

BENOEMING VAN BESTUURDERS IN EEN NAAMLOZE VENNOOTSCHAP

Conny Croes

*Onder de wetenschappelijke begeleiding van
Prof. Dr. K. Geens*

I. SITUERING VAN DE PROBLEMATIEK

De verkiezing van de leden van de raad van bestuur gebeurt in een N.V., per te begeven plaats, door de algemene vergadering bij gewone meerderheid van de uitgebrachte stemmen, zonder rekening te houden met de othoudingen¹. Bijgevolg kan een georganiseerde meerderheid de hele raad van bestuur aanstellen, zonder dat de minderheid² enige zekerheid heeft, vertegenwoordigd te zijn in de raad van bestuur. Weliswaar zijn de bestuursbevoegdheid en het stemrecht van de bestuurders functionele bevoegdheden die uitsluitend in het belang van de vennootschap moeten aangewend worden³, doch dit vormt geen werkelijke waarborg voor de minderheid dat

¹ WYCKAERT, M., "De conventionele bescherming van de minderheidsaandeelhouder", *T.R.V.*, 1988/bijzonder nummer, V.7.

² Op te merken valt dat de minderheid niet op rekenkundige wijze volgens haar aandeel in het maatschappelijk kapitaal gedefinieerd wordt. Men kan de minderheid slechts bepalen in verhouding tot de meerderheid die de macht uitoefent op de algemene vergadering : RALET, O. en KILESTE, P., "Droits et protection de l' actionnaire minoritaire", *T.B.H.*, 1989, 829; SIMONT, L., "Réflexion sur l' abus de minorité", in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 307; WYCKAERT, M., *l.c.*, V.3.

³ GEENS, K., "De bescherming tegen de bescherming. De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder : een toepassing op de door de meerderheid opgezette beschermingsconstructies" (hierna verkort geciteerd: "De bescherming tegen de bescherming"), *T.R.V.*, 1988/bijzonder nummer, II.22 (met talrijke verwijzingen in voetnoot 20); RONSE, J., en GEENS, K., "Misbruik van minderheidspositie", in *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan J.J.M. Maeijer*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1988, 233-234; SIMONT, L., *l.c.*, 522; WYCKAERT, M., *l.c.*, V.7-V.8.

haar belangen ook in praktijk effectief en ten volle door de raad van bestuur behartigd worden⁴.

Om de minderheid toch zeggenschap in het bestuur van de N.V. te verzekeren, kunnen de statuten een vertegenwoordiging van de minderheid in de raad van bestuur organiseren. Dit kan echter niet door het louter inlassen van een clause die ertoe zou strekken een of meer benoemingen aan de minderheid voor te behouden. Dergelijke clause is immers nietig daar krachtens een dwingende wetsbeschikking (Art. 55 Venn. W.) de bestuurders door de algemene vergadering moeten worden benoemd⁵. Maar de wet eist niet dat de algemene vergadering een onbeperkte vrijheid zou genieten bij de keuze van de bestuurders, zodat de statuten aan de algemene vergadering wel zekere beperkingen kunnen opleggen bij deze keuze⁶. Bijgevolg kan de vertegenwoordiging van de minderheid georganiseerd worden via de techniek van de bindende voordracht^{7, 8}: door een statutaire⁹ voordrachtregeling wordt aan bepaalde belangengroepen (*in casu* meerderheid en minderheid) het recht toegekend om voor een of meer bestuursopdrachten (ten minste twee) kandidaten voor te dragen, waarbij de algemene vergadering verplicht is de

⁴ Immers bevoegdheidsafwendings is zelden gemakkelijk te bewijzen : WYCKAERT, M., *l.c.*, V.8. Bovendien bestaat ook in de raad van bestuur de enige juiste beslissing niet en stemt de voorstelling van de minderheid inzake het belang van de vennootschap niet steeds overeen met de voorstelling van de meerderheid hieromtrent : GEENS, K., "De bescherming tegen de bescherming", *l.c.*, II.21-II.22; SIMONT, L., *l.c.*, 327.

⁵ DU FAUX, H., "De bescherming van de minderheidsaandeelhouder in de handelsvennootschap", *T. Not.*, 1961-62, 6; HEENEN, J., "Le choix des Administrateurs", *R.P.S.*, 1956, 67; RONSE, J., *Algemeen deel van het vennootschapsrecht* (hierna verkort geciteerd: *Algemeen deel*), Leuven, Acco, 1975, 352; WYCKAERT, M., *l.c.*, V.10. en de hier aangehaalde verwijzingen. Vb. Kh. Brussel, 13 december 1984, *J.Proc.*, 1984, (20), 25 herhaalt het openbare orde karakter van Art. 55 en de onwettigheid van dergelijke clause.

⁶ Zie voetnoot 5.

⁷ Met deze term wordt bedoeld dat de algemene vergadering verplicht is de bestuurders te kiezen uit de voorgedragen kandidaten. Geens, K. gebruikt dit woord in een andere betekenis : GEENS, K., "Beschermingsconstructies : enkele recente evoluties", in *Openbaar bod en beschermingsconstructies. Recente evoluties in wetgeving en praktijk naar Belgisch, Nederlands en Europees recht*, JAN RONSE INSTITUUT (ed.), Kalmthout, Biblio, 1990, 83.

⁸ De vertegenwoordiging van de minderheid kan ook georganiseerd worden via de cumulatieve stemming : zie hiervoor WYCKAERT, M., *l.c.*, V.11. en de hier aangehaalde verwijzingen.

⁹ Ook in aandeelhoudersovereenkomsten kunnen afspraken opgenomen worden nopens de verdeling van bestuursmandaten en de aanstelling van bestuurders. Hier wordt niet verder op ingegaan daar dit buiten het bestek van dit werk valt.

Zie specifiek i.v.m. het inlassen van een clause van proportionele vertegenwoordiging in een aandeelhoudersovereenkomst : Kh. Brugge, 3 december 1992, *T.R.V.*, 15 februari 1993, 30, met noot (waar dergelijke overeenkomst geldig wordt verklaard) en de in de bijhorende noot geciteerde rechtsleer, die evenwel niet eensgezind is op dit punt.

bestuurders te kiezen uit deze lijsten van voorgedragen kandidaten¹⁰. Dergelijke clause kan zowel bij de oprichting als bij een latere statutenwijziging in de statuten worden ingevoegd¹¹. De vertegenwoordiging is evenredig wanneer het aantal, aan een bepaalde belangengroep, "toegewezen" bestuursopdrachten overeenstemt met het aandeel in het kapitaal dat zij vertegenwoordigt. Is dit niet zo, dan is de vertegenwoordiging onevenredig¹².

De geldigheid van de clauses van evenredige vertegenwoordiging wordt, mits naleving van bepaalde voorwaarden (*infra*), algemeen aanvaard in rechtspraak¹³ en rechtsleer¹⁴.

Over de onevenredige vertegenwoordiging daarentegen is heel wat minder geschreven en evenmin bestaat er in België rechtspraak over. D. VAN

¹⁰ Sommige auteurs benadrukken dat dergelijke statutaire clauses een regeling van het stemrecht van de algemene vergadering inhouden: DE WOLF, P. en FERON, B., "Les conventions d'actionnaires. Une évolution inachevée", *D.A.O.R.*, 1991, 43; VAN OMMESLAGHE, P., "Les conventions d'actionnaires en droit belge", *R.P.S.*, 1989, 317. In deze zin zou men m.i. dan ook kunnen spreken van een "statutaire stemafpraak".

¹¹ Een uitgebreide bespreking is te vinden bij VAN GERVEN, D., "De evenredige en onevenredige vertegenwoordiging van de aandeelhouders in de raad van bestuur van een N.V." (hierna verkort geciteerd: "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging"), *T.B.H.*, 1991, 862-965.

¹² VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 1991, 851-852.

¹³ De rechtspraak aanvaardde de geldigheid in de beruchte zaak Rossel. Voor het hele verloop van de zaak : Kort Ged. Kh. Brussel, 7 juli 1983, *R.P.S.*, 1983, 288 en *J.T.*, 1984, 212; Brussel, 31 augustus 1983, *R.P.S.*, 1983, 294 en *J.T.*, 1984, 213, noot 'T KINT, F.; Kort Ged. Kh. Brussel, 2 september 1983, *J.T.*, 1984, 214; Brussel, 21 september 1983, *R.P.S.*, 1983, 309 en *J.T.*, 1984, 214; Kh. Brussel, 13 december 1984, *R.P.S.*, 122, noot *J.P.*, 1984, 20, noot GLANSDORFF, F. en *Journ. Soc.*, 1985, 115, noot GUYON, Y.

Recent werd deze geldigheid eveneens erkend in Kh. Brugge, 3 december 1992, *T.R.V.*, 15 februari 1993, 30, met noot.

¹⁴ CORBIAU, J., "Du droit de vote des diverses catégories d'actions aux assemblées générales des sociétés anonymes - Vote par classes - suffrage plural - représentation proportionnelle", *R.P.S.*, 1896, 167-168; DE WOLF, P. en FERON, B., *l.c.*, 43; DU FAUX, H., *l.c.*, 7; HEENEN, J., *l.c.*, 66; PASSELECQ, F., *Traité des sociétés commerciales*, in *Novelles*, Brussel, Larcier, 1934, p.296, nr. 1748; RONSE, J., *Algemeen deel*, 352; ROOSE, P. en MAEYENS, L., "La représentation proportionnelle pour la nomination des administrateurs ou gérants", *R.P.S.*, 1963, 141; SUETENS-BOURGEOIS, G., *De verhouding meerderheid- minderheid in de naamloze vennootschap*, Gent, 1969, 142; VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 855; VAN HILLE, J., *La société anonyme, aspects juridiques et pratiques*, Brussel, Bruylant, 1990, p. 191-192, nr.435; VAN OMMESLAGHE, P., *l.c.*, 317; WAUWERMANS, P., *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Brussel, Bruylant, 1933, p. 209, nr. 316; WYCKAERT, M., *l.c.*, V.9 en de door al deze auteurs geciteerde rechtsleer. RESTEAU, C. steunt deze geldigheid op een ontleding van de voorbereidende werken : RESTEAU, C., *Traité des Sociétés Anonymes*, II, Brussel, Polydore, 1933, p. 62-65, nr. 829.

