoerd, heeft de keuze om ofwel de andere partij te verplichten om de overeenkomst uit te voeren, wanneer de uitvoering mogelijk is, ofwel de ontbinding van de overeenkomst te vorderen, met schadevergoeding. De uitoefening van dit keuzerecht

234. Concernant ces devoirs d'information, voy. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2017, 495-507 et B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 215-219.

235. Liège, 2 avril 2015, DAOR 2016, n° 117, 5, TRV-RPS 2016, 181, note D. LECLERCQ. Voy. les paragraphes 56, 139-140 et 148.

236. Comm. Bruxelles, 25 août 2005, TRV 2011, 593, note B. BELLEN et N. WATZEELS. Voy. les paragraphes 23 et 152.

237. Comm. Furnes, 15 janvier 2003, TBH-RDC 2004, n° 3, 303, note A. KILEsse. Voy. aussi Bruxelles, 10 juin 2008, TRV 2009, 640 cité dans les paragraphes 29 et 132.

238. B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 263 en D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2017, 528-529 en de bronnen waarnaar daarin wordt verwezen.

kan in uitzonderlijke situaties rechtsmisbruik uitmaken⁽²³⁹⁾. In een arrest van het hof van beroep te Luik van 21 december 1999 werd bijvoorbeeld beslist dat de verkopers hun recht zouden misbruiken door aan te dringen op de gedwongen uitvoering van een koopovereenkomst tot overdracht van aandelen nadat de koper failliet werd verklaard. In casu dienden de verkopers terug te vallen op de ontbinding ten laste van de koper die niet kan voldoen aan zijn financiële verplichtingen⁽²⁴⁰⁾.

162. In een arrest van 23 februari 2011 weigerde het hof van beroep te Gent de ontbinding van de koopovereenkomst (op basis van een dagvaarding tot nietigverklaring wegens een beweerde schending van een garantieverplichting van de verkoper), omdat de koper de verkoper niet in gebreke had gesteld voorafgaand aan de dagvaarding⁽²⁴¹⁾.

163. Uitdrukkelijk ontbindend beding. Indien een contractuele ontbindingsbevoegdheid wordt uitgeoeind in strijd met de goede trouw, kan aan het uitdrukkelijk ontbindend beding de uitwerking worden onttrokken. Volgens een arrest van 29 juni 2007 van het hof van beroep te Antwerpen was dit bijvoorbeeld het geval indien een koopovereenkomst wordt ontbonden op basis van een uitdrukkelijk ontbindend beding dat de ontbinding toelaat indien een betalingsregeling niet stipt wordt nageleefd, wanneer deze regeling reeds vanaf het begin niet werd nageleefd, zonder eerdere ingebrekestellingen vanwege de partij die zich op het uitdrukkelijk ontbindend beding beroeft⁽²⁴²⁾.

164. Buitengerechtelijke ontbinding. Een contractspartij kan in buitengewone omstandigheden een overeenkomst zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst ontbinden, zelfs indien er geen expliciet ontbindend beding is⁽²⁴³⁾. Een arrest van 9 januari 2012 van het hof van beroep te Antwerpen illustreert dat de ontbindende partij daarbij een fout kan begaan wanneer blijkt dat de wanprestatie van de wederpartij niet van die aard was om een gerechtelijke ontbinding te rechtvaardigen of wanneer de wederpartij niet in gebreke werd gesteld voor de begane wanprestatie en een ingebrekestelling nog een nuttig gevolg kon hebben. In casu was de wei-

gering van de koper om de overdracht van aandelen te laten doorgaan tegen de overeengekomen koopprijs, na een voorafgaande ingebrekestelling door de verkoper, een contractuele wanprestatie die de gerechtelijke ontbinding van de koopovereenkomst lastens de koper rechtvaardigde⁽²⁴⁴⁾.

165. Ontbinding - Schadevergoeding. De schuldeiser die opteert voor de ontbinding van de overeenkomst en die een bijkomende schadevergoeding vordert, dient het bestaan van de bijkomende schade aan te tonen. Een arrest van het Hof van Cassatie van 13 oktober 2011 bevestigt in dit verband dat de verkoper van aandelen die na de ontbinding van een eerdere koopovereenkomst de aandelen uit vrije wil aan een andere koper verkoopt aan een lagere prijs, het verschil in prijs niet als schadevergoeding kan verhalen op zijn aanvankelijke, in gebreke gebleven medecontractant⁽²⁴⁵⁾.

166. Het hof van beroep te Gent stelt in een arrest van 10 januari 2008 dat de principes van artikels 1149-1151 BW van toepassing zijn voor de vaststelling van de schadevergoeding waarop de schuldeiser in geval van ontbinding op grond van artikel 1184 BW aanspraak kan maken. De schadevergoeding strekt ertoe om de schuldeiser te plaatsen in de toestand waarin hij zich zou hebben bevonden indien de schuldenaar zijn verbintenis zou zijn nagekomen en de schuldeiser kan dus aanspraak maken op het geleden verlies en de gederfde winst die in oorzakelijk verband staan met de contractuele wanprestaties. Bij gebrek aan forfaitair schadebeding, komt echter enkel de “*werkelijke, concrete en bewezen*” schade in aanmerking. De schuldeiser kan bij gebrek aan concreet bewezen schade dus geen aanspraak maken op een naar billijkheid begrote schadevergoeding⁽²⁴⁶⁾.

167. Ontbinding - Strafbeding/matiging. In het hierboven vermelde arrest van 21 december 1999 besliste het hof van beroep te Luik dat een beding dat de verkoper, in geval van een ontbinding van de koopovereenkomst, het recht geeft om alles wat reeds werd betaald te houden en daarenboven een schadevergoeding en interesses te vorderen door de rechter kan worden gematigd op basis van artikel 1231 BW indien het een kennelijk excessieve sanctie betreft⁽²⁴⁷⁾.

239. B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 264-265.

240. Luik 21 december 1999, RPS 2000, 164. Zie randnummers 29 en 167.

241. Gent 23 februari 2011, TGR 2011, 279. Te noteren dat dit arrest betrekking had op de verkoop van een handelszaak. Zie randnummer 29.

242. Antwerpen 29 juni 2007, RW 2009-10, afl. 3, 105, noot J. DE CONINCK.

243. B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 267-269.

244. Antwerpen 9 januari 2012, TBBR-RGDC 2015, afl. 5, 278. Zie randnummers 14 en 130.

245. Cass. 13 oktober 2011, AR C.10.0642.N, RPS 2011, 444. Cassatie bekrachtigt hiermee een arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 11 februari 2010, RPS 2000, 459. Zie randnummer 169. Zie in dit verband eveneens Antwerpen 9 januari 2012, TBBR-RGDC 2015, afl. 5, 282 in randnummers 14, 130 en 164.

246. Gent 10 januari 2008, TRV 2008, 307. Zie randnummer 110.

247. Luik 21 december 1999, RPS 2000, 164. Zie randnummers 29 en 161.

168. Ontbinding - Lot van verbonden overeenkomsten.

In een zaak die werd beslecht door een vonnis van 24 januari 2011 van de rechtbank van koophandel te Oudenaarde hadden de partijen op dezelfde dag twee overeenkomsten afgesloten : een overeenkomst tot overdracht van aandelen en een overeenkomst voor de verkoop van een onroerend goed. In de koopovereenkomst voor de aandelen was bepaald dat deze onlosmakelijk verbonden was met de overdracht van het onroerend goed. Indien de partijen vervolgens een overeenkomst tot minnelijke ontbinding afsluiten, moest volgens de rechtbank, naar de geest van de overeenkomsten tussen de partijen, de beëindiging betrekking hebben op beide overeenkomsten. Dit temeer omdat in de overeenkomst tot minnelijke ontbinding een voorkooprecht voor de initiële koper was opgenomen, zowel voor de aandelen als voor het onroerend goed⁽²⁴⁸⁾.

