

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

REDACTIEADRES : PROF. MR. RIDDER RENE VICTOR, BRITSELEI 40, 2000 ANTWERPEN

XXIXe Rechtscongres

georganiseerd door de Vlaamse Juristenvereniging

Brussel — 26 april 1980

DE ONDERNEMING: EEN UITDAGING VOOR HET RECHT

9.30 u: Onthaal

10.00 u: Openingszitting

Toespraak door prof. mr. ridder R. Victor, voorzitter van de Vlaamse Juristenvereniging

Verwelkoming door prof. dr. B. De Schutter, rector van de V.U.B.

Openingsrede door prof. dr. E. Krings, voorzitter van het Congres

10.45 u: Koffie

11.00 u: Sectievergaderingen

13.00u: Lunch (V.U.B.-restaurant)

14.00 u: Vervolg sectievergaderingen

16.30 u: Receptie aangeboden door de V.U.B.

17.30 u: Plenaire vergadering

Feestrede door prof. mr. J. Van Hoorn Jr.: De internationale onderneming en de fiscaliteit.

Mededeling van de resoluties der secties

Slotwoord door prof. mr. ridder R. Victor

20.00 u: Banket in restaurant «La Maison du Cygne», Grote Markt 9, 1000 Brussel

*Het Congres wordt gehouden in de gebouwen (auditorium q)
van de V.U.B., Pleinlaan 2, 1050 Brussel*

Comité van het congres:

Voorzitter: prof. dr. J.E. Krings

Secretaris: prof. dr. C. Eliaerts

Leden: de heren G. Dockx, J. Gerlo en juffrouw K. Laurent

SECTIEVERGADERINGEN

SECTIE I — ECONOMISCH RECHT

Voorzitter: prof. dr. P. De Vroede, docent aan de V.U.B.
Preadviseur: B. Van Bruystegem, assistent aan de K.U.Leuven
Secretaris: A.M. De Clercq, assistente aan de R.U.G.

SECTIE II — STRAFRECHT

Voorzitter: prof. dr. J. D'Haenens, gewoon hoogleraar aan de R.U.G.
Secretaris: F. Hutsebaut, assistent aan de K.U.L.
Preadviseur: J. Colaes, assistente aan de U.I.A.

SECTIE III — SOCIAAL RECHT

Voorzitter: prof. dr. H. Deleeck, gewoon hoogleraar aan de U.I.A.
Secretaris: B. Mergits, assistent aan de V.U.B.
Preadviseur: W. van Eeckhoutte, assistent aan de R.U.G.

SECTIE IV — FAILLISSEMENT

Voorzitter: prof. dr. W. Van Gerven, gewoon hoogleraar aan de K.U.L.
Secretaris: H. Braeckmans, assistent aan de U.I.A.
Preadviseur: H. Geinger, assistente aan de V.U.B.

Rapporten van prof. dr. G. Schrans (R.U.G.) over de onderneming als rechtssubject en prof. dr. B. Loccufier (V.U.B.) over de ontwikkelingstendenzen van en in de onderneming.

DE VENNOOTSCHAP VAN DE MULTINATIONALE ONDERNEMING

*Preadvies door B. Van Bruystegem,
assistent Economisch Recht K.U.Leuven*

Het thema dat hier aan de orde wordt gesteld heeft reeds vele pennen in beweging gebracht, wat aantoonst dat het onderwerp zeker een uitdaging is voor het juridisch denken¹.

De bedoeling van deze uiteenzetting is een beschrijving te geven van het fenomeen veeleer dan het *de lege ferenda* te onderzoeken of komend recht te behandelen².

Wil men het thema binnen een redelijke discussiebasis houden, dan lijkt het gewenst de gehanteerde begrippen te precisieren.

— *Belgische vennootschap*³ — *Vestiging*.

Wanneer men spreekt over een Belgische vennootschap, dan wordt daarmee bedoeld de vennootschap waarvan de werkelijke zetel in België is gevestigd. De werkelijke zetel is de plaats waar de raad van beheer vergadert, waar in de

meeste gevallen de algemene vergadering plaatsvindt en waar zich ook de boekhouding bevindt, kortom daar waar het hoofdbestuur is gevestigd⁴.

Tegengesteld hieraan is de vestiging van België.

Onder een vestiging wordt begrepen de duurzame materiële inrichting waar een (buitenlandse) vennootschap vertegenwoordigd wordt door een of meer personen die haar jegens derden kunnen verbinden⁵.

Als essentieel verschilpunt met een Belgische vennootschap geldt het onzelfstandig karakter van die vestiging, een onderdeel van een buitenlandse vennootschap, die in die vestiging door vertegenwoordigers handelt. Daaruit volgt dat de vestiging geen eigen actief en passief heeft. Zij kan als zodanig dan ook niet failliet verklaard worden; de schuldeisers van de vestiging zijn schuldeisers van de vennootschap⁶.

— *Multinationale onderneming*

Een strikte definitie van een multinationale onderneming valt wel niet te geven. In elk geval lijkt het niet wenselijk om begrippen te gebruiken zoals transnationale, internationale en nationaalmultinationale ondernemingen, die wel descriptief zijn maar toch verwarring kunnen stichten.

Gesteld mag worden dat de multinationale onderneming een concern is waarvan de deeltmakende bestanddelen, vennootschappen of vestigingen, zich in verschillende staten bevinden⁷.

¹ P. VAN OMMESLAGHE, «Les groupes de sociétés», *R.P.S.*, 1965, 153; «Le droit des groupes de sociétés», *R.P.S.*, 1972, 11; *Les groupes de sociétés*, Commission droit et vie des affaires, 1973, 544 blz.; G. KEUTGEN, *Le droit des groupes dans la C.E.E.*, Brussel, 1973, 315 blz.; W. VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht*, 1978, blz. 41; VAN HAECKE, *Les groupes des sociétés*, Parijs, 1962, 520 blz.; BEZARD, DABIN e.a., *Les groupes de sociétés*, Parijs, 1973, 372 blz.; WESTBROEK, *Zijn wettelijke bepalingen gewenst i.v.m. concernverhoudingen*, preadvies handelsrecht, Zwolle, 1969, 85 p.; UNIKEN VENEMA, «Concernrecht» in *Beekhuisbundel*, blz. 265; FRANKEN, *Aspecten van Concernrecht*, Groningen, 1976, 407 blz.; RAAIJMAKERS, *Joint Ventures*, Deventer, 1976, 328 blz.; RAAIJMAKERS en ROELVINK, *Handelingen 1977 van de Nederlandse juristenvereniging*, deel I, eerste stuk, 176 blz.; A. PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit des sociétés et groupes des sociétés*, Parijs, 1962, 520 blz.

² Meer in het bijzonder blijven buiten beschouwing de ontwerpverordening Europese vennootschap, gewijzigd voorstel, supplement 4/75 Bulletin EG, en het voorontwerp concernrichtlijn, Doc. Comm. XI/328/74 en XI/593/75. Voor een kritische bespreking daarvan wat concernrechtelijke aspecten betreft: RAAIJMAKERS, *Joint Ventures*, resp. blz. 349 en blz. 353; zie ook wat het voorontwerp concernrichtlijn betreft: RODIÈRE, «Réflexions sur les avant-projets d'une directive de la commission des communautés européennes concernant les groupes des sociétés», *D.*, 1977, *Chron.*, 137.

Ter motivering van deze opstelling moge erop worden gewezen dat het een decennium kan duren vooraleer de Europeesrechtelijke bepalingen i.v.m. concernproblemen geïncorporeerd worden in de Belgische wetgeving gezien het tempo waarmee de Belgische wetgever zich aanpast aan bv. de eerste en tweede richtlijn. De Belgische wet had aan de eerste richtlijn moeten aangepast zijn op 11 september 1969: de aanpassingswet dateert van 6 maart 1973 (*B.S.*, 23 juni 1973); de tweede richtlijn had moeten geïncorporeerd zijn in de Belgische wetgeving vóór 13 december 1978 en het aanpassingsontwerp dateert van 5 december 1979 (*Gedr.St.*, *Kamer*, 1979-80, nr. 388/1). Anderzijds bevat het op 5 december 1979 ingediende ontwerp tot wijziging van de gecoördineerde wetten betreffende de handelsvennootschappen geen regeling betreffende de concerns (*Gedr. St.*, *Kamer*, 1979-80, nr. 387/1).

³ Wanneer verder het woord vennootschap gebruikt wordt, dan wordt daarmee de naamloze vennootschap bedoeld.

⁴ FREDERICQ, *Traité*, IV, nr. 74, blz. 165; VAN RIJN, eerste druk, I, nr. 374, blz. 264; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 51, blz. 136; J. RONSE, *Algemeen deel Vennootschapsrecht*, 1975, blz. 261 en 264; RIGAU, *Droit international privé*, 1977, nr. 173; Cass., 13 januari 1978, *R.W.*, 1977-1978, 1945, met noot B. VAN BRUYSTEGEM; Ph. DE PAGE en B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, «Les personnes morales étrangères et l'ordre public international belge», *R.P.S.*, 1979, 5; Hof Antwerpen, 6 mei 1975, *R.P.S.*, 1976, 206.

⁵ VAN RIJN en HEENEN, II, nr. 1134, blz. 150; F. RIGAU, «La notion de succursale d'une société étrangère en droit belge», in *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, II, blz. 815; Cass., 24 maart 1930, *R.P.S.*, 1930, 124; Cass., 18 december 1941, *R.P.S.*, 1947, 286.

De term «vestiging» wordt hier verkozen als vertaling voor «succursale, établissement, siège d'opération», de drie begrippen van art. 198 Venn. W., conform met de Commissie Van Dievoet die eveneens bijkantoor of centrum van werkzaamheden gebruikt.

⁶ Kh. Brussel, 26 november 1973, *J.T.*, 1974, 156, besproken bij VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht*, 1978, blz. 189, en J. RONSE en K. VAN HULLE, «Overzicht van rechtspraak 1968-77 Vennootschappen», *T.P.R.*, 1978, 967, nr. 391; *De vestiging in België van een dochtermaatschappij of een filiaal door een buitenlandse vennootschap*, Documentatie K.B., 1975; *Branches and subsidiaries in the Common Market, Legal and Tax aspects*, 1973, blz. 37 e.v.

⁷ TINDALL, *Multinational enterprises*, Leiden 1975, blz. 1; GOLDMAN, FRANCESCakis e.a., *L'entreprise multinationale face au droit*, Parijs, 1977, nr. 63, blz. 67; VAN RIJN, «Multinationale ondernemingen», in *Organisatie en problemen op het gebied van*

Dit roept echter op zijn beurt naar een begripsinhoud voor het concern.

— *Concern.*

Een concern mag genoemd worden het geheel van juridisch zelfstandige subjecten die met elkaar een economische eenheid vormen en waarbij een of meer van deze subjecten in de mogelijkheid verkeert om een duidelijke invloed uit te oefenen op de activiteiten van de andere⁸.

Een dergelijke begripsomschrijving — een definitie kan men het moeilijk noemen — houdt geen rekening met de wijze waarop de zeggingsmacht van de een t.a.v. de ander tot stand is gebracht. Deze uiteenzetting heeft de bedoeling een bepaald fenomeen te grijpen ; er wordt hier niet gelegifereerd. In dit laatste geval ware het wellicht aangewezen begripsmatig van de meest frequente afhankelijkheidsverhouding uit te gaan⁹.

Overigens wil ik ook in de tekst gemakkelijkschalve spreken van een moeder/dochter-relatie wanneer ik een concern bedoel waarbij dan als dochter doorgaat de gedomineerde vennootschap en als moeder het subject dat dominerend is op basis van een kapitaalsparticipatie¹⁰.

— *Enige voordelen en gevaren van een concernrelatie op multinationaal vlak*

Met Raaijmakers kan men stellen dat «tot een concernrelatie gekomen kan worden (o.a.) door overneming van bestaande ondernemingen die niet meer op eigen kracht verder kunnen ontwikkelen en dus niet meer in staat zijn tot een zelfstandige doelverwerkelijking en daarom aansluiting zoeken bij andere ondernemingen hetgeen toegang geeft tot het reservoir van de moedervennootschap op gebied van financiering, research, know how, etc. Door deze aansluiting kan de continuïteit van de toetredende onderneming verzekerd worden. Meestal is daarvoor noodzakelijk dat een aangepaste integratie wordt tot stand gebracht in het opnemen van een aangesloten en overnemende onderneming ten einde de 'mutual benefit' van het bestaan van de concernrelatie te kunnen optimaliseren»¹¹.

de internationale handel, 1977, blz. 328 ; R. BLANPAIN, *The OECD Guidelines for Multinationals*, 1979, blz. 280, nr. 8.

⁸ VAN GERVEN, «Overzicht van de coöperatie- en concentratietechnieken naar Belgisch recht», *T.P.R.*, 1970, vooral blz. 167 ; VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht*, 1978, blz. 43 ; RODIERE, *Het vennootschapsrecht voor zover van belang voor de concentratie*, Studie Serie Concurrentie nr. 5, 1967, blz. 53 ; VAN DER GRINTEN, *Handboek voor de naamloze vennootschap*, 1976, blz. 101.

⁹ Invloed kan immers verkregen worden op verscheidene wijzen :

— deelname in het kapitaal (meerderheidsparticipatie of controlerende minderheidsparticipatie) ;

— mogelijkheid om de bestuurders aan te duiden op grond van een overeenkomst ;

— de facto afhankelijkheid op basis van economische machtspositie.

Zie KEUTGEN, *a.w.*, blz. 17 en 185 e.v. ; VAN GERVEN, «Overzicht van coöperatie- en concentratietechnieken naar Belgisch recht», *T.P.R.*, 1970, 163-164 ; BANKCOMMISSIE, *Jaarverslag*, 1973-74, 187, waarbij een vennootschap aan een andere de exclusiviteit verleent voor het op de markt brengen van haar hele productie ; zie echter WESTBROEK, *a.w.*, in voetnoot 1, blz. 8 en blz. 36, nr. 34, en VAN HAECKE, *a.w.*, in voetnoot 1, blz. 26.

¹⁰ Zie art. 1, K.B. nr. 64 van 10 november 1967, gewijzigd door W. 20 januari 1978, *B.S.*, 10 februari 1978.

¹¹ RAAIJMAKERS, *Joint ventures*, Deventer, 1976, blz. 273.

Daarnaast mag niet uit het oog verloren worden dat ook vele vennootschappen opgenomen worden in een concern tegen de wil van het bestuur door een zgn. take over bid, d.i. een openbaar koop- of ruilaanbod¹².

De gevaren van een opneming in het concern zijn dan gelegen in het feit dat het belang van de groep doorweegt op het belang van de nieuwkomer zodat de moeder zich vrijrijkt ten koste van de dochter o.a. door middel van concentratie tussen moeder en dochter tegen te lage prijzen, kredietverlening door de dochter aan de moeder zonder werkelijke of aangepaste tegenprestatie, terbeschikkingstelling door de dochter aan de moeder van allerlei industriële eigendomsrechten zonder aangepaste tegenprestatie¹³.

Het feit dat men te maken heeft met een relatie op multinationaal vlak verhoogt de realiseerbaarheid van de voordelen en gevaren, aangezien wat het eerste aspect betreft de verschillende sociaal-economische toestand toelaat een optimalisering te bereiken van de aan te wenden middelen en wat het tweede aspect betreft het concern minder doorzichtig wordt en men de moeder ook *de facto* minder gemakkelijk kan grijpen¹⁴.

— *Actuele betekenis van een ondernemingsbegrip*

Onder invloed van de bovengeschetste sociaal-economische realiteit die het concern ziet als een eenheid met een eigen belang dat onderscheiden is van het deelbelang van de vennootschappen en/of vestigingen die er deel van uitmaken, is men in de doctrine meer en meer gewonnen voor een ondernemingsbegrip (en ondernemingsrecht) waarin de functie van het klassieke vennootschapsrecht wordt teruggedrongen om ondernemingsrechtelijke normen in veel mindere mate dan nu te koppelen aan de rechtsvorm van de onderneming¹⁵.

Het ondernemingsbegrip geldt dan in deze opvatting als een centraliserend en transcendent begrip¹⁶.

Het ondernemingsbegrip wordt dan immers gerefereerd aan een zelfstandige en duurzame groep mensen die, met behulp van materiële en immateriële goederen, goederen of diensten produceert of verdeelt tegen betaling door de afnemer van die goederen of diensten tegen een vergoeding welke er toe strekt en erop berekend is om meer of tenminste evenveel inkomsten op te leveren als er uitgaven nodig zijn voor de werking van de organisatie¹⁷.

De autonomie van het bestuur lijkt een doorslaggevende rol te spelen om van een onderneming te kunnen spreken.

¹² H. SWENNEN, «Openbaar bod op aandelen in België», *Maandblad De N.V.*, 1973, 9 e.v. ; J. RONSE, en K. VAN HULLE, «Overzicht van rechtspraak 1968-77, Vennootschappen», nr. 339 e.v., *T.P.R.*, 1978, 928 e.v.

¹³ Verdere nadelen : EMMERICH-SONNENSCHNEIN, *Konzernrecht*, München, 1977, blz. 13 ; COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, Leuven, 1947, nr. 130, blz. 171.

¹⁴ TINDALL, *a.w.*, in voetnoot 7, blz. 208 e.v.

¹⁵ RAAIJMAKERS, *Joint Ventures*, Deventer 1976, blz. 79 ; SANDERS, «Op weg naar ondernemingsrecht», in *Met eerbiedigende werking. Opstellen aangeboden aan Hijmans van de Bergh*, blz. 221 e.v. ; VAN OVEN, «De grote onderneming en de papieren N.V.», in *Van Opstall bundel*, blz. 119 ; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 96, blz. 276, en de in voetnoot 41 aangehaalde literatuur.

¹⁶ VAN GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 96, blz. 278.

¹⁷ VAN RIJN en HEENEN, *Principes*, I, 1976, nr. 36 e.v., blz. 59 e.v. ; VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht*, 1978, blz. 32.

Daarom ook lijkt het dat een onderneming in de hier genoemde betekenis van autonome economische entiteit die bv. door middel van juridische technieken geaffilieerd is aan een ander subject, niet mag worden beschouwd als deel uitmakend van een concern. Wanneer immers een regelmatig georganiseerd overleg tussen de bedoelde onderneming en een ander subject plaatsvindt en dit overleg *niet* leidt tot de uitoefening van een duidelijke invloed, dan behoort deze onderneming niet tot een concern maar moet de affiliatieband, die bv. op een kapitaalparticipatie kan berusten, beschouwd worden als een beleggingstechniek bij het subject dat deze participatie houdt.

De onderneming is volgens sommigen dan de activiteit die onderscheiden moet worden van de ondernemer, d.i. het subject dat de onderneming drijft¹⁸.

Ten aanzien van een vennootschappelijk gedreven onderneming wordt soms *buiten concern* een zeker samenvallen van begrippen vastgesteld. De vennootschap met rechtspersoonlijkheid en de onderneming hebben beide het bestuur als gemeenschappelijk orgaan. Hierbij wordt de vennootschap dus beschouwd als de organisatie van de kapitaalverschaffers¹⁹.

De lege lata echter moet duidelijk onderstreept worden dat het positieve recht geen ondernemingsrecht erkent en het begrip onderneming zoals dat in een aantal wetten te vinden is heeft een verschillende inhoud die bepalend is voor de werkingsomvang van de norm en die omvang kan volgens de huidige stand van zaken niet voor alle te regelen materies gelijk getroffen worden²⁰.

Volgens de huidige stand van het recht ligt de klemtoon in de materie die voorligt op het vennootschapsrecht. Spreekt men in de rechtspraak binnen dit gegeven over onderneming, dan wordt daarmee niet verwezen naar een begrip dat de vennootschap overstijgt, maar veeleer wordt het begrip gebruikt om het belang van de vennootschap verder uit te breiden dan tot de belangen van de aandeelhouders en wordt het met name gebruikt om de belangen van de werknemers te valoriseren.

Deze gedachte vindt men reeds in een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen van 17 juli 1958: «Aangezien ... de voortzetting van het bedrijf moet beslist worden en een beslissing dient getroffen te worden waardoor de voortzetting van dit bedrijf verzekerd wordt in het belang van iedereen en niet alleen van de vennoten zelf maar tevens en vooral van de tewerkgestelde arbeiders en bedienden die hierin een maatschappelijk bestaan vinden»²¹.

¹⁸ VAN RIJN EN HEENEN, *Principes*, I, 1976, nr. 39, blz. 63; R. FRANCESCHELLI, «La notion juridique de l'entreprise en Italie», in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, I, blz. 401.

¹⁹ VAN SCHILFGAARDE, *Van de naamloze en besloten vennootschappen*, 1976, blz. 10.

²⁰ W. 20 september 1948, *B.S.*, 27-28 september 1948 (artt. 14, § 2, a, en 14, § 3); art. 1, §§ 3 en 4, K.B. 11 september 1978 (ondernemingsraden); W. 15 december 1970, *B.S.*, 20 maart 1971 (vestigingswet); W. 17 juli 1975, *B.S.*, 4 september 1975 (boekhouding en jaarrekening). Zie RAAIJMAKERS, *Joint Ventures*, Deventer, 1976, blz. 53.

²¹ Kh. Antwerpen, 17 juli 1958, *R.C.J.B.*, 1959, 359, met noot A. DE BERSAQUES; P. VAN OMMESLAGHE, «Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi», *R.C.J.B.*, 1976, 303, nr. 319. Zie ook Rb. Charleroi, 25 februari 1972, *R.P.S.*, 1972, 311, vnl. blz. 318, met noot P.C.

Deze gedachten vindt men eveneens in een meer recent vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Bergen: «qu'une société fut elle commerciale présente d'autres aspects qu'une simple association de capitaux, que dans notre droit moderne la société commerciale tend de plus en plus à constituer une entité indépendante de ses composants humains ou financiers; que les administrateurs d'une société non seulement doivent tenir compte de problèmes d'intérêts des actionnaires mais qu'ils doivent s'astreindre à administrer la société dans le but d'assurer la bonne marche, de la conduire au succès au milieu des aléas du commerce»²².

Op dit hier beschreven vennootschapsbelang wordt verder nog teruggekomen.

Vooraf moet echter onderzocht worden in welke mate en hoe de moeder haar invloed kan uitoefenen op de dochter.

— Vennootschappelijke regeling van de verhouding moeder/dochter.

De Belgische vennootschapswetgeving bevat geen regeling betreffende de verhouding moeder/dochter²³.

Dit wil echter geenszins zeggen dat de vennootschapswetgeving geen invloed zou uitoefenen op deze verhouding. Deze invloed kan afgeleid worden uit het antwoord op de vraag in welke mate een aandeelhouder zijn invloed kan uitoefenen op de vennootschap waarover hij de controle bezit²⁴.

A. De verhouding tussen de algemene vergadering en de raad van bestuur

In tegenstelling tot wat in art. 70 Venn. W. te lezen staat beschikt de algemene vergadering niet meer over een residuaire bevoegdheid en kan zij niet meer beschouwd worden als het opperste orgaan van de vennootschap.

De Belgische wetgever heeft inderdaad vergeten art. 70 Venn. W. te wijzigen in overeenstemming met de aanpassing aan de 1e E.E.G.-richtlijn terwijl hij dat wel deed m.b.t. het bestuur in art. 54 Venn. W. Hierdoor staat men voor een schijnbare contradictie die echter moet worden opgelost volgens het principe dat een jongere wet voorrang heeft op de oudere²⁵.

Zo komt men tot de voorbehouden bevoegdheden van de algemene vergadering die in hoofdzaak de structuur van de

²² Kh. Bergen, kort ged. 10 juli 1979, *R.P.S.*, 1979, 264. Qua ingesteldheid kan men deze uitspraak best als een Belgische Fruehauf-uitspraak beschouwen. Zie Parijs, 22 mei 1965, *D.*, 1968, 147; R. CONTIN, «L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés», *D.*, 1968, *Chron.*, 45; BERGSMAN, *De vermaatschappelijking van de onderneming*, Deventer, 1965, blz. 90; VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht*, 1978, blz. 36.

²³ Zie echter het statuut voor de portefeuillemaatschappijen, K.B. nr. 64 van 10 november 1967, gewijzigd W. 20 januari 1978, *B.S.*, 10 februari 1978; RONSE en VAN HULLE, «Overzicht van rechtspraak, vennootschappen 1968-1977», nr. 367 e.v., *T.P.R.*, 1978, 949 e.v.; en BANKCOMMISSIE, *Jaarverslag*, 1977-78, 143.

²⁴ M. HUYS en G. KEUTGEN, «La cession de contrôle», *Rev. Banque*, 1974, 761; BANKCOMMISSIE, *Jaarverslag*, 1969-70, 168.

²⁵ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, nr. 308, blz. 162; L. SIMONT, «La loi du 3 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales», *R.P.S.*, 1974, 36.

vennootschap en de interne verhoudingen binnen de vennootschappen betreffen²⁶.

Het zijn onaantastbare bevoegdheden die niet kunnen worden prijsgegeven noch overgedragen²⁷.

Daartegenover staat de zeer ruime en zelfstandige bevoegdheid van het bestuur. Het bestuur is bevoegd alle handelingen te stellen die nodig of dienstig zijn voor het bereiken van het doel van de vennootschap met uitzondering dan van die welke de wet aan de algemene vergadering voorbehoudt²⁸.

Bij gebreke aan statutaire bepalingen kan de algemene vergadering bv. niet beletten dat een bepaalde transactie niet gesloten wordt of slechts tegen bepaalde voorwaarden, er blijft «slechts» de mogelijkheid om de bestuurders te ontslaan of décharge te weigeren met in voorkomend geval het instellen van de actio mandati²⁹.

Buiten statutaire modaliteiten beschikt de algemene vergadering niet over de bevoegdheid om het bestuur dwingende instructies te geven³⁰.

De zeer ruime bevoegdheid van het bestuur kan nu door de statuten intern worden beperkt, d.w.z. dat deze beperkingen niet aan derden kunnen worden tegengeworpen, maar t.a.v. de vennootschap wel degelijk gelden en bij overtreding een aansprakelijkheid vestigen op grond van art. 62.2 Venn. W.³¹.

De bedoelde statutaire clausules zijn slechts geldig voor zover geen afbreuk wordt gedaan aan de bij de wet aan het bestuur voorbehouden bevoegdheden³² en voor zover de autonomie van het bestuur niet aangetast wordt³³.

Ondanks deze twee punten die een beperking van de statutaire clausules, wat de bevoegdheden van het bestuur betreft, inhouden, kan toch vastgesteld worden dat de statutaire beperkingen zeker zeer ver kunnen gaan.

Zo kan statutair inderdaad bepaald worden dat het bestuur voor een aantal beslissingen de goedkeuring behoeft van de algemene vergadering of een bepaald comité dat tevens bepaalde voorstellen kan doen aan het bestuur³⁴.

²⁶ Het betreft de bevoegdheid voor benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen; het vaststellen van hun salaris; het besluit tot instellen van de actio mandati of het besluit van décharge; de vaststelling van de jaarrekening en de bestemming van de winst; alle statutenwijzigingen (kapitaalwijzigingen, vroegde ontbinding, verlenging van de duur); ook kan de algemene vergadering het verloop ervan regelen onverminderd het recht van verdaging dat door art. 79, 2e lid, Venn. W. aan het bestuur is toegekend.

²⁷ PASSELECQ, nr. 2478, blz. 375; BANKCOMMISSIE, *Jaarverslag*, 1961, blz. 129.

²⁸ RONSE, a.w., in voetnoot 25, nr. 310, blz. 162; SIMONT, a.w., in voetnoot 25, blz. 36.

²⁹ RONSE, a.w., in voetnoot 25, nr. 309, blz. 162; en P. VAN OMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Brussel 1960, nr. 148, blz. 262.

³⁰ RONSE, a.w., in voetnoot 25, nr. 319, blz. 167; SIMONT, a.w., in voetnoot 25, blz. 35; zie ook VAN OMMESLAGHE, a.w., in vorige noot, nr. 148, blz. 261; anders vóór de wet van 6 maart 1973: VAN RIJN, I, eerste druk, nr. 711, blz. 443.

³¹ Ronse, a.w. in voetnoot 25, nr. 317, blz. 166; Simont, a.w. in voetnoot 25, blz. 40.

³² Bv. het bijeenroepen van de algemene vergadering, het opmaken van de jaarrekening en de verdaging van de algemene vergadering (artt. 73, 77, 79, 136 en 137 Venn. W.).

³³ RONSE, a.w., in voetnoot 25, nr. 316, blz. 166.

³⁴ — Raadgevende functie van de algemene raad, d.i. het bestuur en de commissarissen samen volgens art. 68 Venn. W. (art. 10 oprichtingsakte nr. 3053-1, Bijlage B.S., 20 december 1969).

De rol van deze comités moet echter beperkt blijven tot advies of het doen van voorstellen waarbij het bestuur de uiteindelijke verantwoordelijkheid draagt. Wanneer deze advies- of consultatiefunctie overschreden wordt zodat bepaalde bestuurstaken direct of indirect door het geven van bevelen door die comités worden uitgeoefend, kunnen zij beschouwd worden als bestuurders *de facto* met de aansprakelijkheid waarin wettelijk voorzien is voor formeel aangestelde bestuurders³⁵.

Deze aansprakelijkheid bestaat tegenover de schuldeisers van de vennootschap en tegenover de individuele aandeelhouders voor zover zij een schade hebben geleden die onderscheiden is van het maatschappelijk nadeel dat de vennootschap heeft geleden en waarvan alle vennoten op evenredige wijze de weerslag ondergaan³⁶.