GERVEN¹⁵ beweert dat, hoewel sommige auteurs deze figuur wantrouwend benaderen en haar zelfs als strijdig met het beginsel van de gelijkheid van aandeelhouders beschouwen¹⁶, de onevenredige vertegenwoordiging toch als geldig beschouwd moet worden (weliswaar mits naleving van dezelfde voorwaarden: infra). Ook een aantal andere auteurs blijken deze mening te delen¹⁷.

De opgegeven casus betreft dergelijke statutaire vertegenwoordigingsregeling, waarbij de minderheid van een N.V. het recht heeft kandidaten voor te dragen voor twee (van de in casu door de statuten vereiste vijf) bestuurders. Uit de meegedeelde gegevens blijkt niet of het een evenredige dan wel een onevenredige vertegenwoordiging betreft. Meer bepaald behandelt deze uiteenzetting de vraag of, indien dergelijke vertegenwoordigingsregeling in de statuten is ingeschreven, de meerderheid de door de minderheid overeenkomstig de statuten voorgedragen kandidaten toch kan weigeren te benoemen. M.a.w. in welke mate moet de meerderheid dit statutair recht van de minderheid eerbiedigen?

Vooraleer hierop in te gaan, weze eerst nog opgemerkt dat het, bij de opgegeven clause, in elk geval mogelijk blijft dat de vertegenwoordigers van de minderheid in de raad van bestuur voortdurend in de minderheid gesteld worden, daar de besluiten in de raad van bestuur genomen worden met gewone meerderheid¹⁸. Dit betekent echter niet dat dergelijke clauses zonder belang zijn¹⁹. Bovendien kan het inlassen van bijkomende clauses

¹⁵ VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 860-862.

¹⁶ VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 860 en de door hem geciteerde rechtsleer in voetnoot 53 (p.860).

¹⁷ Zo poneert Heenen, J. de geldigheid van de statutaire voordrachtregeling in het algemeen, zonder te preciseren of het om evenredige of onevenredige vertegenwoordiging gaat. Hieruit zou een impliciete erkenning van de geldigheid van de clause van onevenredige vertegenwoordiging afgeleid kunnen worden: HEENEN, J., *l.c.*, 65-73. Bovendien beschrijft hij op p. 70 een clause die een toepassing van onevenredige vertegenwoordiging vormt. Ook Van Hille, J. poneert de geldigheid van statutaire voordrachtregelingen zonder verdere preciseringen: VAN HILLE, J., *o.c.*, 191. Evenzo: DE WOLF, P. en FERON, B., *l.c.*, 43. In Frankrijk worden deze clauses als geldig beschouwd: HOUIN, R., "Sociétés par actions", *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1963, 118-119.

Zie ook Noot onder Kh. Brugge, 3 december 1992, *T.R.V.*, 15 februari 1993, 38 waar wordt gesproken over "de voorwaarden waaraan een (*al dan niet*) proportionele vertegenwoordiging van de aandeelhouders in de raad van bestuur moet voldoen." (cursief en onderstreping zelf aangebracht).

¹⁸ WYCKAERT, M., *l.c.*, V.13.

¹⁹ Ze geven de minderheid toch de mogelijkheid om haar opinie uiteen te zetten in de raad van bestuur: WYCKAERT, M., *l.c.*, V.13. Bovendien is, behoudens afwijkende statutaire bepaling, de vennootschap ten aanzien van derden slechts verbonden door de handtekening van alle bestuurders

in de statuten hieraan verhelpen²⁰. Tot slot moet opgemerkt worden dat de herroepbaarheid ad nutum van het mandaat van elke bestuurder van de N.V. onverlet blijft²¹.

II. HOUDING VAN RECHTSPRAAK EN RECHTSLEER T.A.V. DE GESCHETSTE PROBLEMATIEK

A. PRINCIPLE : WEIGERING KAN NIET

Het wordt niet betwist dat, zonder naleving van de wettelijke of statutaire regelen die voor de wijziging van de statuten bepaald zijn, de algemene vergadering geen besluit mag nemen waarbij inbreuk gemaakt wordt op de statuten. De geldige statutaire bepalingen zijn immers op dezelfde wijze als de wet verplichtend²². Daar de principiële geldigheid van de statutaire voordrachtregelingen aanvaard wordt (*supra*), is de algemene vergadering in casu in principe verplicht de bestuurders te benoemen uit de regelmatig door de minderheid voorgedragen kandidaten tenzij de statuten in een procedure zouden voorzien om aan de voordracht het bindend karakter te ontnemen (hetgeen in de opgegeven casus evenwel niet het geval blijkt te zijn)²³. Indien de algemene vergadering deze clausule niet wil eerbiedigen, moet ze vooraf-

(Art. 54 Venn. W.); VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 853.

²⁰ Zie hiervoor VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 850-851; WYCKAERT, M., *l.c.*, V.13.

²¹ VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 851; WYCKAERT, M., *l.c.*, V.12. Op het al dan niet openbare orde karakter van deze ad nutum herroepbaarheid van de bestuurder in een N.V. kan hier niet ingegaan worden. Zie hiervoor : VAN GERVEN, D., "Kan het ad nutum-karakter van de opdracht van bestuurder in een N.V. worden afgezwakt? Enkele woorden over het ontslag van bestuurders in een N.V.", *T.R.V.*, 1988, 48-50.

²² BRAECKMANS, H., *Vennootschappen, verenigingen en stichtingen*, III, *Kapitaalvennootschappen*, Antwerpen, 1990, 410; MAEIJER, J., "Nietigheid van besluiten van organen van de N.V.", *T.P.R.*, 1967, 174; RESTEAU, C., *Traité des sociétés anonymes*, II, Brussel, Swinnen H., 1982, p.412, nr. 1220 bis; RONSE, J., *Preadvies over nietigheid van besluiten van de naamloze vennootschap* (hierna verkort geciteerd: *Preadvies*), Zwolle, Tjeenk Willink, 1966, 18-19.

²³ In Nederland kan het bindend karakter steeds ontnomen worden door een besluit van de algemene vergadering genomen met twee derden van de uitgebrachte stemmen, mits deze meer dan de helft van het kapitaal vertegenwoordigen: VAN ANDEL, C., *De directeur, bestuurder en werknemer*, Amsterdam, Kluwer- Deventer, 1992, 39-40; VAN DER HEYDEN, E., *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 481-482. In België zal dit enkel mogelijk zijn indien de statuten dit bepalen: VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 857, voetnoot 25.

gaand een statutenwijziging doorvoeren. Over de vraag of hierbij de bijzondere procedure van art. 71 Venn. W. moet nageleefd worden, is niet veel geschreven. De meerderheid van de enkele auteurs die dit onderzochten, meent van wel, maar twijfel blijkt te bestaan²⁴.

Ingeval de meerderheid toch zou weigeren een van de voorgestelde kandidaten te benoemen zonder dergelijke voorafgaande statutenwijziging, kan de minderheid zich tot de rechter in kort geding richten mits de voorwaarden hiervoor vervuld zijn²⁵. De rechter in kort geding heeft evenwel niet de bevoegdheid een besluit te vernietigen. Enkel kan hij de opschorting van een besluit dat strijdig is met een statutaire clausule bevelen. Indien het geschil ertoe leidt dat het statutair bepaalde minimum aantal bestuurders (*in casu* vijf) niet nageleefd wordt, kan de minderheid ook de tijdelijke aanstelling van een "voorlopig bestuurder" vorderen, waarbij ze kan voorstellen dat een van de geweigerde kandidaten deze taak waarneemt. Bijkomend kan ze vragen dat deze voorlopige bestuurder beschikt over de bijzondere bevoegdheden die mogelijks door de statuten aan de bestuurders toegekend worden. Voor een toepassing van deze principes, weze verwezen naar de roemruchte zaak Rosel²⁶.

Bij de rechter ten gronde kunnen de individuele minderheidsaandeelhouders nietigverklaring van het met de statuten strijdige weigerings- of benoemingsbesluit vorderen, voor zover ze een belang hebben (hetgeen in casu moeilijk kan betwist worden)²⁷, en voor zover ze aan deze nietigheid, die immers relatief is²⁸, niet hebben verzaakt^{29, 30}. Dergelijke verzaking kan

²⁴ HEENEN, J., *l.c.*, 73; RALET, O. en KILESTE, P., *l.c.*, 839; VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 865-868. Contra: WYCKAERT, M., *l.c.*, V.17, voetnoot 14. Ook Laga, H. stelt zich de vraag of dergelijke clausule wel verschillende categorieën van aandelen in de zin van art. 71 creëert: LAGA, H., *Statuten, statutenwijziging en reglement van inwendige orde getoetst aan algemene beginselen van contractenrecht. Een toepassing op de coöperatieve vennootschap*, K.U.L. Doctoraats-proefschrift, 1991, p. 118-119, nr. 89.

²⁵ Zie hiervoor HORSMANS, G., "Le rôle du juge dans la vie des sociétés", in *Les sociétés commerciales*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1985, 413-435; LINDEMANS, D., *Het kort geding*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 256-264; RAES, S., "Het kort geding in vennootschapszaken", *T.R.V.*, 1988, 327-337.

²⁶ Zie voetnoot 13. Voor een bespreking van de kort geding aspecten van deze zaak: RAES, S., *l.c.*, 334-336; RONSE, J., NELISSEN, J.M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., "Overzicht van rechtspraak (1978-1985). Vennootschappen.", *T.P.R.*, 1986, p. 1014-1015, nrs. 182-183.

²⁷ De minderheidsaandeelhouders worden immers zonder twijfel door het onregelmatige besluit benadeeld: RONSE, J., *Algemeen deel*, 353; WYCKAERT, M., *l.c.*, V.18.

²⁸ Dergelijke clausule beschermt immers slechts de private belangen van de aandeelhouders. RONSE, J., *Preadvies*, 30; VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 872. Over het onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheid: Zie VAN GERVEN, W.,

o.m. blijken uit het feit dat de minderheidsaandeelhouders op de algemene vergadering waarop het onregelmatige besluit werd genomen, geen voorbehoud noch opmerkingen maakten³¹. Bovendien mag het inroepen van de nietigheid geen afbreuk doen aan de eis van het handelen te goeder trouw³².