169. (Beroep tegen) ontbinding bij tussenvennis.

Volgens een arrest van 11 februari 2010 van het hof van beroep te Antwerpen is een vonnis waarbij een koopovereenkomst tot overdracht van aandelen in het nadeel van de koper wordt ontbonden en de vordering tot schadevergoeding naar de rol wordt verwezen geen (zuiver) vonnis alvorens recht te doen daar immers een geschilpunt - de ontbindingsvordering - definitief door de eerste rechter werd beslecht. Het beroep dat meer dan een maand na de betekening van dat vonnis werd ingesteld, is onontvankelijk⁽²⁴⁹⁾.

170. Ontbindende voorwaarde. Indien een koopovereenkomst werd gesloten onder ontbindende voorwaarde dan is de koper bij het tenietgaan van de overeenkomst wegens de vervulling van de ontbindende voorwaarde, gehouden tot teruggave van de verkochte zaak aan de verkoper, hetzij in natura, hetzij bij equivalent indien de teruggave in natura niet (meer) mogelijk is. Een arrest van het Hof van Cassatie van 24 januari 2011 illustreert zeer treffend

dat, indien een ontbindende voorwaarde in de koopovereenkomst is opgenomen en deze wordt vervuld, de verkoper geacht wordt steeds eigenaar te zijn gebleven zodat de beschikkingsdaden die de koper op zijn beurt heeft gesteld, komen te vervallen⁽²⁵⁰⁾.

171. Het verschil tussen een uitdrukkelijk ontbindend beding en een ontbindende voorwaarde is niet altijd eenvoudig. Er zal moeten worden nagegaan of de contractspartijen de intentie hadden om een gebrekige uitvoering van de overeenkomst te sanctioneren (uitdrukkelijk ontbindend beding), dan wel of zij de ontbinding van de overeenkomst beoogden los van enige sanctie (ontbindende voorwaarde). In een arrest van 17 januari 2011 besliste het hof van beroep te Luik dat een koopovereenkomst die afhankelijk wordt gemaakt van de ontbindende voorwaarde dat de koopprijs uiterlijk op een bepaalde datum wordt betaald, van rechtswege is ontbonden indien de betaling niet heeft plaatsgevonden op deze datum. De clausule had in casu niet als doel om een fout in hoofde van de koper te sanctioneren, noch om een mogelijkheid tot beëindiging te verschaffen aan de verkoper, maar om een automatische beëindiging te voorzien indien de nodige financiering niet kon worden gerealiseerd tegen de overeengekomen datum⁽²⁵¹⁾.

VIII. Niet-concurrentiebeding

172. Algemeen. Volgens de klassieke rechtspraak en rechtsleer kan een koper van aandelen zich niet beroepen op een impliciete niet-concurrentieverplichting van de verkoper⁽²⁵²⁾. Het is dan ook aangewezen om een uitdrukkelijk niet-concurrentiebeding op te nemen in de koopovereenkomst om een koper van aandelen te beschermen tegen concurrerende activiteiten van de verkoper na afronding van de transactie⁽²⁵³⁾.

248. Kh. Oudenaarde 22 juni 2010, *ERO* 2016, n° 49, 187.

249. Antwerpen 11 februari 2010, *RPS* 2000, 459.

250. Cass. 24 januari 2011, *TRV* 2012, 627, noot B. BELLEN en R. VLEUGELS. Cassatie verbreekt hiermee een arrest van het hof van beroep te Gent van 16 februari 2009, *TRV* 2012, 632.

251. Luik 17 januari 2011, *DAOR* 2011, afl. 100, 536. Te noteren dat dit arrest betrekking had op de overdracht van een handelszaak.

252. Gent 25 mei 2005, *DAOR* 2005, afl. 76, 334; Gent 13 april 2011, *TRV* 2015, 754; Gent 19 maart 2012, *TRV* 2014, afl. 6, 614, noot B. BELLEN en I. SCHOCKAERT; Gent 11 mei 2015, *TGR* 2016, 186; Luik 24 april 2001, *TBH-RDC* 2001, 748; Kh. Hasselt 5 mei 2004, *Limb.Rechtsl.* 2007, 144, noot H. VAN GOMPEL; Arbitrale sententie 1 september 2007, *TRV* 2011, 113, noot B. BELLEN. Zie daarover B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 281-282; B. BELLEN, "Niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten - Europese houvast voor de Belgische praktijk/efficiënte sanctionering" (noot onder arbitrale sententie 1 september 2007), *TRV* 2011, (319) 319-320; D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Brussel, Larcier, 2017, 99 en 514 en de bronnen waarnaar daarin wordt verwezen.

253. In de praktijk is het opnemen van niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten ook gebruikelijk. Zie B. BELLEN, "M&A Survey - 4th edition", *TRV-RPS* 2017, (251) 269-270.

173. Bij de verkoop van een handelszaak kan er daarentegen wel een impliciete niet-concurrentieverplichting bestaan in hoofde van de verkoper⁽²⁵⁴⁾.

174. Geldigheidsvoorwaarden. Het Hof van Cassatie heeft zich recent, in drie principearresten van 23 januari 2015, 25 juni 2015 en 14 september 2017, uitgesproken over de geldigheid van niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten⁽²⁵⁵⁾. Een niet-concurrentiebeding mag enkel redelijke beperkingen opleggen naar voorwerp, territorium en duurtijd. Een cumulatieve toetsing aan elk van deze criteria is vereist voor de beoordeling van de geldigheid van een niet-concurrentiebeding⁽²⁵⁶⁾. Een beperking is onredelijk wanneer die naar voorwerp, territorium of duur “verder reikt dan noodzakelijk om de concurrentie tegen te gaan”. Deze drie dimensies van het niet-concurrentiebeding dienen daarbij *in concreto* te worden beoordeeld in functie van de activiteit van de overgedragen onderneming⁽²⁵⁷⁾.

175. In de onderzochte periode werden een aantal interessante uitspraken gepubliceerd die betrekking hadden op niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten :

- Het hof van beroep te Gent besliste in een arrest van 25 mei 2005 dat een niet-concurrentiebeding in de sector van dakwerken zonder geografische beperking en met een duurtijd van tien jaar, nietig was. Het hof hield bij zijn beoordeling onder meer rekening met het feit dat (i) de verkoper gedurende jaren het beroep van dakwerker had uitgeoefend en 47 jaar was op het ogenblik van de aandelenoverdracht, (ii) het niet eenvoudig is om na een onderbreking van tien jaar opnieuw een gelijkaardige bedrijvigheid op te starten, gelet op de aard van de activiteit, en (iii) het voorliggende beding bepaalde dat, na een eerste periode van tien jaar, het nog steeds verboden

bleef voor de verkoper om een activiteit of handel uit te oefenen in een straal van dertig kilometer rond de zetel van de overgelaten vennootschap⁽²⁵⁸⁾.

- Het hof van beroep te Gent velde op 10 januari 2011 een arrest, waarbij het een niet-concurrentiebeding in een overnameovereenkomst geldig achtte, hoewel het beding in kwestie een wereldwijd toepassingsgebied had. In casu verwees het hof ter verantwoording naar de duurtijd van het niet-concurrentiebeding (drie jaar) en het waardevolle karakter van de overgedragen onderneming (actief in de textielsector). Het hof oordeelde dat het niet-concurrentiebeding binnen die gehele context redelijk was en niet ongeldig⁽²⁵⁹⁾.

- In een arrest van 11 mei 2015 sprak het hof van beroep te Gent zich uit over een niet-concurrentiebeding dat niet beperkt was in de ruimte, een duurtijd had van (minstens) tien jaar en dat, wat betreft uitgesloten activiteiten, naar het oordeel van het hof haast onbeperkt was in de kwestieuze sector (vloermatten en textiel). Het hof beschouwde het voorliggende beding dan ook als ongeldig⁽²⁶⁰⁾.