Verder kunnen de besluiten van de algemene vergadering die haar wettelijke of statutaire bevoegdheid te buiten is gegaan, nietig verklaard worden wegens overtreding van de vennootschapswet (art. 54 Venn. W.) of de statuten³⁷.

Deze vordering tot nietigverklaring kan uitgaan van de individuele aandeelhouders die zich niet voor het betwiste besluit hebben uitgesproken voor zover zij een redelijk belang hebben en kunnen aantonen dat zij bij de inwilliging van de vordering enig zedelijk of materieel voordeel kunnen hebben (art. 17 Ger. W.)³⁸.

In gevallen van dringende noodzaak kan de rechter in kort geding bevelen dat het betwiste besluit niet ten uitvoer zal worden gelegd³⁹.

Wanneer het besluit niet meer op doeltreffende wijze nietig kan worden verklaard, kan schadevergoeding gevorderd worden⁴⁰ van de vennootschap. Aangenomen wordt

— Voordracht van kandidaten voor het bestuur aan de algemene vergadering ten einde het politieke of confessionele karakter van een dagbladuitgeverij te vrijwaren (HEENEN, «Le choix des administrateurs», *R.P.S.*, 1956, 70).

— Intern orgaan bestaat uit journalisten van een krant dat bindend advies geeft over benoeming en ontslag van de hoofdredacteur (Bijlage B.S., 20 juli 1974, nr. 3081-2).

³⁵ Kh. Brussel, 20 september 1979, *J.T.*, 1980, 45; Hof Luik, 1 december 1969, *R.P.S.*, 1971, 280, noot Cl. LEMPEREUR; Rb. Luik, 25 februari 1966, *Jur. Liège*, 1965-66, 243; P. VAN OMMESLAGHE, «La responsabilité du banquier dispensateur du crédit en droit belge», *Rev. Banque*, 1979, 33; zie ook L. SIMONT, «Les administrateurs de facto», noot onder Hof Brussel, 6 mei 1963, *R.C.J.B.*, 1966, 463; BANKCOMMISSIE, *Jaarverslag*, 1969-70, 70, en 1970-71, 153.

³⁶ P. VAN OMMESLAGHE, «Développements récents de la responsabilité civile professionnelle en matière économique», *Jeune Barreau*, 1978, nr. 11, blz. 28; VAN RIJN, I, eerste druk, nr. 610, blz. 396; J. RONSE, *Algemeen deel Vennootschapsrecht*, 1975, blz. 461.

³⁷ G. SUETENS-BOURGEOIS, *De verhouding meerderheid-minderheid in de naamloze vennootschap*, Leuven, 1969, nr. 511, blz. 319 en nr. 439, blz. 265.

³⁸ J. RONSE, «Nietigheid van besluiten van de organen van de naamloze vennootschap», Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, *Jaarboek 1965-66*, 398.

³⁹ G. HORSMANS, «Le juge des référés et le droit des sociétés», *R.P.S.*, 1969, 47 e.v.; Kh. Brussel, kort ged., 29 mei 1968, *R.P.S.*, 1970, 5535; Kh. Brussel, kort ged., 27 april 1978, *R.P.S.*, 1978, 236; Hof Brussel, 8 december 1978, *R.P.S.*, 1979, 246.

⁴⁰ Kh. Brussel, 6 juni 1977, *R.P.S.*, 1977, 202; RONSE, a.w., in voetnoot 38, blz. 397 en 309, en VAN OMMESLAGHE, a.w., in voetnoot 36, blz. 29.

dat ook het bestuur de nietigverklaring kan vorderen⁴¹.

Schuldeisers daarentegen worden geacht niet over een vordering tot nietigverklaring te beschikken⁴². Eventueel kunnen zij wel op grond van art. 1167 B.W. opkomen tegen de rechtshandeling die de uitvoering is van het besluit⁴³.

Ten slotte kunnen de bestuurders zelf worden aangesproken door individuele aandeelhouders indien zij een schade hebben geleden die onderscheiden is van de schade die door het collectieve belang van de aandeelhouders in evenredigheid met hun aandelenbezit werd geleden, en door schuldeisers indien de bestuurders zich bij de besluitvorming schuldig hebben gemaakt aan bedrog of indien zij uitvoering hebben gegeven aan besluiten die indruisen tegen de vennootschapswet of de statuten⁴⁴.

B. De wijze waarop van de respectieve bevoegdheid gebruik kan gemaakt worden

Wat de algemene vergadering betreft is het een onvervreemdbaar recht voor elke aandeelhouder om deel te nemen aan de algemene vergadering waar de besluiten moeten worden toegelicht en ter discussie staan⁴⁵.

De vraag is dan hoe het stemrecht van de aandeelhouders moet worden beoordeeld opdat het besluit dat er de resultante van is zou kunnen worden aangevochten.

De mate waarin aan het stemrecht een functioneel karakter kan worden toegekend, is niet op eenvormige wijze aan te duiden. Zeker kunnen de aandeelhouders hun stemrecht uitoefenen in hun eigen aandeelhoudersbelang, bv. n.a.v. een beslissing om de winst te reserveren of dividenden uit te keren, of n.a.v. een beslissing om décharge te verlenen of de actio mandati in te stellen. Dit neemt echter niet weg dat het stemrecht te goeder trouw moet worden uitgeoefend, d.w.z. dat deze beleidsbeslissingen moeten beantwoorden aan wat redelijk aanvaardbaar is. Vallen de beslissingen op een klaarblijkelijke wijze buiten dit kader, dan kunnen zij als onrechtmatig beschouwd worden⁴⁶⁻⁴⁷.

Zijn er mogelijk nog twijfels omtrent het functioneel karakter van het stemrecht, dan kan daarentegen betreffende de bevoegdheden van het bestuur een eensgezindheid worden vastgesteld ten aanzien van het functioneel karakter ervan⁴⁸.

De bevoegdheden van het bestuur moeten met name uitgeoefend worden in het belang van de vennootschap. Wat dit belang juist inhoudt is moeilijk nauwkeurig te omschrijven. Toch kunnen een aantal graduele indicaties gegeven worden⁴⁹.

Zo mogen de bestuurders zich niet laten leiden door hun persoonlijk belang. Dit persoonlijk belang omvat niet alleen het geval waarin de bestuurder zelf als tegenpartij met de vennootschap wil handelen, maar eveneens het geval waar de bestuurder een rechtshandeling afsluit met een derde waarbij hij een persoonlijk belang heeft op grond van bv. de leidende functie die hij bekleedt in de co-contracterende rechtspersoon⁵⁰.

Vervolgens moeten de bestuurders de belangen van de vrije aandeelhouders, dit zijn de andere dan de controle-rende aandeelhouders, ontzien⁵¹.

Verder wordt voornamelijk door de Bankcommissie van de bestuurders gevraagd dat zij ook op positieve wijze de belangen van de vrije aandeelhouders behartigen⁵².

bruik», *W.P.N.R.*, 1980, nr. 5504, blz. 62, vnl. blz. 65; BANK-COMMISSIE, *jaarverslag*, 1978-79, 106 e.v., inzake overdracht van controleparticipatie.

⁴⁷ P. COPPENS, «Du caractère intentionnel de l'abus de majorité», *R.P.S.*, 1955, 292; D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Parijs, 1970, nr. 231, blz. 173; Kh. Brussel, 6 juni 1977, *R.P.S.*, 1977, 202; J. RONSE, «Marginale toetsing», *T.P.R.*, 1977, 207 e.v., vnl. blz. 210; P. COPPENS, noot onder Hof Bergen, 7 februari 1979, *R.P.S.*, 1979, 75; VAN OMME-SLAGHE, *a.w.*, in voetnoot 36, blz. 30.

⁴⁸ Hof Brussel, 13 januari 1971, *R.C.J.B.*, 1973, 260, met noot Y. SCHOENTJES-MERCHIERS; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, blz. 173 e.v., nr. 67 in fine; RONSE, *a.w.*, in voetnoot 22, nr. 355, blz. 190; VAN RIJN en VAN OMME-SLAGHE, «Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 1973, 533, nr. 69; BANKCOMMISSIE, *Jaarverslag*, 1978-79, 106 e.v. inzake overdracht van controleparticipatie.

⁴⁹ MAEIJER, *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap*, Deventer-Antwerpen 1964; LÖWENSTEYN, «De naamloze vennootschap als raakpunt van contraire belangen», in *Honderd jaar rechtsleven*, blz. 85.

⁵⁰ Art. 60 Venn. W.; VAN RIJN, I, eerste druk, nrs. 599 en 600; FREDERICQ, *Traité*, II, nrs. 428 en 429; J. RONSE, *Algemeen deel Vennootschapsrecht*, 1975, blz. 404.

⁵¹ G. KEUTGEN, *Le droit des groupes dans la C.E.E.*, 1973, blz. 168 e.v.; SCHMIDT, *a.w.*, voetnoot 46, 161; zie ook voetnoten 46 en 47.

⁵² Voornamelijk naar aanleiding van de overdracht van een controleparticipatie is men het binnen deze context niet eens. De aanbevelingen van de Bankcommissie voor de controlerende aandeelhouder en voor de bestuurders die er de emanatie van zijn, waarbij gestreefd wordt naar een gelijke behandeling van alle aandeelhouders wordt niet door iedereen goedgekeurd vnl. niet omdat de overdracht van aandelen geen verband houdt met het vennootschapsleven maar een privé-transactie is. Zie BANKCOMMISSIE, *Jaarverslag*, 1970-71, 142, en 1978-79, 106 e.v.; SIMONT, *a.w.*, in voetnoot 25, blz. 37 e.v.; P. VAN OMME-SLAGHE, «Les devoirs des administrateurs et des actionnaires prépondérants envers les actionnaires minoritaires d'une société en cas de cession de contrôle de cette société en droit belge et en droit comparé», in *Festschrift J. Bärmann*, München, 1975, blz. 140; Cl. LEMPEREUR,

⁴¹ RONSE, *a.w.*, in voetnoot 25, nr. 38, blz. 167.

⁴² RESTEAU, II, 1221, blz. 340; FREDERICQ, *Traité*, II, nr. 491, blz. 696.

⁴³ VAN OMME-SLAGHE, *a.w.*, in voetnoot 29, nr. 331, blz. 548. Wat de actio Pauliana betreft kan een strafrechtelijk onderzoek (490bis Sw.) mogelijk enig soelaas bieden.

⁴⁴ VAN RIJN, I, eerste druk, nr. 618, blz. 399; J. RONSE, *Algemeen deel Vennootschapsrecht*, 1975, blz. 468; zie ook voetnoot 36.

⁴⁵ Cass., 4 april 1975, *R.W.*, 1974-75, 461, met concl. F. DUMON; J. HEENEN, «L'inobservation des règles de forme prescrites pour les délibérations des organes d'une société ou d'une association», noot onder Cass., 4 april 1975, *R.C.J.B.*, 1977, 558, vnl. nr. 14, blz. 567; VAN RIJN, I, eerste druk, nr. 718, blz. 447; RONSE, *a.w.*, in voetnoot 38, blz. 390; RONSE en VAN HULLE, *a.w.*, in voetnoot 23, nr. 226, blz. 836.

⁴⁶ P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, Leuven, 1947, nrs. 53 en 55; R. PIRET, «La protection des minorités en droit belge», *R.P.S.*, 1953, 162; VAN NESTE, «Misbruik van recht», nr. 40, *T.P.R.*, 1967, 365; VAN RIJN, I, eerste druk, nr. 713; SUETENS-BOURGEOIS, *a.w.*, nr. 89 e.v., blz. 302; W. VAN GERVEN, «Bedrijfsbezetting en verkoop in eigen beheer door werknemers van de onderneming», *R.W.*, 1976-77, 66, vnl. 72; RONSE, *a.w.*, in voetnoot 38, blz. 392 e.v.; VAN OMME-SLAGHE, *a.w.*, in voetnoot 21, blz. 318; VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht* 1978, blz. 39; W. VAN GERVEN, «Variaties op het thema mis-

Zoals hierboven is opgemerkt, wordt daarnaast door de rechtspraak ook nog rekening gehouden met de belangen van de werknemers, hetgeen men uitdrukt door te zeggen dat het bestuur zich heeft te richten naar het belang van de onderneming die door de vennootschap wordt gedreven⁵³.

Hieruit moge blijken dat het vennootschapsbelang een resultante is van verschillende vaak conflicterende belangen.

De vraag die nu aan de orde komt, is welke de gevolgen zijn van een besluit van een vennootschapsorgaan dat in strijd is met het aldus begrepen vennootschapsbelang.

In veruit de meeste gevallen gaat het over beleidsbeslissingen waarvoor het bestuur in principe slechts aansprakelijk is t.a.v. de vennootschap c.q. de controlerende aandeelhouder van wie het gewoonlijk de emanatie is⁵⁴. Dit heeft tot gevolg dat de vennootschap zelf niet vaak een vordering zal instellen tenzij dan n.a.v. een machtswisseling of na faillissement door de curator⁵⁵.

Daarbij komt dat deze beleidsbeslissingen door de rechter slechts marginaal getoetst worden, d.w.z. dat zij slechts tot aansprakelijkheid aanleiding zullen geven wanneer de handelingen buiten de marge vallen waarin zorgvuldige en onderlegde beheerders verschillende opvattingen konden hebben⁵⁶.

De afwending van bevoegdheid of het rechtsmisbruik die typegevallen van onrechtmatige daad zijn, zullen niet zo gemakkelijk aanvaard worden⁵⁷. Wel is het zo dat, als deze onrechtmatige daad vastgesteld wordt, zij een aansprakelijkheid oplevert t.a.v. een ieder die er schade door heeft geleden. De beheersfout is dan tegelijk een onrechtmatige daad aangezien de verweten handeling inbreuk maakt op een anders recht of de tekortkoming is aan de algemene verplichting tot zorgvuldigheid die, afgezien van de contractuele verplichtingen jegens de vennootschap, tegenover een ieders persoon of goed in acht dient te worden genomen⁵⁸.

Mogelijk is ook dat de beleidsfout in geval van faillissement door de curator als een kennelijk grove fout wordt opgevat en dat, met toepassing van art. 63ter Venn. W., de bestuurders veroordeeld kunnen worden tot het geheel of

een deel van de schulden van de vennootschap tot beloop van het gebrek aan actief⁵⁹.

Voor de individuele aandeelhouder komt het er, zoals gezegd, op aan dat hij aantoonde dat hij een schade heeft geleden die onderscheiden is van de schade die door het collectieve belang van de aandeelhouders in evenredigheid met hun aandelenbezit is geleden.

Daarnaast wordt hun, zoals aan de leden van het bestuur, de mogelijkheid toegekend om de besluiten van de algemene vergadering of de raad van beheer nietig te laten verklaren⁶⁰ wanneer zij strijdig zijn met het vennootschapsbelang.

Uit deze summier samenvatting moge blijken dat het zwaartepunt gelegen is bij de bestuurders, zowel op het vlak van de bevoegdheid als op het vlak van de aansprakelijkheid.

Na dit intern vennootschappelijk onderzoek komt het erop aan te weten of en wanneer men de moeder kan aanspreken.

In deze context is het gepast even te wijzen op de Guidelines van de O.E.S.O.

«The I.M.E. Committee⁶¹ has stated in line with the agreements developed by the Belgian Government⁶² that the Guidelines do not imply an unqualified principle of parent-company responsibility; this means, however, that there is a «qualified» principle of parent company responsibility; this responsibility is, in the I.M.E. report, further qualified in the light of such factors as aspects of the relationship between the parent company and the subsidiary (the extent to which decisions are taken by headquarters) and the conduct of the parent company»⁶³.

Deze verklaring bevat zo treffend de beginselen van de aansprakelijkheid van de moeder, ook naar Belgisch recht zoals verder zal worden aangetoond, dat men zich de vraag kan stellen of de Guidelines niet als louter moreel bindende richtlijnen⁶⁴ hebben vastgesteld wat in werkelijkheid tot de rechtsplichten van de moeder behoort.

In deze formulering zit immers de aanduiding dat de moeder enerzijds ten gevolge van haar contractuele of quasi-delictuele relaties mogelijk ter zake kan geroepen worden en anderzijds als aandeelhouder gehouden kan zijn tot nakoming van de verbintenissen van haar dochter.

Aansprakelijkheid van de moeder op grond van contractuele of quasi-delictuele verhoudingen

Hierboven werd opgemerkt dat de bestuurders de belangrijkste dragers van aansprakelijkheid zijn in het vennootschappelijk gebeuren.

Derhalve is het niet onbelangrijk te weten of de bestuurders die de emanatie zijn van de moeder, kunnen

«Cession de majorité et protection des actionnaires minoritaires en droit comparé», *R.P.S.*, 1978, 140 e.v.

Hoe dat ook zij, m.i. hebben de bestuurders in elk geval de plicht alle aandeelhouders te informeren over een mogelijke overdracht van controleparticipatie.

⁵³ Zie voetnoten 21 en 22.

⁵⁴ P. COPPENS, *Les bons comportements des administrateurs et des gérants appréciés au regard de la jurisprudence et de la doctrine*, blz. 3, lezing gehouden op de studiedag van de Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen te Brussel op 12 december 1979.

⁵⁵ Kh. Brussel, 27 april 1978, *R.P.S.*, 1978, 276.

⁵⁶ VAN DER GRINTEN, «Marginale toetsing», in *Beekhuisbundel*, blz. 109; J. RONSE, «Marginale toetsing», *T.P.R.*, 1977, 207; VAN OMMESELAGHE, zie voetnoot 36.

⁵⁷ Kh. Brussel, 27 april 1978, *R.P.S.*, 1978, 276, vnl. blz. 284; Kh. Brussel, 24 juli 1978, *R.P.S.*, 1979, 278; Hof Brussel, 8 december 1978, *R.P.S.*, 1979, 246.

⁵⁸ VAN OMMESELAGHE, a.w., in voetnoot 35, blz. 7 en a.w., in voetnoot 36, blz. 19; RONSE en VAN HULLE, «Overzicht van rechtspraak 1968-77, vennootschappen», nr. 198 e.v., *T.P.R.*, 1978, 821 e.v.

Zie ook Cass., 4 juni 1971, *R.W.*, 1971-72, 371; Cass., 7 december 1973, *R.W.*, 1973-74, 1597, met noot J. HERBOTS; Cass., 15 september 1977, *R.W.*, 1978-79, 325.

⁵⁹ J. RONSE, «De facultatieve aansprakelijkheid van beheerders en zaakvoerders na faillissement met ontoereikend actief», *V.E.V.*, 1979 en *R.P.S.*, 1979, 292.

⁶⁰ RONSE, zie voetnoot 25.

⁶¹ The Committee on International Investment and Multinational Enterprises.

⁶² N.a.v. de Badger Case.

⁶³ R. BLANPAIN, *The O.E.C.D., Guidelines for Multinationals*, 1979, nr. 132, blz. 145 en nr. 252, blz. 273.

⁶⁴ BLANPAIN, a.w., in vorige voetnoot, nr. 234.

worden beschouwd als haar aangestelden volgens art. 1384, derde lid, B.W.

In concernverhoudingen wordt vaak vastgesteld dat de bestuurders van de dochter werknemers zijn van de moeder. Uit deze omstandigheid mag men niet zonder meer besluiten dat het uitoefenen van de bestuursfunctie vervat ligt in de arbeidsovereenkomst. De juridische zelfstandigheid van de bestuursfunctie verzet zich tegen de uitoefening ervan in dienstverband⁶⁵⁻⁶⁶.

Dit sluit echter niet uit dat de bestuurder volgens omstandigheden toch als aangestelde beschouwd kan worden. Een feitelijke verhouding van ondergeschiktheid volstaat immers⁶⁷. De toepassing van art. 1384, derde lid, B.W. sluit de persoonlijke aansprakelijkheid van de aangestelde niet uit, maar geeft de mogelijkheid de opdrachtgever in de vordering tot schadeloosstelling te betrekken⁶⁸.

Verder lijkt het ook mogelijk de moeder rechtstreeks aan te spreken als derde medeplichtige aan een wanprestatie van de dochter.

Om te voldoen aan de eisen van derde medeplichtige is meer vereist dan louter kennis van een contract, de derde moet geholpen hebben bij de contractuele tekortkoming, gehandeld hebben met het oog op het niet-nakomen van de verbintenissen van de andere partij⁶⁹.

Een typevoorbeeld lijkt te zijn dat de moeder de dochter aanzet haar leverantieverbintenissen ten aanzien van haar schuldeisers te veronachtzamen ten voordele van haarzelf of een andere dochter.

Zo ook kan de moeder medeplichtig zijn aan een onrechtmatige daad van de dochter⁷⁰.

Ten slotte kan de moeder gehouden zijn voor de verbintenissen van de dochter op basis van de vertrouwensleer, meer specifiek op basis van de schijnvertegenwoordiging⁷¹.

Hierbij is vereist dat de derde te goeder trouw is. Hij moet zijn doen of laten in gewettigd vertrouwen hebben

afgestemd op de schijn die de andere heeft verwekt op het tijdstip waarop gehandeld is.

Doorbraak van beperkte aansprakelijkheid

Naast de hierboven summier omschreven mogelijkheden die ertoe strekken vergoeding te krijgen van de moeder die als subject onderscheiden is van de dochter, wordt nu onderzocht wanneer het vermogen van de vennoten van de dochter mee in rekening moet worden gebracht voor het bepalen van de omvang van het vermogen van de dochter.

Het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid van de vennoten is zoals bekend niet gebonden aan de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap. Zo zijn de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap beide rechtspersoon maar zijn de (werkende) vennoten hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap. Deze vennootschapsvormen worden dan onvolkomen rechtspersonen genoemd⁷² in tegenstelling tot de volkomen rechtspersoon waarbij de vennoten zich niet verder verbinden dan tot beloop van hun inbreng.

Over de vraag waarop het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid dan wel moet worden gebaseerd, bestaat geen eensgezindheid⁷³.

Hoe dan ook, het mag gesteld worden dat het bedoelde voorrecht verbonden is aan een wettelijk voorziene rechtsfiguur die bepaalde structuren oplegt samen met een hele reeks na te leven normen inzake het vermogen. Daarbij moet echter opgemerkt worden dat de vennootschapswet zelf een aantal sancties bepaald heeft bij overtreding van de door haar gestelde normen.

Deze sancties mogen niet voorbijgegaan worden zolang de autonome structuur blijft bestaan⁷⁴.

Wordt deze grens echter overschreden, dan past een meer globale aanpak.

Het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid, dat normaal verbonden is aan de zelfstandigheid van de volkomen rechtspersoon, wordt a.h.w. door de eigen gedragingen van de meester van de vennootschap verwerkt. Zodanige rechtsverwerking is niets anders dan een toepassing van de rechtsspreuk «*contra factum proprium nemo venire potest*»⁷⁵.

Volgens de rechtspraak wordt deze situatie gekwalificeerd als een naamlening waarbij de derden het recht hebben op basis van art. 1321 B.W. om zowel diegene die zijn naam leent als diegene die onder de naam van de naamleener heeft gehandeld, aan te spreken⁷⁶.

⁷² J. RONSE, *Algemeen deel Vennootschapsrecht*, 1975, blz. 234.

⁷³ A. PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit des sociétés et groupes de sociétés*, Genève, 1972, blz. 49 e.v.; RAAIJMAKERS, *Handelingen der N.J.J.*, 1977, deel I, eerste stuk, blz. 68.

⁷⁴ O.m. Hof Antwerpen, 30 november 1978, *R.P.S.*, 1979, 272; Cass., 11 januari 1979, *R.P.S.*, 1979, 243.

⁷⁵ J. RONSE, «Waarheid en leugen omtrent de onderneming met beperkte aansprakelijkheid», *Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België*, 1978, nr. 2, blz. 15; CLIVE M. SCHMITTHOFF, «Group Liability of Multinationals», blz. 71, vnl. blz. 83 in *Legal problems of multinational corporations*, London, 1977; VAN OMME-SLAGHE, «Rechtsverwerking en afstand van recht», *T.P.R.*, 1980, 39.

⁷⁶ J. RONSE, «Overzicht van rechtspraak 1968-77. Vennootschappen», nr. 131 e.v., *T.P.R.*, 1978, 783 e.v.; VAN OMME-

⁶⁵ Een andere vraag is of een bestuurder naast zijn bestuursstaak ook nog een arbeidscontract met de vennootschap kan sluiten. Hierop wordt bevestigend geantwoord voor zover de arbeidstaak onderscheiden is van de bestuursstaak en hij deze arbeidstaak verricht onder leiding, toezicht en controle van de raad van bestuur als college. Zie Arbh. Luik, 9 februari 1972, *R.P.S.*, 1973, 216, met noot P. DENIS; Cass., 20 oktober 1976, *R.P.S.*, 1978, 53.

⁶⁶ Mocht men aanvaarden dat de beheersfunctie onder deze omstandigheden toch de uitoefening van een (Belgisch) arbeidscontract is, dan zou dit ook betekenen dat art. 18 Wet Arbeidsovereenkomst (W. 3 juli 1978, *B.S.*, 22 augustus 1978) zou moeten worden toegepast, hetgeen de persoonlijke aansprakelijkheid van de werknemer zeer sterk beperkt, wat toch moeilijk kan worden aanvaard. Vgl. Parijs, 16 mei 1978, *Rev.Soc.*, 1979, 72, noot J.G.

⁶⁷ DE PAGE, II, nr. 986, blz. 1012; Cass., 20 maart 1972, *R.W.*, 1972-73, 903; R. KRUIJTHOF, «Aansprakelijkheid voor andermans daad», nr. 27 e.v., *R.W.*, 1978-79, 1415 e.v.

⁶⁸ DE PAGE, II, nr. 970, blz. 984.

⁶⁹ VAN GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 126, blz. 397; Cass., 9 november 1973, *R.W.*, 1973-74, 1261, met noot J. STUYCK; VAN RIJN en HEENEN, *Principes*, 1976, nr. 212, blz. 219.

⁷⁰ DE PAGE, II, nr. 1032, blz. 1079 e.v.

⁷¹ VAN GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 78, blz. 260, en nr. 152, blz. 497; Cass., 13 januari 1972, *Pas.*, I, 472; RAAIJMAKERS, «Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen», *Handelingen der Nederlandse Juristen Vereniging*, Zwolle, 1977, blz. 41; zien in dit verband ook M. OBERMULLER, «Die Patronats-erklärung», *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1975, 1.

Om de beperkte aansprakelijkheid te doorbreken moet er dus een geheel van feiten zijn die aantonen dat er een structurele miskenning van patrimoniale en organisatorische autonomie van de vennootschap voorhanden is.

Zonder tot een herhaling te willen komen van de studies die daarover reeds gemaakt zijn⁷⁷ lijken mij binnen een concern volgend *cumulative* gegevens relevant om tot doorbraak te besluiten.

Vooraf zij opgemerkt dat de doorbraak van een vennootschap tot een andere vennootschap vooralsnog niet veel voorkomt in de rechtspraak⁷⁸.

Zo lijkt in aanmerking te kunnen komen het feit dat de moeder de dochter organisatorisch behandelt als ware zij een onzelfstandige vestiging. Daarbij kan deze behandeling dan formeel en materieel getoetst worden, waarmee wordt bedoeld dat niet alleen moet worden nagegaan of de raad van bestuur en de algemene vergadering regelmatig bijeekomen maar bovendien moet worden nagegaan of deze organen daadwerkelijk functioneren⁷⁹.

Vervolgens geeft een ontoereikend kapitaal een goede grond⁸⁰. Het zou te ver leiden deze grond te diversifiëren maar toch kunnen hier de volgende bedenkingen aan vastgeknoot worden.

In de eerste plaats is het een onrechtmatige daad van de bestuurders dat zij verbintenissen aangaan waarvan zij weten of behoren te weten dat zij niet zullen kunnen worden nagekomen⁸¹.

Vervolgens kunnen de oprichters volgens de artt. 29ter Venn. W. en 35, 6°, Venn. W. hoofdelijk aansprakelijk gesteld worden wanneer het kapitaal kennelijk ontoereikend was voor de normale uitoefening van de voorgenomen bedrijvigheid over ten minste twee jaar indien het faillissement wordt uitgesproken binnen drie jaar na de oprichting. Deze bepalingen sluiten echter een onrechtmatige daad van de oprichters niet uit⁸². Rekening moet hierbij echter gehouden worden met de situatie van de schuldeiser die nagelaten heeft zich op de hoogte te stellen

van de vermogenstoestand van de schuldeiser⁸³. Waarbij op zijn beurt rekening moet worden gehouden met de al dan niet concrete weergave van de vermogenstoestand van de vennootschap in de gepubliceerde jaarrekening.

Het komt in deze context dan ook vaak voor dat de moeder leningen gaat toestaan aan haar dochter al dan niet tegen (zware) zekerheden, hetgeen rekening houdend met de onderkapitalisatie een grond tot doorbraak kan zijn. Eventueel kan echter ook het bevoorrecht karakter van de vordering van de moeder ontnomen worden ofwel kan de vordering als een postconcurrente schuldvordering beschouwd worden zodat zij als een kapitaalschuld moet worden behandeld⁸⁴.

Onder deze categorie kan men derhalve volgens omstandigheden een vermenging van kredietwaardigheid vaststellen.

Daarnaast is het aangaan van al te voordelige overeenkomsten tussen moeder en dochter, waarbij dus een verdoken winstoverdracht gerealiseerd wordt, eveneens een element om tot een doorbraak te besluiten⁸⁵.