Op te merken valt dat de rechter die het onregelmatige besluit onderzoekt, steeds zal zoeken naar de meest aangepaste sanctie, die niet noodzakelijk de nietigheid moet zijn³³. Zo zou kunnen besloten worden tot handhaving met schadeloosstelling van een (benoemings)besluit dat genomen is met miskenning van dergelijke statutaire vertegenwoordigingsregeling³⁴.

Als bijkomend argument kan de minderheid zich beroepen op misbruik van meerderheid, op grond waarvan eveneens nietigverklaring van het besluit en/of schadevergoeding kan gevorderd worden³⁵.

B. TWEE GRONDEN TOT WEIGERING

1. De clause is ongeldig

Zoals *supra* vermeld, aanvaarden de Belgische rechtsleer³⁶ en rechtspraak³⁷ unaniem de geldigheid van de statutaire regeling die voorziet in een

Algemeen deel, in *Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, DILLEMANS, R. en VAN GERVEN, W. (ed.), Brussel, Story- Scientia, 1987, p. 339-342, nr. 137.

²⁹ HEENEN, J., *l.c.*, 71; RONSE, J., *Algemeen deel*, 353; RONSE, J., *Preadvies*, 30-31; VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 872; WYCKAERT, M., *l.c.*, V.18. en de door deze auteurs aangehaalde rechtspraak.

³⁰ Een verdere uiteenzetting over de nietigheid van onregelmatig genomen besluiten en wie deze kan inroepen, valt buiten het bestek van deze uiteenzetting. Hiervoor kan men de in voetnoot 29 geciteerde werken raadplegen.

³¹ RONSE, J., *Preadvies*, 31 (en de hier aangehaalde rechtspraak); WYCKAERT, M., *l.c.*, V.18. Zij vermelden ook andere vormen van verzaking.

³² RONSE, J., *Preadvies*, 32. Contra: Kh. Brussel, 19 augustus 1936, *R.P.S.*, 1937, 124.

³³ RONSE, J., *Preadvies*, 29-30; VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 871-872.

³⁴ RONSE, J., *Preadvies*, 34.

³⁵ SIMONT, L., FORIERS, P.A., en MAUSSION, F., "L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit commercial belge", in *L'abus de pouvoirs ou de fonctions. Travaux Association H. Capitant, XXVIII*, Parijs, Economica Paris, 1980, 186-187; COPPENS, P., *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, Gembloux, 1947, 114-119.

³⁶ Zie voetnoot 14.

³⁷ Zie voetnoot 13.

proportionele vertegenwoordiging. Deze geldigheid is echter afhankelijk van twee voorwaarden³⁸.

Vooreerst mag de clause de algemene vergadering niet beroven van de mogelijkheid een effectieve keuze te maken. Uit de zaak Rosset³⁹ blijkt dat aan deze voorwaarde reeds voldaan is indien de clause enkel eist dat voor elke te begeven plaats tenminste twee kandidaten moeten worden voorgedragen. Volgens D. VAN GERVEN⁴⁰ zou evenwel de statutaire voordrachtprocedure die voorziet dat de tweede kandidaat op een lijst voor een eerste bestuursopdracht, tevens de eerste kandidaat is op de lijst voor de tweede bestuursopdracht waarschijnlijk een te verregaande beperking van de keuzevrijheid inhouden.

Bovendien moet de clause ook de geest van samenwerking (*ius fraternitatis* of *affectio societatis*) respecteren, die kan omschreven worden als de bedoeling van de aandeelhouders om samen te werken op voet van gelijkheid om een winstgevende onderneming uit te bouwen⁴¹. Enkele auteurs oordelen dat een regeling van evenredige vertegenwoordiging hoe dan ook juist bijdraagt tot naleving van deze geest van samenwerking⁴². HEENEN⁴³ echter meent dat nietigverklaring van een clause wegens onverenigbaarheid met het *ius fraternitatis* in zeldzame gevallen mogelijk is. In elk geval zal de toetsing van de rechter aan deze voorwaarde marginaal moeten zijn⁴⁴.

Wat betreft de statutaire bepalingen van *onevenredige vertegenwoordiging*, werd er hoger op gewezen dat de rechtsleer deze figuur met meer wantrouwen benadert (*supra*). VAN GERVEN verdedigt de principiële geldigheid van deze clauses, maar voegt er aan toe dat hun geldigheid eveneens afhangt van de

38 HEENEN, J., *l.c.*, 68-71; ROOSE, P. en MAEYENS, L., *l.c.*, 143; VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 855-859; WYCKAERT, M., *l.c.*, V.10. en de door deze auteurs geciteerde rechtsleer. Zie Kh. Brussel, 13 december 1984, *R.P.S.*, 1985, 122, noot, *J.P.*, 1984, 20, noot GLANSDORFF, F. en *Journ. Soc.*, 1985, 115, noot GUYON, Y.

39 Zie voetnoot 13.

40 VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 855, voetnoot 28.

41 VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 858-860.

42 ROOSE, P. en MAEYENS, L., *l.c.*, 145; VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 856. In de zaak Rosset wordt het als een aparte voorwaarde vermeld, doch er volgt geen uitwerking van deze voorwaarde m.b.t. de betwiste clause: Kh. Brussel, 13 december 1984, reeds geciteerd (voetnoot 13 en 38).

43 HEENEN, J., *l.c.*, 69-70. De door hem gegeven richtlijnen betreffen evenwel geen gevallen van evenredige vertegenwoordiging.

44 VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 859.

twee bovenbeschreven voorwaarden. Hier zal de mogelijkheid dat het *ius fraternatis* wordt geschonden, reëler zijn⁴⁵.

Zowel de keuzevrijheid als het *ius fraternatis* behoren tot de openbare orde. Bijgevolg worden clausules die deze principes schenden, getroffen door een absolute nietigheid die door elke belanghebbende (dus ook door de meerderheid) kan worden ingeroepen⁴⁶.

De mogelijkheid om zich in kort geding met succes op de ongeldigheid van de statutaire clausule te beroepen, lijkt evenwel eerder beperkt : in de zaak Rossel oordeelde de rechter in kort geding dat hij slechts voorlopig het effect van een statutaire clausule kan opschorten, indien de schending aan bepalingen van openbare orde of dwingend recht *duidelijk* blijkt⁴⁷.

De clausule, zoals geformuleerd in de opgegeven casus, schendt op het eerste zicht de hoger beschreven principes niet. Absolute zekerheid hieromtrent kan echter maar bereikt worden na lezing van de hele statutaire voordrachtregeling.

2. De clausule is geldig doch er is misbruik van minderheidspositie

De minderheid kan een *in se* geldige voordrachtprocedure toepassen op een wijze die onverenigbaar is met hoger vermelde principes. M.a.w. niet de clausule zelf doch de in concreto uitwerking ervan door de minderheid is laakbaar. Het betreft hier de steeds meer in de belangstelling komende problematiek van misbruik van minderheidspositie die kan gesteund worden op misbruik van recht, bevoegdheidsafwending of een tekortkoming aan de goede trouw⁴⁸·⁴⁹. In Frankrijk verdedigen een aantal auteurs dat misbruik

⁴⁵ VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 861-862.

⁴⁶ VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 856, 858 en 859. Zie ook HEENEN, J., *l.c.*, 69. Over het onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheid: VAN GERVEN, W., *o.c.*, p. 339-342, nr. 137.

⁴⁷ Brussel, 31 augustus 1983, *J.T.*, (213), 213.

⁴⁸ SIMONT, L., *l.c.*, 322. Misbruik van meerderheidspositie kan daarentegen ook gesteund worden op de gelijkheid van aandeelhouders of op de eerbiediging van de verworven rechten. Zie ook RONSE, J. en GEENS, K., *l.c.*, 322; RONSE, J., NELISSEN, J.M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., *l.c.*, p. 1333, nrs. 332-333; TILQUIN, T., "Les opérations d'assainissement du capital des sociétés en difficulté et l'abus de droits des actionnaires", *T.B.H.*, 1991, 12-18. Dieux erkent deze drie principes als mogelijke grondslagen voor misbruik van minderheid doch beschouwt deze als loutere toepassingen van art. 1382 B.W. dat de werkelijke basis van misbruik van minderheidspositie vormt : DIEUX, X., "La responsabilité civile des associés en matière de sociétés commerciales. Evolutions récentes", in *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 1991, p. 92, nr. 9.

van minderheidspositie bijkomend⁵⁰ of zelfs uitsluitend⁵¹ op een verbreking van de gelijkheid tussen aandeelhouders kan gesteund worden. Belgische rechtsgelerden verwerpen deze grondslag echter uitdrukkelijk⁵².

De toepassing van de drie eerstgenoemde grondslagen op het voordracht-recht wordt nu onderzocht. De hier uitgewerkte principes zijn toepasbaar, ongeacht of de minderheid haar recht put uit een clause van evenredige of, in de mate dat men de geldigheid ervan aanvaardt (*supra*), onevenredige vertegenwoordiging.

a. Misbruik van recht

De zaak Rossel⁵³ is hier van cruciaal belang. De statuten van deze N.V. bevatten een evenredige vertegenwoordigingsregeling, waarbij drie van de zeven bestuurders benoemd moesten worden uit dubbeltallen voorgedragen door de minderheid. Wanneer verschillende plaatsen van bestuurder te begeven waren, moesten de voordracht en de stemming achtereenvolgens geschieden voor elke plaats afzonderlijk. Nadat bij de eerste twee benoemingen haar eerste kandidaat was afgewezen, werd deze zelfde kandidaat door de minderheid nogmaals voorgedragen voor de derde bestuursopdracht, doch ditmaal samen met een, voor de vennootschap, totaal onaanvaardbare kandidaat. De meerderheid verwierp deze laatste twee kandidaturen en stelde haar eigen kandidaat voor, die ze vervolgens benoemde.

De rechtbank oordeelde dat de statutaire clause geldig was en nam aan dat samen met een nieuwe kandidaat, een reeds eerder afgewezen kandidaat mag voorgedragen worden voor een volgende bestuursopdracht. Dergelijke

⁴⁹ Het bedrog, door de rechtspraak in ruime zin opgevat en door vele auteurs beschouwd als de negatieve uitdrukking van de goede trouw (Zie FOSSOUL, X., "La bonne foi et le droit des sociétés", in *La bonne foi. Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la conférence libre du jeune barreau de Liège*, Luik, éditions du jeune Barreau de Liège, 1990, 296 en de hier geciteerde verwijzingen), behandel ik niet als een aparte grondslag.