- Het hof van beroep te Luik heeft zich in een arrest van 13 december 2012 uitgesproken over een niet-concurrentiebeding in de sector van de metaalnijverheid, dat betrekking had op “*de huidige activiteiten van de vennootschap*” en dat van toepassing was in België en het buitenland. Het hof oordeelde dat het voorwerp van het beding onvoldoende precies was (en dus te ruim) en dat het geografisch toepassingsgebied te verreikend was. Bijgevolg was het beding ongeldig⁽²⁶¹⁾. Het arrest illustreert dat de rechter, bij de beoordeling van de geldigheid van een niet-concurrentiebeding, rekening kan houden met de mededeling van de Europese Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en

254. Zie bijvoorbeeld Gent 13 oktober 2014, *DAOR* 2015, afl. 113, 94; Voorz. Kh. Hasselt 16 februari 2004, *RABG* 2004, afl. 11, 685; Voorz. Kh. Hasselt 1 februari 2008, *Jb.Hand.* 2008, 737, noot T. BOEDTS.

255. Cass. 23 januari 2015, C.13.0579.N, *Arr.Cass.* 2015, 217; Cass. 25 juni 2015, C.14.0008.F, *Arr.Cass.* 2015, 1757; Cass. 14 september 2017, C.16.0354.N, online raadpleegbaar via www.juridat.be; B. BELLEN, “Geldigheidsvoorwaarden voor niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten” (noot onder Cass. 14 september 2017), *TRV-RPS* 2018, afl. 2, 124-127; B. BELLEN, “Niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten, splitsbaarheid en gerechtelijke matiging” (noot onder Cass. 23 januari 2015), *TRV* 2015, 460-465; G. DE PIERPONT en Y. NINANE, “La liberté d’entreprendre et les conditions de validité d’une clause de non-concurrence” (noot onder Cass. 14 september 2017), *TBBR-RGDC* 2018, afl. 5, 297-302; D. MERTENS, “Het niet-concurrentiebeding : het mag ietsje meer zijn” (noot onder Cass. 23 januari 2015), *DAOR* 2015, afl. 115, 18-23; S. LAGASSE, “La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence”, *JT* 2015, 717-721; I. SCHOCKAERT, “Splitsbaarheid en gerechtelijke matiging van niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten bis” (noot onder Cass. 25 juni 2015), *TRV-RPS* 2016, (615) 616; A. SNYERS, “De rechterlijke matiging van een niet-concurrentiebeding in een acquisitieovereenkomst” (noot onder Cass. 23 januari 2015), *TBH-RDC* 2016, 368-374; T. TANGHE, “Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausules” (noot onder Cass. 25 juni 2015), *TBH-RDC* 2016, 386-393. Zie ook Cass. 13 september 1991, *RW* 1991-92, 882, noot K. BROECKX en Cass. 12 juli 1917, *Pas.* 1918, I, 65 alsook B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 283-284 en D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Brussel, Larcier, 2017, 514-515.

256. Het Hof van Cassatie stelt immers dat een beding dat een onredelijke beperking van de concurrentie oplegt naar voorwerp, territorium of duur, nietig is.

257. Cass. 14 september 2017, C.16.0354.N, online raadpleegbaar via www.juridat.be; B. BELLEN, “Geldigheidsvoorwaarden voor niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten” (noot onder Cass. 14 september 2017), *TRV-RPS* 2018, afl. 2, 124-127.

258. Gent 25 mei 2005, *DAOR* 2005, afl. 76, 334.

259. Gent 10 januari 2011, *TRV* 2014, 618, noot B. BELLEN en I. SCHOCKAERT. Zie randnummers 180, 184 en 188.

260. Gent 11 mei 2015, *TGR* 2016, 186.

261. Luik 13 december 2012, *DAOR* 2014, afl. 109, 136.

noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties⁽²⁶²⁾ (ook als de transactie niet is onderworpen aan een Europese concentratiecontrole).

- De rechtbank van koophandel te Dendermonde beoordeelde op 29 november 2012 een niet-concurrentiebeding dat betrekking had op de uitbating van zonnecenters en gelijkaardige activiteiten, een duurtijd had van vijf jaar en territoriaal beperkt was tot een straal van tien kilometer vanaf de overgedragen handelszaak. De rechtbank oordeelde dat het toepassingsgebied van dit niet-concurrentiebeding, in het licht van bovenstaande elementen, niet onredelijk was⁽²⁶³⁾.
- De rechtbank van koophandel te Gent oordeelde op 1 maart 2017 dat een niet-concurrentiebeding voor het volledige grondgebied West-Vlaanderen, gelet op de aard van de activiteiten van de partijen (namelijk elektriciteitswerken beperkt tot enkele gemeenten) onvoldoende geografisch beperkt was en strijdig met het principe van vrijheid van handel en nijverheid. De rechtbank overwoog daarbij dat het beding tot gevolg had dat het voor de verkoper feitelijk onmogelijk werd om, zonder ingrijpende verhuis naar een andere provincie, nog zijn beroepsactiviteit als elektricien uit te oefenen. De duurtijd van het niet-concurrentiebeding (drie jaar) alsook de omschrijving van de uitgesloten activiteiten zelf waren volgens de rechtbank wel voldoende beperkt⁽²⁶⁴⁾.
- Een niet-concurrentiebeding met een duurtijd van tien jaar en een zeer ruime beschrijving van de verboden activiteiten (sector van accountancy, boekhouding, fiscaliteit), werd door de rechtbank van koophandel te Hasselt in een vonnis van 5 mei 2004 absoluut nietig geacht. De verkoper had er zich in casu toe verbonden om “gedurende een periode van 10 jaar binnen een straal van vijfenvijftig kilometer vanuit het centrum van Z. geen gelijkaardige onderneming uit te baten of geen rechtstreeks of zijdelings belang te nemen in een onderneming werkzaam in accountancy, boekhouden of fiscaliteit, die met de vennootschap zou kunnen concurreren of de verwezenlijking

van haar doel bemoeilijken” en om “gedurende deze periode van tien jaren geen enkele cliënt te aanvaarden binnen dit gebied”. Het niet-concurrentiebeding bevatte tevens een bijkomende niet-afwervingsverplichting van de verkoper met betrekking tot het cliënteel voor een daaropvolgende periode van tien jaar⁽²⁶⁵⁾.

- De rechtbank van koophandel te Hasselt vernietigde op 30 januari 2008 een niet-concurrentiebeding met een termijn van acht jaar dat zich *de facto* uitstrekte tot het gehele grondgebied van België (in casu een straal van 250 kilometer rond Sint-Truiden) en dat betrekking had op “rechtstreekse en onrechtstreekse” makelaarsactiviteiten⁽²⁶⁶⁾.
- De rechtbank van koophandel te Hasselt oordeelde in een vonnis van 12 december 2011 dat een niet-concurrentiebeding met een duurtijd van vijf jaar strijdig was met de openbare orde (beginsel van vrijheid van handel en nijverheid) en als absoluut nietig moest worden beschouwd. Het beding in kwestie was geografisch beperkt tot het grondgebied van België en Nederland⁽²⁶⁷⁾.
- De voorzitter van de rechtbank van koophandel te Hasselt, zetelend in kortgeding, oordeelde in een vonnis van 16 februari 2004 dat een niet-concurrentieclausule, die betrekking had op de handel in tweedehandsvoertuigen, niet beperkt was in de ruimte en een tijdsduur had van 8 jaar, waarschijnlijk ongeldig was⁽²⁶⁸⁾.
- In een arbitrale sententie van 1 september 2007 werd een niet-concurrentiebeding, in de sector van de makelaardij, dat territoriaal onbeperkt was en een duurtijd had van tien jaar, nietig verklaard wegens schending van de vrijheid van handel en nijverheid. Het arbitraal college hield bij de beoordeling rekening met het beperkte en streekgebonden karakter van de activiteit⁽²⁶⁹⁾.