De doorbraakopvatting kan op verschillende terreinen van het recht belangrijk zijn en uiteraard wordt in de eerste plaats gedacht aan doorbraak bij faillissement van de dochter. Onderstreept moet worden dat daarbij het faillissement van de dochter niet noodzakelijk moet worden uitgebreid tot de moeder. Is de moeder in staat om de schulden van de dochter te betalen dan volstaat een tenlastelegging van het passief van de dochter op de moeder⁸⁶. Maar ook op andere vlakken kan de doorbraakopvatting van toepassing zijn⁸⁷. Het zij echter opgemerkt dat op deze andere gebieden niet zozeer de beperkte aansprakelijkheid doorboord wordt maar veeleer de rechtspersoonlijkheid, hetgeen in deze uiteenzetting buiten beschouwing gelaten wordt.

Een laatste punt dat zich in deze context opdringt, is te

SLAGHE, «Rechtsverwerking en afstand van recht», *T.P.R.*, 1980, 39.

⁷⁷ RONSE, a.w., in voetnoten 75 en 76, nr. 123 e.v., blz. 776; Cass., 26 mei 1978, *R.W.*, 1978-79, 846, met noot H. BRAECKMANS en Hof Gent, 14 maart 1978, *R.W.*, 1978-79, 871, met noot H. BRAECKMANS.

⁷⁸ In de vorige noot geciteerde uitspraak van het Hof Gent; Kh. Oostende, 11 december 1969, *R.P.S.*, 1970, 137; Kh. Brussel, 20 februari 1975, *J.T.*, 1975, 401, met noot GLANSORFF.

⁷⁹ VAN GERVEN, «Variaties op het thema misbruik», *W.P.N.R.*, 1980, nr. 5504, blz. 67; VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht*, 1978, blz. 183; A. CONARD, *Corporations in Perspective*, New York 1976, blz. 428; ROELVINK, «Door rechtspersonen heen kijken», *Handelingen NJV*, 1977, deel I, eerste druk, blz. 154; Kh. Brussel, 29 maart 1977, *R.P.S.*, 1977, 143, met noot P.C.

⁸⁰ A. PUELINCKX, «De controle op de jaarrekeningen van dochtermaatschappijen van vreemde vennootschappen», *Rev. Banque*, 1968, 604; VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht*, 1978, blz. 184; RAAIJMAKERS, *Joint Ventures*, nr. 359, blz. 236; Kh. Luik, 14 november 1967, *R.P.S.*, 1967, 23.

⁸¹ Kh. Charleroi, 12 oktober 1976, *R.P.S.*, 1976, 143, vnl. blz. 163; Hof Bergen, 16 mei 1979, *R.P.S.*, 1979, 158 vnl. blz. 189; Kh. Charleroi, 10 januari 1979, *R.P.S.*, 1979, 315, vnl. blz. 320.

⁸² Cass., 10 januari 1929, *Pas.*, I, 1929, 55, vnl. blz. 57; VAN RIJN, I, eerste druk, nr. 505, blz. 342; FREDERICQ, *Traité*, IV, nr. 320, blz. 503.

⁸³ Rb. Hoei, 23 mei 1973, *R.P.S.*, 1974, 177.

⁸⁴ Hof Luik, 1 februari 1978, *J.T.*, 1979, 180; VAN OMME-SLAGHE, a.w., in voetnoot 76, blz. 44; Hof Luik, 12 april 1977, *R.P.S.*, 1977, 192; Kh. Verviers, 8 juli 1976, *R.P.S.*, 1977, 192; MARCUS LUTTER en PETER HOMMELHOFF, «Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung in der GmbH», *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, 1979, 31; HERMUT GROSSMANN, *Gesellschaftsdarlehen bei Insolvenz*, Berlin, 1978; E.V. CAEMMEZER, «Unterkapitalisierung und Gesellschafterdarlehen E. CAEMMERE», *Unterkapitalisierung und Gesellschafterdarlehen*, in *Quo vadis ius societatum, Liber Amicorum, P. Sanders*, blz. 17 e.v. vn. blz. 20; RAAIJMAKERS, *Joint Ventures*, nr. 362, blz. 240; PUELINCKX, a.w., N. CARY, *Corporations, cases and materials*, 1969, blz. 119 e.v.; BALLENTINE, *Law of Corporations*, 1946, blz. 302.

⁸⁵ BANKCOMMISSIE, *Jaarverslag*, 1970-71, 189 e.v.; zie ook *Jaarverslag*, 1975-76, 136.

⁸⁶ J. RONSE en K. VAN HULLE, «Overzicht van rechtspraak 1969-1977. Vennootschappen», nr. 143, *T.P.R.*, 1978, 791; P. COPPENS, «La faillite personnelle du maître de la société», *R.P.S.*, 1967, 205; Y. DUMON en F. MAUSSON, «Propos sur la notion d'extension de la faillite en droit belge et en droit comparé», *J.C.B.*, 1974, 189 en 206.

⁸⁷ VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht*, 1978, blz. 50 e.v. (merkenrecht, octrooirecht, kartelrecht, maar ook inzake verkoopconcessies); Kh. Brussel, 24 oktober 1977, *R.P.S.*, 1979, 86; anders: Hof Brussel, 17 januari 1978, *R.P.S.*, 1978, 232; zie ook in het arbeidsrecht bv. «L'ancienneté et la notion de même employeur», M. TAQUET en C. WANTIEZ, *J.T.*, 1972, 129 e.v.

weten welke wet moet worden toegepast om de moeder aan te spreken⁸⁸.

Uitgaande van het gegeven in het Belgisch I.P.R., dat voor de bepaling van de *lex societatis*, d.i. de wet die haar statuut beheerst, de werkelijke zetel als criterium in acht neemt, moet de vraag gesteld worden wat het statuut van de vennootschap omvat. In algemene termen moge beschouwd worden dat onder het statuut van een vennootschap vallen, de oprichtingsvereisten waaronder de zgn. beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouders en regels inzake ontbinding en eveneens al wat de interne organisatie betreft. Met de interne organisatie worden onder meer bedoeld de bevoegdheden van het bestuur en de algemene vergadering, de positie van de vrije aandeelhouders⁸⁹, eventueel de participatie van de werknemers.

Wil men nu de vennoten aanspreken op grond van de doorbraaktheorie dan wordt niet de *lex societatis* toegepast aangezien het hier niet gaat over het statuut van de aandeelhouders als zodanig. Het gaat veeleer om de beoor-

deling van de gedraging van deze aandeelhouders, hetgeen de toepassing van de *lex fori*, in voorkomend geval de *lex loci delicti* meebrengt al naar gelang men het optreden van de aandeelhouders beschouwd als een naamlening dan wel als rechtsmisbruik.

Wil men de aandeelhouders aanspreken op grond van hun contractuele of quasi-delictuele gedraging, dan worden hierop respectievelijk de *lex contractus* en de *lex loci delicti* toegepast⁹⁰.

De volgende bedenkingen kunnen hier bij wijze van conclusie naar voren gebracht worden.

In de eerste plaats zijn vooralsnog geen duidelijke problemen voor de rechtbanken gekomen wat de situatie betreft van de schuldeisers van een dochter van een buitenlandse moeder. Ten tweede is de rol van de Bankcommissie moeilijk te onderschatten waar het de positie van de vrije aandeelhouders betreft die ook met succes een beroep kwamen doen op de procedure in kort geding.

Ten derde worden de werknemers soms op extra-juridische wijze beschermd; gedacht wordt met name aan de O.E.S.O.-gedragsregels voor multinationale ondernemingen.

Of echter deze punten voldoende zijn blijft een open vraag.

⁸⁸ Zie OTTO SANDROCK, «Die Multinationale Korporation im internationalen Privatrecht», in *Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen*, Heidelberg-Karlsruhe, 1978, blz. 168 e.v.; ROELVINK, a.w., in voetnoot 79, blz. 63.

⁸⁹ Zie P. VAN OMMESELAGHE en F. MAN, resp. blz. 59 en 39, in *Colloque international sur le droit international privé des groupes de sociétés*, Genève 1973.

⁹⁰ Zie H.G. KOPPERSTEINER, blz. 79, en E. REHBINDER, blz. 126, a.w., in vorige noot.

DE ONDERNEMING : EEN UITDAGING VOOR HET RECHT

*Preadvies door J. Colaes,
assistente aan de U.I.A.*

It has been noted that «the evolution of the criminal law has been in response to deep seated economic and social wants» (Hall, J.). The doctrine of corporate criminal liability is no exception (Elkins, J.R.).

Inleiding

1. Strafrechtelijke (niet-)aansprakelijkheid van ondernemingen en andere collectiviteiten is een actuele bekommernis, zowel op nationaal vlak als in Benelux- en Europees verband. Reeds tientallen jaren is dit onderwerp bron van talrijke studies¹.

De huidige tendens is geen illustratie van het feit dat de geschiedenis zich herhaalt. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van groepen, zoals men ze in primitieve samenlevingen aantreft, is een werkelijke «collectieve verantwoordelijkheid». Zij steunt op twee kernbegrippen : eigenrichting enerzijds en familie of clan anderzijds. Alle leden van de groep worden zowel actief als passief bij de bestrafing betrokken.

In latere eeuwen wordt strafrechtelijke vervolging een taak van bepaalde vertegenwoordigers van de staat. De collectiviteiten die strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden, beantwoorden aan een bepaalde structuur : gemeenten, corporaties, gilden en dergelijke². Het strafrecht wordt hoofdzakelijk gekenmerkt door een vergeldende functie³.

Het Strafwetboek van 1810, aansluitend bij de tijdsgeest, is doordrongen van een geest van individualisme. Het erkent strafrechtelijke aansprakelijkheid enkel bij individuele fysieke personen. Die van rechtspersonen wordt uitdrukkelijk ontkend door de rechtsleer.

¹ Het kwam aan bod op verscheidene congressen en studiedagen, bijvoorbeeld het II^e Internationaal Congres voor Strafrecht, Bukarest, 6-10 okt. 1929 ; het Ve Internationaal Congres voor Rechtsvergelijking, Brussel 4-9 aug. 1958 ; de XV^e Frans-Belgisch-Luxemburgse studiedagen voor Strafwetenschappen, Brussel, 14-15 mei 1976 ; de Ve Studiedagen van het Instituut voor Criminologie, Univ. Parijs II, 19-20 mei 1976 ; het Xe Internationaal Congres voor Rechtsvergelijking, Budapest 23-28 aug. 1978 ; de Internationale Conferentie te Messina 30 april - 6 mei 1979.

² Cf. de Ordonnance pour les matières criminelles van 1670, titel XXI, «De la manière de faire le procès aux communautés des villes bourgs et villages, corps et compagnies» ; decreet van 10 vendémiaire jaar IV van de Franse Republiek sur la police intérieure des communes de la République, *Bulletin Usuel des lois et arrêtés*, nr. 1 (1539-1813), 112.

³ Zie Fr. CHABAS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, éd. Montchrestien, Parijs, 1975, p. 7, nr. 2 ; W. Mc. VISK, «Toward a rational theory of criminal liability for the corporate executive», *The Journal of Criminal Law and Criminology* 1978 (1), (p. 75-91), p. 75 e.v.

Rond de eeuwwisseling⁴ ontstaat een reactie in de Franse rechtsleer. Hetzelfde geldt voor de Anglo-Amerikaanse rechtspraak⁵. In de twintigste eeuw kan men gewag maken van verzet van meerdere zijden : rechtsleer, rechtspraak en wetgeving.

Naast individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid moet ook plaats zijn voor een dergelijke aansprakelijkheid van collectiviteiten. Deze gedachte hangt samen met de collectivisering van het maatschappelijk leven, wat op ondernemingsvlak onder meer tot uiting komt in steeds grotere ondernemingen.

Het gaat nu niet langer meer om «collectieve verantwoordelijkheid». Het doel bestaat er thans in collectiviteiten te treffen in hun optreden als entiteit in het maatschappelijk leven. Dit optreden als entiteit in het maatschappelijk leven manifesteert zich onafhankelijk van de juridische structuur van de collectiviteit. Wel kan gesteld worden dat deze entiteiten in de schijnwerpers van de sociaal-economische criminaliteit⁶ de meeste aandacht verdienen. Er mag echter niet zonder meer voorbijgegaan worden aan de rol der andere collectiviteiten.

I. Afbrokkeling van het traditionele principe «societas delinquere non potest»

2. In de negentiende en begin twintigste eeuw werd in België toepassing gemaakt van het principe «societas delinquere non potest». Het arrest van het Hof van Cassatie van 17 september 1962⁷ nuanceert de vroegere stelling van het Hof in die zin dat aanvaard wordt «societas delinquere potest sed non puniri»⁸. Fundamenteel wijzigt deze bewe-

⁴ Prof. A. MESTRE, schreef in 1899 zijn thesis «*Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*», A. Rousseau, Parijs.

⁵ De eeuwwisseling betekende in de V.S. het begin van de aanvaarding van strafrechtelijke verantwoordelijkheid van corporaties. In de Engelse rechtspraak was dit reeds het geval in 1840 ; in 1889 bevestigde de Interpretation Act het principe.

⁶ In de ruimste zin van het woord. Zie «Les sanctions en matière de droit pénal économique», Vième Congrès international de droit comparé, Brussel 4-9 aug. 1958.

⁷ Cass., 17 sept. 1962, *Pas.*, 1963, I, 62.

⁸ Deze stelling werd in 1948 reeds verdedigd door de toenmalige proc.-gen. HAYOIT DE TERMICOURT (advies bij Cass., 16 dec. 1948), *J.T.*, 1949, 150.

ring niets op het punt van de aansprakelijkheid en bestrafing van de collectiviteit als entiteit.

De stelling «societas delinquere potest sed non puniri» wordt op verschillende manieren uitgehold. Men stelt vast dat naast de strafrechtelijke sancties, andere sancties ingang hebben gevonden, waaronder administratiefrechtelijke, civielrechtelijke en disciplinaire sancties. Voor collectiviteiten worden de problemen met betrekking tot de disciplinaire sancties voorsnog minder scherp gesteld.

Uiteindelijk komen de verschillende technieken neer op een bezorgdheid om op efficiënte wijze naleving van rechtsnormen af te dwingen van collectiviteiten en hen bij wijze van sanctie te treffen in hun optreden als entiteit.

Men kan daarbij twee zaken vaststellen. Ten eerste komt de efficiëntie in het gedrang door het gebrek aan eenvormigheid inzake sanctietechnieken. Ten tweede maakt men gebruik van andere technieken dan de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de collectiviteiten zelf. Men vreest fundamentele beginselen inzake strafrecht in het gedrang te brengen. Men ziet deze beginselen echter in het licht van het strafrecht zoals dat in 1810 is opgevat : men koppelt ze niet los van de organisatie van het strafrecht m.b.t. individuele fysieke personen.

3. Op het gebied van *strafrechtelijke sanctionering* ontwaart men inzake de aantasting van het bovenvermelde principe een drievoudige gradatie : de patrimoniale aansprakelijkheid van collectiviteiten voor sancties uitgesproken tegen fysieke personen die er deel van uitmaken (a), een reeks sancties die de collectiviteit zelf treffen hoewel de vervolging en veroordeling tegen fysieke personen plaats vinden (b) en tenslotte een rechtstreekse strafrechtelijke aansprakelijkheid van collectiviteiten (c)⁹. Daarop aansluitend zullen enkele tendenzen in de rechtsleer worden weergegeven (d).

a) De patrimoniale aansprakelijkheid van collectiviteiten voor bepaalde sancties als geldboeten, verbeurdverklaringen ... geldt niet algemeen. De entiteiten die de wet aansprakelijk verklaart, duidt men nu eens aan als rechtspersoon¹⁰, dan als vennootschappen¹¹, vennootschappen, verenigingen en inrichtingen met rechtspersoonlijkheid¹²

⁹ Hierbij kan nog vermeld worden art. 18 van de wet van 27 juni 1921 waarbij aan de V.Z.W. en de stichtingen rechtspersoonlijkheid wordt verleend (B.S., 1 juli 1921) : de civiele rechter kan ontbinding uitspreken op verzoek van een lid of belanghebbende derde maar ook van het openbaar ministerie ; deze ontbinding kan onder meer uitgesproken worden wegens schending van de openbare orde of van de wet.

¹⁰ Bijvoorbeeld art. 20 van de wet van 27 mei 1960 tot bescherming tegen misbruik van economische machtspositie (B.S., 22 juni 1960) ; art. 41, § 5, van de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de oppervlaktewateren tegen verontreiniging (B.S., 1 mei 1971, err. 14 juli 1971) ; art. 150, § 4, van de wet van 10 jan. 1977 houdende regeling van de schadeloosstelling voor schade veroorzaakt door het winnen en pompen van grondwater (B.S., 8 febr. 1977).

¹¹ Onder meer art. 11 K.B. nr. 64 van 10 nov. 1967 betreffende het statuut van portefeuillemaatschappijen (B.S., 14 nov. 1967) ; de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken (B.S., 30 juli 1971) maakt in art. 66 het onderscheid tussen vennootschappen die burgerlijk aansprakelijk zijn en handelsverenigingen zonder rechtspersoonlijkheid.

¹² Art. 18, § 1, van de wet van 1 juli 1956 op de verplichte verzekering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de wagenbestuurder (B.S., 15 juli 1956).

of als ondernemingen¹³. In vele sociale en fiscale wetten is de adressaat van deze aansprakelijkheid de «werkgever» zonder meer, welke ook de juridische vorm van de collectiviteit moge zijn. In principe kunnen de collectiviteiten verhaal uitoefenen tegen de fysieke personen wier patrimoniale straf zij voldaan hebben. In de regel gebeurt dit niet. Ondernemingen nemen integendeel soms vrijwillig de betaling ervan op zich¹⁴.

b) Sommige strafrechtelijke sancties worden uitgesproken tegen fysieke personen maar treffen rechtstreeks de groepering. Dit is hoofdzakelijk het geval met de sluiting van een onderneming of inrichting en schorsing van de werkzaamheden¹⁵. Hetzelfde kan gezegd worden met betrekking tot bepaalde publikatiestrafpen¹⁶, aanplakking¹⁷, verbeurdverklaring¹⁸ en vernietiging¹⁹.

c) Twee wettelijke bepalingen zouden kunnen wijzen op een afwijking in de wet zelf. Het zijn het decreet van 10 vendimiaire jaar IV van de Franse Republiek betreffende de aansprakelijkheid van de gemeenten voor schade door samenscholingen veroorzaakt²⁰ en de besluitwet van 29 juli 1946 betreffende het niet verantwoord optreden van tussenpersonen in de verdeling van produkten, grondstoffen enz.²¹. Het decreet van het jaar IV wordt nochtans beschouwd als stilzwijgend opgeheven, althans met betrek-

¹³ Bijvoorbeeld art. 74 K.B. nr. 225 van 7 jan. 1936 betreffende de hypothecaire leningen (B.S., 6-7 jan. 1936, err. 26 jan. 1936) ; art. 18 van de wet van 10 juni 1964 op het openbaar aantrekken van spaargelden (B.S., 20 juni 1964) ; art. 37 K.B. van 23 juni 1967 betreffende de controle op private spaarkassen (B.S., 30 juni 1967) ; art. 61 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle op verzekeringsondernemingen (B.S., 29 juli 1975).

¹⁴ L.H. LEIGH, «Politique et mesures pénales relatives aux infractions économiques» in CONSEIL DE L'EUROPE (ed.), *Aspects criminologiques de la délinquance d'affaires*, Etudes relatives à la recherche criminologique, Vol. XV, Strasbourg, 1977 (p. 119-188), p. 136, hierna verkort gecit. als «Politique et mesures pénales» ; § 717 van de New York Gen. Corp. Law verbiedt dergelijke praktijk uitdrukkelijk.

¹⁵ Onder meer art. 23, § 1, van de wet van 8 juli 1935 betreffende boter, margarine, bereide vetten en andere eetbare vetten (B.S., 31 juli 1935) ; art. 9, § 5, Besl. W. 22 jan. 1945 (gewijz. door de wet van 30 juli 1971) betreffende de economische reglementering en de prijzen (B.S., 24 jan. 1945, err. 11 febr. 1945 en B.S., 31 aug. 1971) ; art. 29 van de wet van 9 juli 1957 tot regeling van de verkoop op afbetaling en van zijn financiering (B.S., 26 juli 1957) ; art. 254 K.B. van 18 juli 1977 houdende coördinatie van de algemene bepalingen inzake douane en accijnzen (B.S., 21 sept. 1977, err. 28 okt. 1977) waar het gaat om het slopen van de fabriek of trafiek).

¹⁶ Bijvoorbeeld art. 23, § 1, van de wet van 8 juli 1935 betreffende boter, margarine, bereide vetten en andere eetbare vetten ; art. 9, § 6, Prijzenwet ; art. 65 van de wet betreffende de handelspraktijken ; zie ook art. 583 Faill. W.

¹⁷ Art. 23, § 1, van de wet van 8 juli 1935 betreffende boter, margarine, bereide vetten en andere eetbare vetten.

¹⁸ Art. 9, § 2, Prijzenwet.

¹⁹ Art. 15, § 2, van de wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen (B.S., 17 april 1964, err. 6 mei 1964).

²⁰ Titel IV luidt «Des espèces de délits dont les communes sont civilement responsables». Uit de redactie en het gebruik van de term boete (sera tenue de payer une amende) in art. 2 wordt de rechtstreekse strafrechtelijke aansprakelijkheid afgeleid.

²¹ En tot wijziging van de Besl. W. van 22 jan. 1945 betreffende de beteugeling van de inbreuken op de reglementering betreffende de bevoorrading van het land (B.S., 4 juli 1946).

king tot de bepalingen die onverenigbaar zouden zijn met de grondbeginselen van ons strafrecht²².

Algemeen bestempelt men de bepaling in de besluitwet van 1946 als een onachtzaamheid van de wetgever. Deze zou niet bedoeld hebben af te wijken van de principiële strafrechtelijke niet-aansprakelijkheid van collectiviteiten²³.

d) In de rechtsleer treft men een algemene verzuchting aan tot meer doeltreffende beteugeling van groepsriminaliteit. In die verzuchting kan in elk geval een afbrokkeling worden onderkend van het bovengenoemde traditionele principe. Toch zijn verschillende auteurs nog steeds ervan overtuigd dat het wenselijk is deze beteugeling op een andere wijze te verzekeren dan door onmiddellijke strafrechtelijke aansprakelijkheid van de collectiviteit.

Aldus wordt gewezen op de mogelijkheid om de formule van de patrimoniale aansprakelijkheid van rechtspersonen uit te breiden²⁴. Ook naar de conventionele toerekening wordt verwezen²⁵. De voorlegging van een organigram met taakverdelingen en verantwoordelijkheden zou op het vlak van individuele aansprakelijkheid nuttig kunnen zijn. De mogelijkheid van conventionele toerekening zal dan een objectieve strafrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingshoofden vermijden. Deze individuele aansprakelijkheid zou zelfs in groepsverband kunnen worden erkend.

Controle met betrekking tot de aanwijzing van verantwoordelijke personen is noodzakelijk om uitholling van de aansprakelijkheid te verhinderen²⁶. Het nut van deze formule lijkt beperkt te zijn tot aansprakelijkheid van de fysieke personen.

Men zou ook typische bedrijfsstraffen kunnen uitspreken tegen personen en uitvoeren op het groepspatrimonium of ten aanzien van de groepsactiviteiten. De vraag is dan of dit uiteindelijk niet leidt tot het automatisch gebruik van deze techniek als garantie voor de inning van patrimoniale straffen en tegelijkertijd tot miskennis van de individuele

aansprakelijkheid van de daders, uitvoerders. Deze formule ontnemt aan de groepering tevens de mogelijkheid zich te bevrijden van haar aansprakelijkheid.

Enkele auteurs rechtvaardigen de noodzaak tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van collectiviteiten hoofdzakelijk door de dikwijls voorkomende insolventie van de fysieke dader²⁷ of door de moeilijke identificatie van daders gezien de vaak complexe verdeling van verantwoordelijkheden²⁸. Op dat ogenblik wordt de financiële positie of aanwijsbaarheid van de dader grondslag van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Zij is dan slechts een palliatief voor de niet-geslaagde toepassing van een individuele vervolging.

Legros betreurt dat de Commissie voor de Hervorming van het Strafwetboek opteerde voor een strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen. Hij aanvaardt geen strafbaarheid van de rechtspersoon, wel haar aansprakelijkheid²⁹. Legros is wel gewonnen voor een uitbreiding van de techniek van administratiefrechtelijke sancties.

4. Dit brengt ons meteen op het punt van de boven vermelde *administratiefrechtelijke sancties*, waarbij reeds werd opgemerkt dat het onderscheid met strafrechtelijke sancties geenszins zuiver is.

De administratiefrechtelijke sancties kunnen naar inhoud zeker vergeleken worden met de strafrechtelijke³⁰. Zij omvatten naast inhouding van door de wet toegekende voordelen³¹ bijvoorbeeld ook geldboeten³², zegellegging en sluiting van inrichtingen gedurende een bepaalde termijn³³. De wet van 27 mei 1960 tot bescherming tegen misbruik van economische machtspositie voorziet in een voorafgaand

²² Zie B. COLEMAN, «Is corporate criminal liability really necessary?», *Southwestern Law Journal*, 1975 (29), (p. 908-927), p. 922.

²⁸ *Ibid.*, p. 922; J.R. ELKINS, «Corporations and the criminal law: an uneasy alliance», *Kentucky Law Journal*, 1976-77 (65), (p. 73-129), p. 83; W.B. FISSE, «Social policy of corporate criminal responsibility», *Adelaidé Law Review*, 1978 (6), (p. 361-412), p. 371-372.

²⁹ Zie R. LEGROS, «Observations sur le rapport de juin 1978 de la commission pour la révision du Code pénal», *J.T.*, 1980, (p. 17-25), p. 23 e.v., hierna verkort gecit. als «Observations sur le rapport de juin 1978». Hij maakt onderscheid tussen responsabilité enerzijds, punissabilité anderzijds.

³⁰ Zie M. WALINE, *Droit administratif*, (9e éd.), 1963, p. 550-551, gecit. door J.J. OOSTENBRINK, *Administratieve sancties*, Uitg. Vuga, 's Gravenhage, 1966, p. 8.

³¹ Bijvoorbeeld art. 39 K.B. nr. 50 van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers (*B.S.*, 27 oktober 1967).

³² Het fiscaal recht kent een reeks sancties waarvan sommige louter administratief zijn en andere een gemengd karakter hebben (straf/schadevergoedend). Deze laatste worden door de strafrechter uitgesproken.

Naast geldboeten door verschillende administratieve organen op te leggen kennen we sedert de wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve sancties toepasselijk in geval van inbreuk op bepaalde sociale wetten (*B.S.*, 13 juli 1971) het systeem van de «administratieve geldboete» met mogelijkheid van beroep bij de arbeidsrechtbank.

³³ Artt. 2, § 5, en 3 Prijzenwet; art. 39 van de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de oppervlaktewateren tegen verontreiniging; art. 8 van de wet van 28 dec. 1964 betreffende de strijd tegen verontreiniging van het luchtruim (*B.S.*, 14 jan. 1965); artt. 50 en 53 van de wet van 30 juni 1975 betreffende het statuut van de banken, de private spaarkassen en bepaalde andere financiële instellingen (*B.S.*, 2 aug. 1975, err. 28 aug. 1975).

²² J. CONSTANT, «Strafbaarheid van de rechtspersoon en haar organen in het Belgisch recht», *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland*, 1951-52, Jaarboek IV, (p. 75-94), p. 79.

²³ Cf. J. MATTHIJS, «Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht», *R.W.*, 1975-76, (322-348 en 385-414), met verwijzing (386) naar J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, I, 1965, p. 121, nr. 73; P.E. TROUSSE, «Sanctions pénales et personnes morales», rapport belge aux IVièmes Journées Franco-belgo-Luxembourgeoises de sciences pénales, Brussel 14-15 mei 1976, *R.D.P.*, 1975-76, (p. 720-730), p. 725-726.

²⁴ Zie R. TAHON, «Les problèmes de la délinquance associationnelle», *J.T.*, 1958 (p. 489-490); CONSTANT, *loc.cit.*, p. 93.

²⁵ Zie J. DONCKIER DE DONCEEL, «Responsabilité pénale non individuelle» in CENTRE INTER-UNIVERSITAIRE DE DROIT COMPARÉ (ed.), *Rapports belges au XIème Congrès international de droit comparé*, Bruylant, Brussel, 1978, p. 603-619, p. 611.

Deze techniek bestaat erin dat de contractueel aangeduide fysieke persoon de enige is die door de strafrechter kan worden veroordeeld. Zij komt voor in het K.B. van 14 maart 1956 aangaande de uitvoering van de wet van 4 aug. 1955 betreffende de veiligheid van de Staat op het gebied van de kernenergie (*B.S.*, 17 maart 1956).

²⁶ Zo is door het art. 2, § 2, K.B. van 14 maart 1956 aangaande de uitvoering van de wet van 4 aug. 1955 de instemming vanwege de directeur van de veiligheid inzake kernenergie vereist.

administratief optreden. Bij niet-naleving van de administratiefrechtelijke maatregelen is de fysieke persoon subject van de strafrechtelijke vervolging.

Uit het voorgaande kunnen in elk geval twee gedachten worden afgeleid. Ten eerste aanvaardt men op verschillende wijzen reeds een aansprakelijkheid van collectiviteiten voor misdrijven en niet-nakoming van eerder burgerrechtelijke verplichtingen die strafrechtelijk wordt gesanctioneerd. Ten tweede tracht men eerbied voor de rechtsregelen af te dwingen door diverse middelen, andere dan strafrechtelijke aansprakelijkheid van de collectiviteit.