⁵⁰ BOIZARD, M., "L'abus de minorité", *Journ. Soc.*, 1988, 367.

⁵¹ SCHMIDT, D., *Le droit de la minorité dans la société anonyme*, Parijs, Sirey Paris, 1970, p. 155-156, nr. 208.

⁵² GEENS, K. en RONSE, J., *l.c.*, 237; SIMONT, L., *l.c.*, 322. Ook in Frankrijk is niet iedereen even gelukkig met deze grondslag: MERLE, P., "L'abus de minorité", *Rev. Jurisp. Com.*, 1991/numéro spécial, 83-84.

⁵³ Zie voetnoot 13. Voor een bespreking van deze zaak: FOSSOUL, X., *l.c.*, 276-278; RONSE, J. en GEENS, K., *l.c.*, 228-229; RONSE, J., NELISSEN, J.M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., *l.c.*, p. 994-996, nrs. 158-159 en p. 1334-1335, nr.334; SIMONT, L., *l.c.*, 314-316; VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 873-874; WYCKAERT, M., *l.c.*, V.15-V.16.

handelswijze respecteert de keuzemogelijkheid van de algemene vergadering. Door echter, samen met de eerder afgewezen kandidaat, een totaal onaanvaardbare kandidaat voor te dragen, werd aan de algemene vergadering geen echte keuze gelaten en handelde de minderheid uitsluitend in haar eigen belang, zonder rekening te houden met het belang van de vennootschap. Daardoor maakte de minderheid misbruik van haar statutair voordrachtrecht en maakte ze zich schuldig aan een ernstige tekortkoming aan de eisen van de goede trouw in de uitvoering van de statuten. Deze laatste overweging stemt overeen met de opvatting van deze strekking in de rechtsleer, die misbruik van een lidmaatschapsrecht als een inbreuk op art. 1134, derde lid B.W. beschouwt⁵⁴.

De auteurs die misbruik van minderheidspositie analyseren⁵⁵, maken een onderscheid tussen actief (= minderheid treedt actief op) en passief misbruik (= minderheid weigert mee te werken aan het totstandbrengen van een beslissing waarvoor haar toestemming onontbeerlijk is).

In casu gaat het om een actief misbruik van minderheidspositie, gesteund op misbruik van (voordracht)recht⁵⁶ waarvan de recente rechtsleer eensgezind aanvaardt dat dit op dezelfde wijze als dergelijke fout begaan door de meerderheid moet beoordeeld worden, hierbij de criteria voor rechtsmisbruik hanterend⁵⁷. De definitie van misbruik van voordrachtrecht door de minderheid, gegeven door de rechtbank in de zaak Rossel, is dan ook de

⁵⁴ GEENS, K., "De bescherming tegen de bescherming", *l.c.*, II.38-II.39; LAGA, H., *o.c.*, 1991, p.44, nr.27; RONSE, J. en GEENS, K., *l.c.*, 237; SIMONT, L., *l.c.*, 325. Ze beroepen zich hierbij op de cassatiearresten van 19 september 1983 (*Pas.*, 1984, I, 55; *R.W.*, 1983-84, 1480; *T.B.H.*, 1984, 276, noot RAUWS, W.; *J.T.*, 1985, 56, noot DUFRENE S.; *R.C.J.B.*, 1986, 282, noot FAGNART, J.L.). Zie ook FAGNART, J.L., "Exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion" (noot onder Cass., 19 september 1983), *R.C.J.B.*, 1986, 306; FOSSOUL, X., *l.c.*, 294; NEEFS, L. en BLOMMAERT, D., "Bevoegdheid van de rechter in kort geding bij misbruik van minderheidspositie" (noot onder Bergen, 23 maart 1989), *T.R.V.*, 1989, 346; VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 868 (zie echter ook voetnoot 95). Contra: DIEUX, X., *o.c.*, p. 82, nr. 5 en p. 92, nr. 9.

⁵⁵ RALET, O. en KILESTE, P., *l.c.*, 854-859; RONSE, J., NELISSEN, J.M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., *l.c.*, p.1333-1341, nrs. 332-341; RONSE, J. en GEENS, K., *l.c.*, 227-249; SIMONT, L., *l.c.*, 307-334. Voor Frankrijk: BOIZARD, M., *l.c.*, 361-380; MERLE, P., *l.c.*, 81-95.

⁵⁶ Andere voorbeelden van actief misbruik van recht door de minderheid, waarover de rechtbank uitspraak heeft moeten doen: Kh. Brussel, 9 mei, onuitg., R.G. nr. 4603/87 en 4671/88, aangehaald door RALET, O. en KILESTE, P., *l.c.*, 848 (i.v.m. het recht tot overdracht van aandelen); Kort ged. Kh. Brussel, 26 oktober 1989, *T.R.V.*, 1990, 389, noot H.L.

⁵⁷ RALET, O. en KILESTE, P., *l.c.*, 858; RONSE, J. en GEENS, K., *l.c.*, 244; SIMONT, L., *l.c.*, 327. Bij passief misbruik ligt de situatie complexer, doch dit valt buiten het bestek van dit werk. Zie hiervoor de juist geciteerde werken.

loutere overname van de definitie van misbruik van recht door de meerderheid⁵⁸.

Een gedetailleerde uiteenzetting over dergelijk misbruik van recht en de misbruikcriteria zou ons te ver leiden. Hiervoor weze verwezen naar specifieke rechtsleer i.v.m. dit onderwerp⁵⁹.

Wel moet erop gewezen worden dat bepaalde recente rechtsleer⁶⁰, tegen de meerderheidsopvatting in, op overtuigende wijze verdedigt dat voor misbruik van recht door de meerderheid (of de minderheid) geen element van opzet vereist is, doch dat objectieve kwade trouw volstaat. Ze baseert zich hiervoor op een cassatiearrest van 15 mei 1941⁶¹.

In elk geval is algemeen aanvaard dat de rechter hier, anders dan bij controle van overeenstemming met statutaire regelen, slechts een marginale controle mag uitoefenen⁶².

De sanctie bij dergelijk actief misbruik van recht door de minderheid, stelt weinig problemen. De rechtbank oordeelde in de zaak Rossel dat er aldus geen geldige voordracht gedaan was door de minderheid en dat bijgevolg de gewone wettelijke regeling werd toegepast. De algemene vergadering mocht dus in volle vrijheid haar kandidaat voordragen en benoemen bij gewone meerderheid. Het gaat hier om de toepassing van de klassieke sanctie bij

⁵⁸ GUYON, Y., noot onder Kh. Brussel, 13 december 1984, *Journ. Soc.*, 1985, 123.

⁵⁹ Over misbruik van recht: Zie RAUWS, W, "Misbruik van contractuele rechten: het cassatiearrest van 19 september 1983", *T.B.H.*, 1984, 244-263; VAN NESTE, F., "Misbruik van recht", *T.P.R.*, 1967, 339-382. Over het misbruik van meerderheidspositie in het algemeen: Zie COPPENS, P, *o.c.*, 267 p.; SIMONT, L., FORIERS, P.A. en MAUSSION, F., *l.c.*, 178-187; RALET, O. en KILESTE, P., *l.c.*, 845-853; VAN RYN, J. en VAN OMMESLAGHE, P., "Examen de jurisprudence (1972-1978). Les sociétés commerciales.", *R.C.J.B.*, 1981, p. 400-407, nrs. 71-73.

⁶⁰ GEENS, K., "De bescherming tegen de bescherming", *l.c.*, II.41-II.44; RONSE, J. en GEENS, K., *l.c.*, 238-240; TILQUIN T., *l.c.*, 18-19. Contra: COPPENS, P., "Du caractère intentionnel de l'abus de majorité", *R.P.S.*, 1955, 292-295; RALET, O. en KILESTE, P., *l.c.*, 847-848; VAN OMMESLAGHE, P., "Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi" (noot onder Cass., 10 september 1971), *R.C.J.B.*, 1976, 318; VAN RYN, J. en VAN OMMESLAGHE, P., *l.c.*, p.400, nr. 71 en de hier geciteerde verwijzingen en rechtspraak; vb. Brussel, 8 juli 1954, *R.P.S.*, 1955, 285; Kh. Hasselt, 2 april 1971, *R.P.S.*, 1973, 45. Nuancering: SIMONT, L., FORIERS, P.A., MAUSSION, F., *l.c.*, 185-186 (herhaald in SIMONT, L., *l.c.*, 329-330).

⁶¹ Cass., 15 mei 1941, *Pas.*, 1941, I, 194.

⁶² FORIERS, P.A., "Les situations de blocage dans les sociétés anonymes", *T.B.H.*, 1992, 474; RALET, O. en KILESTE, P., *l.c.*, 850; RONSE, J. en GEENS, K., *l.c.*, 240-242; SIMONT, L., *l.c.*, 326; VAN RYN, J. en VAN OMMESLAGHE, P., *l.c.*, p.400, nr. 71. Van Crombrugge toont aan dat deze marginale toetsing en de vereiste van het intentioneel element uiteindelijk hetzelfde doel hebben: VAN CROMBRUGGE, S., *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschaps-groepen*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 69.

kennelijk misbruik van recht, die inhoudt dat het recht niet noodzakelijk volledig wordt ontnomen, maar dat de uitoefening wordt beperkt zodat deze binnen de perken van de redelijkheid blijft⁶³. M.a.w. bij dergelijk misbruik kan de algemene vergadering niet enkel weigeren de door de minderheid voorgedragen kandidaten te benoemen, doch ze kan zelfs overgaan tot benoeming van haar eigen kandidaat. Het is echter belangrijk in te zien dat, in tegenstelling tot de vorige grond van weigering (zijnde de ongeldigheid van de clause), de statutaire clause zelf onaangetast blijft.