176. Ongeldige niet-concurrentiebedingen/Gerechtelijke matiging. Een niet-concurrentiebeding dat onvoldoende beperkt is in lijn met boven-

262. Mededeling van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties (2005/C 56/03), *Pb.L.* 5 maart 2005.

263. Kh. Dendermonde 29 november 2012, *DAOR* 2013, afl. 105-106, 126, noot N. HALLEMEESCH. Te noteren dat dit vonnis betrekking had op de overdracht van een handelszaak (zonnecenter). Zie randnummer 185.

264. Kh. Gent 1 maart 2017, *DAOR* 2017, afl. 123, 55. Zie randnummers 19, 178, 181 en 188.

265. Kh. Hasselt 5 mei 2004, *Limb.Rechtsl.* 2007, 144, noot H. VAN GOMPEL.

266. Kh. Hasselt 30 januari 2008, *TRV* 2011, 313, noot B. BELLEN.

267. Kh. Hasselt 12 december 2011, *TRV* 2014, 623, noot B. BELLEN en I. SCHOCKAERT.

268. Voorz. Kh. Hasselt 16 februari 2004, *RABG* 2004, afl. 11, 685. Te noteren dat het vonnis betrekking had op de verkoop van een handelszaak. Zie randnummer 192.

269. Arbitrale sententie 1 september 2007, *TRV* 2011, 113, noot B. BELLEN.

staande principes is absoluut nietig⁽²⁷⁰⁾. Het Hof van Cassatie heeft dit in voormalde princpearresten van 23 januari 2015, 25 juni 2015 en 14 september 2017 bevestigd⁽²⁷¹⁾. De nietigheid van het niet-concurrentiebeding tast evenwel niet de geldigheid aan van de overnameovereenkomst in haar geheel, aangezien het niet-concurrentiebeding, behoudens andersluidende overeenkomst tussen de partijen, wordt beschouwd als een accessoire verbintenis tussen de koper en de verkoper. Ook het hof van beroep te Gent had reeds eerder in die zin geoordeeld in een arrest van 19 maart 2012⁽²⁷²⁾.

177. Op basis van de arresten van 23 januari 2015 en 25 juni 2015 van het Hof van Cassatie, moet de rechter de nietigheid van het niet-concurrentiebeding in voorkomend geval beperken tot het gedeelte ervan dat strijdig is met de openbare orde, op voorwaarde dat de toepassing van de partiële nietigheid mogelijk is en het voortbestaan van het gedeeltelijk vernietigde beding beantwoordt aan de bedoeling van de partijen. Beide princpearresten legitimeren de partiële nietigheid en gerechtelijke matiging van een excessief niet-concurrentiebeding. In het eerste arrest gebeurde dat met verwijzing naar een in de overeenkomst opgenomen deelbaarheidsbeding. In het tweede arrest verwijst het Hof van Cassatie niet uitdrukkelijk naar een dergelijk beding⁽²⁷³⁾.

178. Een eerste toepassing van bovenstaande principes vinden we terug in het hoger besproken vonnis van de rechtbank van koophandel te Gent van 1 maart 2017⁽²⁷⁴⁾. In casu heeft de rechtbank een (naar haar oordeel) te ruim geografisch toepassingsgebied, namelijk het volledige grondgebied van West-Vlaanderen in de sector van elektriciteitswerken, gematigd en beperkt tot het grondgebied van de gemeenten waar de zetel van de doelvennootschap ten tijde van de overname en onmiddellijk na de overname was gevestigd. Volgens de rechtbank kon worden aangenomen dat een dergelijke matiging aan de bedoeling van de partijen beantwoordde, niettegenstaande het feit dat uit het vonnis valt af te leiden dat de overeenkomst geen splitsbaarheidsclausule bevatte.

179. Bewijs van schending niet-concurrentiebeding. In een arrest van 25 februari 2013 heeft het hof van beroep te Gent de geldigheid aanvaard van een verslag van een door de koper aangestelde privé-detective als bewijs, (minstens) als begin van bewijs⁽²⁷⁵⁾.

180. De loutere oprichting van een vennootschap met een maatschappelijk doel dat opvallend dicht aanleunt bij de verboden activiteiten, werd in een arrest van 10 januari 2011 van het hof van beroep te Gent niet als bewijs van een schending aanvaard⁽²⁷⁶⁾.

181. Ook de rechtbank van koophandel te Gent oordeelde in het hoger besproken vonnis van 1 maart 2017 dat het aanbod op een website van verboden concurrerende activiteiten in en rond een gemeente waarvoor het niet-concurrentiebeding niet geldt, de benoeming van de verkoper tot zaakvoerder en de doeluitbreiding van een vennootschap met activiteiten die door het niet-concurrentiebeding waren verboden, op zichzelf geen bewijs vormt van een inbreuk op het niet-concurrentiebeding⁽²⁷⁷⁾.

182. Intensiteit van de inbreuk. Het hof van beroep te Luik bevestigde in een arrest van 5 november 2013 dat de verboden concurrerende activiteiten niet regelmatig of herhaald moeten plaatsvinden om een inbreuk uit te maken op een niet-concurrentiebeding⁽²⁷⁸⁾.

183. Sanctie in geval van schending/Forfaitaire schadebedingen. In geval van een inbreuk op een niet-concurrentiebeding in een overnameovereenkomst, zal de koper in principe schadevergoeding kunnen vorderen van de verkoper. Een arrest van het hof van beroep te Brussel van 17 november 2008 illustreert treffend dat het in de praktijk voor de koper moeilijk kan zijn om te bewijzen dat hij schade heeft geleden als gevolg van de schending en nog moeilijker om het precieze bedrag van de schade aan te tonen. In casu stond de schending van het niet-concurrentiebeding vast en werd door de rechter in eerste aanleg een deskundige aangesteld. Het hof

270. Traditioneel werd aangenomen dat de rechter niet bevoegd was om een ongeldig niet-concurrentiebeding te matigen. Zie bijvoorbeeld Gent 25 mei 2005, *DAOR* 2005, afl. 76, 334; Kh. Hasselt 30 januari 2008, *TRV* 2011, 313, noot B. BELLEN en Luik 13 december 2012, *DAOR* 2014, afl. 109, 136.

271. Zie voetnoot 255.

272. Gent 19 maart 2012, *TRV* 2014, 614, noot B. BELLEN en I. SCHOCKAERT. Het voorliggende niet-concurrentiebeding was niet beperkt in de tijd, noch in de ruimte en werd derhalve nietig verklaard door het hof van beroep. Zie in dit verband ook B. BELLEN, "Niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten - Europese houvast voor de Belgische praktijk/efficiënte sanctionering", *TRV* 2011, (319) 322-323 en voetnoot 23.

273. Cass. 23 januari 2015, C.13.0579.N, *Arr.Cass.* 2015, 217; Cass. 25 juni 2015, C.14.0008.F, *Arr.Cass.* 2015, 1757. Zie randnummer 174.

274. Kh. Gent 1 maart 2017, *DAOR* 2017, afl. 123, 55. Zie randnummers 19, 175, 181 en 188.

275. Gent 25 februari 2013, *TRV* 2014, 610, noot B. BELLEN en I. SCHOCKAERT. Zie B. BELLEN en I. SCHOCKAERT, "Actuele rechtspraak inzake niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten", *TRV* 2014, (625) 628-629. Zie randnummer 184.