II. *Strafrechtelijke sanctionering brengt niet alle heil*

5. In de eerste plaats zal aandacht besteed worden aan de bezwaren die geuit worden tegen een strafrechtelijke aansprakelijkheid van groeperingen (a-b). Vervolgens wordt uitdrukking gegeven aan het verlangen om te komen tot een meer geüniformiseerd sanctieapparaat (c-d).

a) Een eerste bezwaar is dat strafrechtelijke aansprakelijkheid een dader vereist die «sciens et volens» heeft gehandeld. Deze is ook de enige die vervolgd en bestraft mag worden.

Verskillende voorstanders van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen trachten dit bezwaar te weerleggen. Daarvoor verwijzen zij dan naar de eigen wil waarmee de rechtspersoon begaafd zou zijn³⁴.

Dit argument schiet te kort op twee punten. Ten eerste wordt het denken van en over de fysieke persoon zonder nuancering naar de collectiviteit getransponeerd. Een nuancering moet nochtans gemaakt worden. De uiting van een eigen wil door een collectiviteit wordt niet ontkend. Wel wordt gewezen op de bijzondere aard van haar optreden. Dit is immers steeds resultaat van factoren die men met betrekking tot personen niet ontmoet. Men kan niet voorbijgaan aan de vaststelling dat het optreden van personen de basis blijft van het optreden van groeperingen en dat anderzijds bepaalde toestanden het gevolg zijn van een algemeen beleid of organisatie in de collectiviteit waarvan bepaalde mensen vaak slechts uitvoerders zijn³⁵. Bovendien verbindt dit argument de eigen wil van de collectiviteit

aan de juridische structuur van de rechtspersoonlijkheid.

Traditioneel wordt strafrechtelijke aansprakelijkheid van collectiviteiten bestudeerd vanuit de rechtspersoon als potentieel subject van die aansprakelijkheid. Hierbij gaat men weer uit van het postulaat dat de regelen zoals toegepast op individuele personen op gelijke wijze kunnen worden toegepast ten aanzien van rechtspersonen.

Dat onschuldige aandeelhouders door de straf getroffen zouden worden, mag geen bezwaar zijn. Zij halen immers evenzeer voordeel uit eventuele misdrijven gepleegd in het kader van de onderneming. Voor zover het niet gaat om actieve aandeelhouders, betreft het voor hen één van de aspecten van het investeringsrisico. Aan de actieve aandeelhouders kan bovendien een tekort in het beleid, minstens in het toezicht, worden verweten.

Anders is het wat de werknemers en schuldeisers betreft. Beide categorieën kunnen samen besproken worden daar werknemers op dit ogenblik dezelfde positie bekleden als schuldeisers. Zij kunnen als onmiddellijk getroffen slachtoffers worden beschouwd ten aanzien van bepaalde sancties. Enerzijds mag deze bedenking niet resulteren in een immuniteit van de werkgever voor crimineel gedrag. Anderzijds blijkt hieruit het belang van de keuze der meest aangepaste sancties. Indien collectiviteitsvernietigende sancties moeten worden opgelegd, zullen bepaalde beschermingsmaatregelen moeten getroffen worden.

b) Een tweede argument wordt vrij algemeen aangevoerd. Een sanctie gericht tegen een collectiviteit zou haar intimiderings- en preventiefunctie niet kunnen vervullen³⁶. Men kan daartegen aanvoeren dat bepaalde mensen zich sterk verbonden voelen met «hun» organisatie en zich ermee identificeren³⁷. Via deze personen — die echter niet noodzakelijk de daders zijn — komt de preventiefunctie dan ook sterk naar voren. Het aangevoerde bezwaar mist bovendien een ander aspect van de sanctie op het vlak van de collectiviteit en meer bepaald de ondernemingscriminaliteit. Gevolgen van een groot deel der groeperingscriminaliteit manifesteren zich in het maatschappelijk leven op grote schaal; vaak kan geen gewag worden gemaakt van individuele of individueel aanwijsbare schade. Een belangrijk aspect van de sanctionering van deze criminaliteit ligt dan ook in de onmiddellijke beëindiging van deze aantasting van de maatschappelijke orde.

Verskillende auteurs betwijfelen het stigmatiserend resultaat van een aan groeperingen opgelegde sanctie³⁸. De

³⁴ F.A. ALLEN, «La responsabilité pénale des sociétés privées en droit Américain», *Rev. Int. Dr. Pén.*, 1957 (p. 9-48), p. 27; A.M. DERSHOWITZ, «Increasing community control over corporate crime — a problem in the law of sanctions», *Yale Law Journal*, 1961 (71), (p. 280-306), p. 280; R.H. ISEMAN, «The criminal responsibility of corporate officials for pollution of the environment», *Albany Law Review*, 1972 (37), (p. 61-96), p. 62; B. COLEMAN, *loc. cit.*, p. 920; DONCKIER DE DONCEEL, *loc. cit.*, p. 605-606; M.A. HUSS, «Die Strafbarkeit der juristischen Personen», *Z.G.S.*, 1978, (p. 237-260), p. 239, hierna verkort gecit. als «Die Strafbarkeit»; zie van dezelfde auteur ook «Sanctions pénales et personnes morales», rapport Luxembourgeois au XVIèmes Journées Franco-belgo-luxembourgeoises de sciences pénales, Brussel 14-15 mei 1976, *R.D.P.*, 1975-76, (p. 673-697), p. 674; L.S. SCHRAGER en J.F. SHORT, jr., «Toward a sociology of organisational crime», *Social Problems*, 1978 (4), (p. 407-419), p. 410.

³⁵ Ten aanzien van de fysieke personen moet men evenzeer komen tot een aangepast sanctiesysteem, bovendien rekening houdend met het feit dat onwettige gedragingen in het kader van organisaties vaak het gevolg zijn van rolverwachtingen die men meent te moeten vervullen in de collectiviteit. Zie SCHRAGER en SHORT, *loc. cit.*, p. 410.

³⁶ Zie ISEMAN, *loc. cit.*, p. 63; COLEMAN, *loc. cit.*, p. 925; M.A. HUSS, «Sanctions pénales et personnes morales», p. 674; L.H. LEIGH, «Criminal liability of corporations and other groups», *Ottawa Law Review*, 1977 (9) (p. 247-302), p. 284, hierna verkort gecit. als «Criminal liability»; J.B. Mc ADAMS, «Appropriate sanctions for corporate criminal liability: an eclectic alternative», *University of Cincinnati Law Review*, 1978 (46), (p. 989-1000), p. 994; SCHRAGER en SHORT, *loc. cit.*, p. 410.

³⁷ Cf. de uitdrukking «spirit of loyalty» welke A.J. DUGGAN gebruikt: «Criminal sanctions for misleading advertising: the penalty of fine and related matters», *Australian Law Journal*, 1976 (50), (p. 625-635), p. 626; zie ook G.O.W. MUELLER, «Mens rea and the corporation», *University of Pittsburgh Law Journal*, 1957 (19), (p. 21-50), p. 39.

³⁸ E.H. SUTHERLAND, *White collar crime*, Dryden Press, New York, 1949, p. 42-51; DERSHOWITZ, *loc. cit.*, p. 287; L.H. LEIGH, «Criminal liability», p. 294; M.A. HUSS, «Die Strafbarkeit», p. 240.

vraag kan gesteld worden of en in hoeverre dit effect bereikt moet worden. Het volstaat hier te wijzen op het belang van een publiciteitssysteem. Openbaarmaking van veroordelingen leidt tot bewustwording van het «grote publiek» op dit vlak en tevens tot bewustwording van hen die bediener zijn van het sanctieapparaat³⁹.

6. c) Boven is reeds gewezen op de diverse technieken die worden gehanteerd om de naleving van rechtsnormen bij collectiviteiten af te dwingen en hun verantwoordelijkheid als entiteit de facto te erkennen. Gewezen werd op het gebrek aan eenvormigheid. Om tot een zekere uniformiteit te komen is een louter strafrechtelijk sanctieapparaat nochtans geen noodzaak en zelfs geen verdienste.

Deze vraag is uiteraard niet tot de groeperingscriminaliteit beperkt. Met betrekking tot deze laatste verdient zij echter bijzondere aandacht. De keuze die gemaakt wordt, moet gezien worden in verband met efficiëntievereisten getoetst aan billijkheidsimperatieven, niet in verband met vrees tot erkenning van een strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Het onderscheid tussen strafrechtelijke en administratiefrechtelijke sancties — en soms zelfs burgerrechtelijke sancties — wordt vaak kunstmatig genoemd. Uiteindelijk moet men tot de bevinding komen dat het onderscheid berust op een formeel criterium, met name de autoriteit die de sanctie oplegt. Naar inhoud of naar effect ten aanzien van de betrokkene is er geen onderscheid te bespeuren. In geval van administratiefrechtelijke sanctie zijn bepaalde beginselen die op het vlak van strafrechtelijke vervolging en veroordeling essentieel worden geacht, niet van toepassing⁴⁰.

Dit is echter niet steeds waar. Een illustratie hiervan biedt de Europese rechtspraak. Art. 15, lid 4, van de Verordening nr. 174¹ en art. 19 van de Verordening nr. 114² ontkennen immers expliciet de strafrechtelijke aard van de aldaar gestelde sancties. De rechtspraak van het Europese Hof van Justitie maakt nochtans toepassing van enkele principes die specifiek zijn voor strafrechtelijke vervolging en sanctionering⁴³.

³⁹ In Nederland wordt kritiek geleverd met betrekking tot de al te zuinige toepassing van de bestaande publiciteitssanctie : zie A. MINKENHOF, *De Nederlandse strafverordening*, Tjeenk Willink, Groningen, 1970, p. 310 ; A. MULDER, *Schets van het economisch strafrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1975, p. 99.

⁴⁰ Hierdoor komt volgens P. PATTE, het beginsel van de scheiding der machten in het gedrang : «Droit pénal et droit pénal social», *J.T.T.*, 1978, (p. 37-40), p. 39. Zie ook S. FREDERICQ en P. VAN INNIS, «De gewone rechter en de economische problemen» in A. JACQUEMIN en G. SCHRANS (ed.), *Actes du colloque sur la magistrature économique*, I, 2, p. 1.

De Nederlandse Wet op de Economische Delicten heeft zelfs principieel een einde gemaakt aan de toepassing van administratiefrechtelijke sancties op sociaal-economisch gebied (art. 5).

⁴¹ Van 6 febr. 1962 ter uitvoering van art. 87 van het Verdrag van Rome tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, gesloten te Rome op 25 maart 1957, *Pb. E.E.G.*, nr. 204/62 van 21 febr. 1962.

⁴² Van 27 juni 1960 ter uitvoering van art. 79, lid 3, van het E.E.G.-Verdrag, betreffende de opheffing van discriminatie inzake vrachtprijzen en vervoer voorwaarden, *Pb. E.E.G.*, nr. 1121/60 van 16 aug. 1960.

⁴³ Zie Cl. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 1971, p. 172, nr. 162 ; R. LEGROS, «La pénétration du droit européen dans la justice répressive belge» in CENTRE D'ETUDES EUROPÉENNES,

Men zou volgens sommige auteurs de sancties als administratiefrechtelijk bestempeld hebben omdat de meeste lid-staten strafrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen niet erkennen ; het «sacro-saint» principe van de territorialiteit van het strafrecht zou hier mede aan ten grondslag liggen⁴⁴.

Deze argumenten lijken echter niet de enige te zijn. Wellicht speelt de vrees voor een communautair strafrecht een rol⁴⁵. Deze sancties berusten bovendien op economische overwegingen van communautaire aard⁴⁶.

Een verwijzing naar sancties op Europees niveau met betrekking tot de keuze tussen sancties van strafrechtelijke en administratiefrechtelijke aard heeft slechts een beperkte draagwijdte.

7. d) Op de weg om te komen tot een vrij geüniformiseerd sanctieapparaat doen zich twee mogelijkheden voor. Men kan pogen te komen tot een sanctie die eenvormig is in alle regelen van toepassing. Men kan echter ook het onderscheid tussen de verschillende sancties herwaarderen. Dit moet gebeuren op grond van de voordelen die het opleggen van sancties door andere dan de rechterlijke autoriteiten bieden : de noodzakelijke aanvulling van bestaande lacunes, de snelheid en efficiëntie waarmee de administratieve sancties kunnen worden opgelegd.

Zo is bijvoorbeeld met betrekking tot fiscale misdrijven onmiddellijk strafrechtelijk optreden minder gepast als het inbreuken betreft op regelen betreffende de controle der inning van de fiscale rechten. Anders is het wanneer het gaat om een werkelijke fiscale fraude waarvan het antisociaal karakter niet kan worden miskend. Een gelijkaardig argument dient een centrale rol te spelen in de keuze tussen administratiefrechtelijke dan wel strafrechtelijke vervolging wegens overtreding van sommige bepalingen van de sociale wetgeving⁴⁷.

De procedure geregeld in de wet van 27 mei 1960 tot bescherming tegen misbruik van economische machtspositie is geïnspireerd door een andere bekommernis : de noodzakelijke soepelheid bij toepassing van de begrippen misbruik van economische machtspositie en algemeen belang, in het kader van de bestaande markteconomie⁴⁸. Ook inzake toepassing van art. 85 van het E.E.G.-Verdrag is een

Univ. Cath. Louvain (éd.), *L'amélioration de la justice répressive par le droit européen*, Bruylant, Brussel, 1970, (p. 11-85), p. 41, hierna verkort geciteerd als «L'amélioration de la justice répressive» ; K.J.M. MORTELMANS, *De invloed van het Europees Gemeenschapsrecht op het Belgisch economisch recht*, proefschrift, Kluwer, Antwerpen 1978, p. 345 e.v. en de in die werken gecit. arresten.

⁴⁴ R. LEGROS, *L'amélioration de la justice répressive*, p. 39 ; J. MESSINE, «Le rôle du juge répressif belge en présence des problèmes économiques», *J.T.*, 1970, (p. 425-432 en 448-450), p. 450 ; LEIGH, «Politique et mesures pénales», p. 135.

⁴⁵ A. MULDER, «Handhaving van Europees economisch recht» in SPECULUM LANGEMEIJER (ed.), *31 rechtsgeleerde opstellen*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1973, (p. 345-364), p. 359 e.v.

⁴⁶ LEGROS, «Observations sur le rapport de juin 1978», p. 23.

⁴⁷ Zie bijvoorbeeld de voorbereiding tot de wet van 30 juni 1971 betreffende de geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten, *Parl. Doc., Kamer*, 1970-71, nr. 939/1, p. 2.

⁴⁸ *Parl. Hand., Senaat*, 1959-60, 8 dec. 1959, p. 139 e.v.

Meteen rijst dan de vraag naar de deskundigheid van de rechter op dit gebied. Op dat punt zal in een latere paragraaf worden ingegaan (nr. 27).

voorafgaande administratieve toetsing ingebouwd (art. 9, lid 3, Vo. nr. 17) ten einde te verzekeren dat de belangenafweging met voldoende kennis van zaken op Europees vlak plaatsheeft.

Het maatschappelijk belang en de ernst der inbreuken zijn uiteindelijk doorslaggevende criteria bij de uitwerking van een evenwichtig sanctiesysteem.

III. Collectiviteiten als adressaat van strafrechtelijke aansprakelijkheid

8. Sanctionering ten aanzien van collectieven ongeacht hun juridische structuur heeft reeds uiting gevonden in reglementering van ons omringende landen. Art. 428 van het Franse Strafwetboek van 1810 had betrekking op feitelijke verenigingen van kunstenaars⁴⁹. De eveneens Franse ordonnantie van 5 mei 1945 beperkte zich niet tot rechtspersonen⁵⁰. Hetzelfde geldt voor art. 51 van het Nederlandse Strafwetboek⁵¹.

Welke de mogelijkheden zijn zo als subject van strafrechtelijke aansprakelijkheid de rechtspersoon, de onderneming of de groepering zou worden aangemerkt, wordt nu onderzocht.

Wordt de rechtspersoon als aanknopingspunt genomen, dan kunnen onmiddellijk twee bedenkingen gemaakt worden. Het begrip rechtspersoon is een omstreden begrip. Het behoort tot een terrein dat vreemd is aan het strafrecht.

De wet kan uitgaan van dit begrip rechtspersoon om redenen van rechtszekerheid. De autonomie die het strafrecht kenmerkt, biedt een mogelijkheid tot verruiming. In de gevallen waar de werkelijkheid dit rechtvaardigt kan de strafrechter de rechtspersoonlijkheid aanvaarden. Dit is bijvoorbeeld het geval voor een vennootschap in oprichting.

Op civielrechtelijk vlak heeft het Franse Hof van Cassatie reeds een zeer ruime interpretatie aan het begrip verleend⁵². Vraag is of de strafrechter tot zulke verregaande uitbreiding mag overgaan indien de wet de strafrechtelijke aansprakelijkheid uitdrukkelijk beperkt tot rechtspersonen. De wetgever kan naar het voorbeeld van de Nederlandse wetgever naast de rechtspersoon een aantal groeperingen zonder rechtspersoonlijkheid aanduiden die tevens onder toepassing van de strafrechtelijke aansprakelijkheid vallen⁵³.

Een tweede mogelijk uitgangspunt biedt het begrip onderneming. Dit begrip wordt op verschillende wijzen geïnterpreteerd of door de wet omschreven⁵⁴. Een en ander

houdt sterk verband met de context waarbinnen de notie onderneming wordt aangewend.

Naar heersend taalgebruik ligt in dit begrip een beperking besloten met betrekking tot de activiteiten van de collectiviteit. Uiteraard is het mogelijk voor de wetgever om een ruimere inhoud aan het begrip te verlenen⁵⁵.

De eenmanszaak als entiteit zou eveneens subject kunnen zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Hetzelfde zou men kunnen beweren ten aanzien van conglomeraten, concerns⁵⁶, holdings⁵⁷, multifirma's⁵⁸ en multinationalen⁵⁹.

In de Europese rechtspraak treft men voorbeelden aan van interpretatie van het ondernemingsbegrip. Het wordt echter steeds vanuit de artikelen 85 en 86 E.E.G.-Verdrag geïnterpreteerd. Bovendien zijn de gevolgen m.b.t. de subjecten van de sancties niet steeds dezelfde⁶⁰.

De veelzijdigheid van het begrip onderneming enerzijds en de beperking die het in zich houdt anderzijds, hebben tot gevolg dat deze term als aanknopingspunt met betrekking tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van collectiviteiten niet aangewezen lijkt.

Een laatste subject waarvan men principieel kan uitgaan, is de groepering. Alsdan kan verwezen worden naar de definitie van M. Fontaine⁶¹.

Deze definitie biedt op het vlak van strafrechtelijke aansprakelijkheid het nadeel van vaagheid ten aanzien van de adressaat van deze aansprakelijkheid. Op basis van dit argument werd de term onderneming geweerd; hetzelfde geldt voor het begrip groepering.

de wet van 17 juli 1975 betreffende de boekhouding en maatschappelijke rekeningen van ondernemingen (*B.S.*, 4 sept. 1975, err. 20 sept. 1975).

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld M.E. CARTIER, «Notion et fondement de la responsabilité du fait de l'entreprise», B. BOUBLI en M.-E. CARTIER, N. CATALA, H. GUENIN, H. GUIGOU, J. LACOSTE, Y. LESEC, J. PRADEL, P. SIE, P. DE TARLE, N. THIERY en E. WAGNER (ed.), *La responsabilité pénale du fait de l'entreprise*, Masson, Parijs, 1977, (p. 45-67), p. 49: «Le terme d'entreprise englobe désormais les activités les plus diverses, qu'elles soient artisanales, agricoles, libérales, intéressées ou désintéressées, publiques ou privées.»

⁵⁶ Cf. W. VAN GERVEN, *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht, Handels- en economisch recht*, deel 1, Ondernemingsrecht, Standaard uitgeverij, Antwerpen, 1975, p. 38.

⁵⁷ Cf. art. 1 K.B. nr. 64 van 10 nov. 1967 betreffende het statuut van portefeuillemaatschappijen. Zie ook artt. 1 t.e.m. 4, ontwerp zevende richtlijn ter zake van de concernjaarrekening, *Pb.*, nr. C 112/2 van 2 juni 1976 en *Pb.*, nr. 14/2 van 17 jan. 1979.

⁵⁸ Cf. A. JACQUEMIN, «Economisch recht, dienaar van de economie» in G. SCHRANS en J. GROOTAERT (ed.), *Economisch en financieel recht vandaag*, I, Gakko, Gent, 1972 (p. 467-483), p. 469.

⁵⁹ Zie Cl. LAZARUS, Ch. LEBEN, A. LYON-CAEN en B. VERDIER, in B. GOLDMAN en Ph. FRANCESCAKIS (ed.), *L'entreprise multinationale face au droit*, Libr. techn., Parijs, 1977, p. 62 e.v. en 356 e.v.; M. DELMAS-MARTY en Kl. TIEDEMANN, «La criminalité, le droit pénal et les multinationales», *J.C.P.*, Sem. Jur., 1979, (12-13), I, 1935, nr. 38.

⁶⁰ Zie DELMAS-MARTY en TIEDEMANN, *loc. cit.*, nr. 45 en de aldaar aangehaalde beslissingen.

⁶¹ «A notre avis un 'groupe' implique la volonté des composants du groupe de se réunir pour la réalisation d'un objectif commun»: M. FONTAINE, «Rapports sur les groupements sans personnalité en droit commercial belge» in TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT (ed.), *Les groupements et organismes sans personnalité juridique*, Dalloz, Parijs, 1974, (p. 99-117), p. 99.

⁴⁹ Het artikel werd in 1957 opgeheven.

⁵⁰ Ordonnance relative à la poursuite des entreprises de presse, d'édition, d'information et de publicité, coupables de collaboration avec l'ennemi (*J.O.*, 6 mei 1945, 2571), art. 4: «... et d'une manière générale toute société, association ou syndicat de droit ou de fait.»

⁵¹ Art. 51 Sw. werd ingevoegd door de wet van 23 juni 1976 (*St. Cour.*, 377). Niettemin is de rechtspersoon het uitgangspunt.

⁵² Cass. civ., 28 jan. 1954, *D.*, 1954, 217. Rechtspersoonlijkheid behoort toe aan «... tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement protégés».

⁵³ Bijvoorbeeld de burgerlijke maatschap, bepaalde verenigingen...

⁵⁴ Zie art. 14 van de wet van 20 sept. 1948 betreffende de inrichting van het bedrijfsleven (*B.S.*, 27-28 sept. 1948); art. 1 van

Het Franse voorontwerp tot wijziging van het Strafwetboek gaat weliswaar uit van het begrip «groupement». Het houdt echter een beperking in naar de aard van de activiteiten⁶². De vraag die dan rijst is die van de keuze der bewuste activiteiten en de basis waarop dit gebeurt.

9. Het aantal collectiviteiten dat strafrechtelijk aansprakelijk zou kunnen worden gehouden, is niet gering: vennootschappen met rechtspersoonlijkheid, burgerlijke maatschap, verenigingen, verenigingen zonder winstoogmerk en stichtingen, mutualiteiten, vakbonden, politieke partijen, allerhande vermaak- en sportverenigingen enz... Er zijn echter een aantal collectiviteiten waar de noodzaak tot bestrijding van criminaliteit zich sterk voordoet. In het licht van de sociaal-economische criminaliteit zijn dit meer bepaald de ondernemingen. Het begrip rechtspersoon biedt dan een vrij duidelijk uitgangspunt. Daarnaast zou de wetgever kunnen aanduiden welke niet-rechtspersonen eveneens subject zullen zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid. In de gevallen waarin het begrip rechtspersoon niet samenvalt met het ondernemingsbegrip is een oplossing mogelijk in termen van solidaire aansprakelijkheid tussen de betrokken rechtspersonen of van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij. Criterium om tot deze solidaire aansprakelijkheid te besluiten kan het collectief belang zijn van de hele groep bij het plegen van het misdrijf⁶³.

10. Ten slotte rijst de vraag naar de toepassing van strafrechtelijke aansprakelijkheid ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen. In het handelsrecht vindt in elk geval een ongelijke behandeling plaats van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke ondernemingen⁶⁴.

In de rechtsleer bestaat een tendens om de publiekrechtelijke ondernemingen die aan het economisch leven deelnemen op dezelfde voet te behandelen als de privaatrechtelijke⁶⁵. Staatsondernemingen en andere openbare ondernemingen vormen principieel geen uitzondering op de toepassing van het EEG-Verdrag⁶⁶. Boven is reeds gewezen op de bijzondere aard van deze bepalingen. De politieke geladenheid van het probleem, de bijzondere aard van de publiekrechtelijke ondernemingen laten op het eerste gezicht niet toe te opteren voor een onvoorwaardelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Bij erkenning van deze aansprakelijkheid te hunnen laste kunnen in elk geval niet alle sancties onvoorwaardelijk worden toegepast.

IV. Toepassingsvoorwaarden

11. In de eerste plaats zal een beeld worden geschetst van de criteria die gehanteerd worden in de Nederlandse

⁶² Art. 37: «Tout groupement dont l'activité est de nature commerciale, industrielle ou financière».

⁶³ Cf. het begrip «intérêt collectif» zoals door het Franse voorontwerp gebruikt.

⁶⁴ Zie W. VAN GERVEN, «Egalité des entreprises privées et publiques devant la loi belge», *J.T.*, 1979, 241-247.

⁶⁵ HUSS, «Sanctions pénales et personnes morales», p. 687; G. VENANDET, «La responsabilité pénale des personnes morales dans l'avant-projet de code pénal», *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1978 (4), (p. 731-765), p. 742; zie ook het Nederlandse arrest van Hof Arnhem, 24 dec. 1951, gecit. door F.C. KIST, «Dient het Wetboek van Strafrecht bepalingen te bevatten betreffende het daderschap en de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van andere dan natuurlijke personen?», *N.J.V.*, 1966, (p. 1-72), p. 39.

strafwet, in enkele Franse gelegenheidswetten en het Franse voorontwerp tot wijziging van het Strafwetboek en ten slotte in het Anglo-Amerikaanse rechtssysteem (a-b-c).

Vervolgens zal nogmaals gewezen worden op de eigen aard van collectiviteitscriminaliteit. Hieruit zal blijken dat eenvoudige transponering van de beginselen die gelden ten aanzien van fysieke personen, niet mogelijk is (d).

Een volgende vaststelling is dat nuanceringen nodig zijn naar de aard van de misdrijven. Misdrijven die een bijzonder opzet vereisen kunnen niet op dezelfde wijze aan de collectiviteit worden toegerekend als andere misdrijven (e).

Ten slotte zal in het licht van deze elementen getracht worden een aanvaardbare formule voor te stellen voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van collectiviteiten (f).

a) Art. 15 van de Nederlandse Wet op de Economische Delicten hield een vage omschrijving in van wat onder daderschap van een rechtspersoon kon worden verstaan⁶⁷. Deze omschrijving was niet beperkend. Een gelijkaardige interpretatie was voorheen reeds te vinden in art. 6 van het Economisch Sanctiebesluit en art. 3 van het Besluit Tucht-rechtspraak Voedselvoorziening. Deze wettelijke bepaling heeft nochtans niet de nodige klaarheid geboden. Art. 51 van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht gaat dan ook uit van de eenvoudige vaststelling dat rechtspersonen en bepaalde hiermee gelijkgestelde groeperingen strafbare feiten kunnen begaan zoals natuurlijke personen. Rechtspraak en rechtsleer hebben verder gepoogd de gevallen te verduidelijken waarin strafrechtelijke toerekening aan collectiviteiten kan plaatshebben. Enkele arresten onderstrepen het belang van de baattrkking door de collectiviteit naar aanleiding van het misdrijf en dit ongeacht de hoedanigheid van de fysieke dader, of het bestaan van opzet⁶⁸.

Enkele auteurs verwijzen naar het Bijenkorfarrest om de stelling te verdedigen dat slechts opzet van een orgaan of vergelijkbare functionaris kan leiden tot opzet van de corporatie⁶⁹.

De Hoge Raad had in dat arrest beslist dat kennis van de directie ook kennis van de corporatie betekende. Hij heeft

⁶⁶ P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Kluwer, Deventer, 1974, p. 272 e.v.

⁶⁷ «Een economisch delict wordt onder meer begaan door of vanwege een rechtspersoon, vennootschap, enige andere vereniging van personen of een doelvermogen, indien het begaan wordt door personen die uit hoofde van een dienstbetrekking, hetzij uit anderen hoofde handelen in de sfeer van de rechtspersoon, vennootschap ... ongeacht of deze personen ieder afzonderlijk het economisch delict hebben begaan, dan wel bij hen gezamenlijk de elementen van dat delict aanwezig zijn».

⁶⁸ H.R., 27 jan. 1948, *N.J.*, 1948, 197 (V en D-arrest); H.R., 14 maart 1950, *N.J.*, 1950, 656 (Bijenkorfarrest); zie ook B.V.A. ROLING, «Strafbaarheid van de rechtspersoon», *T.V.Sr.*, 1957, p. 16 e.v.

Zie in die geest eveneens een beslissing van de H.R. van 21 febr. 1950, *N.J.*, 1950, 604, met betrekking tot een eenmanszaak (!) ... omdat de eigenares tenslotte degene was aan wie de hogere dan toegelaten prijzen toekwamen.