Op te merken valt dat, in de procedure voorafgaand aan het geding ten gronde van de zaak Rossel, de rechter een houding aannam die de mogelijkheid om zich in kort geding met succes op het juist besproken argument te beroepen, sterk beknotte. Hij oordeelde dat een rechter in kort geding slechts rekening kan houden met een misbruik van recht indien dit duidelijk, zonder dat een diepgaand onderzoek noodzakelijk is, blijkt⁶⁴. RAES bekritiseert echter deze houding die niet berust op een wettelijke noodzaak en die een willekeurige beperking inhoudt⁶⁵.

b. Bevoegdheidsafwendig

WYCKAERT stelt zich de vraag of het voordrachtrecht niet een doelgebonden karakter vertoont en bijgevolg als een doelgebonden of functionele bevoegdheid moet geclassificeerd worden⁶⁶. Ze werpt deze vraag evenwel op zonder er een antwoord op te geven. Toch is het een relevante vraag. Een positief antwoord zou de meerderheid namelijk meer armslag geven om de handelswijze van de minderheid aan te klagen. Immers indien men aanneemt dat het voordrachtrecht een functionele bevoegdheid is, impliceert dit dat dit recht (zoals het stemrecht van de bestuurder)⁶⁷ uitsluitend in het belang van de vennootschap⁶⁸ mag aangewend worden. Bijgevolg moeten de voorge-

⁶³ RONSE, J., NELISSEN, J.M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., *l.c.*, p.1335, nr.334 en p.1339, nr.338; RONSE, J. en GEENS, K., *l.c.*, 229 en 245-246 (Zij zien hierin een toepassing van de rechtsverwerking); WYCKAERT, M., *l.c.*, V.16. Cass., 16 december 1982, *Pas.*, 1983, I, 472 en *Arr. Cass.* 1982-83, 518. Vgl. SIMONT, L., *l.c.*, 332, voetnoot 106.

⁶⁴ Brussel, 31 augustus 1983 (reeds geciteerd in voetnoot 13).

⁶⁵ RAES, S., *l.c.*, 335-336.

⁶⁶ WYCKAERT, M., *l.c.*, V.16, voetnoot 39.

⁶⁷ Zie voetnoot 3.

⁶⁸ Voor een grondige uiteenzetting van dit begrip: GEENS, K., "De bescherming tegen de bescherming", *l.c.*, II.16-II.18; GEENS, K., "Het toegestaan kapitaal als afweermecanisme tegen overvallen: het wettig belang van de "bieder" (CERUS) en het vennootschapsbelang van de "doelwitvennootschap"(GMB)" (noot onder Brussel, 1 maart 1988), *T.R.V.*, 1988, 138-140. Op te merken valt dat de voorstelling van de minderheid inzake het belang van de vennootschap niet steeds zal overeenstemmen met de voorstelling van de meerderheid hieromtrent: zie voetnoot 4.

dragen kandidaturen uitsluitend verenigbaar zijn met de belangen van de vennootschap⁶⁹. Is dit niet het geval, dan is er sprake van bevoegdheidsafwendings, ook al is er geen opzet in het spel⁷⁰.

Hoewel de criteria van rechtsmisbruik ook bij afwendings van een functionele bevoegdheid toegepast kunnen worden⁷¹, is het teruggrijpen hiernaar, in tegenstelling om tot misbruik van recht (*supra*) te kunnen besluiten, niet noodzakelijk : het enkele gebruik van de bevoegdheid voor een ander doel volstaat⁷². Ook hier is er geen reden om de handelswijze van de minderheid minder streng te beoordelen dan die van de meerderheid (*supra*).

Het is duidelijk dat afwendings van voordrachtrecht gemakkelijker zal kunnen aangenomen worden dan misbruik van voordrachtrecht⁷³: indien men het functioneel karakter van het voordrachtrecht aanvaardt, mag de meerderheid de door de minderheid voorgestelde kandidaten weigeren te benoemen zodra deze voorgedragen kandidaturen niet uitsluitend verenigbaar zijn met het belang van de vennootschap, ook al kan ze zich niet op een van de misbruikcriteria beroepen. RONSE en GEENS beklemtonen echter wel dat ook de toetsing van een functionele bevoegdheid marginaal gebeurt, althans indien een zeker beleidsvrijheid vereist is voor de behoorlijke uitoefening ervan⁷⁴, hetgeen *in casu* aanvaard moet worden.

c. Tekortkoming aan de goede trouw

Deze problematiek kan het best benaderd worden via de noot van GLANSDORFF bij het vonnis ten gronde gewezen in de zaak Rossel (*supra*). In deze korte noot oefent hij geen kritiek uit op de theoretische be-

⁶⁹ WYCKAERT, M., *l.c.*, V.16, voetnoot 39. Evenwel zouden de aandeelhouders zich nadien, bij het uitoefenen van hun stemrecht, wel mede mogen laten leiden door hun persoonlijk belang: *ibid*.

⁷⁰ DABIN, J., *Le droit subjectif*, Parijs, Dalloz, 1952, 249; GEENS, K., "De bescherming tegen de bescherming", *l.c.*, II.42; RONSE, J. en GEENS, K., *l.c.*, 239; VAN GERVEN, W., *o.c.*, 175. Vgl. FLAMEE, M., "Kanttekeningen nopens minderheidsaandeelhouders in ondernemingsgroepen", in *Aspecten van ondernemingsgroepen*, BIRON, H. en DAUW, C. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1989, 297.

⁷¹ RONSE, J. en GEENS, K., *l.c.*, 236, voetnoot 37; SIMONT, L., *l.c.*, 324. Vgl. GEENS, K., "De bescherming tegen de bescherming", *l.c.*, II.25.

⁷² VAN GERVEN, W., *o.c.*, 174-175; VAN OMMESLAGHE, P., *l.c.*, 314.

⁷³ M.b.t. andere rechten dan het voordrachtrecht : GEENS, K., "De bescherming tegen de bescherming", *l.c.*, II.37; MAEIJER, J., "Nietigheid van besluiten van organen van de N.V.", *T.P.R.*, 1967, 180.

⁷⁴ GEENS, K., "De bescherming tegen de bescherming", *l.c.*, II.19-II.20; RONSE, J. en GEENS, K., *l.c.*, 240-242.

schouwingen van het vonnis, doch wel op de in concreto toepassing ervan⁷⁵. Zonder te betwisten dat misbruik van recht door de minderheid een mogelijke grond vormt voor de opgelegde sanctie, meent GLANSDORFF dat de rechter in dit specifieke geval niet tot misbruik mocht besluiten. Immers om tot deze conclusie te komen, steunde de rechtbank op twee elementen: enerzijds het feit dat de minderheid, door de wijze waarop ze haar voordrachtrecht uitoefende, aan de algemene vergadering geen echte keuze liet, anderzijds het feit dat deze houding ingegeven was door eigenbelang en het belang van de vennootschap miskende. GLANSDORFF meent dat dit eerste element voldoende bewezen was doch het tweede element niet, daar de rechtbank niet nagegaan was of de aldus opgedrongen kandidaat een goed bestuurder zou zijn. Bijgevolg mocht de rechtbank geen misbruik van recht aannemen, daar aan de gebruikelijke criteria om tot dergelijk misbruik te kunnen besluiten, in casu niet was voldaan. Dit betekent echter niet dat de handelswijze van de minderheid niet laakbaar zou zijn en niet gesanctioneerd zou kunnen worden. Immers door aan de algemene vergadering geen keuzemogelijkheid te laten, schoot de minderheid tekort in haar plicht (neergelegd in art. 1134, derde lid B.W.) het vennootschapscontract te goeder trouw uit te oefenen, ook al was niet bewezen dat haar handelswijze het belang van de vennootschap miskende⁷⁶. Deze tekortkoming vormde een voldoende grondslag om de uitgesproken sanctie op te leggen. Ook FOSSOUL meent dat de rechtbank zich beter enkel op deze motivering had gesteund⁷⁷.

Zonder in te gaan op de vraag of in casu misbruik van recht al dan niet aangenomen mocht worden⁷⁸, moet erkend worden dat deze interessante overweging, die een bijkomende grondslag beschrijft op basis waarvan de meerderheid kan weigeren de voorgestelde kandidaten te benoemen, in overeenstemming is met de principes van het vennootschapsrecht.

Immers, zowel rechtspraak⁷⁹ als rechtsleer⁸⁰ erkennen dat ook in de relatie tussen aandeelhouders een plicht tot goede trouw bestaat, hoewel de

⁷⁵ GLANSDORFF, F., noot onder Kh. Brussel, 13 december 1984, *J.P.*, 1984, 26-27.

⁷⁶ Deze redenering herhaalt hij in een andere noot, waar hij toevoegt dat daarentegen de overdracht van aandelen door de minderheid niet kan aangevallen worden op grond van de goede trouw alleen. Volgens hem is het bewijzen van misbruik van recht hier noodzakelijk: GLANSDORFF, F., noot onder Kort ged. Kh. Brussel, 31 maart 1987, *J.P.*, 1987, 29-31.

⁷⁷ FOSSOUL, X., *l.c.*, 276-278.

⁷⁸ Voor een kritiek: WYCKAERT, M., *l.c.*, V.16.

⁷⁹ Vb. Brussel, 27 maart 1935, *R.P.S.*, 1935, 164; Brussel, 28 februari 1952, *R.P.S.*, 1954, 316, noot COPPENS, P.; Brussel, 13 januari 1971, *R.P.S.*, 1971, 116, *Pas.*, II, 107 en *R.C.J.B.*, 1973, 260, noot SCHOENTJES-MERCHERS, Y.; Kh. Namen, 22 februari 1990, *T.R.V.*, 1991, 234.

⁸⁰ COPPENS, P., *o.c.*, p. 154-156, nrs. 119-120; FREDERICQ, L., *Traité de droit commercial Belge*, V, Gent, Fecheyz, 1950, 700; LAGA, H., *o.c.*, 44; LIEVENS, J., "De bescherming van de

gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen nergens dit principe huldigen. De aandeelhouders moeten bijgevolg de rechten die ze uit het vennootschapscontract halen te goeder trouw uitoefenen. Deze plicht vindt haar grondslag in art. 1134, derde lid B.W. evenals in art. 1833, eerste lid B.W. en lijkt, niettegenstaande het feit dat voorstanders van de institutionele visie eerder geneigd zijn de rol van de goede trouw in het vennootschapsrecht te beperken⁸¹, ook aanvaard te moeten worden indien men het institutioneel karakter van de vennootschap aanhangt⁸².