276. Gent 10 januari 2011, *TRV* 2014, 618, noot B. BELLEN en I. SCHOCKAERT. Zie randnummers 175, 184 en 188.

277. Kh. Gent 1 maart 2017, *DAOR* 2017, afl. 123, 55. Zie randnummers 19, 175, 178 en 188.

278. Luik 5 november 2013, *DAOR* 2014, afl. 109, 134 (samenvatting), online raadpleegbaar via www.legalworld.be. Zie randnummers 184, 186 en 187.

stelde op basis van de werkzaamheden van de deskundige het bedrag van de gederfde winst in hoofde van de doelvennootschap definitief vast. Daaropvolgend oordeelde het hof echter dat de doelvennootschap zelf geen partij was bij de overnameovereenkomst en de procedure, en dat de kopers niet konden aantonen dat de gederfde winst in hoofde van de doelvennootschap de waarde van de aandelen van de kopers had aangetast⁽²⁷⁹⁾.

184. Om dergelijke bewijsproblemen te vermijden is het aangewezen en gebruikelijk om het niet-concurrentiebeding in de overeenkomst te koppelen aan een forfaitair schadebeding⁽²⁸⁰⁾. Het hierboven aangehaalde arrest van 5 november 2013 van het hof van beroep te Luik bevestigt dat een beroep op een forfaitair schadebeding niet vereist dat de koper aantoon dat de inbreuk daadwerkelijk schade heeft veroorzaakt⁽²⁸¹⁾. Een dergelijke clausule is principieel geldig, op voorwaarde dat het contractueel vastgestelde bedrag redelijkerwijze beantwoordt aan de voorzienbare schade van de koper⁽²⁸²⁾. Indien dat niet het geval zou zijn, kan de rechter het beding op verzoek van een partij of ambtshalve matigen krachtens artikel 1231, § 1 BW⁽²⁸³⁾. De hierboven reeds vermelde arresten van het hof van beroep te Gent van 10 januari 2011⁽²⁸⁴⁾ en 25 februari 2013⁽²⁸⁵⁾ en van het hof van beroep te Luik van 5 november 2013⁽²⁸⁶⁾, illustren deze principes.

185. In het eveneens reeds hoger aangehaalde vonnis van 29 november 2012 oordeelde de rechtbank van koophandel te Dendermonde dat een forfaitair schadebeding moest worden gematigd omdat het niet-concurrentiebeding, naar het oordeel van de rechtbank, “geen enkele gradatie voorzag, naargelang de omvang of de ernst van de inbreuk”. De rechtbank hield bij de beoordeling met name rekening met de afstand waarbinnen de concurrerende handelszaak was gevestigd (meer dan 7 kilometer van de verkochte handelszaak, terwijl het niet-concurrentiebeding gold binnen een straal van 10 kilo-

meter), de aard van de concurrerende handelszaak (nl. geen zonnecenter - zijnde het rechtstreekse voorwerp van het niet-concurrentiebeding - maar een breder wellness- en saunacenter met zonnebanken), het tijdstip van de inbreuk (circa de helft van de contractuele duur van vijf jaar van het niet-concurrentiebeding was reeds verstrekken), alsook met de (beperkte) contractuele waardering van het cliënteel in verhouding tot de totale overnamesom⁽²⁸⁷⁾.

186. Het hof van beroep te Luik oordeelde in het hierboven vermelde arrest van 5 november 2013 nog dat bij de beoordeling van een forfaitair schadebeding en van de bij totstandkoming van de overeenkomst voorzienbare schade, ook rekening kan worden gehouden met de werkelijke schade. In casu besliste het hof, ondanks de duidelijke schending van het betrokken niet-concurrentiebeding, om het schadebeding te matigen omdat was gebleken dat de verkoper, na de overname van de betrokken handelszaak (kapperszaak), wegens persoonlijke omstandigheden niet in staat zou zijn om op korte termijn (binnen de twee jaar) een reguliere concurrerende activiteit te ontwikkelen. Het hof hield daarbij rekening met het feit dat het bedrag van het forfaitaire schadebeding gelijk was aan de totale overnameprijs, terwijl het cliënteel door de partijen slechts aan één derde van de overnameprijs was gewaardeerd. Het hof heeft het forfaitaire schadebeding vervolgens gematigd tot een bedrag dat overeenstemde met de waardering van het cliënteel in de totale overnameprijs⁽²⁸⁸⁾.

187. Bewijs van bijkomende schade in geval van een forfaitair schadebeding. In het hierboven reeds aangehaalde arrest van 5 november 2013 bevestigde het hof van beroep te Luik dat de koper die een bijkomende schadevergoeding vordert bovenop het bedrag van de forfaitaire schadevergoeding, dient aan te tonen dat de schade meer bedraagt dan dit forfaitaire bedrag en moet aantonen dat de schade zich niet zou hebben voorgedaan zoals ze zich daadwerkelijk heeft voorgedaan, zonder de

279. Brussel 17 november 2008, *TRV* 2011, 300, noot B. BELLEN.

280. Zie B. BELLEN, “M&A Survey - 4th edition”, *TRV-RPS* 2017, (251) 269-270; B. BELLEN en F. WIJCKMANS, “De nieuwe Belgische M&A-Index”, *TRV* 2013, (211) 228; B. BELLEN en F. WIJCKMANS, “De Belgische M&A-index”, *TRV* 2010, (104) 114 en B. BELLEN en F. WIJCKMANS, “M&A Survey”, *TRV* 2008, (113) 127.

281. Luik 5 november 2013, *DAOR* 2014, afl. 109, 134 (samenvatting), online raadpleegbaar via www.legalworld.be. Zie randnummers 182, 186 en 187.

282. B. BELLEN, “Niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten - Europese houvast voor de Belgische praktijk/efficiënte sanctionering”, *TRV* 2011, afl. 4, (319) 326; M. VANSTEENBEECK, “Concurrentieclausules” in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (871) 978-979.

283. Artikel 1231, § 1 van het Burgerlijk Wetboek; B. BELLEN en I. SCHOCKAERT, “Actuele rechtspraak inzake niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten”, *TRV* 2014, afl. 6, (625) 628; M. VANSTEENBEECK, “Concurrentieclausules” in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (871) 979.

284. Gent 10 januari 2011, *TRV* 2014, afl. 6, 618, noot B. BELLEN en I. SCHOCKAERT. Zie randnummers 175, 180 en 188.

285. Gent 25 februari 2013, *TRV* 2014, afl. 6, 610, noot B. BELLEN en I. SCHOCKAERT. Zie randnummer 179.

286. Luik 5 november 2013, *DAOR* 2014, afl. 109, 134 (samenvatting), online raadpleegbaar via www.legalworld.be. Zie randnummers 182, 186 en 187.

287. Kh. Dendermonde 29 november 2012, *DAOR* 2013, afl. 105-106, 126, noot N. HALLEMEESCH. Zie randnummer 175.

288. Luik 5 november 2013, *DAOR* 2014, afl. 109, 134 (samenvatting), online raadpleegbaar via www.legalworld.be. Zie randnummers 182, 184 en 187.

inbreuk op het niet-concurrentiebeding. In casu wilde de koper de verkoper aansprakelijk stellen voor de schade gerelateerd aan de sluiting van de (overgenomen) handelszaak. Het hof oordeelde dat de koper niet voldeed aan de bewijslast en hield daarbij rekening met het algemene ondernemingsrisico en met de beperkte impact van de inbreuk op het niet-concurrentiebeding⁽²⁸⁹⁾.

188. Doelvennootschap als derde-begunstigde.

Het niet-concurrentiebeding kan verder worden versterkt door de doelvennootschap als derde-begunstigde van het niet-concurrentiebeding aan te duiden in de overeenkomst⁽²⁹⁰⁾. De reeds aangehaalde uitspraken van het hof van beroep te Gent van 10 januari 2011⁽²⁹¹⁾ en van de rechtbank van koophandel te Gent van 1 maart 2017⁽²⁹²⁾ illustreren hoe een dergelijk beding aan de doelvennootschap een eigen vorderingsrecht verschafft.