⁶⁹ L.H.C. HULSMAN, «Dient het Wetboek van Strafrecht bepalingen te bevatten betreffende het daderschap en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van andere dan natuurlijke personen?», *N.J.V.*, 1966, (p. 73-157), p. 136; G.E. MULDER en J.W. FOKKENS, «De rechtspersoon als dader», *N.J.B.*, 1976 (15), (p. 493-502), p. 500.

zich in dat arrest echter niet uitgesproken over de vraag of *slechts* opzet van een orgaan daartoe kan leiden. Tevens blijft discussie bestaan over het feit of de handelingen al dan niet binnen het statutaire doel moeten vallen of binnen de bevoegdheid van de handelende persoon⁷⁰.

b) In Frankrijk werden in de naoorlogse periode drie ordonnances uitgevaardigd die betrekking hebben op de onderhavige materie⁷¹. Alle vereisen ze handelingen die worden gesteld voor rekening van de rechtspersoon of onderneming. De toepassing wordt in alle gevallen beperkt door het vereiste dat welbepaalde personen moeten hebben gehandeld; het gaat om beheerders, zaakvoerders ... en ook om feitelijke beheersorganen.

Het Franse voorontwerp tot wijziging van het Strafwetboek bepaalt in art. 38 de toepassingsvoorwaarden⁷².

Het optreden van een ondergeschikte brengt principieel geen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de groepering mee. De rechter kan nochtans oordelen dat in het geval dat een ondergeschikte een misdrijf heeft gepleegd in de uitoefening van zijn functie, de boete en gerechtskosten of een deel ervan *ten laste* worden gelegd van de groepering (art. 74).

c) Ten slotte wordt nog even aandacht besteed aan de Anglo-Amerikaanse beginselen ter zake. Onderscheid wordt gemaakt tussen de zogenaamde «*vicarious liability*» en «*personal liability*»: de eerste steunt op de *delegatie*-idee waarbij de fout van bepaalde personen wordt aangerekend aan de onderneming. *Personal liability* daarentegen houdt in dat de aansprakelijkheid van de corporatie beschouwd wordt als een *persoonlijke* aansprakelijkheid: bepaalde organen en leidinggevende functionarissen worden beschouwd als de «*corporatie*» zelf⁷³. Er is geen duidelijke lijn in de toepassing van deze beginselen.

Vereist wordt ter zake van commissiemisdrijven dat gehandeld werd in naam van de corporatie en in de uitoefening van de functies. De bedoeling om baATTRAKING voor de corporatie te verkrijgen is een omstreden vraag, althans ter zake van *vicarious liability*⁷⁴.

12. d) Aangezien het optreden van collectiviteiten, ongeacht hun juridische structuur, verschilt van dat van individuele personen, verschilt ook de aanwijzing der aansprakelijkheid. Op het vlak van de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden is deze naar heersende mening niet op dezelfde wijze geconstrueerd zo het om

optreden van aangestelden gaat in tegenstelling tot organen.

De aansprakelijkheid van rechtspersonen voor onrechtmatige daden door hun aangestelden begaan, berust op art. 1384, derde lid 3, B.W. Deze aansprakelijkheid is niet gebaseerd op een fout bij de aansteller, in tegenstelling tot bijvoorbeeld die van ouders, onderwijzers en ambachtslieden (art. 1384, 2e, 4e en 5e lid); zij is opgevat als een aansprakelijkheid voor daden van een ander.

Daarnaast is er de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden door organen gepleegd in verband met hun opdracht. Ziet men deze aansprakelijkheid in termen van *bevoegdheid*, dan zal een onrechtmatige daad door vertegenwoordigers gepleegd nooit de aansprakelijkheid van de vertegenwoordigde meebrengen. De opdracht omvat immers enkel het verrichten van rechtshandelingen, niet van feitelijke handelingen. Anders is het zo men een beroep doet op het *vertegenwoordigingsbegrip*: in dit geval zal de aansprakelijkheid van de vertegenwoordigde steeds in het gedrang komen omdat ook onrechtmatige daden door de vertegenwoordiger gesteld, beschouwd worden als daden van de vertegenwoordigde. Van Gerven verdedigt een genuanceerde stelling waar hij zegt dat de vertegenwoordiger aansprakelijk is voor onrechtmatige daden begaan door de vertegenwoordiger in verband met zijn opdracht⁷⁵.

In navolging van de Nederlandse auteur Van der Grinten kan het volgende gesteld worden: het begrip orgaan faalt voor de omlijning van de gevallen waarin een onrechtmatige daad geldt als onrechtmatige daad van de rechtspersoon. Uiteindelijk criterium moet zijn dat de handeling in het maatschappelijk verkeer geldt als een daad van de rechtspersoon⁷⁶. Aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor daden door aangestelden begaan is dan niet meer een aansprakelijkheid voor daden door «een ander» begaan. Deze stelling houdt een erkenning in van de bijzondere aard van het optreden van collectiviteiten.

Ook op het vlak van de strafrechtelijke aansprakelijkheid moet deze bijzondere aard worden erkend. De aansprakelijkheid van de collectiviteit berust niet op het louter feit van haar bestaan als collectiviteit.

Op het gebied van het statutaire doel en de bevoegdheid kan een gelijkaardig criterium worden aangewend. Dat de handelingen buiten de statutaire of contractuele bevoegdheid zijn gepleegd of buiten het statutaire doel vallen, is op zichzelf niet relevant. Criterium is veeleer of deze handelingen al dan niet vielen binnen het normale actieterrein van de onderneming en of de betrokken persoon optrad binnen de sfeer van zijn normale bevoegdheid⁷⁷.

Erkenning van de bijzondere aard van collectiviteiten resulteert in een mogelijkheid voor collectiviteiten zich te bevrijden van hun aansprakelijkheid. Zo de collectiviteit de nodige maatregelen heeft getroffen om het plegen van misdrijven te voorkomen, kan geen gewag gemaakt worden van enige beleids- of organisatiefout. Deze verplichting tot het treffen van bepaalde maatregelen moet geapprecieerd wor-

⁷⁰ A. MULDER, *Schets van het economisch strafrecht*, p. 76 e.v.; ROLING, *loc. cit.*, p. 16 e.v.

⁷¹ Ord. relative à la poursuite des entreprises de presse, d'édition, d'information et de publicité, coupables de collaboration avec l'ennemi du 5 mai 1945 (*J.O.*, 6 mai 1945, 2571); Ord. relative aux billets de banque et aux effets publics à court terme du 30 mai 1945, (*J.O.*, 3 juli 1945, 3193); Ord. relative aux prix, du 30 juin 1945 (*J.O.*, 8 juli 1945, 4516).

⁷² «Sans préjudice des poursuites exercées contre des personnes physiques, tout groupement est, pénalement responsable du délit, qui a été commis par la volonté délibérée de ses organes, en son nom et dans l'intérêt collectif.»

⁷³ Zie bijvoorbeeld de New York Penal Law Provisions, art. 20, § 20.20 (2) (b) en (c).

⁷⁴ Dit is mede het gevolg van het feit dat men acting within the scope of employment en purpose to benefit als één en hetzelfde vereiste beschouwt. LEIGH wijst op de verwarring die aldus ontstaat: «Criminal liability», p. 268.

⁷⁵ W. VAN GERVEN, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht, Algemeen deel*, Standaard uitgeverij, Antwerpen, 1973, p. 501 e.v.

⁷⁶ C. ASSER en W.C.L. VAN DER GRINTEN, I, *De vertegenwoordiging*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1973, p. 94 e.v.

⁷⁷ Cf. de geest van de artt. 54 en 63bis Venn. W. en art. 9 van de Eerste Richtlijn van de Raad van de E.G. van 9 maart 1968 (*Pb. E.E.G.*, nr. L 65 van 14 maart 1968).

den in verband met de activiteiten van de collectiviteiten⁷⁸.

Vaak is er echter bij het plegen van misdrijven baattrekking voor de collectiviteit. In dat geval zal er geen mogelijkheid zijn tot afwijzing van haar aansprakelijkheid.

13. e) Op het vlak van de misdrijven valt er een onderscheid te maken naargelang het gaat om ommissie- dan wel commissiemisdrijven; binnen deze laatste categorie is al dan niet bijzonder opzet vereist.

Ommissiemisdrijven vergen geen actieve menselijke tussenkomst. Misdrijven die bijzonder opzet vereisen, vergen het bewijs van een supplementair element ten aanzien van misdrijven die geen bijzonder opzet vereisen. Het bestaan van misdrijven die algemeen opzet vereisen wordt traditioneel afgeleid uit het ontbreken van enige rechtvaardigingsgrond⁷⁹.

In zaken van collectiviteitscriminaliteit is er niet steeds een duidelijk aanwijsbare dader. In het geval dat bijzonder opzet vereist is, zal de aansprakelijkheid van de onderneming noodzakelijkerwijze moeten bepaald worden nadat het misdrijf bewezen is bij een of meer welbepaalde fysieke daders.

14. f) Op basis van de hierboven uiteengezette beginselen kan een formule aangegeven worden met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid van collectiviteiten.

Zo kan men aannemen dat inzake ommissiemisdrijven de collectiviteit tot de bij deze misdrijven bepaalde straffen kan worden veroordeeld als de verplichting bepaalde maatregelen te treffen of bepaalde handelingen te verrichten tot het normaal actieterrain van de collectiviteit behoorde.

Met betrekking tot commissiemisdrijven waarvoor de wet geen bijzonder opzet vereist, kan aanvaard worden dat de collectiviteit tot de op deze misdrijven gestelde straffen kan worden veroordeeld zo het misdrijf naar verkeersopvatting als door de collectiviteit gepleegd naar voren komt en zij niet de nodige schikkingen heeft getroffen om dergelijke misdrijven te voorkomen en dat zij bewijst geen baat te hebben getrokken uit het misdrijf.

In geval van misdrijven tenslotte waarvoor de wet bijzonder opzet vereist zou de collectiviteit tot de bij deze misdrijven bepaalde straffen moeten veroordeeld kunnen worden zo bewezen is dat het misdrijf gepleegd werd door een functionaris tot wiens bevoegdheid de handeling normaal behoorde tenzij de onderneming bewijst dat zij de nodige schikkingen heeft getroffen om dergelijke misdrijven te voorkomen en dat zij geen baat heeft getrokken uit het misdrijf.

Dit alles geldt onverminderd de aansprakelijkheid van de fysieke daders⁸⁰.

V. De misdrijven

15. Voorstellen tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van collectiviteiten worden vaak geformuleerd naar aanleiding van studies die betrekking hebben op het sociaal-

economisch strafrecht. De vraag rijst dan of de strafrechtelijke aansprakelijkheid tot dat domein wordt beperkt.

Twee factoren wijzen op een bevestigend antwoord door de rechtsleer: het feit dat groepsmatig gepleegde misdrijven zich voor een groot deel op het sociaal-economisch terrein afspelen én het feit dat het probleem van het opzet voor sommige auteurs een hinderpaal is.

De Nederlandse wetgever heeft in de Wet op de Economische Delicten van 22 juni 1950 strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen en andere groeperingen erkend. Later werd dan de vraag gesteld of een *algemene* strafrechtelijke aansprakelijkheid van die collectiviteiten gewenst was. Hulsman en Kist⁸¹ wezen in principe strafrechtelijke aansprakelijkheid voor «misdrijven»⁸² af omdat ook zij zich zorgen maakten met betrekking tot het moreel element van het misdrijf. Dit vloeit voort uit het feit dat men de beginselen ter zake van fysieke personen zonder meer wil toepassen ten aanzien van rechtspersonen. De wet van 23 juni 1976 die art. 51 in het Wetboek van Strafrecht heeft ingevoegd, heeft wel degelijk een algemene strafrechtelijke aansprakelijkheid erkend ten laste van de aldaar aangeduide collectiviteiten.

Ook de Anglo-Amerikaanse rechtspraak is op dat punt geëvolueerd. In de eerste jaren werd strafrechtelijke aansprakelijkheid van corporaties slechts aanvaard voor «omissions causing nuisances». Later aanvaardde men deze aansprakelijkheid ook ten aanzien van «strict liability offenses», nog later ten aanzien van de meeste misdrijven «involving knowledge and willfulness». Bepaalde misdrijven werden echter nog uitgesloten. De laatste stap in de evolutie was dat dit aantal misdrijven tot het uiterste werd beperkt⁸³.

Enkele auteurs beperken het domein tot hoofdzakelijk sociaal-economische misdrijven door het gebruik van het begrip «reglementaire» of «materiële» misdrijven⁸⁴.

De notie van materiële misdrijven is echter sterk omstreden. Bovendien biedt het gebruik ervan geen oplossing in de zin die de auteurs verlangen. De mogelijkheid tot rechtvaardiging bestaat immers evenzeer ten aanzien van materiële misdrijven⁸⁵.

Het Franse voorontwerp tot wijziging van het Strafwetboek sanctioneert strafrechtelijk bepaalde groeperingen voor «le délit qui a été commis par la volonté délibérée de ses organes en son nom et dans l'intérêt collectif» (art. 38). Venandet leidt hier eigenaardig genoeg uit af dat reglementaire misdrijven juist uitgesloten worden⁸⁶.

Een beperking tot reglementaire misdrijven is irrelevant ingeval men de aansprakelijkheid voor misdrijven ziet in het licht van de bijzondere aard der collectiviteiten. Een beperking op grond van de sociaal-economische of andere aard der misdrijven is vrij arbitrair en wordt niet voldoende

⁸¹ HULSMAN, *loc. cit.*, p. 141; KIST, *loc. cit.*, p. 51 e.v.

⁸² Misdrijven in de zin van de Nederlandse tweeledige indeling: de ernstige misdrijven in tegenstelling tot de overtredingen.

⁸³ ALLEN, *loc. cit.*, p. 13 en 19; MUELLER, *loc. cit.*, p. 23; beiden halen het arrest State v. Lehigh Valley R.R. Co., 90 N.J.L. 372-103 Atl. 685 (1917) aan waarin een corporatie werd veroordeeld wegens doodslag: LEIGH, «Criminal liability», p. 247; Mc ADAMS, *loc. cit.*, p. 990.

⁸⁴ Zie ALLEN, *loc. cit.*, p. 37; HUSS, «Sanctions pénales et personnes morales», p. 691.

⁸⁵ R. LEGROS, *Opzet*, nr. 78.

⁸⁶ VENANDET, *loc. cit.*, p. 746-747.

⁷⁸ De verplichting van een vervoeronderneming om bepaalde maatregelen te treffen tegen overdreven snelheid door de chauffeurs, kan niet op dezelfde manier bestaan in hoofde van ondernemingen waar vervoer geen essentieel deel uitmaakt van haar activiteiten.

⁷⁹ Zie R. LEGROS, *Opzet*, A.P.R., 1959, nrs. 17-20 en 103.

⁸⁰ Zie *infra* nr. 19.

gerechtvaardigd door de vaststelling dat het aantal misdrijven op dat vlak en in het kader van ondernemingscriminaliteit het grootst is.

VI. Inhoud der sancties

16. Het hoofdzakelijk technisch onderscheid tussen straffen en maatregelen en tussen hoofd- en bijkomende straffen betekent in feite een belemmering voor de uitwerking van een adequaat sanctiearsenaal ter beschikking van de rechter⁸⁷. De wetgever kan uitgaan van een principiële verklaring van toepasselijke sancties ten aanzien van collectiviteiten, tenzij hij het tegendeel voorschrijft; hij kan, zoals in het Franse voorontwerp tot wijziging van het Strafwetboek de principiële toepassing beperken tot enkele sancties terwijl andere slechts kunnen worden opgelegd zo de toe te passen wet dit uitdrukkelijk bepaalt.

Grenzen moeten gesteld worden naar de indeling op basis van objectieve zwaarwichtigheid. Met betrekking tot cumulatie van sancties moeten eveneens beperkingen gesteld worden.

17. De geldboete, de verbeurdverklaring en de vernietiging blijven ten aanzien van collectiviteiten een belangrijk sanctioneringsinstrument.

De vraag kan gesteld worden of de geldboete ten aanzien van ondernemingen niet zal afgewenteld worden op de consumenten via hogere prijzen. Marktvoorwaarden en economische factoren zullen in het algemeen echter een regulerende rol spelen. Anders is het wat betreft verhoging van bijdragen en contributies door groeperingen die niet deelnemen aan het economisch leven. De wetgever zou dit kunnen ondervangen door bepaalde beschermingsmaatregelen.

Aanpassing van geldboetebedragen speelt een belangrijke rol. Aldus uiten Anglo-Amerikaanse auteurs vaak kritiek met betrekking tot het bedrag van de geldboete⁸⁸.

Het daggeldboetesysteem ten aanzien van fysieke personen wordt op dit ogenblik met succes toegepast in Duitsland, Zweden en Oostenrijk. Dit systeem is een nuttige inspiratiebron. Daggeldboeten naar verhouding van de financiële draagkracht van de collectiviteit kunnen best worden opgelegd in verhouding tot het gerealiseerd of het belastbaar inkomen. Kapitaal, slechts bruikbaar ten aanzien van bepaalde collectiviteiten, lijkt een al te statisch begrip.

Verschillende auteurs⁸⁹ wensen ook de winsten die de onderneming uit het misdrijf zelf heeft gehaald te verreke-

nen in de geldboete. Evenwel wordt een juister beeld geschapen door een afzonderlijke verbeurdverklaring of ont-neming van onrechtmatig genoten winsten⁹⁰. Dit laatste kan ook indirect gebeuren via bepaalde injunctiemaatregelen.

18. De injunctie kan zowel positieve als onthoudingsverplichtingen tot inhoud hebben⁹¹. Eventueel kan in twee stadia worden gewerkt: voorlegging door de collectiviteit aan de rechtbank van een concreet voorstel en na goedkeuring of wijziging, uitwerking ervan binnen een bepaalde termijn.

De injunctie kan vergezeld gaan van een waarborg- of dwangsom. De keuze tussen beide kan gedaan worden onder meer naar gelang van de feitelijke omstandigheden: de waarborgsom vergt in tegenstelling tot de dwangsom onmiddellijk beschikbare gelden, hoewel zij in principe ook in natura zou kunnen worden voldaan⁹².

De waarschuwing kan als strafrechtelijke sanctie zinvol worden aangewend in gevallen waarin door de betrokken groepering haar goede wil reeds duidelijk werd getoond; wel kan een termijn worden bepaald waarbinnen deze waarschuwing in geval van herhaling wordt omgezet in een andere sanctie.

19. De algemene ondervoogdijstelling is een der meest geschikte en soepel hanteerbare sancties; in haar praktische uitvoering is ze wellicht minder efficiënt zo ze in de vorm van gerechtelijk toezicht wordt toegepast; te verkiezen is een systeem van gecontroleerd beheer of benoeming van toeziende commissarissen⁹³. De voorgedij laat het productiepeil onaangetast en de dienstverlening ononderbroken, en bovendien wordt de tewerkstelling niet in het gedrang gebracht.

Hetzelfde kan niet gezegd worden van stillegging of schorsing van de activiteiten, sluiting van de inrichting of ontbinding. Men kan dan ook stellen dat slechts in enkele welbepaalde gevallen toepassing van deze sancties mogelijk mag zijn. Aanvaardbaar zijn bijvoorbeeld de gevallen van inbreuken met een aspect van openbare gezondheid, veiligheid of hygiëne, gevallen waarin de groepering nog enkel bestaat met het oog op het vervullen van misdadig gedrag en gevallen van voortdurende herhaling⁹⁴.

⁹⁰ In de ruime zin van het woord, dus ook uitgespaarde kosten.

⁹¹ Ten aanzien van vakbonden zou verbod kunnen worden uitgesproken om nog deel te nemen aan bepaalde sociale onderhandelingen; ten aanzien van politieke partijen sancties van bijvoorbeeld electoraal aard: cf. G. LEVASSEUR, «Sanctions pénales et personnes morales», rapport Français aux XVIèmes Journées Franco-belgo-luxembourgeoises de sciences pénales, Brussel 14-15 mei 1975, *R.D.P.*, 1975-76, (p. 698-719), p. 714.

⁹² Bijvoorbeeld van niet aan bederf onderhevige goederen zoals in Nederland het geval is: zie HUIDEKOPER, *op. cit.*, p. 32.

⁹³ Zie daaromtrent de kritiek die in Nederland wordt geuit met betrekking tot het gerechtelijk toezicht: HUIDEKOPER, *op. cit.*, p. 28.

⁹⁴ Zie in die geest de artt. 39 en 63 van het Franse voorontwerp tot wijziging van het Strafwetboek: ontbinding als strafrechtelijke sanctie is slechts mogelijk «si le groupement a été créé ou détourné de son objet pour faciliter la commission du délit».

Zie ook art. 7.01 § F van de Texas Bus. Corp. Act. waarin de ontbinding, zij het als civiele sanctie, voorzien is zo de onderneming zich in staat van voortdurend misdadig gedrag bevindt en ontbinding noodzakelijk is om zulks in de toekomst te vermijden en het publiek belang te beschermen.

⁸⁷ Cf. de geest van de Franse Wet nr. 75-624 van 11 juli 1975 tot wijziging en aanvulling van zekere strafrechtelijke bepalingen (*J.O.*, 13 juli 1975, *J.C.P.*, 1975, III, 43081). De Nederlandse wetgever heeft geen afstand gedaan van het onderscheid tussen hoofdstraffen, bijkomende straffen en maatregelen.

⁸⁸ «Fine is little more than a licence to do business»: LEIGH, «Criminal liability», p. 284.

⁸⁹ DERSHOWITZ, *loc. cit.*, p. 295; A. MULDER, *Schets van het economisch strafrecht*, p. 295; DUGGAN, *loc. cit.*, p. 627; FISSE, *loc. cit.*, p. 377; VENANDET, *loc. cit.*, p. 757; S.A. YODER, «Criminal sanctions for corporate illegality», *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1978 (1), (p. 40-58), p. 51-52.

Cf. de afroom- en viervoudboete in Nederland: P.A. HUIDEKOPER, *Hantering van het economisch strafrecht in Nederland*, Kluwer, Deventer, 1975, p. 26-28 en art. 41 van het Duitse Strafwetboek.

In elk geval dienen in de mate van het mogelijke beschermingsmaatregelen te worden getroffen ten aanzien van werknemers en andere betrokkenen. Op dat vlak bepleit F. Rouquet de mogelijkheid van vooruitneming op het actief door de vennoten die bewijzen dat ze niet hebben deelgenomen aan de inbreuk, bij wijze van schadevergoeding⁹⁵. De vraag is of dit praktisch uitvoerbaar is en bovendien of het niet ingaat tegen de idee van «investment risk» zoals hierboven reeds vermeld. Men zou dit recht uiteraard kunnen beperken tot diegenen die zich uitdrukkelijk hebben verzet⁹⁶.

20. De toepassingsmogelijkheid van alternatieve sancties geeft de rechter de gelegenheid om te komen tot de meest aangepaste sanctie rekening houdend met de feitelijke omstandigheden, de aard van de collectiviteit ... Denkbaar zijn dan beperking of ontzegging van bepaalde faciliteiten, onder meer van fiscale of kredietfaciliteiten; verbod tot uitbreiding van de activiteit van de onderneming; ontzegging van de mogelijkheid handel te drijven met het buitenland; verbod tot het sluiten van bepaalde contracten; intrekking van technische hulp; verbod een beroep te doen op het openbaar spaarwezen; beperking van het gebruik van publiciteit; verbod tot uitoefening van professionele of andere activiteiten.

Hoewel gesteld kan worden dat de rechter inderdaad moet beschikken over een ruime keuze, is een al te uitgebreide mogelijkheid daartoe nochtans niet gewenst. Immers moeten voldoende toepassings- of controlemodaliteiten kunnen worden uitgewerkt. Bovendien is het gevaar voor onvoldoende afweging van sociaal-economische of andere factoren niet ondenkbaar⁹⁷. Over de noodzaak van deskundigheid van de rechter zal later worden gehandeld.

VII. Cumulatieve vervolgingsmogelijkheden

21. In de rechtsleer vindt men een algemene bevestiging van cumulatieve vervolgingsmogelijkheden ten aanzien van én de collectiviteit, én de fysieke persoon⁹⁸. Terecht

⁹⁵ Zie F. ROUQUET, «Imputabilité pénale et dommages survenus aux personnes et aux biens à l'occasion des activités de l'entreprise», *R.D.P.*, 1968-69, (p. 409-488), p. 703.

⁹⁶ Zie voor een bepaling in die geest art. 10 van de Franse Ord. van 5 mei 1945 betreffende de vervolging van ondernemingen. Aldus krijgt ook de bewering van MUELLER gestalte, namelijk dat aandeelhouders zullen aangespoord worden tot deelname in het beleid: *loc. cit.*, p. 39.

⁹⁷ Zie bijvoorbeeld toepassingen van het K.B. nr. 22 van 24 okt. 1934 (*B.S.*, 27 okt. 1934) waarbij aan bepaalde veroordeelden en aan gefailleerden verbod wordt opgelegd bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen. Een dergelijk verbod kan voor de betrokkene een «commerciële dood» betekenen, doordat het rehabilitatiemogelijkheden ontnemt welke die vroeger uitoefende activiteiten hem juist verleenden.

⁹⁸ In de Belgische rechtsliteratuur J. D'HAENENS, «Sanctions pénales et personnes morales», rapport Belge aux XVIèmes Journées Franco-belgo-luxembourgeoises de sciences pénales, Brussel 14-15 mei 1975, *R.D.P.*, 1975-76, (p. 731-759), p. 740 en 755; PATTE, *loc. cit.*, p. 40. Nederlandse auteurs onder meer HULSMAN, *loc. cit.*, p. 140; voor Frankrijk zie H. DONNEDIEU DE VABRES, noot onder Cour d'Appel de Paris (Ch. d'Accus.), 21 déc. 1949, *D.H.*, 1950, p. 434; LEVASSEUR, *loc. cit.*, p. 712; zie ten slotte in de Anglo-Amerikaanse rechtsliteratuur: DERSHOWITZ, *loc. cit.*, p. 280; ISEMAN, *loc. cit.*, p. 70; COLEMAN, *loc. cit.*, p. 920 e.v.; DUGGAN, *loc. cit.*, p. 626; St. GOODWIN, «Individual liability

moet worden vermeden dat collectieve aansprakelijkheid een nieuwe rechtvaardigings- dan wel verschoningsgrond zou zijn ten aanzien van fysieke personen⁹⁹. Huss stelt als alternatieve mogelijkheid voor dat bij veroordeling van de collectiviteit deze laatste een verhaal kan uitoefenen tegen de fysieke persoon¹⁰⁰.

Dit vormt in de eerste plaats echter een hinderpaal om ook ten aanzien van fysieke personen een aangepast sanctiesysteem uit te werken. Bovendien zou het in vele gevallen leiden tot een feitelijke immuniteit van de fysieke persoon.

In Nederland wijst de praktijk uit dat de aard van de misdrijven medebepalend kan zijn voor de keuze die de Officier van Justitie maakt¹⁰¹.

Niet steeds is duidelijk welke personen men wenst te vervolgen naast de collectiviteit. Op deze vraag wordt veelal niet ingegaan.

Naast de dader-uitvoerder heeft men in bepaalde gevallen de door de wet als dader aangewezen fysieke persoon in functie van de hem toevertrouwde zorgplichten en ten slotte is er — des te meer inzake groeperingscriminaliteit — degene die tot de daad heeft aangespoord of opdracht gegeven.

De Nederlandse wettelijke regeling laat aan het openbaar ministerie en de rechter voldoende ruimte om rekening te houden met diverse omstandigheden. In het kader van de collectiviteitscriminaliteit «beperkt» ze de vervolging van natuurlijke personen tot diegenen die aanleiding hebben gegeven tot de gedraging of opdracht hebben gegeven tot het feit. De werkelijke of door de wet aangewezen dader kan buiten die bepalingen om vervolgd worden zo alle daartoe vereiste elementen bij hem vervuld zijn¹⁰².

Een dergelijke bepaling is nochtans niet noodzakelijk. De feitenrechter kan immers als werkelijke dader beschouwen degene die de materiële uitvoering ervan aan de ondergeschikte heeft opgedragen. Een heroriëntering van de individuele aansprakelijkheid op basis van het hierboven voor- gestelde organigram zal op dit vlak dienstig zijn.

VIII. Aspecten van toepassing en procedure

22. Vooraleer de sanctie kan worden uitgevoerd, kunnen zich gevallen voordoen van nietigheid, ontbinding, faillissement, fusie ...

De Nederlandse auteurs Kist en Mulder associëren nietigheid en ontbinding met de dood van een natuurlijke persoon. De vordering van het openbaar ministerie wordt in de regel niet-ontvankelijk verklaard¹⁰³.

of agents for corporate crimes under the proposed Federal Criminal Code», *Vanderbilt Law Review*, 1978 (31), (p. 965-1016), p. 969.

⁹⁹ Zie ook de uitdrukking «hide behind the corporate veil» in de in noot 99 gecit. Anglo-Amerikaanse rechtsliteratuur.

¹⁰⁰ HUSS, «Sanctions pénales et personnes morales», p. 675 en 684.

¹⁰¹ Inzake sociaal-economische aangelegenheden wordt in de regel de onderneming zelf vervolgd; voor gemeenrechtelijke misdrijven is vervolging van de collectiviteit eerder uitzonderlijk: KIST, *loc. cit.*, p. 24.

¹⁰² Cass., 15 april 1975, *Pas.*, 1975, I, 803.

¹⁰³ KIST, *loc. cit.*, p. 37; A. MULDER, *Wet op de Economische Delicten*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1970, p. 110.