Hoewel de rechtspraak meestal een subjectieve opvatting van de goede trouw hanteert⁸³, meent de rechtsleer dat dit begrip in objectieve zin moet begrepen worden. Het handelen van de partijen moet dus naar objectieve maatstaven beoordeeld worden, ongeacht hun oogmerk⁸⁴. Anders gezegd: de rechter zal moeten nagaan of hun objectieve gedragingen beantwoorden aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid. In deze context betekent dit onder meer dat al wie een uit het vennootschapscontract voortvloeiend recht uitoefent, rekening moet houden met het belang van de andere aandeelhouders⁸⁵.

minderheidsaandeelhouder in de vennootschap naar geldend en komend recht.", *R.W.*, 1983-84, 2428-2430; PASSELECQ, F., "De la cessibilité et de la négociabilité des actions dans les sociétés des capitaux, spécialement dans la société anonyme", *R.P.S.*, 1949, 170-180;

RONSE, J., *Preadvies*, 23-29; ; SCHOENTJES- MERCHIERS, Y., "La nullité des décisions d'organes de sociétés et en particulier la nullité pour violation d'un principe général de droit" (noot onder Brussel, 13 januari 1971), *R.C.J.B.*, 1973, 281-284. Voor een uitgebreide uiteenzetting over de goede trouw in het vennootschapsrecht met talrijke verwijzingen en toepassingsgevallen: FOSSOUL, X., *l.c.*, 261-304.

⁸¹ FLAMEE, M., *l.c.*, 301; FOSSOUL, X., *l.c.*, 303; SIMONT, L., FORIERS, P.A., en MAUSSION, F., *l.c.*, 183-184.

⁸² LIEVENS, J., *l.c.*, 2428; VAN OMMESLAGHE, P., *La responsabilité d'une personne à responsabilité limitée- Aspects de droit des sociétés. Rapport présenté à la journée d'études du 28 octobre 1987 organisée à l'U.C.L.*, 6, aangehaald door FOSSOUL, X., *l.c.*, 303, voetnoot 145; VAN OMMESLAGHE, P., "L'exécution de bonne foi, principe général de droit?", *T.B.B.R.*, 1987, 101 e.v., aangehaald door FLAMEE, M., *l.c.*, 302, voetnoot 65.

⁸³ FOSSOUL, X., *l.c.*, 294-295; SCHOENTJES- MERCHIERS, Y., *l.c.*, 284.

⁸⁴ FOSSOUL, X., *l.c.*, 294-295; GEENS, K., "De bescherming tegen de bescherming", *l.c.*, II.42; LIEVENS, J., *l.c.*, 2429; RONSE, J., *Preadvies*, 27-28 (hij benadrukt dat het belang tussen een objectief of een subjectief begrip van de goede trouw niet mag overschat worden); RONSE, J. en GEENS, K., *l.c.*, 238; SCHOENTJES- MERCHIERS, Y., *l.c.*, 284; SUTENS- BOURGEOIS, G., *o.c.*, 312. Cf. in het verbintenissenrecht: BAERT, F., "De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten", *R.W.*, 1956-57, 496; BOCKEN, H., "De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen", *R.W.*, 1989-90, 1042.

⁸⁵ LIEVENS, J., *l.c.*, 2429; SCHOENTJES- MERCHIERS, Y., *l.c.*, 283.

Deze goede trouw vereiste wordt duidelijk niet volledig gedekt door het rechtsmisbruik, doch legt verdergaande verplichtingen op⁸⁶.

Ook bij de uitoefening van haar voordrachtrecht moet de minderheid deze plicht van goede trouw naleven, hetgeen ROOSE en MAEYENS reeds specifiek beklemtoonden⁸⁷. Het ontnemen aan de algemene vergadering van een reële keuzemogelijkheid doordat één van de twee voorgestelde kandidaten onaanvaardbaar is, vormt een duidelijk voorbeeld van een inbreuk op deze (ruime) plicht tot goede trouw, ook al zou de aldus opgedrongen kandidaat een goed bestuurder zijn en zou bijgevolg aan de criteria voor rechtsmisbruik niet voldaan zijn. Naar analogie met het Nederlandse recht moet aangenomen worden dat ook de handelswijze waarbij voor de eerste vacature kandidaten A en B voorgedragen worden en voor de tweede vacature kandidaten B en A het keuzerecht van de algemene vergadering illusoir maakt⁸⁸ en dus, in het licht van bovenstaande principes, een inbreuk uitmaakt op de goede trouw⁸⁹. De sanctie bij dergelijke tekortkoming aan de goede trouw is ook hier dezelfde als deze bij misbruik van recht (*supra*)⁹⁰.

Wegens de enorme elasticiteit van het begrip goede trouw⁹¹, vormt dit een belangrijk argument op grond waarvan de meerderheid kan weigeren de voorgedragen kandidaten te benoemen⁹². Het grote voordeel van deze grondslag is dat het volstaat aan te tonen dat de handelswijze van de minderheid niet beantwoordt aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid, zonder dat het noodzakelijk is om de nagestreefde doeleinden en de al dan niet verenigbaarheid met het belang van de vennootschap na te gaan⁹³.

⁸⁶ FLAMEE, M., *l.c.*, 302; GEENS, K., "De bescherming tegen de bescherming", *l.c.*, II.40, voetnoot 104; LAGA, H., *o.c.*, 45-46; RONSE, J. en GEENS, K., *l.c.*, 273, voetnoot 46. In het verbintenissenrecht: STORME, M.E., *De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvorderingen*, Leuven, 1988-89, 144-145; VAN OEVELEN, A. en DIRIX, E., "Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984)", *R.W.*, 1985-86, 94-95.

⁸⁷ ROOSE, P. en MAEYENS, L., *l.c.*, 145-146.

⁸⁸ VAN ANDEL, C., *o.c.*, 40; VAN DER HEYDEN, E., *o.c.*, 481.

⁸⁹ Voor een andere handelswijze die de keuzevrijheid schendt: VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 870.

⁹⁰ Kh. Brussel, 13 december 1984, *J.P.*, (20), 25; RONSE, J., NELISSEN, J.M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., *l.c.*, p.1339, nr. 338; RONSE, J. en GEENS, K., *l.c.*, 245.

⁹¹ GLANSDORFF, F., noot onder Kh. Brussel, 13 december 1984, *l.c.*, 27; VAN GERVEN, W. en DEWAELE, A., "Goede trouw en getrouw beeld", in *Liber amicorum J. Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 111.

⁹² Nuancering is echter noodzakelijk : zie hiervoor de persoonlijke beoordeling.

⁹³ GLANSDORFF, F., noot onder Kort ged. Kh. Brussel, 31 maart 1987, *l.c.*, 31.

Wel moet beklemtoond worden dat ook hier de rechter slechts marginaal mag toetsen⁹⁴.

C. AFWIJKENDE MENING

Volledigheidshalve past het hier te wijzen op een afwijkende mening van RALET⁹⁵. Hij beweert dat dergelijke clausules van (evenredige) vertegenwoordiging, die zowel in de statuten als in aandeelhoudersovereenkomsten kunnen ingeschreven worden, als enige gevolg hebben dat enkel de aandeelhouders aan wie aldus bepaalde bestuursopdrachten werden toegewezen, voor die toegewezen bestuursopdrachten kandidaten mogen voorstellen. Doch de algemene vergadering blijft vrij deze kandidaten te verkiezen of niet, gezien het feit dat de verkiezing van de bestuurders een essentiële bevoegdheid van de algemene vergadering is. Bijgevolg moet de clausule ook de mogelijkheid voorzien om andere kandidaten voor te stellen als de eersten geweigerd worden. Met andere woorden, steunend op art. 55 Venn. W. beweert RALET dat de meerderheid steeds de door de minderheid, overeenkomstig een statutaire vertegenwoordigingsregeling, voorgestelde kandidaten zou mogen weigeren te benoemen om vervolgens te eisen dat andere kandidaten voorgedragen worden. Het gaat hier om een alleenstaande mening die indruist tegen alle andere rechtsleer terzake.

Weze enkel nog vermeld dat, ook al zou men deze mening delen, niet aanvaard kan worden dat de meerderheid een ongebreidelde bevoegdheid tot weigeren heeft. De minderheid zal in elk geval steeds kunnen reageren tegen een weigering die misbruik van meerderheidspositie uitmaakt⁹⁶.

III. PERSOONLIJKE BEOORDELING

In deze persoonlijke beoordeling zou ik graag m.b.t. een aantal betwiste punten, standpunt willen innemen.

Vooreerst is er de controverse rond de clausule van onevenredige vertegenwoordiging, waarin ik de mening van VAN GERVEN, die pleit voor de principiële toelaatbaarheid van deze clausule, deel. Hierbij steun ik op de

⁹⁴ RONSE, J., *Preadvies*, 28; VAN CROMBRUGGE, S., *o.c.*, 64-65. Cf. in het verbintenissenrecht: BOCKEN, H., *l.c.*, 1045; DIRIX, E., "Over de beperkende werking van de goede trouw" (noot onder Cass, 18 februari 1988), *T.B.H.*, 1988, 663.

⁹⁵ RALET, O., "Les conventions d'actionnaires", *D.A.O.R.*, 1986-87, 377.

⁹⁶ Zie hiervoor de werken, geciteerd in voetnoot 59.

door hem opgebouwde argumentatie⁹⁷, die mij dwingend lijkt te zijn. Zoals reeds vermeld, blijken ook een aantal andere auteurs dezelfde mening toegedaan te zijn⁹⁸.

Eens de toelaatbaarheid van clausules van evenredige (niet betwist) en onevenredige vertegenwoordiging aanvaard, moet de vraag gesteld worden of de algemene vergadering van een N.V. nog mag weigeren de voorgestelde kandidaten te benoemen indien de statuten dergelijke clausule bevatten.

De alleenstaande mening van RALET⁹⁹, die meent dat de algemene vergadering steeds mag weigeren de voorgedragen kandidaten te benoemen om vervolgens te eisen dat andere kandidaten voorgesteld worden, moet verworpen worden. Zijn argumentatie kan niet overtuigen. Hij steunt hiervoor immers enkel op het feit dat de benoeming van de bestuurders een essentiële bevoegdheid van de algemene vergadering is. Het is echter algemeen aanvaard, dat clausules die een bindende voordracht organiseren waarbij de algemene vergadering, zonder weigeringsmogelijkheid, noodzakelijkerwijze de bestuurders moet kiezen uit de volgens de statuten voorgedragen lijsten van (ten minste twee) kandidaten, deze bevoegdheid respecteren. De benoeming wordt immers niet onttrokken aan de algemene vergadering, doch enkel wordt een bijzondere vereiste voor deze benoeming voorgeschreven, hetgeen toegelaten is¹⁰⁰.