189. Vordering tot stopzetting in kortgeding - belangenafweging.

Een arrest van 14 januari 2000 van het hof van beroep te Luik had betrekking op een vordering in kortgeding ingesteld tegen de verkopers door de koper van een juwelierszaak. In casu hadden de verkopers, in weerwil van het betrokken niet-concurrentiebeding, concurrerende activiteiten ontwikkeld, en dit onder dezelfde handelsnaam als deze van de overgedragen handelszaak. De koper vorderde in kortgeding (onder meer) de stopzetting van de concurrerende activiteiten. Daarnaast had de koper ook een vordering ten gronde ingesteld⁽²⁹³⁾.

190. Het hof bevestigde dat de rechter in kortgeding, bij de afweging van belangen tussen de koper en de verkoper, een keuze moet maken tussen enerzijds het voorlopig handhaven van een contractueel verbod (waarvan de draagwijdte mogelijk nadien ten gronde kan worden beperkt en waarvan de miskenning desgevallend door een forfaitair vastgestelde schadevergoeding kan worden gesanctioneerd), en anderzijds geen verbod opleggen als voorlopige maatregel en de geviseerde activiteiten (die mogelijk zijn verboden maar zijn voorafgegaan door investeringen die verloren zouden gaan door een voorlopige stopzetting) niet verbieden in kortgeding. Volgens

het hof kan de rechter in kortgeding de verkoper slechts dwingen om een niet-concurrentiebeding na te leven indien vaststaat dat de rechter ten gronde de verkoper in geen geval zal ontheffen van die verplichting.

191. Het hof achtte het in casu niet uitgesloten dat de rechter ten gronde de verkopers zou toelaten om de concurrerende handelszaak te blijven uitbaten. Het hof hield daarbij ook rekening met de tijd die was verstreken sinds de overname (bijna 4 jaar), het feit dat de koper de handelsnaam zelf niet meer gebruikte (nadat de verkopers daarvan ook afstand hadden gedaan) en het feit dat de schending kon worden gesanctioneerd op basis van een forfaitair schadebeding. Het hof overwoog daarnaast dat een voortijdige stopzetting meer schade zou veroorzaken (die moeilijker in te schatten is, zeker in de opstartfase) voor de verkopers, dan de schade die de schending veroorzaakt voor de koper (die zich, onder meer, kan beroepen op een forfaitaire schadevergoeding). Wel werd als voorlopige maatregel een verbod voor de verkopers gehandhaafd om de handelsnaam van de overgedragen handelszaak te gebruiken, onder verbeurte van een dwangsom.

192. Vordering tot stopzetting in kortgeding - Arbitragebeding. Het hoger besproken vonnis van 16 februari 2004 van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Hasselt, handelend in kortgeding, illustreert dat een arbitrageclausule in de koopovereenkomst niet verhindert dat een partij zich tot de kortgedingrechter wendt om voorlopige maatregelen te vorderen⁽²⁹⁴⁾.

193. Verhouding met niet-concurrentiebeding in arbeidsovereenkomst. In een arrest van 9 maart 2000 sprak het hof van beroep te Luik zich uit over de vraag of de koper zich, nadat hij als werkgever afstand had gedaan van een niet-concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst van de verkoper (als werknemer), nog op een niet-concurrentiebeding in een eerdere overnameovereenkomst kon beroepen. Het hof oordeelde dat de niet-concurrentiebedingen in kwestie elk een eigen toepassingsgebied hadden en dat het niet-concurrentiebeding in de overname-

289. Luik 5 november 2013, *DAOR* 2014, afl. 109, 134 (samenvatting), online raadpleegbaar via www.legalworld.be. Zie randnummers 182, 184 en 186. Het betrokken niet-concurrentiebeding bepaalde dat de forfaitaire schadevergoeding geen afbreuk doet aan het recht van de koper om een hogere schadevergoeding te vorderen indien de koper aantoont dat de geleden schade hoger is.

290. B. BELLEN, "Niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten - Europese houvast voor de Belgische praktijk/efficiënte sanctionering", *TRV* 2011, afl. 4, (319) 325.

291. Gent 10 januari 2011, *TRV* 2014, afl. 6, 618, noot B. BELLEN en I. SCHOCKAERT. Zie randnummers 175, 180 en 184.

292. Kh. Gent 1 maart 2017, *DAOR* 2017, afl. 123, 55. Zie randnummers 19, 175, 178 en 181.

293. Luik 14 januari 2000, *TBH-RDC* 2000, 501.

294. Voorz. Kh. Hasselt 16 februari 2004, *RABG* 2004, afl. 11, 685. Te noteren dat het vonnis betrekking had op de verkoop van een handelszaak. Zie randnummer 175. Zie ook (huidig) artikel 1683 Ger.W.

overeenkomst niet tot doel kon hebben om de verkoper te verbieden in dienst te treden van een concurrerende werkgever, aangezien dit het niet-concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst overbodig zou maken. Het hof oordeelde dat het niet-concurrentiebeding in de overnameovereenkomst afdwingbaar was, doch enkel voor zover dit betrekking heeft op concurrerende activiteiten buiten het kader van een arbeidsovereenkomst⁽²⁹⁵⁾.

IX. Standaardclausules ('boilerplate') en andere typische bepalingen

194. Kennisgevingen tussen partijen. In een arrest van 19 september 2002 oordeelde het hof van beroep te Brussel dat een kennisgeving tijdig is gedaan indien deze binnen de contractueel bepaalde termijn wordt gepost. Uit het arrest blijkt evenwel niet of de betrokken koopovereenkomst een specifieke clausule bevatte met betrekking tot (vormvereisten van) kennisgevingen⁽²⁹⁶⁾.

195. Clausules inzake splitsbaarheid. Een klassieke standaardbepaling betreft de clausule inzake splitsbaarheid. In dergelijke clausule wordt typisch bepaald dat de nietigheid of onafdwingbaarheid van een bepaling in de overeenkomst de geldigheid en afdwingbaarheid van de andere bepalingen van de overeenkomst niet beïnvloedt⁽²⁹⁷⁾.

196. Het Hof van Cassatie bevestigde in een arrest van 23 januari 2015 de geldigheid van een splitsbaarheidsclausule waarin werd bepaald dat bepalingen die door nietigheid aangetast of ongeldig zouden zijn, bindend blijven voor het gedeelte ervan dat wettelijk toegelaten is⁽²⁹⁸⁾.

197. In een daaropvolgend arrest van 25 juni 2015 bevestigde het Hof van Cassatie, deze keer zelfs zonder verwijzing naar een specifieke splitsbaarheidsclausule, dat de rechter de nietigheid van een beding kan beperken tot het gedeelte dat strijdig is met de openbare orde, voor zover het behoud van het gedeeltelijk vernietigde beding beantwoordt aan de bedoeling van de partijen⁽²⁹⁹⁾.

198. Overdrachtsbeperkingen na overdracht/Contractuele sanctie. De overnameovereenkomst kan overdrachtsbeperkingen opleggen aan de koper. Een typische overdrachtsbeperking betreft bijvoorbeeld een contractueel verbod om de aandelen door te verkopen binnen de 12 maanden na de overdracht, indien de verkoper een natuurlijke persoon is (omwille van fiscale redenen)⁽³⁰⁰⁾. De koopovereenkomst kan ook voor andere doeleinden een overdrachtsbeperking opleggen aan de koper, bijvoorbeeld als onderdeel van een zekerheid voor de verkoper indien de betaling van een deel van de koopprijs is uitgesteld.