Deze voorgestelde oplossing vloeit voort uit het postulaat van de gelijke behandeling van de rechtspersoon en van de mens.

In het vennootschapsrecht is de nietigheid uiteindelijk een nietigverklaring die neerkomt op gerechtelijke ontbinding. Die nietigverklaring is constitutief van aard; de staat van «nietigverklarde vennootschap» is in alle opzichten gelijk aan die van vennootschap in vereffening. Zoals na ontbinding wordt de vennootschap geacht voort te bestaan voor haar vereffening¹⁰⁴. Ook *faillissement* heeft vereffening tot gevolg¹⁰⁵.

Vervolgings- of uitvoeringsmogelijkheden hangen samen met het tijdstip der vereffening. Zolang deze niet beëindigd is, laten vervolging en uitvoering van de sanctie toe geveinsde ontbindingen te doorbreken onverminderd de vraag van de valsheid in geschrifte.

De vraag kan gesteld worden of men niet nog verder kan gaan en bijvoorbeeld na de sluiting der vereffening de uitvoering van de sanctie vervolgen op wat de vennoten en beheerders uit het patrimonium hebben verkregen.

Uiteraard kunnen in dergelijke gevallen nog alleen maar patrimoniale sancties zinvol worden opgelegd.

Wat fusie betreft liggen de zaken anders. Het Hof van Cassatie neemt aan dat de overnemende vennootschap de rechtverkrijgende onder algemene titel is van de bij fusie opgenomen vennootschap, waarvan zij alle activa en passiva verkregen heeft¹⁰⁶.

De vraag is nu of de overnemende vennootschap kan gehouden worden tot het voldoen van de sancties waartoe de overgenomen vennootschap is veroordeeld.

§ 905 (b)(3) van de New York Bus. Corp. Act bepaalt uitdrukkelijk dat ook *geldboeten* door de overnemende vennootschap moeten worden voldaan. S. 137 (13) van de Canada Corporation Act stelt enkel dat alle verantwoordelijkheden (liabilities) bij de «nieuwe» onderneming blijven bestaan¹⁰⁷. In de rechtspraak is men het er niet over eens of de strafrechtelijke aansprakelijkheid daaronder dient te worden begrepen¹⁰⁸.

Zo de wetgever de aansprakelijkheid voor de voldoening van de patrimoniale straffen wil beperken, kan dit gedaan worden in verhouding tot de graad van onderlinge afhankelijkheid die bestond tussen de betrokken vennootschappen voor de fusie.

Het aannemen van een (andere) juridische structuur door een collectiviteit of vennootschap heeft geen wijziging tot gevolg in haar optreden als entiteit in het maatschappelijk leven¹⁰⁹. Vervolging of uitvoering van sancties voor misdrijven gepleegd vóór het aannemen van de nieuwe juridische structuur is geen probleem.

23. Rechtvaardigingsgronden, verschoningsgronden enz. dienen ten aanzien van de collectiviteit zelf gewaar-

deerd te worden. Gezien de bijzondere aard van het optreden van collectiviteiten vormen rechtvaardigingsgronden van het individu niet automatisch een bevrijding voor de collectiviteit van haar aansprakelijkheid¹¹⁰.

Uitoefening van genade- en andere rechten is niet uitgesloten. Met betrekking tot bepaalde sancties, zoals ontbinding, zullen zich praktische moeilijkheden voordoen¹¹¹.

24. Niet-rechtspersonen brengen op het eerste gezicht problemen van formele aard mee zoals inzake dagvaarding en uitvoeringsproblemen. Wat de eerste reeks moeilijkheden betreft kan de wetgever vrij duidelijke bepalingen uitvaardigen. In de regel treden gestructureerde collectiviteiten op in het maatschappelijk leven onder een naam¹¹². Dagvaarding op naam van minstens twee leden is ook denkbaar. Met betrekking tot de plaats van dagvaarding zijn eveneens verschillende regelingen denkbaar¹¹³.

Met betrekking tot de uitvoering kan gesteld worden dat er in de regel een afzonderlijk patrimonium bestaat hoewel anders gestructureerd. Zowel ten aanzien van rechtspersonen als van andere groeperingen kan men de zorg voor de uitvoering van de sanctie aan bepaalde personen opdragen.

25. In de dagvaarding dient steeds melding te worden gemaakt van degene die als vertegenwoordiger zal optreden of althans van het feit dat de rechtbank een vertegenwoordiger ad hoc zal aanwijzen¹¹⁴. Dit laatste zal het geval zijn indien de wettelijke vertegenwoordiger als individuele dader wordt vervolgd.

Met betrekking tot de inhoud van de dagvaarding is art. 47 van de Nederlandse W.E.D. een inspirerend voorbeeld. Het wijst op de noodzaak om in bepaalde gevallen voorrang te verlenen aan een snelle procedure-ingang boven streng formalistische aspecten. Dit artikel verschaft de mogelijkheid gebruik te maken van een kortere omschrijving van het delict dan principieel vereist is. De wijze waarop deze mogelijkheid is uitgebouwd, is echter niet voldoende uitgewerkt¹¹⁵.

26. De bevoegdheid van de rechter vergt in hoofdzaak aandacht op tweeërlei gebied, de territoriale bevoegdheid enerzijds, de materiële anderzijds.

Het is begrijpelijk dat de plaatselijke bevoegdheid niet zal kunnen worden bepaald aan de hand van de «plaats waar de verdachte werd of kan worden gevonden»¹¹⁶. Hoewel van toepassing, is het criterium der verblijfplaats niet steeds zeer duidelijk ten aanzien van collectiviteiten. Niettemin kan de plaatselijke bevoegdheid beïnvloed worden door samenhang met de vervolging van bepaalde personen.

Men kan ter zake van collectiviteitscriminaliteit opteren voor toekenning van de bevoegdheid *ratione materiae* aan de correctionele rechter. De wetgever dient dan in bepaalde uitzonderingen te voorzien op die principiële bevoegdheid

¹⁰⁴ Zie art. 178, Venn. W.

¹⁰⁵ Art. 455 e.v. Faill. W.

¹⁰⁶ Cass., 30 april 1970, R.W., 1970-71, 605; anders: J.-G. RENAULD, «Les fusions de sociétés en droit belge», rapport belge au VIe Congrès international de Droit Comparé, Hamburg 30 juli-4 aug. 1962, *Rev. Dr. Int. Comp.*, 1962, (p. 217-227), p. 218.

¹⁰⁷ Zie in die zin ook art. 19 van de derde richtlijn van de Raad van de E.G. van 9 okt. 1978, *Pb. nr. L 295* van 20 nov. 1978.

¹⁰⁸ Zie LEIGH, «Criminal liability», p. 264 en aldaar gecit. arresten.

¹⁰⁹ Zie art. 165 Venn. W.

¹¹⁰ Anders: HULSMAN, *loc. cit.*, p. 148-149.

¹¹¹ Zie meer in het bijzonder P. BERNHEIM, «La grâce des personnes morales et les possibilités de recours contre un décret-de-grâce», *Gaz. Pal.*, 1952, 2, Doct., p. 44-46.

¹¹² Men zou een inschrijving in een centraal register kunnen voorzien van bepaalde collectiviteiten.

¹¹³ Zie de artt. 529 en 530 Nederlands W. v. Sw. Zie ook art. 704 Ger. W.

¹¹⁴ Zie ook art. 528 Nederlands W. v. Sv.; art. P1 van het Franse voorontwerp tot wijziging van het Strafwetboek.

¹¹⁵ MINKENHOF, *op. cit.*, p. 318.

¹¹⁶ Cf. de artt. 23, 24 en 139 Sv.

van de correctionele rechter in geval van samenhang met een individuele vervolging voor de politierechter. Hij kan ook bepalen dat de individuele vervolging in bepaalde gevallen wordt overgeheveld naar de correctionele rechter.

De grondwettelijk bepaalde regeling inzake criminele aangelegenheden¹¹⁷ laat niet toe reële inhoud te geven aan de aansprakelijkheid van collectiviteiten voor misdaden, althans indien men de aansprakelijkheid voor de zoveelste maal op identieke wijze wil behandelen als ten aanzien van personen. Correctionalisatie zal in vele gevallen afbreuk doen aan die beperking.

27. Een gecentraliseerde documentatie zou moeten generaliseerd worden ten einde een meer overzichtelijk beeld te verkrijgen van voorkomen en ontwikkeling van organisatiecriminaliteit. Aldus bestaat in Nederland de «Justitiële Documentatie», waarmee de ervaringen als zeer positief overkomen¹¹⁸. Er wordt wel eens gewezen op de mogelijkheden welke het handelsregister zou bieden ten aanzien van vennootschappen¹¹⁹. In elk geval lijkt een Afdeling Centraal Strafregister wenselijk voor alle organisatiecriminaliteit. Afzonderlijke vermelding in het handels- en andere registers kan eventueel ingevoerd worden als bijkomende uitvoeringsmodaliteit van de publiciteitssanctie.

Met betrekking tot hangende zaken op het tijdstip van de inwerkingtreding van de desbetreffende bepalingen kan gesteld worden dat afhandeling dient te geschieden volgens de op het tijdstip van het misdrijf geldende regelen tenzij daarvan door de wetgever wordt afgeweken.

Tot hiertoe werd de strafrechtelijke aansprakelijkheid van organisaties ter sprake gebracht. De aandacht moet ook gevestigd worden op de mogelijkheden welke hen dienen te worden verleend om in rechte op te treden als burgerlijke partij, om klacht in te dienen of te dagvaarden. Hoewel ter zake van burgerlijke rechtsvorderingen een ontwikkeling heeft plaatsgehad, bestaan immers beperkingen in verband met — alweer — de rechtspersoonlijkheid.

28. Hoewel niet rechtstreeks de grondproblematiek van collectiviteitscriminaliteit betreffend, toch een woord met betrekking tot deskundigheid en specialisatie van gerechtelijke politie, opsporingsambtenaren en rechterlijke macht.

Doeltreffende opsporing en berechting wordt geenszins in de hand gewerkt door een «penale inflatie» van opsporingsambtenaren of meer uitgebreide bevoegdheden¹²⁰. Deze leidt integendeel tot ongecoördineerde uitwisseling van gegevens en gevaar voor aantasting van een fundamenteel recht op rechtsbescherming.

Dit belet echter niet dat wijzigingen nodig zijn.

Sociaal-economisch, financieel, fiscaal strafrecht zijn in het kader van groepsriminaliteit essentiële sectoren. In vrijwel alle ons omringende landen kan men een verzuiking bespeuren om te komen tot een deskundigheid of specialisatie op de betrokken gebieden¹²¹. In Nederland is enige

kritiek merkbaar. Dit hoeft echter niet ontgoochelend te zijn. Het toont aan welke fouten vermeden moeten worden. De Nederlandse economische politierechter beschikt niet over een volle dagtaak. Een mogelijk antwoord ligt in een centralisatie in de zin van bijvoorbeeld de Duitse «Schwerpunktstaatsanwaltschaften», dit wat de specialisatie betreft. Op het vlak van de deskundigheid kan bijstand door deskundigen aan de rechter een stap in de goede richting zijn.

29. Problemen van extraterritorialiteit treden in al hun aspecten naar voren ter zake van organisatiecriminaliteit. Dit vloeit voort zowel uit de aard der criminaliteit als uit die van de betrokken verantwoordelijke.

Nationale bepalingen waarbij uitbreiding wordt gegeven aan de territoriale werking van de strafwet tot in het buitenland gepleegde deelnemingshandelingen aan misdrijven in België gepleegd en zelfs tot in het buitenland gepleegde misdrijven¹²² volstaan geenszins. Divergentie tussen de verschillende landen bestaat dan niet alleen naar de grondregelen maar bovendien ook nog naar de normen van het «Strafrechtsanwendungsrecht»¹²³. Gebruik maar vooral misbruik van deze bestaande divergenties en lacunes is geen zeldzaamheid¹²⁴.

Een regeling in Europees en internationaal verband is hier vereist. Tot hiertoe kan slechts gewezen worden op bilaterale akkoorden met betrekking tot de bevoegdheid van politie en opsporingsambtenaren¹²⁵, Benelux- en Europese Verdragen tot rechtshulp, overname van vervolging, uitvoering van strafrechtelijke beslissingen. Slechts de uitbouw van een supranationale regeling zal toelaten op het vlak van groeperingscriminaliteit te komen tot een efficiënte bestrijding¹²⁶.

(K.B. 8 sept. 1972) en de Economische Algemene Inspectie (K.B. 16 dec. 1954). Zie voor de parketten bv. de Duitse «Schwerpunktstaatsanwaltschaften», de «Economische Referenten», gespecialiseerd in handel, economie of economische politiek die de procureurs bijstaan, de Nederlandse «economisten», gespecialiseerde leden van het parket en de mogelijkheid voor de Franse onderzoeksrechter en het openbaar ministerie om de kamer van inbeschuldigingstelling te verzoeken de zaak te verwijzen naar een confrater-specialist. Wat de zittende magistratuur betreft kent Nederland de figuur van de economische politierechter; de artt. 704 e.v. van de Franse Code de procédure pénale verwijzen bepaalde *bedrijfsmatig* gepleegde misdrijven naar gespecialiseerde rechtbanken, in de schoot van de gemeenrechtelijke; art. 74 van de Duitse Wet op de Rechterlijke organisatie voorziet in concentratiemogelijkheden.

¹²² Zie de wet van 17 april 1878, houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering (B.S., 25 april 1878). De V.S. Foreign Corrupt Practices Act van 9 dec. 1977 bestrijdt corruptie waaraan vennootschappen in de vreemde gevestigd zich schuldig maken.

¹²³ Hiermee bedoelen we het recht dat de voorwaarden tot aanwending van het strafrecht vastlegt; zie voor nadere omschrijving van het begrip: W. ZIEHER, *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, Duncker en Humblot, Berlijn, 1977, p. 26 e.v.

¹²⁴ Zie ook A. MULDER, «Europees Strafrecht: het verslag van een trieste geschiedenis», *S.E.W.*, 1979 (7/8), p. 466-471; FREDERICQ en VAN INNIS, *loc. cit.*, p. 10.

¹²⁵ Zie LEIGH, «Politique et mesures pénales», p. 167.

¹²⁶ Zie K. TIEDEMANN, «Phénoménologie des infractions économiques» in CONSEIL DE L'EUROPE (ed.), *Aspects criminologiques de la délinquance d'affaires*, Etudes relatives à la recherche criminologique, vol. XV, Strasbourg, 1977 (p. 9-72), p. 22.

¹¹⁷ Art. 98 G.W.

¹¹⁸ KIST, *loc. cit.*, p. 62.

¹¹⁹ VENANDET, *loc. cit.*, p. 754.

¹²⁰ Cf. M. FRANCHIMONT, «Les sanctions en matière de droit pénal économique», *Rev.Dr.Int.Comp.*, 1958, (p. 466-484), p. 483.

¹²¹ Wat betreft gerechtelijke politie en andere opsporingsambtenaren en gespecialiseerde brigades als de financiële afdeling bij het Commissariaat-Generaal van Gerechtelijke Politie te Brussel

IX. Besluit

30. In bovenstaande uiteenzetting is gepoogd een algemeen beeld te schetsen van de vraagstukken die in het verleden een daadwerkelijke sanctionering van de specifieke ondernemings- of collectiviteitscriminaliteit hebben verhinderd en van de wegen die kunnen worden gevolgd om hieraan een oplossing te geven. Met betrekking tot deze collectiviteitscriminaliteit kon worden gezegd dat mits met een aangepaste wettelijke formulering geen al te grote bezwaren meer kunnen worden aangevoerd tegen het opleggen van sancties aan de vennootschap, drager van de onderneming of aan andere collectiviteiten.

Misdrijven die bijzonder opzet vereisen, vergen een andere behandeling dan die waarvoor dit opzetvereiste niet is bepaald : voor de misdrijven die algemeen opzet vereisen zal de sanctie de collectiviteit kunnen worden opgelegd zo blijkt dat het misdrijf klaarblijkelijk dat is van de collectiviteit, zonder dat men zich hoeft af te vragen wie de werkelijke dader is. De onderneming zal niet aansprakelijk kunnen worden gehouden zo van haar kant al het mogelijke gedaan is om het misdrijf te voorkomen. De strafrechtelijke beteugeling van de collectiviteit in deze omstandigheden verhindert geenszins dat ook de fysieke persoon, die de handeling heeft verricht of er opdracht toe gaf, tevens wordt gesanctioneerd.

Voor misdrijven met bijzonder of gekwalificeerd opzet gelden aangepaste regelen.

Hiermede is ook de betekenis van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de collectiviteit gesteld : zij moet ervoor zorgen dat er in haar organisatie geen misdrijven worden gepleegd. De eigen tekortkoming van de groepering bestaat erin dat zij er niet voor gezorgd heeft de nodige preventie-, depistage- of controlemaatregelen te nemen die het plegen van misdrijven moeten voorkomen en in voorkomend geval recidive verhinderen.

Vandaar dat wij menen dit preadvies te kunnen afsluiten met er de nadruk op te leggen dat het noodzakelijk is dat

groeperingscriminaliteit — in sterkere mate dan vandaag het geval is — op preventieve wijze zou worden bestreden. Het is de plicht van de onderneming, en in het algemeen van alle groeperingen, om de nodige kaders te ontwikkelen en de nodige interne procedures uit te werken om het plegen van misdrijven te voorkomen of vroegtijdige opsporing mogelijk te maken.

Tallose grote ondernemingen kennen reeds sinds geruime tijd interne controleprocedures, die vooral zijn afgestemd op het verifiëren van de juistheid van de boekhoudkundige registratie. Dit controle-instrument dient enerzijds verder uitgebouwd te worden, vooral door de interne onafhankelijkheid van deze inspectiedienst te beveiligen, terwijl hij anderzijds moet kunnen functioneren als orgaan waarbij alle vragen van boekhoudkundige registratie, *door wie ook* in de onderneming aanhangig kunnen worden gemaakt, en voor advies voorgelegd. In de hoogste beheersorganen van deze ondernemingen zouden daarbij beheerders moeten kunnen worden aangeduid die, als niet wezenlijk bij de ondernemingsleiding betrokken beheerders, van deze vragen kennis kunnen nemen om er een onafhankelijk oordeel over uit te spreken¹²⁷.

Deze preventiepolitiek behoort weerspiegeld te worden in de verslaggeving waartoe de ondernemingen jaarlijks, doch ook intern gehouden zijn : het is wenselijk dat de ondernemingen verantwoording tegenover het ruime publiek afleggen voor de inspanningen die zij hebben geleverd ter naleving van de wettelijke en bestuurlijke voorschriften.

Dit is des te meer zo nu de uitbouw van zeer aanzienlijke organisaties waarvan de maatschappelijke verplichtingen meer en meer worden onderkend tot een uitermate sterke dilutie leidt van de individuele verantwoordelijkheid.

¹²⁷ Zie wat de V.S. betreft onder meer A.S. COHEN en R.M. LOEB (ed.), *Duties and responsibilities of outside directors*, Pract. Law Inst., New York, 1978 ; D.J. LEHR, (ed.), *The emergence of the corporate audit committee*, Pract. Law Inst., New York, 1978.

DE ROL VAN DE ONDERNEMING IN HET SOCIAAL RECHT EN DE VERSCHIJNINGSVORM VAN HET SOCIAAL RECHT VOOR DE ONDERNEMING

*Preadvies door Willy van Eeckhoutte, assistent
bij het Seminarie voor Sociaal Recht R.U.G.*

I. De plaats van de onderneming in het sociaal recht

In tegenstelling met wat geredelijk zou kunnen worden gedacht, is de notie onderneming in de zin die daar gewoonlijk aan wordt gegeven, eigenlijk geen kernbegrip van het sociaal recht.

In het gewone spraakgebruik wordt de term onderneming gehanteerd om een zelfstandig, op winst gericht bedrijf (d.i. een inrichting voor de uitoefening van een bepaalde tak van industrie, handel enz.) of complex van bedrijven aan te duiden. Het woord onderneming wordt derhalve gebruikt in economische zin¹.

Ook in de rechtsliteratuur wordt meestal uitgegaan van een economisch ondernemingsbegrip, wat verklaard wordt door de omstandigheid dat aldus voordeel kan worden gehaald uit het feit dat dit begrip in de economische wetenschap reeds lang bekend en ingeburgerd is, terwijl het recht er slechts sinds een relatief korte tijd mee te maken krijgt².

Het *Sociaalrechtelijk Woordenboek*, dat de in het sociaal recht gebruikte terminologie poogt een te maken in Beneluxverband, haalt in zijn inleiding de term onderneming aan als voorbeeld van opgenomen «termen die behoren tot andere wetenschappen dan de rechtswetenschap, o.m. de economie»³. Het omschrijft de onderneming als een «zelfstandige economische eenheid, gericht op het exploiteren van een of meer bedrijven met het oog op het maken van winst»⁴.

Deze definitie stemt overeen met meerdere gangbare begripsomschrijvingen uit de rechtsliteratuur⁵.

¹ VAN DALE, *Groot Woordenboek der Nederlandse Taal*, 1976, I, blz. 239 en II, 1.635, dat de term onderneming als economisch kwalificeert.

² M. STORME, «Beschouwingen over de juridische groei van het begrip onderneming», *R.W.*, 1958-59, 263.

³ *Sociaalrechtelijk Woordenboek*, Benelux Economische Unie, 1977, blz. 14.

⁴ *A.w.*, blz. 118.

⁵ Volgens R. VANDEPUTTE is een onderneming een groepering van mensen en zaken in één zelfde complex met het doel goederen voort te brengen of diensten te presteren en aldus een zekere winst te verwezenlijken («Juridische problemen in verband met de onderneming», *R.W.*, 1961-62, 2262).

C.A. BOUKEMA en J.C.J. WOUTERS definiëren de onderneming als een organisatie van mensen en middelen gericht op het verwerven van duurzaam inkomen voor de bij die organisatie betrokken mensen (*Inleiding bedrijfsrecht*, 1976, blz. 155).

M. STORME meent dat een algemeen geldende begripsomschrijving van de onderneming moeilijk kan worden geboden, doch dat de verschillende samenstellende elementen ervan als volgt te bepalen zijn: een gemeenschap van mensen die materiële en immateriële goederen aanwenden om een autonome economische entiteit

Weliswaar zijn er in het arbeidsrecht⁶ nagenoeg geen regelingen die niet in zeer nauw verband staan met de onderneming-economische entiteit, doch in het eigenlijke object van het sociaal recht speelt de onderneming niet rechtstreeks een rol, terwijl zij al evenmin een subject van sociaal recht is.

Het recht op arbeid en het recht op bestaanszekerheid, die samen het object van het sociaal recht vormen, hebben elk een eigen juridisch statuut, waarbij de onderneming *de lege lata* meestal slechts fungeert als decor waarin de toepassing van het grootste gedeelte van het sociaal recht zich afspeelt⁷.

Anderzijds is de onderneming al evenmin een subject van het geldende sociaal recht⁸, aangezien de dragers van het

te vormen ten einde goederen of diensten op de markt te brengen («Naar een juridische begripsvorming van de onderneming», in *Album Professor Fernand Van Goethem*, 1964, blz. 521-522).

L. FREDERICQ merkt op dat het begrip onderneming «se confond avec la notion essentielle économique d'unité de production, de transformation ou de répartition» («La notion juridique de l'entreprise en droit positif belge», *J.T.*, 1947, 473).

W. VAN GERVEN omschrijft de onderneming als een zelfstandige en duurzaam georganiseerde groep van mensen, die met behulp van materiële en immateriële middelen goederen of diensten produceren of distribueren tegen betaling door de afnemers van die goederen of diensten van een vergoeding welke ertoe strekt en erop berekend is om eventueel en bij voorkeur meer inkomsten op te leveren dan er uitgaven nodig zijn voor de werking van de organisatie (*Beginnels van Belgisch Privaatrecht*, XIII, *Handels- en Economisch Recht I, Ondernemingsrecht*, blz. 28).

R. GORIS definieert de onderneming als het samenbrengen door een of meer personen van goederen en diensten teneinde te produceren en winst te maken («Problemen in verband met het concept en de structuurverhoudingen in de onderneming», *R.W.*, 1965-66, 1821).

⁶ Het sociale-zekerheidsrecht is in de regel niet rechtstreeks verbonden met de onderneming, hoewel de toepassing van dit recht natuurlijk vaak zijn oorzaak vindt in gebeurtenissen die zich in of in verband met de onderneming voordoen (gedacht wordt bijvoorbeeld aan de arbeidsongevallen- en de beroepsziektenregeling en aan de regeling van de werkloosheidsuitkeringen).

⁷ Anders: G. DE CUYPER, *De rechtsverhoudingen in de onderneming*, 1964, blz. 63 e.v.

Verder wordt evenwel de vraag gesteld of en in welke mate de onderneming-economische entiteit een plicht tot tewerkstelling kan worden opgelegd. In dit geval zou de onderneming natuurlijk wel een voorname rol spelen in de concretisering van het recht op arbeid.

⁸ FREDERICQ, *a.w.*, *J.T.*, 1947, 473; P. HORION, «L'évolution de l'entreprise à l'égard du droit du travail», *Rapports belges au VII^e Congrès international de droit comparé*, C.I.D.C., 1966, blz. 255-256.

Anders, doch zonder motivering: STORME, *a.w.*, *Album Professor Fernand Van Goethem*, blz. 518.

recht op arbeid en op bestaanszekerheid de werknemers of de met werknemers gelijkgestellten zijn en, voor sommige sociale-zekerheidsregelingen, de zelfstandigen of zelfs de hele bevolking⁹.

De natuurlijke of rechtspersoon die de werknemers tewerkstelt, komt hieraan slechts te pas, hetzij als zijnde zelf subject van sociaal recht, nl. als zelfstandige, hetzij als werkgever op wie zekere verplichtingen rusten om het recht op arbeid en op bestaanszekerheid van zijn werknemers te verwezenlijken.

Het economisch ondernemingsbegrip heeft in het sociaal recht dan ook als dusdanig geen juridische gestalte gekregen. In het licht van het hierbovenstaande is zulks volkomen gerechtvaardigd.

Het economisch begrip onderneming vereist inderdaad geen tewerkstelling. De meest eenvoudige onderneming is een organisatie van één man en één middel (de vodenkoopman en zijn handkar)¹⁰. Behoudens de toepasselijkheid van het sociale-zekerheidsrecht voor zelfstandigen — in het concrete voorbeeld misschien aangevuld met de toepassing van de Bestaansminimumwet¹¹ — heeft deze onderneming niets met het sociaal recht te maken.

Als men derhalve een sociaalrechtelijk en meer specifiek een arbeidsrechtelijk ondernemingsbegrip wil hanteren, moet het element tewerkstelling de economische notie vervolledigen. In het sociaal recht kan er slechts van een onderneming sprake zijn wanneer een aantal werknemers een gemeenschappelijke werkzaamheid verricht in ondergeschikt verband ten opzichte van een leidinggevend orgaan. De onderneming ontstaat er dus eerst met de aanwerving van personeel¹².

In deze optiek geeft P. Horion de volgende definitie van het sociaalrechtelijk begrip onderneming :

«L'ensemble des activités économiques que poursuit une société ou une personne physique qui, en vue de ces activités, embauche des ouvriers ou des commis, l'ensemble des activités communes que poursuivent des travailleurs subordonnés sous l'autorité d'un organe investi d'un pouvoir de direction, sous l'autorité d'une personne ou d'un collège de personnes qui a tous les pouvoirs sans aucune subordination à l'égard d'un échelon plus élevé»¹³.

De klassieke sociaalrechtelijke notie werkgever duidt dan ook op niemand anders dan het ondernemingshoofd. Terwijl degene die zich voorneemt een economische entiteit op te richten voordien juridisch gezien slechts eigenaar of huurder is van een aantal goederen, krijgt hij door het sluiten van een arbeidsovereenkomst een nieuwe, bijkomende juridische hoedanigheid nl. die van ondernemingshoofd of werkgever¹⁴. Het ondernemingshoofd of de

werkgever kan vanzelfsprekend zowel een natuurlijke als een rechtspersoon zijn. Het criterium is degene die bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst als contracterende partij optreedt¹⁵.

Een benadering van het begrip onderneming op de hierboven geschetste manier zal ongetwijfeld diegenen ontgoochelen die een «moderne» en zogenaamd vooruitstrevende zienswijze op de onderneming beweren te hebben. De laatste decennia zijn er inderdaad steeds meer stemmen opgegaan die pleiten voor een op institutionele, communautaire en statutaire basis geschoeid ondernemingsbegrip¹⁶, terwijl de hierboven gegeven begripsomschrijving precies de contractuele aspecten van de arbeidsverhouding beklemtoont, wat, naar wordt beweerd, een klassieke, individualistische en liberale stelling is, die door de sociale realiteit zou zijn achterhaald.

Het is niet de bedoeling hier op deze controverse in te gaan. Afgezien van de juridische bezwaren die er tegen ingebracht kunnen worden¹⁷, zij hier alleen uiting geven aan een grondige scepsis tegenover de wenselijkheid van een institutioneel ondernemingsbegrip voor de werknemers in een vrije-markteconomie¹⁸.

Hoewel in de visie die in de onderhavige tekst naar voren wordt gebracht, de werknemer juridisch gezien alleen bindingen heeft met de werkgever, het ondernemingshoofd, en niet met de onderneming zelf¹⁹, is het ongetwijfeld zo dat de onderneming de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen nader bepaalt. Bepaalde wettelijke, reglementaire en collectief-conventionele regelen hebben immers betrekking op het geheel van de in een onderneming tewerkgestelde werknemers of regelen de betrekkingen tussen deze werknemers onderling of tussen

¹⁵ J. STEYAERT, «Het ondernemingshoofd en de onderneming in onze wetgeving», *R.W.*, 1953-54, 926 e.v.