Dergelijke clausule respecteert reeds de keuzevrijheid van de algemene vergadering en onttrekt dus de benoeming ook niet indirect aan de algemene vergadering, indien voor elke bestuursopdracht minstens twee kandidaten voorgedragen moeten worden (*supra*). De algemene vergadering moet deze statutaire clausule in principe dan ook eerbiedigen en moet zich houden aan de door deze clausule opgelegde beperking, die erin bestaat dat ze de bestuurders moet kiezen uit de voorgedragen lijsten. Indien ze toch weigert een van de voorgedragen kandidaten te benoemen, kan haar besluit aangevochten worden wegens schending van de statuten en kan de nietigverklaring van het besluit gevorderd worden (*supra*).

In verband met de mogelijke sanctie bij dergelijke weigering door de meerderheid, had ik graag een bijkomende opmerking gemaakt. In de zaak Rossel vorderde de minderheid eveneens dat de rechtbank voor recht zou zeggen dat

⁹⁷ VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 861-862.

⁹⁸ Zie voetnoot 17.

⁹⁹ RALET, O., "Les conventions d'actionnaires", *l.c.*, 377.

¹⁰⁰ DU FAUX, X., *l.c.*, 6-7; RONSE, J., *Algemeen deel*, 352-353; ROOSE, P. en MAEYENS, L., *l.c.*, 145; VAN GERVEN, D., "Evenredige en onevenredige vertegenwoordiging", *l.c.*, 855; WYCKAERT, M., *l.c.*, V.10.

de volgende algemene vergadering een keuze zou moeten maken tussen de voorgestelde kandidaten; dat de stemmen die op de volgende algemene vergadering zouden uitgebracht worden ten voordele van een niet-voorgedragen kandidaat, onontvankelijk zouden zijn en dat de verweerders die op de volgende algemene vergadering nog steeds zouden weigeren te kiezen tussen de voorgestelde kandidaten, veroordeeld zouden worden tot betaling van een dwangsom. De rechtbank verwierp deze eis, op grond van de overweging dat de rechter een aandeelhouder nooit kan dwingen te stemmen in een bepaalde zin en enkel *a posteriori* een stem uitgebracht in strijd met de statuten, kan sanctioneren¹⁰¹. L. SIMONT huldigt hetzelfde standpunt daar de rechter zijn beoordeling niet in de plaats kan stellen van deze van de organen van een vennootschap en daar de stemmen uitgebracht binnen dergelijke organen een gevolg zijn van de aldaar gevoerde debatten waarop niet vooruitgelopen mag worden¹⁰². NELISSEN GRADE toont echter aan dat deze overwegingen van SIMONT thans niet meer kunnen weerhouden worden, daar het, zoals SIMONT zelf reeds opmerkte¹⁰³, overwegingen zijn van dezelfde orde als deze die de nietigheid van stemafspraken grondden en daar thans de geldigheid van stemafspraken aanvaard is. Deze auteur beweert daarentegen dat de rechter, in het kader van de gedwongen uitvoering in natura van een stemafpraak, een aandeelhouder wel kan verplichten zijn stem uit te brengen in overeenstemming met de overeenkomst waarbij hij partij is, eventueel op straffe van een dwangsom. Ook de rechter in kort geding zou, binnen de perken van zijn bevoegdheid, dergelijk gebod kunnen opleggen¹⁰⁴. Andere rechtsgeleerden delen dit standpunt¹⁰⁵.

Het blijkt dus dat de overweging waarop de rechtbank in de zaak Rossel steunde om de bovenbeschreven eis van de minderheid te verwerpen, heden ten dage niet meer onverdeeld stand houdt en genuanceerd moet worden: soms kan de rechter een aandeelhouder wel verplichten te stemmen in een bepaalde zin. Men kan zich bijgevolg afvragen of het, in het licht van de juist beschreven evolutie in de rechtsleer, niet verdedigbaar zou zijn dat vandaag de dag de rechter dergelijke bijkomende eis van de minderheid, die in feite een vraag tot gedwongen uitvoering in natura van het vennootschapscontract is¹⁰⁶, wél zou kunnen toestaan. Deze opvatting lijkt zich zelfs -eens de

101 Kh. Brussel, 13 december 1984, reeds geciteerd (voetnoot 13).

102 SIMONT, L., *l.c.*, 331-332. Zie ook Bergen, 23 maart 1989, *T.R.V.*, 1990, 343, noot NEEFS, N. en BLOMMAERT, D.

103 SIMONT, L., *l.c.*, 331, voetnoot 105.

104 NELISSEN GRADE, J.M., "De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales" (noot onder Cass., 13 april 1989), *R.C.J.B.*, 1991, 253 (zie ook voetnoot 172).

105 DE WOLF, P. en FERON, B., *l.c.*, 39-40.

106 De idee dat de rechter de uitvoering in natura van een verbintenis aangegaan door een clauseule van het vennootschapscontract kan bevelen, werd reeds toegepast i.v.m. het statutair voorkeurrecht:

stelling van NELISSEN GRADE aanvaard- als het ware op te dringen, indien men de clausule van (on)evenredige vertegenwoordiging als een "statutaire stemafpraak" beschouwt¹⁰⁷.

De eerste grond tot weigering, zijnde de ongeldigheid van de clausule, vormt geen enkel probleem: de twee geldigheidsvoorwaarden worden algemeen aanvaard.

Bij de tweede grond tot weigering, zijnde misbruik van minderheidspositie, moet de vraag beantwoord worden of het voordrachtrecht dat door een vertegenwoordigingsregeling toegekend wordt aan de minderheid, een doelgebonden bevoegdheid is of niet.

Persoonlijk ben ik van oordeel dat men dit recht niet als een functionele bevoegdheid kan classificeren. Enerzijds baseer ik me hiervoor op het vonnis ten gronde in de zaak Rossel¹⁰⁸, dat een duidelijke parallel lijkt te zien tussen het voordrachtrecht en het stemrecht in de algemene vergadering, waarvan de overheersende rechtsleer thans aanvaardt dat het geen louter functionele bevoegdheid is doch een gemengd karakter vertoont¹⁰⁹. Anderzijds baseer ik me op het argument op grond waarvan moet erkend worden dat het stemrecht geen functionele bevoegdheid is en dat ook hier toepasbaar lijkt te zijn: een functionele bevoegdheid laat geen plaats voor niet-uitoefening doch het recht moet gebruikt worden¹¹⁰. De minderheid heeft echter geen verplichting om het voordrachtrecht, dat haar aldus door de statutaire clausule is toegekend, uit te oefenen. Dit blijkt duidelijk uit de zaak Rossel: indien er geen of geen geldige voordracht is geschied door de minderheid, wordt gewoonweg de gewone wettelijke regel toegepast, luidens welke de meerderheid in de algemene vergadering de bestuurders volledig vrij kiest. Doch het toegekende voordrachtrecht kan ook niet als een zuiver niet-functionele bevoegdheid beschouwd worden. Het is immers duidelijk dat de

Kh. Namen, 22 februari 1990, *T.R.V.*, 1991, 234, noot LAGA, H. Vereist is evenwel dat deze uitvoering in natura wordt gevorderd, dat zij nog mogelijk is, dat de vordering niet door rechtsmisbruik is aangetast en dat geen fysieke dwang op de persoon van de debiteur wordt uitgeoefend: NELISSEN GRADE, *J.M., l.c.*, 252-253.

¹⁰⁷ Zie voetnoot 10.

¹⁰⁸ Kh. Brussel, 13 december 1984, reeds geciteerd (voetnoot 13).

¹⁰⁹ COPPENS, P., *o.c.*, p. 81-83, nr. 56; FORIERS, P.A., *l.c.*, 473; GEENS, K., "De bescherming tegen de bescherming", *l.c.*, II.14-II.15; RONSE, J. en GEENS, K., *l.c.*, 235-236; SCHOENTJES-MERCHIERS, Y., *l.c.*, 280-281; SIMONT, L., *l.c.*, 323-324; VAN RYN, J. en VAN OMMESLAGHE, P., *l.c.*, p. 403, nr. 71. Contra: VAN CROMBRUGGE, S., *o.c.*, 65-68.

¹¹⁰ COPPENS, P., *o.c.*, p. 82, nr. 56; DABIN, J., *o.c.*, Parijs, Dalloz, 1952, 254-255; GEENS, K., "De bescherming tegen de bescherming", *l.c.*, II.14; LIEVENS, J., *l.c.*, 2426-2427; RONSE, J. en GEENS, K., *l.c.*, 235; SIMONT, L., *l.c.*, 323.

minderheid bij de uitoefening ervan niet enkel het eigen belang voor ogen kan houden, doch ook rekening moet houden met alle betrokken belangen. Dergelijke vertegenwoordigingsregeling verzekert aan de ene kant de bescherming van de minderheid, doch vervult ook een functie van vennootschappelijk belang¹¹¹.

Ik ben bijgevolg de mening toegedaan dat het voordrachtrecht, dat door dergelijke clause aan de minderheid toegekend wordt, evenals het stemrecht (*supra*), een gemengd karakter vertoont. Om misbruik te kunnen aannemen, moet men dan ook noodzakelijkerwijze teruggrijpen naar de criteria van rechtsmisbruik. Het bewijs van een intentioneel element is, hoewel aangewezen, niet noodzakelijk.

Maar, zoals reeds uitgelegd, kan de meerderheid ook de loutere niet-uitoefening te goeder trouw van de voordrachtprocedure door de minderheid inroepen, o.m. wanneer de minderheid in feite aan de algemene vergadering een reële keuze ontnemt. Dit argument lijkt ook inroepbaar wanneer de minderheid voor het derde bestuursmandaat de twee eerste niet verkozen kandidaten voordraagt¹¹². In de opgegeven casus vormt dit evenwel geen mogelijk gevaar daar de minderheid slechts twee "toegewezen" bestuursopdrachten heeft.