199. Zo heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 28 november 2013 een overdrachtsbeperking beoordeeld op grond waarvan de kopers van aandelen deze niet verder mochten overdragen alvorens het uitgestelde gedeelte van de koopprijs was betaald. De overdrachtsbeperking was contractueel gesancioneerd door de onmiddellijke opeisbaarheid van het niet-betaalde saldo van de koopprijs. Volgens het Hof van Cassatie stelden de appelleerders terecht vast dat het afdwingen van die sanctie geen rechtsmisbruik uitmaakte in hoofde van de verkopers. De appelleerders konden deze conclusie wettig baseren op hun vaststelling dat de overdrachtsbeperking een zekerheidsfunctie vervulde ten voordele van de verkopers en dat de verkopers niets anders vroegen dan de toepassing van een contractueel voorziene sanctie⁽³⁰¹⁾.

200. Betaling van transactiekosten door de doelvennootschap - Wettelijk specialiteitsbeginsel. De "boilerplate" bevat vaak een clausule met betrekking tot de transactiekosten, die typisch bepaalt dat iedere partij verantwoordelijk is voor zijn eigen transactiekosten en waarbij de verkoper garandeert dat er geen transactiekosten zijn afgewenteld op de doelvennootschap⁽³⁰²⁾. In een arrest van 12 januari 2009 besliste het hof van beroep te Gent dat een overeenkomst waarin een vennootschap zich ertoe verbindt om de kosten en een "succes fee" te betalen in het kader van een overdracht van haar aandelen absoluut nietig is en niet voor bevestiging in aanmerking komt (bv. door de betaling van deze kosten door de vennootschap). In casu was de overeenkomst gesloten

295. Luik 9 maart 2000, *JT* 2000, 701.

296. Brussel 19 september 2002, *RPS* 2003, afl. 3, 310. Zie randnummer 54.

297. D. DESCHRIJVER, A. GUTERMANN en M. TAEYMANS, *Standard Business Contracts*, Gent, Larcier, 2013, 15.

298. Cass. 23 januari 2015, *TRV* 2015, 459, noot B. BELLEN. Zie randnummers 176 en 177.

299. Cass. 25 juni 2015, *NJW* 2015, afl. 33, 914-918, noot C. LEBON. Zie randnummers 176 en 177.

300. B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 309-310 en D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Brussel, Larcier, 2017, 512-513 en 524-525.

301. Cass. 28 november 2013, *Arr.Cass.* 2013, afl. 11, 2571.

302. Voor een voorbeeld, zie B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 334 en D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Brussel, Larcier, 2017, 544 en 374.

door de gedelegeerd bestuurder van de vennootschap in het kader van de overdracht van zijn aandelen in de vennootschap. Volgens het hof is een dergelijke overeenkomst, die een vennootschap noch rechtstreeks noch onrechtstreeks enig vermogensvoordeel kan bezorgen, in strijd met het wettelijk specialiteitsbeginsel, namelijk het winstoogmerk⁽³⁰³⁾.

X. Geschillenbeslechting

201. Draagwijdte van het forumbeding. De draagwijdte van een forumbeding hangt af van de precieze bewoording ervan. Als het beding volgens standaardbewoordingen is opgesteld, bijvoorbeeld overeenkomstig het standaard arbitragebeding van de meeste arbitrageinstellingen (die voor de draagwijdte verwijzen naar “alle geschillen die uit of met betrekking tot deze overeenkomst ontstaan” - “Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci” - “any disputes arising out of or in relation with the Agreement”) of soortgelijke omvattende bewoordingen dan zal het beding principieel betrekking hebben op elk geschil dat verband houdt met de overeenkomst, dus ook op vorderingen op basis van een beweerde precontractuele fout van een van de partijen :

- Zo oordeelde het hof van beroep te Gent in een arrest van 28 oktober 2010 dat een arbitragebeding in de koopovereenkomst ook van toepassing is op een vordering op basis van de precontractuele aansprakelijkheid van de verkopers en hun beweerde nalatigheid bij het onderhoud van het actief van de doelvennootschap. Het hof verduidelijkte daarbij wel dat een bevoegdheidsbeding in de overeenkomst tot overdracht van aandelen niet geldt voor vorderingen van of tegen personen die geen partij waren bij die overeenkomst. Zo konden bijvoorbeeld de doelvennootschap zelf of de bestuurders die geen verkopers waren zich niet beroepen op de arbitrageclausule⁽³⁰⁴⁾.
- In een vonnis van 29 april 2008 verklaarde de rechbank van koophandel te Dendermonde zich onbevoegd in een zaak waar een koper van de aandelen beweerde dat de verkoper een precontractuele

fout had begaan door concurrerende activiteiten op te starten. De rechbank oordeelde dat het bevoegdheidsbeding in de overeenkomst (ten voordele van een Engelse rechbank) ook betrekking had op vorderingen op basis van eventuele precontractuele fouten. In casu sloeg het beding op “elk geschil dat verband houdt met” de overeenkomst. Als dusdanig was het volgens de rechbank “allesomvattend” opgevat en had het dus ook betrekking op vorderingen tussen de partijen uit onrechtmate daad⁽³⁰⁵⁾.

202. Aanduiding van een exclusief bevoegde rechbank - Artikel 25 Brussel I bis. Een forumbeding waarbij de partijen een exclusief bevoegde rechbank aanduiden, moet voldoende precies zijn. Zo oordeelde het hof van beroep te Gent in een arrest van 28 april 2008 dat een clausule in de koopovereenkomst waarin werd gekozen voor de toepassing van het Nederlands recht en die verder bepaalde dat geschillen ter beslechting zouden worden voorgelegd aan de “ter zake bevoegde rechter”, zonder verdere verduidelijking, geen exclusief bevoegde rechter aanduidt in de zin van artikel 25 Brussel I bis⁽³⁰⁶⁾. In casu had het geschil betrekking op de vordering van de verkopers op de betaling van de koopsom en op de betaling van facturen. Conform het Nederlandse Burgerlijk Wetboek dient de betaling te worden gedaan aan de woonplaats van de schuldeiser. Op basis van een analyse naar Nederlands recht, besloten zowel de rechbank van koophandel te Ieper in eerste aanleg, als het hof van beroep te Gent dat zij internationale rechtsmacht hadden op basis van de algemene bevoegdheidsregels van de artikels 7 en 8 Brussel I bis⁽³⁰⁷⁾.

203. Materiële bevoegdheid. Vóór de hervorming van het ondernemingsrecht in 2018 en de afschaffing van de rechbank van koophandel, ten voordele van de ondernemingsrechbank⁽³⁰⁸⁾, was de rechbank van koophandel *ratione materiae* enkel bevoegd wanneer het geschil overeenkomstig artikel 574, 1° Ger.W. een geschil betrof “ter zake van” een handelsvennootschap tussen vennoten (of andere in artikel 574, 1° Ger.W. aangeduide personen)⁽³⁰⁹⁾. Deze bepaling week af van de toenmalige algemene bevoegdheidsregeling zodat deze voorwaarden restrictief

303. Gent 12 januari 2009, *TGR* 2009, 180.

304. Gent 28 oktober 2010, *TGR* 2011, 120. Zie randnummer 23.

305. Kh. Dendermonde 29 april 2008, *RABG* 2008, afl. 17, 1118.

306. Verordening (EU) 1215/2012 van 12 december 2012 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkennung en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Brussel I bis), *Pb.L.* 20 december 2012, 351. Het arrest is gewezen voor de inwerkingtreding van de Brussel I bis-verordening en verwijst nog naar de artikels van de vorige EEX-verordening (Brussel I).

307. Gent 28 april 2008, *RABG* 2008, afl. 17, 1107, met noot L. SAMYN. Te noteren dat de koopovereenkomst betrekking had op de overdracht van diverse handelsfondsen.

308. Wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *BS* 27 april 2018.

309. Krachtens het nieuwe artikel 574, 1° Ger.W. neemt de ondernemingsrechbank kennis van geschillen ter zake van een vereniging met rechtspersoonlijkhed, stichting of vennootschap, met uitzondering van een vereniging van mede-eigenaars, evenals geschillen die ontstaan tussen hun voormalige, actuele of toekomstige vennoten of leden met betrekking tot de betrokken vennootschap, stichting of vereniging.

moesten worden geïnterpreteerd. Een geschil dat zijn grondslag enkel vindt in een overeenkomst tot overdracht van aandelen voldeed niet aan deze voorwaarden. Dit wordt geïllustreerd door een aantal uitspraken :

- een vonnis van 8 mei 2007 van de rechtbank van koophandel te Leuven⁽³¹⁰⁾;
- een vonnis van 27 oktober 2009 van de rechtbank van eerste aanleg te Mechelen. De rechtbank stelde vast dat de bevoegdheid van de rechtbank bovendien moet worden beoordeeld op datum van de betekening van de dagvaarding en aan de hand van het voorwerp van de vordering zoals die blijkt uit de gedinginleidende dagvaarding⁽³¹¹⁾;
- een vonnis van 27 juni 2005 van de arrondissementsrechtbank te Hasselt⁽³¹²⁾.

204. Daarnaast was het voor de toepassing van artikel 574, 1° Ger.W. vereist dat het een geschil betrof tussen vennooten. Dit was slechts het geval wanneer beide partijen reeds de hoedanigheid van vennoot hebben op het ogenblik van de betwiste handeling. Een aantal uitspraken illustreren de toepassing van deze (achterhaalde) bevoegdheidsregels :

- een vonnis van 12 september 2003 van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Kortrijk zetelend in kortgeding⁽³¹³⁾;
- een vonnis van 29 november 2001 van de rechtbank van koophandel te Leuven⁽³¹⁴⁾;
- een vonnis van 17 oktober 2014 van de arrondissementsrechtbank te Brugge⁽³¹⁵⁾.

205. Afdwingbaarheid van de arbitrageovereenkomst in geval van faillissement. In een arrest van 8 mei 1998 bevestigde het Hof van Cassatie dat een arbitrageovereenkomst die door de gefaillideerde werd gesloten vóór het faillissement, tegenstelbaar is aan de curator (behoudens met betrekking tot geschillen die hun oorsprong rechtstreeks in het faillissement vinden), wanneer de bewoordingen van de overeenkomst en de arbitragereglementen waarnaar ze verwijst voldoende gedetailleerd en volledig zijn om de curator in staat te stellen de arbitrage op te starten⁽³¹⁶⁾.

XI. Ondertekening

206. Parafen. Het is standaardpraktijk om elke pagina van de koopovereenkomst tot overdracht van aandelen te paraferen⁽³¹⁷⁾. Uit de afwezigheid van een paraaf bij een pagina of clausule van een tussen partijen ondertekende overeenkomst, mag evenwel niet worden afgeleid dat de partijen niet met deze pagina of clausule hebben ingestemd. In een arrest van 13 mei 2005 oordeelde het Hof van Cassatie bijvoorbeeld dat de enkele omstandigheid dat in een onderhandse akte een clausule niet werd geparafeerd en een andere wel, geen afbreuk doet aan de wettelijke bewijswaarde van die niet-geparafeerde clausule waarvan vaststaat dat zij deel uitmaakt van de tussen partijen ondertekende overeenkomst⁽³¹⁸⁾.

207. Aantal originelen. Overeenkomstig artikel 1325 BW moet de koopovereenkomst worden opgemaakt in zoveel exemplaren als er partijen zijn die een onderscheiden belang hebben. In een arrest van 10 maart 2008 oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat werd voldaan aan deze vereiste door partijen die in hoger beroep een door alle partijen ondertekend tweede exemplaar van de overeenkomst aanleverden. In casu had de rechtbank in eerste aanleg geoordeeld dat het door een der partijen voorgelegde document niet voldeed als bewijs omdat in het voorgelegde document niet was vermeld in hoeveel originele exemplaren het was opgesteld. Het voorgelegde document werd bijgevolg slechts aanvaard als begin van bewijs door geschrifte. In hoger beroep leverden partijen alsnog een tweede exemplaar van de overeenkomst aan dat ook door alle partijen was ondertekend en dat aldus volgens het hof van beroep het aanvullend bewijs leverde dat was voldaan aan artikel 1325 BW. Het hof kwam tot dit besluit niettegenstaande de vaststelling dat het tweede exemplaar “*geen kopie of doorslag*” was van het eerste exemplaar. “*Het is ook met de hand geschreven en verschilt van het eerste exemplaar wat de kleur van de inkt betreft, wat de lengte van de zinnen betreft (compacter geschreven) en wat het niet voorkomen van een schrijffout betreft (euroteken)*” aldus het hof⁽³¹⁹⁾.

310. Kh. Leuven 8 mei 2007, *TRV* 2007, 459.

311. Rb. Mechelen 27 oktober 2009, *TRV* 2011, 415, noot S. SOBRIE.

312. Arrondrb. Hasselt 27 juni 2005, *Limb.RechtsL.* 2006, 53.

313. Voorz. Kh. Kortrijk (KG) 12 september 2003, *TRV* 2004, 358, noot K. WAGNER.

314. Kh. Leuven 29 november 2001, *TRV* 2004, 258.

315. Arrondrb. Brugge 17 oktober 2014, *NJW* 2015, afl. 327, 602.

316. Cass. 8 mei 1998, *RPS* 2010, 177.

317. B. BELLEN, *Share Purchase Agreements - Belgian Law and Practice*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2016, 351.

318. Cass. 13 mei 2005, *TBBR-RGDC* 2006, 589, noot B. VAN BAEVEGHEM. Zie in dit verband ook Cass. 29 september 2014, *RPS* 2013, 495.

319. Antwerpen 10 maart 2008, *NJW* 2009, afl. 205, 559.

208. Het onderscheiden belang van verschillende partijen hangt af van de omstandigheden. Zo oordeelde het hof van beroep te Antwerpen op 19 februari 2001 dat 2 originelen voldoende waren in een zaak waar 3 kopers de aandelen van een verkoper hadden verkregen. De bedongen solidariteit tussen de kopers en het uiteindelijke doel om de verkregen aandelen te “poolen” in de handen van een van de kopers, toonden aan dat de kopers met hun aange-gane verbintenissen eenzelfde belang nastreefden⁽³²⁰⁾.

209. Artikel 1325 BW is niet van dwingend recht - Uitwisseling van originelen. In een arrest van 26 april 2001 stelde het Hof van Cassatie dat artikel 1325, eerste lid BW in principe vereist dat aan iedere

partij die een onderscheiden belang heeft daadwerkelijk een origineel van de akte wordt overhandigd. De partijen kunnen evenwel, stilzwijgend of uitdrukkelijk, van deze vormvereiste afwijken. Artikel 1325 Burgerlijk Wetboek is geen dwingend recht⁽³²¹⁾.

210. Ondertekening in “counterparts”. In een arrest van 14 oktober 2002 besliste het hof van beroep te Luik dat het volstaat dat elke partij een exemplaar heeft dat de handtekening van de andere partijen draagt. Wanneer de akte in meerdere originele exemplaren is opgemaakt en elke partij in het bezit is van een exemplaar ervan, is het niet vereist dat elk exemplaar de handtekening van alle partijen draagt⁽³²²⁾.

320. Antwerpen 19 februari 2001, *AJT* 2000-01, 909.

321. Cass. 26 april 2001, *Pas.* 2001, 702.

322. Luik 14 oktober 2002, *TRV* 2003, afl. 3, 303.