¹⁶ Deze leer, ontstaan in bepaalde kringen van Duitse arbeidsrechtbeoefenaars en Franse specialisten in administratief recht, werd voor het eerst gesystematiseerd in Frankrijk door PAUL DURAND («Aux frontières du contrat et de l'institution: la relation de travail», *J.C.P.*, 1944, I, 387). Voor een overzicht van het begrip onderneming-instelling: A.-F. DAVID, «A propos d'un critère de la nature juridique contractuelle ou non, de la relation de travail subordonné: le champ d'application du droit du travail», *Ann.Fac.dr.sc.ec.Liège*, 1977, 109-168; A.-F. DAVID, «Remarques sur la conception institutionnelle de la relation de travail subordonné», *J.T.T.*, 1976, 305-313.

Belgische rechtsleer over dit onderwerp: o.a. A. DE BERSAQUES, «Le droit du chef d'entreprise de mettre fin à celle-ci est-il susceptible d'abus?», *R.C.J.B.*, 1959, 371; Ch. GOOSSENS, «Contrat et institution dans les relations du travail», *Débats du colloque international tenu à l'université de Liège les 24 et 25 avril 1961*, blz. 197-213; A. LAGASSE, «Les sanctions disciplinaires dans les entreprises privées», *T.S.R.*, 1957, 183-199; J. STEYAERT, «Zijn de rechtsverhoudingen in de onderneming nog alleen bepaald door het dienstverhuuringscontract?», *R.W.*, 1962-63, 1753-1766; STORME, a.w., *R.W.*, 1958-59, 249-278; M. TAQUET, «Essai sur la notion d'entreprise en droit du travail belge», in *Album Professor Fernand Van Goethem*, 1964, blz. 527-543; R. VANDEPUTTE, *Le statut de l'entreprise*; *Id.*, a.w., *R.W.*, 1961-62, 2262-2268.

¹⁷ Zie bijv. DAVID, a.w., *J.T.T.*, 1976, 313.

¹⁸ HORION, a.w., blz. 257.

¹⁹ De institutionalisten betogen precies het tegenovergestelde en formuleren het zelfs zo «dat de werknemers vastgehecht worden aan de onderneming, zoals de schepen aan een zeerots» (STORME, a.w., *R.W.*, 1958-59, 264).

⁹ H. LENAERTS, *Inleiding tot het Sociaal Recht*, 1973, blz. 140-141.

¹⁰ BOUKEMA en WAUTERS, a.w., blz. 155.

¹¹ In deze tekst wordt de verkorte citeerwijze van wetten en besluiten gebruikt zoals die voorkomt in de *Inleiding tot het Sociaal Recht* van H. LENAERTS, 1973, 523 e.v., aangevuld met enkele nieuwe termen.

¹² HORION, a.w., blz. 233; VANDEPUTTE, a.w., *R.W.*, 1961-62, 2263; R. BLANPAIN, «Het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen», *Arb. Bl.*, 1977, 486.

¹³ HORION, a.w., blz. 236.

Voor een vergelijkbare definitie: BLANPAIN, a.w., *Arb. Bl.*, 1977, 486.

¹⁴ HORION, a.w., blz. 233 en 254.

de groep van werknemers en de werkgever. Om dit te staven wordt vaak verwezen naar zekere onderdelen van de zogenaamde arbeidsreglementering en voornamelijk naar de Arbeidsreglementenwet omdat het arbeidsreglement, dat weleens «la loi fondamentale de l'entreprise» wordt genoemd²⁰, klaarblijkelijk een andere grondslag heeft dan de contractuele verhoudingen. Maar ook zekere bepalingen uit het arbeidsovereenkomstenrecht zouden op een «ondernemingsgebondenheid» van de werknemers wijzen. Zo bijvoorbeeld de berekening van de opzeggingstermijn in verhouding tot de anciënniteit verworven «bij dezelfde onderneming»²¹ of «bij dezelfde werkgever»²² zoals dit geïnterpreteerd wordt door de rechtspraak²³, de wettelijke definitie van willekeurige afdanking die o.m. spreekt van «de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming»²⁴ en de bepalingen die verplichtingen tussen de werknemers onderling scheppen²⁵. Ook de algemeen aanvaarde disciplinaire bevoegdheid van de werkgever zou op institutionele basis gevestigd zijn²⁶.

De opvatting dat de contractuele banden de grondslag blijven vormen van het arbeidsrecht, lijkt evenwel niet onverzoenbaar met de vaststelling dat inderdaad niet alle arbeidsrechtelijke fenomenen hun rechtstreekse oorsprong meer vinden in de arbeidsovereenkomst. Het is een algemeen beginsel van het overeenkomstenrecht dat de wet enerzijds de contractuele vrijheid beperkt, anderzijds de inhoud van de overeenkomsten aanvult²⁷. Er lijkt geen dwingende reden voorhanden te zijn waarom die aanvulling geen rechten en verplichtingen in het leven zou kunnen roepen die de onmiddellijke relatie tussen de contracterende partijen overstijgen. Door het sluiten van een arbeidsovereenkomst wordt de werknemer in een arbeidsgemeenschap ingeschakeld waardoor te zijnen aanzien een aantal bijkomende regelen gelding krijgen²⁸.

Als van dit standpunt wordt uitgegaan, treedt de onderneming zoals zij hierboven gedefinieerd wordt, in het sociaal recht slechts op de voorgrond wanneer om de een of andere reden het verband tussen de werkgever en het geheel van zijn werknemers in het licht wordt gesteld. Dit gebeurt in hoofdzaak voor twee onderscheiden doeleinden.

In de eerste plaats kan het begrip onderneming gehanteerd worden bij de omschrijving van het toepassingsgebied van de verschillende onderdelen van het sociaal recht. Meestal gaat de bepaling van het toepassingsgebied van een sociaalrechtelijke regeling uit van het voornaamste subject

van deze rechtstak, de werknemer. Omdat de verwezenlijking van de aan de werknemers toegekende rechten verplichtingen meebrengt voor de werkgever die hen tewerkstelt, dient het toepassingsgebied evenzeer deze werkgever te omvatten. Aangezien de omschrijving van het toepassingsgebied aldus verwijst naar de werknemers en de werkgevers die hen tewerkstellen, wordt vanzelfsprekend het verband tussen beiden benadrukt en kan men gemakkelijk tot de hantering van het ondernemingsbegrip komen.

Het hier voorgestane begrip onderneming wordt voorts in het sociaal recht om een voor de hand liggende reden belangrijk, wanneer precies beoogd wordt de verhouding tussen de werkgever en het geheel van de door hem tewerkgestelde werknemers te regelen. Met onderneming wordt dan de arbeidsgemeenschap bedoeld die bestaat tussen allen die in dezelfde economische entiteit bij het verrichten van arbeid betrokken zijn²⁹. De voornaamste bepalingen hieromtrent zijn die betreffende de ondernemingsraad, het veiligheidscomité en de vakbondsafvaardiging, wanneer de arbeidsgemeenschap functioneert, en die betreffende het collectief ontslag en de sluiting van ondernemingen, wanneer aan deze arbeidsgemeenschap voor alle of een groot gedeelte van de werknemers een einde wordt gemaakt.

In de onderhavige tekst wordt enkel aandacht besteed aan het eerste geval waarin de onderneming een rol speelt³⁰. De onderneming wordt hier inderdaad beschouwd als zijnde «slechts» «une réalité sociale utilisée par le droit pour circonscrire le champ d'application d'une règle»³¹.

Aansluitend bij deze inleiding wordt vooreerst de terminologie besproken die *de lege lata* in het sociaal recht gebruikt wordt, ook buiten de omschrijving van het toepassingsgebied van een normgeheel (II).

Volgt dan een beknopt overzicht van de wijze waarop de verschillende onderdelen van het arbeidsrecht hun toepassingsgebied omschrijven waarbij inhoudelijk wordt nagegaan hoe het sociaal recht een gedifferentieerde verschijningsvorm aanneemt ten aanzien van de verschillende «soorten» ondernemingen (III).

II. De term onderneming in het sociaal recht

Terminologische onnauwkeurigheid is steeds een van de technische kenmerken van het pragmatisch gegroeide sociaal recht geweest. Meer dan in andere rechtstakken, worden in dit onderdeel van het recht onderscheiden begrippen met een zelfde term aangeduid en wordt een zelfde begrip van verschillende termen voorzien³². Dat is ook zo voor alles wat zich in de sfeer van de onderneming bevindt.

In heel wat sociaalrechtelijke teksten wordt het begrip onderneming in zuiver economische zin gebruikt. Dit is onder meer het geval wanneer men de aard van de economische activiteit van een bepaalde werkgever wil aanduiden. Zo wordt gesproken van een bergingsonderneming

²⁰ TAQUET, a.w., blz. 531.

²¹ Artikelen 59, derde lid, en 60 van de Arbeidsovereenkomstenwet.

²² Artikel 82, § 2, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet.

²³ M. TAQUET en Cl. WANTIEZ, «L'ancienneté et la notion de même employeur», *J.T.T.*, 1972, 129-137.

²⁴ Artikel 63, eerste lid, van de Arbeidsongevallenwet.

²⁵ Artikel 17, 4°, van de Arbeidsongevallenwet dat de werknemer o.m. verplicht zich te onthouden van al wat schade kan berokkenen aan de veiligheid van zijn medearbeiders.

²⁶ LAGASSE, a.w., *T.S.R.*, 1957, 183-199.

²⁷ R. VANDEPUTTE, *De Overeenkomst*, 1977, blz. 27, die zelfs — en niet geheel ten onrechte — het gehele sociale-zekerheidsrecht als een uitvloeisel van de individuele arbeidsovereenkomst beschouwt.

²⁸ HORION, a.w., blz. 238 e.v.

²⁹ LENAERTS, a.w., blz. 351.

³⁰ Over de organisatie van de arbeidsgemeenschap bestaat inderdaad een vrij volledige literatuur.

³¹ R. CLÉMENTS, *Contributions à l'étude de l'entreprise et de la distribution des pouvoirs de décision*, 1961, 57.

³² M.A. TRINE, «Les lacunes techniques de la législation sociale», *Ann.Dr.Sc.Pol.*, 1954, 71-73; STEYAERT, a.w., *R.W.*, 1953-54, 928 en 933.

ming³³, een kermisonderneming, vervoerondernemingen, zeevaartondernemingen en ondernemingen van vervoer langs de binnenwateren, ondernemingen van openbare vertoningen en vermakelijkheden, dagbladondernemingen...³⁴, ondernemingen voor groenten- en fruitconserveren³⁵, landbouw-, tuinbouw- en bosbouwondernemingen³⁶, handelsondernemingen, ambachtsondernemingen, ondernemingen die toeristische activiteiten tot voorwerp hebben, dienstverlenende ondernemingen, nijverheids-ondernemingen ...³⁷, ondernemingen voor laden, lossen en behandelen van goederen in de haven, op de steigers, in de pakhuizen en stations³⁸ ... enz.³⁹.

Ook wanneer de wet spreekt van categorieën of takken van ondernemingen heeft zij duidelijk economische entiteiten voor ogen⁴⁰.

Het woord onderneming wordt evenwel ook afzonderlijk gebruikt om de economische activiteit van een werkgever aan te duiden, bijvoorbeeld wanneer men spreekt van de tijdelijke of definitieve sluiting van een onderneming voortvloeiend uit maatregelen getroffen bij toepassing van de wetgeving op de reglementering betreffende de vrijwaring van het leefmilieu⁴¹, de sluiting van de onderneming wegens jaarlijkse vakantie⁴², dagen van gewone inactiviteit van de onderneming⁴³, nadeel berokkenen aan de onderneming⁴⁴ en in talrijke andere gevallen⁴⁵. Ook in de bevoegdheidsregeling van de paritaire comités lijkt de term onderneming op de economische entiteit te doelen^{45a}.

Zeldzame teksten voegen aan het economisch ondernemingsbegrip het element tewerkstelling toe. Dit is het geval met sommige bepalingen waarin sprake is van «ondernemingen met (een bepaald aantal) werknemers»⁴⁶, van «de

werkgevers en de werknemers van een onderneming»⁴⁷ of nog met de bepalingen waarin de toepassing van een bepaald arbeidsstelsel⁴⁸, een bepaalde tewerkstellingsvorm⁴⁹, een bepaalde procedure⁵⁰, een arbeidsreglement⁵¹ of afdankingscriteria⁵² aan de onderneming wordt vastgeklemd. Het belangrijkste lijkt deze aangevulde notie in de C.A.O. nr. 5 gesloten op 24 mei 1971 betreffende het statuut van de vakbondsafvaardiging van «het personeel der ondernemingen», hoewel het woord onderneming hier ook terzelfder tijd de tegenstelling met het niveau van de bedrijfstak moet uitdrukken.

Het woord onderneming krijgt een bijzondere betekenis in de bepaling van artikel 63, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, dat de willekeurige afdanking o.m. definieert in verband met «de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming». Met onderneming lijkt hier eerder de arbeidsgemeenschap⁵³ of de sociaal-economische levensgemeenschap⁵⁴ bedoeld te worden die bestaat tussen de werknemers en het ondernemingshoofd, de werkgever.

Ergens tussen de eerstgenoemde noties in ligt het ondernemingsbegrip van de bepalingen waarin sprake is van het in dienst zijn van of de anciënniteit in een «zelfde» onderneming⁵⁵.

Zoals eerder reeds werd opgemerkt, gaat het in deze teksten om een begrip dat nauw lijkt aan te sluiten bij een institutionele visie op de onderneming. Weliswaar wordt in een analoge bepaling het woord werkgever gebruikt in de plaats van onderneming⁵⁶, doch de door de rechtspraak aan deze tekst gegeven interpretatie laat er geen twijfel over bestaan dat het begrip heel wat verder reikt dan de term werkgever laat vermoeden⁵⁷. Het ondernemingsbegrip dat hier gehanteerd wordt, is vrij complex en kan misschien

³³ Artikel 59 van de Arbeidsovereenkomstenwet Schepelingen.

³⁴ Artikelen 3, 4^o, 19, derde lid, 1^o, vierde lid, en 37, 2^o, 3^o, 5^o, 8^o, en 15^o, van de Arbeidswet.

³⁵ Artikel 3b, 1^o, C.A.O. nr. 17 van 19 december 1974 tot invoering van een regeling van aanvullende vergoeding ten gunste van sommige bejaarde werknemers indien zij worden ontslagen.

³⁶ Artikel 1 van het K.B. van 16 april 1965 tot oprichting van arbeidsgeneeskundige diensten, tot reorganisatie van de eerste-hulpverlening op de werkplaatsen en tot wijziging van de titels II en III van het Algemeen Reglement voor de arbeidsbescherming.

³⁷ Artikel 2, a, b, g van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

³⁸ Artikel 34, § 3, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet.

³⁹ Zie ook de bepalingen van artikel 5 A 4^o, B 1^o, C 2^o, E 4^o en 6^o, van het K.B. van 24 december 1968 betreffende de vrouwenarbeid.

⁴⁰ Artikel 23 van de Arbeidswet en artikel 32, tweede lid, van de Beroepsziektenwet.

⁴¹ Artikel 26, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet.

⁴² Artikel 28, 1^o, van de Arbeidsovereenkomstenwet en artikel 41, i, van de Kinderbijslagwet Werknemers.

⁴³ Artikel 54, § 2, derde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet en artikel 9 van de Feestdagenwet.

⁴⁴ Artikel 65, § 1, van de Arbeidsovereenkomstenwet.

⁴⁵ O.m. de artikelen 51, § 2, derde lid, 1^o, 65, § 1, en § 2, vijfde lid, 69, 86, § 2, van de Arbeidsovereenkomstenwet, artikel 23 van de Arbeidswet, artikel 5 van de Arbeidsinspectiewet, artikel 7, 1^o, van de Uitzendarbeidswet...

^{45a} Artikel 35 van de C.A.O.-wet en artikel 1, eerste lid, en 3, eerste en vijfde lid, van de Wet Prestaties van Algemeen Belang.

⁴⁶ Artikel 6 van de Uurkredietenwet, artikel 6 van de Sociale-Zekerheidswet Mijnwerkers, artikel 45 van de Sociale-Zekerheidswet Werknemers.

⁴⁷ Artikel 2b van de C.A.O. nr. 14 van 22 december 1973 betreffende de vermindering van de wekelijkse arbeidsduur.

⁴⁸ Bijvoorbeeld artikel 35, derde lid, van de Arbeidswet, dat het heeft over «een onderneming waar de vijfdaagse toepassing vindt» en artikel 17, § 1, 5^o, van de Uitzendarbeidswet dat spreekt over «de arbeidstijdregeling in de onderneming van de gebruiker».

⁴⁹ Artikel 27, eerste lid, van de Uitzendarbeidswet handelt over «een (uitzendkrachten) gebruikende onderneming» en artikel 33, § 4, tweede lid, over «de onderneming van de gebruiker».

⁵⁰ Artikel 7, § 1, van de C.A.O. nr. 25 van 15 oktober 1975 betreffende de gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers; artikel 136, § 1, van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

⁵¹ Artikel 8 van de C.A.O. nr. 25 van 15 oktober 1975.

⁵² Artikel 10, derde lid, van de C.A.O. nr. 17 van 19 december 1974 tot invoering van een regeling van aanvullende vergoeding ten gunste van sommige bejaarde werknemers indien zij worden ontslagen.

⁵³ R. VERHEYDEN, «De willekeurige afdanking», *R.W.*, 1976-77, 917.

⁵⁴ B. DUBOIS, «Het willekeurig ontslag : naar een grondige hervorming van het Belgisch ontslagrecht ?», *R.W.*, 1977-78, 88.

⁵⁵ Artikelen 52, § 1, vijfde lid, 53, eerste lid, 2^o, 59, derde lid, 60 en 83, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet; artikel 6, eerste en vierde lid, van de Sluitingswet.

⁵⁶ Artikel 82, § 2, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet.

⁵⁷ TAQUET en WANTIEZ, *a.w.*, *J.T.T.*, 1972, 129-137. De arbeidsovereenkomstenwet Binnenschippers spreekt in dezelfde bepaling trouwens nu eens van werkgever, dan weer van onderneming (artikel 25quater, § 1, zesde lid, en § 6, 2^o).

nog het best omschreven worden als een sociologisch begrip⁵⁸ dat, aangezien noch een wijziging in de economische structuur, noch een wijziging in het juridisch statuut volstaan om een «nieuwe» onderneming in het leven te roepen, gekenmerkt wordt door een zekere sociaal-economische identiteit.

In nog andere bepalingen heeft de term onderneming de betekenis van inrichting, zijnde de besloten of open ruimte met daarbij behorende installatie, bestemd om daarin werkzaamheden te verrichten, goederen te bergen of een opleiding te geven, zoals een fabriek of werkplaats, een opslagplaats, een winkel, een kantoor, een hotel, mijnen, groeven en werven⁵⁹. Dit is onder meer zo wanneer de tegenstelling wordt gemaakt tussen arbeid binnen en arbeid buiten de onderneming⁶⁰, wanneer gesproken wordt over het afgeven van een geneeskundig getuigschrift op de onderneming⁶¹, de aanplakking van een bericht in de lokalen van de onderneming⁶², of een technische stoornis in de onderneming⁶³ of wanneer de plaats waar de onderneming gevestigd is als determinerend wordt beschouwd voor de territoriale bevoegdheid van het gewestelijk bureau van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening⁶⁴. Een aantal wetten lijken het woord onderneming in de zin van inrichting te gebruiken omdat zij met een onderneming gelijkstellen: de inrichtingen van de met de werkgevers gelijkgestelde personen⁶⁵. In een aantal van deze gevallen wijst de inhoud van de bepalingen waarin de term voorkomt, er evenwel op dat nu eens de tewerkstellende economische entiteit bedoeld wordt⁶⁶, dan weer de tegenstelling met het vlak van de bedrijfstak⁶⁷, wat tot het besluit leidt dat de term inrichting in een verkeerde betekenis gebruikt wordt.

Voor een aantal wettelijke bepalingen kan geredelijk worden aangenomen dat de term onderneming samenvalt met het begrip werkgever. Dit is het geval in de teksten die spreken van ondernemingen die (een aantal) werknemers tewerkstellen⁶⁸ of die tegemoetkomingen toekennen of verminderingen toestaan aan ondernemingen⁶⁹. Ook de

bepalingen die het hebben over het vertrek van de werknemer uit de onderneming⁷⁰ of de wederopneming van een ontslagen werknemer in de onderneming⁷¹, lijken in deze sfeer te liggen. Er wordt met deze bepalingen immers niets anders bedoeld dan dat respectievelijk een einde komt aan de arbeidsovereenkomst van de betrokken werknemer en de reeds ontslagen werknemer opnieuw in dienst wordt genomen.

In de regelingen rond de overdracht van ondernemingen blijkt de term onderneming in meerdere betekenissen gebruikt te worden. De bepalingen van artikel 21, § 10, van de Bedrijfsorganisatiewet en van artikel 1, § 10, van de Gezondheids- en Veiligheidswet omschrijven de onderneming in dit verband als de juridische entiteit, duidelijk in afwijking dus van het begrip onderneming-technische bedrijfseenheid dat beide wetten voor het overige hanteren. Volgens het commentaar van de Nationale Arbeidsraad bij artikel 1 van de C.A.O. nr. 32 van 28 februari 1978 betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ten gevolge van overdracht van ondernemingen krachtens overeenkomst, dekt de term onderneming voor de toepassing van deze collectieve arbeidsovereenkomst nu eens de juridische entiteit, dan weer de technische bedrijfseenheid. Als reden hiervoor wordt opgegeven dat het begrip overgang van een onderneming steeds een wijziging van werkgever vereist, wat zowel kan gebeuren door een overdracht van een juridische entiteit als door een overdracht van een technische bedrijfseenheid. Hoewel artikel 20 van de C.A.O.-wet niets zegt over de inhoud van de term onderneming die het gebruikt, lijkt om dezelfde reden een zelfde dubbele inhoud mogelijk.

Uiteindelijk wordt de term onderneming soms nog gebruikt om de tegenstelling met instellingen⁷² zonder industriële of commerciële finaliteit te beklemtonen. Afdeling V van hoofdstuk III van titel II van het Werkloosheidsbesluit heeft het over «Beroepsopleiding in een onderneming», dit in tegenstelling met de opleiding in centra voor beroepsopleiding en in een technische onderwijsinrichting. Dat is ook het geval met de regeling van stage van jongeren, die de stage in een onderneming stelt tegenover stage in een administratie⁷³.

Vergelijkbaar is het gebruik van de term onderneming om de tegenstelling met de bedrijfstak aan te duiden. Het ondernemingsniveau staat dan tegenover het sectorieel niveau van het paritair comité⁷⁴.

⁵⁸ A. COLENS, *Le contrat d'emploi*, 1973, blz. 190.

⁵⁹ Het Sociaalrechtelijk Woordenboek, Tw. «Inrichting», blz. 97.

⁶⁰ Artikel 88 van de Arbeidsovereenkomstenwet; artikel 3, derde lid, 1^o, a, van de Arbeidsinspectiewet; artikel 5, a, 2^o, van het K.B. van 24 december 1968 betreffende de vrouwenarbeid.

⁶¹ Artikel 31, § 2, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet.

⁶² Artikel 51, § 2, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet; artikel 13, § 1, tweede lid, en § 2, van de Feestdagenwet.

⁶³ Artikel 49, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet.

⁶⁴ Artikel 51, § 1, 4^o, en § 2, vijfde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet.

⁶⁵ Artikel 2, § 1, tweede lid, 5, van de C.A.O.-wet; artikel 5, 6^o, van de Arbeidsongevallenwet; artikel 1, 3^o, van het Taaldecreet.

⁶⁶ Bijvoorbeeld de artikelen 34 en 36, §§ 2 en 3, van de Arbeidsongevallenwet en artikel 1, eerste lid, van het Taaldecreet.

⁶⁷ Artikel 4, §§ 1 en 2, van de C.A.O.-wet.

⁶⁸ Artikel 68, eerste lid, van het Werkloosheidsbesluit; artikel 27, eerste lid, van de Uitzendarbeidwet; artikel 72, eerste lid, van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering; artikel 1 van het K.B. van 5 december 1969 betreffende de aangifte van collectieve afdankingen en de kennisgeving van vacante betrekkingen.

⁶⁹ Artikel 2, tweede lid, 2^o, van het Werkloosheidsbesluit; artikel 39, eerste lid, van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

⁷⁰ Artikel 65, § 1, van de Arbeidsovereenkomstenwet.

⁷¹ Artikel 7, § 2, van de C.A.O. nr. 25 van 25 oktober 1975 betreffende de gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers; artikel 136, § 3, eerste en derde lid, van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

⁷² Het Sociaalrechtelijk Woordenboek definieert de term instelling als een «georganiseerd geheel van personen en goederen ter verwezenlijking van een bepaald doel», zodat ook de onderneming-economische entiteit, een instelling is, nl. een met winst oogmerk.

⁷³ Artikel 48, eerste lid, van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978.

⁷⁴ Artikel 65, § 2, tweede en vierde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet; artikelen 5, 16.4 en 35 van de C.A.O.-wet; artikel 63, tweede lid, van het K.B. van 30 maart 1967 tot bepaling van de algemene uitvoeringsmodaliteiten van de wetten betreffende de jaarlijkse vakantie der loonarbeiders; artikel 7, eerste lid, en 8, eerste lid, van de Feestdagenwet; artikelen 1, § 2, tweede lid, 24,

Een apart geval is het gebruik van de term familieonderneming, waarmee de sociale structuur van een economische entiteit beklemtoond wordt⁷⁵.

Meermaals wordt de term onderneming in dezelfde wet in verschillende betekenissen gebruikt. Een schoolvoorbeeld hiervan is de Arbeidsovereenkomstenwet⁷⁶.

In tegenstelling met vroeger⁷⁷ wordt in de recente sociale wetgeving niet meer zo veel gebruik gemaakt van de term ondernemingshoofd⁷⁸. Wanneer dit wel gebeurt, wordt daaraan doorgaans de correcte juridische betekenis van werkgever gegeven⁷⁹.

Een enkele keer wordt van ondernemers gesproken, waarbij evenwel onbetwistbaar de natuurlijke of rechtspersoon bedoeld wordt die voor eigen rekening een onderneming-economische entiteit drijft⁸⁰.

Gelet op het hierboven staande kan het natuurlijk geen verwondering wekken dat een algemene begripsomschrijving van de onderneming in het sociaal recht niet voorhanden is. Wel zijn er een aantal wetten die een definitie geven van het begrip onderneming dat zij gebruiken.

De bekendste, reeds klassiek geworden begripsomschrijving is die van de Bedrijfsorganisatiewet, die herhaald wordt in de Gezondheids- en Veiligheidswet.

Sinds het K.B. nr. 4 van 11 oktober 1978 wordt in artikel 14, § 1, 2^{de} lid, van de Bedrijfsorganisatiewet en in artikel 1, § 4, b, 1, derde lid, 1^o, van de Gezondheids- en Veiligheidswet de onderneming gedefinieerd als «de technische bedrijfseenheid, bepaald op grond van de economische en sociale criteria; in geval van twijfel primeren de sociale criteria».

Over dit begrip bestaat een overvloedige literatuur⁸¹ en rechtspraak⁸², waarop wij hier niet nader ingaan wegens het feit dat het aldus geformuleerde begrip eigenlijk met de term bedrijf dient te worden aangeduid. Deze terminologische misvatting wordt algemeen betreurd⁸³ en terecht.

Een bedrijf wordt in het *Sociaalrechtelijk Woordenboek*, dat de term eveneens als economisch aanmerkt, omschreven als een «technisch-organisatorische eenheid van menselijke en zakelijke produktiefactoren».

In het Frans wordt de term «entreprise» zowel voor de notie bedrijf als voor het begrip onderneming gebruikt⁸⁴.

De onderneming-technische bedrijfseenheid veronderstelt volgens de rond dit begrip opgebouwde rechtspraak een entiteit met een zekere economische en sociale autonomie. In dit verband stippen wij enkel aan dat een recent arrest van het Hof van Cassatie van 22 oktober 1979⁸⁵ het primeren van de sociale op de economische criteria in die zin uitlegt dat het bestaan van een sociale autonomie volstaat opdat er een technische bedrijfseenheid zou zijn, zelfs al is er dus geen economische of technische autonomie. De bepaling van artikel 1, § 3, van het K.B. nr. 4 van 11 oktober 1978 voerde een aantal wettelijke vermoedens in omtrent het bestaan van een technische bedrijfseenheid. De artikelen 5 tot en met 7 van het K.B. van 18 oktober 1978 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen voorzien in een procedure om de technische bedrijfseenheid te bepalen, wanneer deze niet overeenstemt met de juridische entiteit⁸⁶.

Vele wetten verwijzen naar de definitie van de Bedrijfsorganisatiewet en de Gezondheids- en Veiligheidswet voor het ondernemingsbegrip dat zij hanteren⁸⁷.

Er zijn evenwel nog enkele andere positiefrechtelijke omschrijvingen van de term onderneming in het sociaal recht.