Zoals gezegd, biedt dit argument een ruime grondslag voor de meerderheid om de benoeming van een van de door de minderheid voorgedragen kandidaten te weigeren en om over te gaan tot benoeming van een eigen kandidaat. Toch meen ik dat men hier rekening moet houden met het feit dat sommige auteurs in het verbintenissenrecht onderstrepen dat het Hof van Cassatie, door de arresten van 19 september 1983¹¹³, aan de rechters een terughoudendheid in de beoordeling van de betwiste gedraging aan de eisen van de uitvoering te goeder trouw, neergelegd in art. 1134, derde lid B.W., heeft willen aanbevelen¹¹⁴. Gezien het feit dat in het vennootschapsrecht de plicht tot goede trouw mede gegrondvest wordt op dit artikel, zal en moet de rechter ook hier dergelijke restrictieve houding aannemen, hetgeen het belang en de elasticiteit van dit argument danig beknot. Het lijkt dus veiliger in de mate van het mogelijke toch een beroep te doen op de criteria voor rechtsmisbruik. Het feit

¹¹¹ Kh. Brussel, 13 december 1984, reeds geciteerd (voetnoot 13).

¹¹² Brussel, 31 augustus 1983, *J.T.*, 1984, 214: de rechtbank beweert eveneens dat dergelijke toepassing strijdig is met het vennootschapsrecht, zonder deze evenwel uitdrukkelijk te gronden op een tekortkoming aan de plicht van uitvoering te goeder trouw.

¹¹³ reeds geciteerd (voetnoot 54).

¹¹⁴ STIJS, S., "Abus mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels", *J.T.*, 1990, 36; STORME, M.E., *o.c.*, 144; VAN GERVEN, W. en DEWAELE, A., *l.c.*, 111. Sommige rechtsleer gaat zelfs een stap verder en beweert dat het Hof van Cassatie sinds 19 september 1983 elke beperkende werking van de goede trouw tot de gevallen van rechtsmisbruik zou beperken: DUFRENE, S., noot onder Cass., 19 september 1983, *J.T.*, 1985, 58.

dat in de rechtspraak goede trouw meestal ingeroepen wordt naast andere gronden, vormt hiervan een bevestiging¹¹⁵.

Tot slot moet er nogmaals op gewezen worden dat de clause van (on)evenredige vertegenwoordiging het recht van de algemene vergadering om elk bestuursmandaat ad nutum te herroepen, onverlet laat¹¹⁶. De meerderheid kan dus op elk moment een door de minderheid voorgedragen bestuurder ontslaan. Deze mogelijkheid vormt in mijn ogen een goed en veilig alternatief voor de weigering een door de minderheid voorgedragen kandidaat, die de meerderheid liever niet als bestuurder ziet, te benoemen. Het lijkt dan ook aan te raden dat de meerderheid van deze mogelijkheid gebruik maakt indien de clause geldig is en de minderheid niet duidelijk misbruik van haar statutair recht maakt. De ontslagen bestuurder zal slechts zeer uitzonderlijk een recht op schadevergoeding kunnen laten gelden¹¹⁷. Het gevaar bestaat echter wel, zoals WYCKAERT en VAN GERVEN opmerken, dat de meerderheid, door systematisch de door de minderheid voorgedragen bestuurders te ontslaan, aan de vertegenwoordigingsregeling elke zin ontnemt. Verschillende statutaire bepalingen kunnen hier een oplossing bieden¹¹⁸.

IV. BESLUIT

De opgegeven casus heeft betrekking op een clause van evenredige of onevenredige vertegenwoordiging, ingevoegd in de statuten van een N.V., waarbij de vraag wordt gesteld of de meerderheid de door de minderheid overeenkomstig de statuten voorgedragen kandidaten kan weigeren te benoemen tot bestuurder.

Hoewel melding moet gemaakt worden van een afwijkende mening van RALET, moet aanvaard worden dat het principe luidt dat de meerderheid niet kan weigeren de door de minderheid voorgedragen kandidaten te benoemen tenzij de statuten in een procedure zouden voorzien om aan de voordracht het bindend karakter te ontnemen. Immers de geldige statutaire bepalingen zijn op dezelfde wijze als de wet verplichtend en de algemene vergadering mag geen besluit nemen waarbij inbreuk gemaakt wordt op de statuten. Een voorafgaande statutenwijziging, veiligheidshalve volgens de procedure van art. 71 Venn. W., is dan ook noodzakelijk. Indien de meerderheid toch zou weigeren

¹¹⁵ FOSSOUL, X., *l.c.*, 272-273; SUTENS- BOURGEOIS, G., *o.c.*, 312.

¹¹⁶ Zie voetnoot 21.

¹¹⁷ Zie hiervoor VAN GERVEN, D., "Kan het ad nutum- karakter van de opdracht van bestuurder in een N.V. worden afgezwakt? Enkele woorden over het ontslag van de bestuurders in een N.V.", *l.c.*, 39.

¹¹⁸ Zie voetnoot 21.

een van de voorgestelde kandidaten te benoemen, kan de minderheid aan de rechter in kort geding, naast de opschorting van het met schending van haar statutaire rechten genomen besluit, de aanstelling van een voorlopig bestuurder vragen. Vervolgens kan ze aan de rechter ten gronde de vernietiging van het besluit vragen dat met miskenning van haar statutaire rechten is genomen en eventueel, zoals ik heb verdedigd, gedwongen uitvoering *in natura* van het vennootschapscontract.

Op dit principe bestaan twee grote uitzonderingen. Enerzijds kan de meerderheid weigeren de voorgestelde kandidaten te benoemen, indien de statutaire clause ongeldig is. Immers hoewel de clause van evenredige vertegenwoordiging en, naar mijn mening, ook de clause van onevenredige vertegenwoordiging naar Belgisch recht toelaatbaar zijn, is hun geldigheid afhankelijk van twee voorwaarden : de clause moet de keuzevrijheid van de algemene vergadering (waarvoor een heel lage drempel aanvaard wordt) en het *ius fraternitatis* respecteren. Indien de statutaire voordrachtregeling een van deze principes schendt, hetgeen eerder uitzonderlijk het geval zal zijn, kan de meerderheid de (absolute) nietigheid van de statutaire bepaling inroepen.

Anderzijds kan de meerderheid ook weigeren de door de minderheid voorgedragen kandidaten te benoemen en kan ze tot een geldige benoeming van een niet voorgedragen kandidaat overgaan, indien de minderheid zich bij de uitoefening van het voordrachtrecht, toegekend door een geldige clause, schuldig maakt aan (actief) misbruik van minderheidspositie.

Daar het voordrachtrecht, zoals ik heb betoogd, evenals het stemrecht een gemengd karakter vertoont, zal dergelijk misbruik van minderheidspositie niet kunnen gesteund worden op bevoegdheidsafwending, doch zal de meerderheid noodzakelijkerwijze moeten teruggrijpen naar de criteria voor rechtsmisbruik.

Misbruik van minderheidspositie kan theoretisch ook gesteund worden op de loutere niet-uitvoering te goeder trouw van de procedure van bindende voordracht, met als grote voordeel dat de loutere handelswijze van de minderheid die kennelijk ingaat tegen de plicht tot goede trouw, volstaat om het argument in te kunnen roepen, zonder dat het noodzakelijk is de al dan niet verenigbaarheid van deze handelswijze met het belang van de vennootschap te onderzoeken.

Maar daar het Hof van Cassatie, door de arresten van 19 december 1983 een zekere terughoudendheid aan de rechter aanbeveelt bij de (reeds marginale) toetsing van een betwiste gedraging aan art. 1134, derde lid B.W., moet het inroepen van dit argument als enige grondslag om te weigeren een van de voorgedragen kandidaten te benoemen en om over te gaan tot benoeming van de eigen kandidaat, zonder dat bijkomend een beroep kan gedaan worden op misbruik van recht door de minderheid, ontraden worden. In dergelijke hypo-

these lijkt het daarentegen aan te raden dat de algemene vergadering (dus de meerderheid) wel een van de voorgestelde kandidaten tot bestuurder benoemt, om vervolgens gebruik te maken van de mogelijkheid om het mandaat van die bestuurder ad nutum te herroepen. Deze mogelijkheid, die niet kan ontnomen worden, vormt immers een goed en veilig alternatief voor de weigering een door de minderheid voorgestelde kandidaat, die de meerderheid liever niet als bestuurder ziet, te benoemen.

APERCU GENERAL

L'article 55 de la Loi sur les Sociétés prévoit la désignation des membres du conseil d'administration par l'Assemblée Générale par majorité simple. Souvent ce sera donc l'actionnaire majoritaire qui décidera de la nomination de nouveaux administrateurs.

L'on se pose dès lors la question de savoir quel pouvoir subsiste aux actionnaires minoritaires en matière de désignation d'administrateurs de société.

Dans nombre de sociétés, une clause a été insérée dans les statuts, prévoyant une représentation proportionnelle ou non-proportionnelle.

En quelle mesure l'actionnaire majoritaire devra-t-il respecter ce droit statutaire qui revient aux actionnaires minoritaires ?

La jurisprudence et la doctrine sont très claires à ce sujet. Méconnaître le droit statutaire accordé aux actionnaires minoritaires est tout à fait interdit, mise à part la possibilité qu'a l'Assemblée Générale de modifier les statuts en vertu de l'art. 71 de la Loi sur les Sociétés. Si néanmoins l'actionnaire majoritaire décide de ne pas reconnaître les candidats-administrateurs, proposés par l'actionnaire minoritaire, ce dernier peut demander en référé la suspension de la décision de l'Assemblée Générale.

Le principe énoncé connaît deux exceptions, deux cas dans lesquels le droit statutaire de l'actionnaire minoritaire pourra être méconnu.

La première exception se présente lorsque la clause en question est nulle. L'on pense ici à deux règles très concrètes qui doivent être respectées, pour cause d'ordre public. Tout d'abord la clause ne peut pas empêcher l'actionnaire majoritaire de faire un vrai choix entre les candidats présentés par l'actionnaire minoritaire. D'autre part la clause doit respecter un certain esprit de coopération et de bonne entente au sein de la société.

La deuxième exception comprend trois cas dans lesquels l'actionnaire minoritaire abuse de sa position privilégiée. Elle vise surtout la mauvaise application de la clause de représentation proportionnelle ou non-proportionnelle, et non la clause même. Les trois cas sont l'abus du droit, le détournement de pouvoir, ou un manquement à la bonne foi : la relation avec les actionnaires exige une bonne foi objective.

Le droit statutaire accordé à l'actionnaire minoritaire devra donc être respecté sauf si ce dernier en abuse.