25 en 33, § 3, van de Uitzendarbeidwet; artikel 4, tweede lid, van de C.A.O. nr. 23 van 25 juli 1975 betreffende de waarborg van een gemiddeld maandinkomen; artikel 7, § 1, eerste lid, van de C.A.O. nr. 25 van 15 oktober 1975 betreffende de gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers; artikel 5, F, van het K.B. van 24 december 1968 betreffende de vrouwenarbeid; artikel 5, derde lid, van de C.A.O. nr. 14 van 22 november 1973 betreffende de vermindering van de wekelijkse arbeidsduur.

⁷⁵ P. DENIS, «Le statut de l'entreprise familiale et droit social belge», *Ann.Dr.Sc.Pol.*, 1962, 235-259.

⁷⁶ Zie echter ook de Arbeidswet, de Arbeidsinspectiewet, de Feestdagenwet...

⁷⁷ STEYAERT, a.w., *R.W.*, 1953-54, 925 e.v.

⁷⁸ Het *Sociaalrechtelijk Woordenboek* noemt ondernemingshoofd degene die de leiding van een onderneming (economisch begrip) heeft, doch gaat niet zover het ondernemingshoofd gelijk te stellen met de werkgever.

⁷⁹ Artikelen 1, 2, 3, 5 en 6 van de wet van 28 december 1977 tot bescherming van de arbeidsgeneesheren; artikel 51, § 1, 1^o, van de Beroepsziektenwet; artikel 3, tweede lid, van de C.A.O.-wet; artikelen 15, b, en 16, eerste lid, a, 17, 26, 31, 33 en 34 van de Bedrijfsorganisatiewet; artikel 1, § 2, van het K.B. van 4 oktober 1976 betreffende de voortdurende vorming in de middenstand; artikel 27 van de wet van 14 februari 1961 voor economische expansie, sociale vooruitgang en financieel herstel; artikel 2, tweede lid, 7, eerste lid, en 12 van de C.A.O. nr. 5 van 24 mei 1971 betreffende het statuut van de syndicale afvaardigingen van het personeel der ondernemingen; artikelen 833, eerste lid, 839, eerste lid en 839ter, eerste lid *sexies*, van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming; artikel 1, eerste lid, van het K.B. van 27 november 1973 houdende reglementering van de economische en financiële inlichtingen te verstrekken aan de ondernemingsraad.

⁸⁰ Artikel 31, eerste lid, van de Kinderbijslagwet Werknemers.

⁸¹ J. STEYAERT, *Ondernemingsraad, Comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen*, 1975, blz. 12 e.v.; O. VANACHTER, *Ondernemingsraad*, in het verzamelwerk *Arbeidsrecht C.A.D.*, blz. 18 e.v.; J. PIRON en P. DENIS, *De ondernemingsraden en de comités voor veiligheid en hygiëne*, 1977, blz. 23 e.v.

⁸² Voor de recentste rechtspraak zie: P. BLONDIAU, «Les élections sociales — Chronique de jurisprudence», *J.T.T.*, 1972, 97-101, en *J.T.T.*, 1980, 17-29.

⁸³ HORION, a.w., blz. 237; STEYAERT, a.w., *R.W.*, 1953-54, 931; STORME, a.w., *Album Professor Fernand Van Goethem*, 1964, blz. 518; TAQUET, a.w., *Album Professor Fernand Van Goethem*, blz. 537; R. VANDEPUTTE, *Le statut de l'entreprise*, blz. 7.

⁸⁴ *Sociaalrechtelijk Woordenboek*, blz. 257.

⁸⁵ Nog niet in extenso gepubliceerd, maar grotendeels geciteerd in BLONDIAU, a.w., *J.T.T.*, 1980, 19.

⁸⁶ Hierover: BLONDIAU, a.w., *J.T.T.*, 1980, 19-20.

⁸⁷ Artikel 2 van de Sluitingswet; artikel 3, eerste lid, van de Sluitingswet Wachtgeld; artikel 1, tweede lid, van het K.B. van 5 december 1969 betreffende de aangifte van collectieve afdankingen en de kennisgeving van vacante betrekkingen; artikel 4, eerste lid, van de C.A.O. nr. 10 van 8 mei 1973 betreffende het collectief ontslag; artikel 4 van de C.A.O. nr. 24 van 2 oktober 1975 betreffende de procedure van inlichting en raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers met betrekking tot het collectief ontslag; artikel 1, tweede lid, van de C.A.O. nr. 27 van 27 november 1975 betreffende de verplichting voor de werkgever verdragen in de betaling te melden; artikel 1, 1^o, van het K.B. van 24 mei 1976 betreffende het collectief ontslag; artikelen 49, § 2, en 95, eerste lid, van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978.

Artikel 104, § 1, derde lid, van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming omschrijft de onderneming voor de toepassing van afdeling I van hoofdstuk III van titel II van dit reglement als iedere, onverschillig welke onderneming, instelling, inrichting of dienst als bedoeld in artikel 28 van het reglement. Het gaat hier derhalve louter om een vereenvoudigde aanduidingswijze van het toepassingsgebied van bepaalde regelen en niet om de definitie van een term met een afzonderlijke inhoud. Iets soortgelijks wordt aangetroffen in artikel 831 van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming, waar van het woord onderneming (en het woord werkgever) gezegd wordt dat het naar de in hoofdstuk II van titel V bedoelde inrichtingen, diensten en instellingen verwijst. Artikel 832, tweede lid, van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming bepaalt echter dat onder onderneming de technische bedrijfsseenheid dient te worden verstaan.

Artikel 1, 2°, van het K.B. van 27 december 1977 tot uitvoering van afdeling 4 — Humanisering van de arbeid — van hoofdstuk III van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978 lijkt een heel originele en eenvoudige definitie van het ondernemingsbegrip te geven. Voor de toepassing van dat besluit dient onder onderneming te worden verstaan: elke werkgever waarvoor de wet (van 22 december 1977) van toepassing is of van toepassing wordt verklaard. De wet zelf grijpt evenwel terug naar de definitie van de Bedrijfsorganisatiewet⁸⁸, zodat andermaal moet worden aangenomen dat het uitvoeringsbesluit slechts een vereenvoudigde verwijzings-techniek vooropstelt.

Zonder er hier verder op te willen of kunnen ingaan, zij ten slotte terloops aangestipt dat het sociaal recht nog over een heel arsenaal andere termen beschikt waarvan de inhoud vaak samenvalt met die van een van de hierboven aangehaalde ondernemingsnoties. Het gaat o.m. om de termen bedrijf⁸⁹, bedrijfsleider⁹⁰ en bedrijfshoofd⁹¹,

zaak⁹², dienst⁹³, instelling⁹⁴, inrichting⁹⁵, manufactuur⁹⁶, fabriek⁹⁷ en werkplaats⁹⁸.

III. Het sociaal recht, een uitdaging voor de onderneming ?

De onderneming is door de juridische inhoud die haar hier in het sociaal recht toegeschreven wordt, onlosmakelijk verbonden met het aspect tewerkstelling: «Assurément, l'entreprise remplit une fonction sociale: par son existence même, elle donne du travail»⁹⁹. Aldus bevindt zij zich effectief in het epicentrum van het sociaal recht. De onderneming draagt inderdaad uit haar aard bij tot de verwezenlijking van het recht op arbeid, dat precies het sociale grondrecht is waarvoor het gehele arbeidsrecht is geconstrueerd en dat eigenlijk ook ten grondslag ligt van het sociale-zekerheidsrecht¹⁰⁰.

Wanneer de onderneming nu gehanteerd wordt als een juridisch concept dienstig bij de afbakening van het toepassingsgebied van het sociaal recht en wanneer dit toepassingsgebied bekeken wordt in het verband van de tewerkstelling als objectief, dringen twee vaststellingen zich op.

In de eerste plaats lijkt het toepassingsgebied van de diverse sociaalrechtelijke regelingen zo bepaald te moeten worden dat een dubbele doelstelling bereikt wordt. Aan de ene kant moet het beschermend en emanciperend karakter van het sociaal recht zoveel mogelijk alle werknemers ten goede komen, aan de andere kant mogen de lasten die deze bescherming en ontvoogding meebrengen, niet dermate zwaar gaan doorwegen dat zij een ontmoedigende of prohibitive uitwerking hebben op het tewerkstellingsobjectief.

⁸⁸ Artikel 95, eerste lid, van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978.

⁸⁹ Artikelen 1, 3, 5°, 12, eerste en tweede lid, 13, 15, eerste lid, 18, 25, 28, § 1, 32, 36, § 1, 37, 14°, 42, tweede lid, 66 e.v. van de Arbeidswet; artikel 2, 11°, van de Vreemde-Arbeidskrachtenwet; artikel 3b, 2°, 3° en 4°, van de C.A.O. nr. 17 van 19 december 1974 tot invoering van een regeling van aanvullende vergoeding ten gunste van sommige bejaarde werknemers indien zij worden ontslagen; artikel 7 van de Sociale-Zekerheidswet Werknemers 1944; artikel 5, C, 1°, en E, 8°, K.B. van 24 december 1968 betreffende de vrouwenarbeid; artikel 131, § 3, b, van het Werkloosheidsbesluit.

⁹⁰ Artikelen 1 en 3 van het K.B. van 15 juli 1935 gegeven in uitvoering van artikel 29 van de wet van 10 februari 1934, houdende regeling van het thuiswerk op gebied van lonen en hygiëne.

⁹¹ Artikelen 24 en 25 van het K.B. van 5 april 1952 tot ordening der wetten houdende reglementering van de huisarbeid op gebied van lonen en hygiëne.

⁹² Artikel 14, § 1, van de Arbeidswet; artikel 5, C, 1°, van het K.B. van 24 december 1968 betreffende de vrouwenarbeid.

⁹³ Artikelen 1, § 2, en 3, eerste lid, van de Gezondheids- en Veiligheidswet; artikel 63, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet; artikelen 104, § 1, derde lid, en 831 van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming.

⁹⁴ Artikelen 1, eerste en tweede lid, en 3 van de Gezondheids- en Veiligheidswet; artikel 15 van de Feestdagenwet; artikelen 3,

§ 2, 2°, 37, 9°, en 66 van de Arbeidswet; artikel 63, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet; artikelen 104, § 1, derde lid, en 831 van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming; artikel 1 van het K.B. van 18 juni 1976 tot uitvoering van artikel 46 van de wet van 30 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen; artikel 1 van de wet van 24 januari 1977 houdende tijdelijke vermindering van de werkgeversbijdragen van sociale zekerheid ter bevordering van de tewerkstelling; artikel 1 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

⁹⁵ Artikelen 1, 4°, en 50, 1°, van de Arbeidswet; artikel 1, § 2, van de Gezondheids- en Veiligheidswet; artikelen 1, tweede en derde lid, 104, § 1, derde lid, en 831 van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming; artikel 2, § 1, 5, van de C.A.O.-wet.

Ook in de toezichtsbepalingen van de verschillende wetten is er steeds sprake van de bevoegdheid van de opsporingsambtenaren en -beambten om bij de uitoefening van hun opdracht binnen te gaan in alle inrichtingen.

⁹⁶ De wet van 22 germinal-2 floréal jaar XI betreffende de manufacturen, fabrieken en werkplaatsen.

⁹⁷ Artikel 1, eerste lid, van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming; de wet van 22 germinal-2 floréal jaar XI betreffende de manufacturen, fabrieken en werkplaatsen.

⁹⁸ Artikel 121, § 3, van het Werkloosheidsbesluit; artikel 15 van de Minder-Validenwet Tegemoetkomingen; artikel 20, § 2, eerste en vierde lid, van de Arbeidswet; artikelen 1, eerste lid, 64 en 353 van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming; het opschrift en talrijke bepalingen van de Gezondheids- en Veiligheidswet. De toegang tot de werkplaatsen is in de toezichtsbepalingen op dezelfde manier geregeld als voor de inrichtingen. Zie voetnoot 95.

⁹⁹ HORION, a.w., blz. 234;

¹⁰⁰ LENAERTS, a.w., blz. 74.

Een gediversifieerd toepassingsgebied van het sociaal recht, geleid op de finaliteit van de onderscheiden onderdelen ervan, lijkt dan ook aangewezen.

Anderzijds dienen in de mate van het mogelijke maatregelen getroffen te worden die de tewerkstelling bevorderen. Ofschoon dergelijke maatregelen natuurlijk ten voordele van alle ondernemingen kunnen worden genomen, maakt de beperktheid van de daartoe beschikbare middelen het wenselijk tewerkstellingsbevorderende maatregelen die de inzet van gemeenschapsmiddelen vereisen, te reserveren voor ondernemingen voor wie de aan de (uitbreiding van de) tewerkstelling verbonden lasten een daadwerkelijke hinderpaal vormen. Kleine economische entiteiten zullen dan, eerder dan grotere, voor dergelijke maatregelen in aanmerking komen.

Bovendien kan de vraag worden gesteld of economische entiteiten voor wie (aanvullende) tewerkstelling weliswaar een financiële last vormt, maar geen onoverkomelijke hinderpaal, in bepaalde gevallen niet tot (bijkomende) tewerkstelling kunnen en dienen verplicht te worden. In bepaalde sociaal-economische omstandigheden zullen sommige ondernemingen, hoewel zij hun tewerkstellingspeil zouden kunnen handhaven of uitbreiden, er de voorkeur aan geven naar andere middelen terug te grijpen om hun rentabiliteit te bewaren of te vergroten en zullen bijvoorbeeld kapitaalsintensieve in de plaats van arbeidsintensieve investeringen doen, meer automatiseren, in een ander opzicht kleinschaliger gaan werken enz.

Hieronder wordt onderzocht op welke wijze de hierboven bedoelde diversificatie van het toepassingsgebied op zichzelf en ten aanzien van de rechtstreeks tewerkstellingsbevorderende maatregelen in het actuele sociaal recht gestalte heeft gekregen.

1. Diversificatie van toepassingsgebied in het algemeen

Het sociaal recht kent geen uniform toepassingsgebied. Het is niet op dezelfde wijze noch in dezelfde mate van toepassing in alle ondernemingen, voor alle agenten van het economisch verkeer die werknemers tewerkstellen¹⁰¹.

De onderscheidingen die gemaakt worden in de wijze waarop het toepassingsgebied van de verschillende onderdelen van het sociaal recht omschreven wordt, hebben doorgaans een voor de hand liggende bestaansreden. Zij houden geen verband met enig tewerkstellingsobjectief doch zijn verbonden met de aard van de materie waarvan de regeling beoogd wordt.

Zo neemt het toepassingsgebied van een groot aantal «sociale wetten» het subject van het sociaal recht, de werknemer, als uitgangspunt. De regeling wordt alsdan van toepassing verklaard op de werknemers en op de werkgevers die hen tewerkstellen.

In het arbeidsrecht wordt de toepasselijkheid meestal nog uitgebreid tot de met werknemers gelijkgestelden, d.w.z. tot degenen die anders dan krachtens een arbeidsovereenkomst arbeid verrichten onder het gezag van een andere persoon of die arbeid verrichten in gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst¹⁰². Logischerwijze dienen dan ook de personen die de met werk-

nemers gelijkgestelden tewerkstellen, met werkgevers gelijk gesteld te worden¹⁰³.

Ook in het collectieve-arbeidsovereenkomstenrecht wordt het toepassingsgebied meestal omschreven als de werknemers en de met werknemers gelijkgestelden en zij die de werknemers en de gelijkgestelden tewerkstellen. Dit begint reeds met de C.A.O.-wet zelf¹⁰⁴ en is in nagenoeg alle collectieve arbeidsovereenkomsten terug te vinden.

In het sociale-zekerheidsrecht geldt ter zake de Sociale-Zekerheidswet Werknemers als basis. Deze geeft de Koning de bevoegdheid zijn toepassingsgebied tot de gelijkgestelden uit te breiden¹⁰⁵. De meeste takken van het sociale-zekerheidsrecht verwijzen naar deze wet voor de bepaling van hun toepassingsgebied.

Bepaalde wetten definiëren een toepassingsgebied door alleen naar de werkgevers te verwijzen. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer het gaat om verbods-¹⁰⁶ of sanctiebepalingen¹⁰⁷ die alleen op de werkgever van toepassing zijn, aangezien de werknemer, althans in beginsel, uit het sociaal strafrecht is verdwenen.

Wel worden dan terzelfder tijd soms bepaalde niet-werkgevers aan dezelfde regelen onderworpen. Ook wetten die enkel aan de werkgevers zekere lasten opleggen zonder dat daaruit rechtstreeks tastbaar voordeel spruit voor de werknemers¹⁰⁸ en wetten die de werkgevers zekere voordelen toestaan¹⁰⁹, definiëren hun toepassingsgebied door enkel naar de werkgevers te verwijzen. Het Taaldecreet bepaalt van toepassing te zijn op de natuurlijke personen en rechtspersonen die een exploitatiezetel in het Nederlands taalgebied hebben of die personeel in het Nederlands taalgebied tewerkstellen¹¹⁰. Er bestaat betwisting over de vraag of zulks betekent dat het Taaldecreet niet op de werknemers van toepassing is¹¹¹.

In het toepassingsgebied van andere wetten is er alleen sprake van de werknemers, omdat alleen aan dezen zekere voordelen worden toegekend zonder dat daardoor ter-

¹⁰³ Artikel 1, tweede lid, van de Arbeidsreglementenwet; artikel 1, tweede lid, van de Arbeidswet; artikel 1, tweede lid, van de Wet Bescherming Loon; artikel 1, tweede lid, van het Taaldecreet; artikel 1, tweede lid, van de Feestdagenwet; artikel 1, tweede lid, van de Vreemde-Arbeidskrachtenwet; artikel 117, 1^o en 2^o, van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

¹⁰⁴ Artikel 2, § 1, tweede lid, van de C.A.O.-wet.

¹⁰⁵ Artikel 2, § 1, 1^o, van de Sociale-Zekerheidswet Werknemers, uitgevoerd door hoofdstuk 1 van het K.B. van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot hierziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders.

¹⁰⁶ Artikel 120 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

¹⁰⁷ Artikel 1 van de Wet Administratieve Geldboeten.

¹⁰⁸ Artikel 1, eerste lid, van de Vervoerkostenwet.

¹⁰⁹ Artikel 1 van de wet van 24 januari 1977 houdende tijdelijke vermindering van de werkgeversbijdragen voor sociale zekerheid ter bevordering van de tewerkstelling; artikel 1 van het K.B. van 15 oktober 1979 waarbij aan bepaalde werkgevers wederaanpassingspremies en aanpassingspremies worden toegekend; artikel 94 van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978.

¹¹⁰ Artikel 1, eerste lid, van het Taaldecreet.

¹¹¹ R. BLANPAIN, e.a., *Taaldecreet in de praktijk*, 1978, blz. 81-84.

¹⁰¹ TRINE, a.w., *Ann.Dr. et Sc. Pol.*, 1954, 76.

¹⁰² LENAERTS, a.w., blz. 142 e.v.

zelfder tijd bijzondere lasten of verplichtingen aan hun werkgevers worden opgelegd¹¹².

Vrij talrijk zijn de bepalingen die het toepassingsgebied omschrijven aan de hand van de term onderneming. In uitzonderlijke gevallen gebeurt dit zonder dat kwantitatieve aspecten ten aanzien van de tewerkgestelde werknemers opduiken¹¹³. Doorgaans wordt de term onderneming echter precies gebruikt om een indicatie te kunnen geven betreffende het aantal tewerkgestelde werknemers. In de plaats van te spreken van «de werkgevers die werknemers tewerk stellen», lijkt de wetgever er de voorkeur aan te geven te verwijzen naar «de ondernemingen met X werknemers»¹¹⁴. De term onderneming dekt hier dan ook vrijwel altijd de notie werkgever.

In het sociale-zekerheidsrecht van de zelfstandigen en in gevallen van veralgemeende toepassing van bepaalde sociale-zekerheidsregelingen ten slotte¹¹⁵, is er vanzelfsprekend geen sprake meer van werkgevers, werknemers of ondernemingen.

Naast deze horizontale benadering kan van het toepassingsgebied van het sociaal recht ook een verticale doorsnede gemaakt worden. Als men de bepalingen buiten beschouwing laat die enkel op de werknemers of enkel op de werkgevers of op geen van beiden van toepassing zijn, blijkt duidelijk dat het sociaal recht niet in alle ondernemingen dezelfde verschijningsvorm aanneemt. Het pakket «toepasselijk sociaal recht» kan zowel qua omvang als qua inhoud in de ene onderneming verschillen van wat het in de andere is. Deze gedifferentieerde behandeling van de ondernemingen komt in verschillende opzichten tot uiting.

Het is een vaak geuite klacht dat de differentiatie in de sociaalrechtelijke benadering van de ondernemingen in de huidige stand van de wetgeving niet ver genoeg doorge-

voerd is. Er zou te weinig een onderscheid gemaakt worden naar gelang van de omvang, de aard van de activiteit, de economische en financiële structuur enz. van de ondernemingen, wat de tewerkstelling of de potentiële tewerkstelling in bepaalde daarvan nadelig zou beïnvloeden. Hieronder wordt nagegaan op welke wijze en in welke mate de diversificatie ten aanzien van de ondernemingen in het sociaal recht *de lege lata* bestaat en hoe zij gerechtvaardigd wordt¹¹⁶.

Het lijkt voor de hand te liggen dat een aantal regelen van het arbeidsrecht op alle ondernemingen van toepassing worden verklaard, ongeacht hun juridische natuur, de aard van hun activiteiten, economische structuur en de soort of het aantal werknemers dat zij tewerkstellen.

Dit is allereerst het geval met de wetten die het wezen van de arbeidsverhouding regelen. De Arbeidsovereenkomstenwet is terecht van toepassing in alle ondernemingen waarin werklieden, bedienden, handelsvertegenwoordigers of dienstboden tewerkgesteld zijn. Dat sommige bepalingen alleen betrekking hebben op bepaalde categorieën van werknemers, naar gelang van de aard van de door hen verrichte arbeid, is het gevolg van een historisch gegroeid verschil in juridisch statuut tussen deze werknemers¹¹⁷ en is niet gericht op een verschil in behandeling van de ondernemingen. In een zelfde onderneming kunnen trouwens verschillende «soorten» werknemers tewerkgesteld zijn, zodat in haar schoot meerdere regelingen moeten worden toegepast. Dit doet geen afbreuk aan de gelijke behandeling van de ondernemingen.

Naast wetten die het wezen van de arbeidsverhoudingen regelen, zijn ook een aantal institutionele wetten van toepassing in alle ondernemingen. Dit is bijvoorbeeld het geval met de C.A.O.-wet¹¹⁸. Als belangrijke specifieke bron van vormgeving van het sociaal recht dienen de collectieve arbeidsovereenkomsten vanzelfsprekend een eenvormig juridisch statuut te hebben voor alle ondernemingen. Dit geldt ook voor de paritaire comités waarin de collectieve arbeidsovereenkomsten worden afgesloten. Meteen wordt aan een aantal andere instituties, die in het een of ander opzicht op de C.A.O.-wet geënt zijn, een zelfde voor alle ondernemingen uniform statuut meegegeven. Dat is bijvoorbeeld het geval met de fondsen voor bestaanszekerheid, die bij collectieve arbeidsovereenkomst worden opgericht¹¹⁹ en voor de regeling van prestaties van algemeen belang in vredetijd, waarin de paritaire comités een doorslaggevende rol spelen¹²⁰. Hoewel de voornaamste activiteit van de Nationale Arbeidsraad sedert de inwerkingtreding van de C.A.O.-wet ongetwijfeld het sluiten van voor

¹¹² Bijvoorbeeld artikel 1 van de Wet Sociale Promotie.

¹¹³ Artikelen 94 en 95 van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978.

¹¹⁴ Artikel 50, § 1, eerste lid, van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978; artikel 1 van de Sluitingswet; artikel 2 van de Sluitingswet Wachtgeld; artikel 1 van het K.B. van 5 december 1969 betreffende de aangifte van collectieve afdankingen en de kennisgeving van vacante betrekkingen; artikel 3 van de C.A.O. nr. 10 van 8 mei 1973 betreffende het collectief ontslag; artikel 3 van de C.A.O. nr. 24 van 2 oktober 1975 betreffende de procedure van inlichting en raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers met betrekking tot het collectief ontslag; artikel 2 van het K.B. van 24 mei 1976 betreffende het collectief ontslag; artikel 1 van de C.A.O. nr. 27 van 27 november 1975 betreffende de verplichting voor de werkgever vertragingen in de betaling te melden; artikel 14, § 1, eerste lid, van de Bedrijfsorganisatiewet; artikel 2 van het K.B. van 18 oktober 1978 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen; artikel 1 van de C.A.O. nr. 9 van 9 maart 1972 houdende ordening van de in de Nationale Arbeidsraad gesloten nationale akkoorden en collectieve arbeidsovereenkomsten betreffende de ondernemingsraden; artikel 1, § 4, b, van de Gezondheids- en Veiligheidswet; artikel 832 van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming; artikel 6 van de Sociale-Zekerheidswet Mijnwerkers; artikel 45, tweede lid, van de Sociale-Zekerheidswet Werknemers; artikel 6, eerste lid, van de Urkredietenwet; artikelen 2 en 72 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

¹¹⁵ Wet Gewaarborgde Gezinsbijslag; Wet Gewaarborgd Inkomen; Bestaansminimumwet; Minder-Validenwet Tegevoeligheden.

¹¹⁶ In deze tekst wordt alleen gehandeld over de gemiddelde onderneming uit de privé-sector. Een afzonderlijk vraagstuk — dat evenwel ruimschoots de grenzen van dit overzicht te buiten gaat — is de diversificatie van het toepassingsgebied naar gelang van de finaliteit of de sociale structuur van de onderneming. In talrijke regelingen van sociaal recht worden overheidsondernemingen, familieondernemingen, onderwijsinstellingen, ondernemingen zonder handels- of industriële finaliteit, vrije beroepen enz. nu eens uitgesloten, dan weer onder bepaalde voorwaarden geheel of gedeeltelijk in het toepassingsgebied opgenomen.

¹¹⁷ LENAERTS, a.w., blz. 164 en 170 e.v.

¹¹⁸ Artikel 2, § 1, van de C.A.O.-wet.

¹¹⁹ Artikel 1 van de Wet Fondsen voor Bestaanszekerheid.

¹²⁰ Artikel 1 van de Wet Prestaties van Algemeen Belang.

het gehele land en voor alle bedrijfstakken geldende collectieve arbeidsovereenkomsten is¹²¹, kan bezwaarlijk beweerd worden dat de Nationale Arbeidsraad een op de C.A.O.-wet geënte instelling is. Toch gaat het hier om een, ook wat zijn andere bevoegdheden betreft, voor het sociaal recht fundamenteel instituut waarvan de werking van belang is voor de werkgevers en de werknemers in hun geheel en dus voor alle ondernemingen¹²².

Veruit het grootste aantal wetten dat — althans in beginsel — van toepassing is in alle ondernemingen, wordt aangetroffen op het gebied van de arbeidsreglementering. De redenen waarom in deze sector voor een veralgemeende toepassing wordt geopteerd, zijn tweevlei.

In de eerste plaats zijn er een aantal regelingen die een dermate algemeen karakter hebben dat zij moeilijk anders dan in alle ondernemingen van toepassing kunnen worden verklaard, op straffe hun doel te zien mislukken. Dit is o.m. het geval met de Vreemde-Arbeidskrachtenwet die van toepassing is in alle ondernemingen, in zoverre er personen van vreemde nationaliteit tewerkgesteld zijn¹²³. Andere voorbeelden zijn de Uitzendarbeidswet en het Taaldecreet. Het heeft inderdaad geen zin de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers of het gebruik van de talen in de sociale betrekkingen te willen regelen, indien de ontworpen regelingen niet gelden voor alle ondernemingen die in aanmerking komen.

Andere normgehele van de arbeidsreglementering hebben een essentieel beschermend karakter. Ze beogen de werknemers een bepaalde minimumbescherming te geven door een menswaardige regeling van hun arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden. Dit streefdoel is zodanig fundamenteel dat de betrokken regelingen noodzakelijkerwijze voor alle ondernemingen moeten gelden. Aldus hebben bijvoorbeeld de Arbeidswet, de Feestdagenwet, de Wet Bescherming van het Loon, de Vakantiewet en de gezondheids- en veiligheidsbepalingen van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming in beginsel een veralgemeend toepassingsgebied.

Nog andere regelingen, zoals de Uurkredietenwet en de Wet Politiek Verlof hebben eerder een promoverend en ontvoogdend dan wel een louter beschermend karakter. Toch wordt er niet aan gedacht de toepassing van deze stelsels tot bepaalde ondernemingen te beperken, om iedere discriminatie onder de werknemers te vermijden.

Onbetwistbaar algemeen dient natuurlijk de toezicht- en sanctieregeling van het sociaal recht te zijn, zodat bijvoorbeeld de Arbeidsinspectiewet en de Wet Administratieve Geldboeten terecht voor alle ondernemingen van toepassing zijn.

Sommige sociaalrechtelijke normen zijn enkel van toepassing voor ondernemingen met een welbepaalde activiteit. Het gaat hier in de eerste plaats om de in de paritaire comités en subcomités gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten, die alleen van toepassing zijn in de ondernemingen die in de werkingsfeer van het betrokken comité of subcomité vallen¹²⁴, voor zover natuurlijk voldaan is aan

de overige bindingsvoorwaarden. Daarnaast zijn er nog enkele specifieke wetten die alleen in bepaalde sectoren uitwerking hebben, zoals bijvoorbeeld de Havenarbeidwet. De diversificatie tussen de ondernemingen die op dit vlak tot uiting komt, vindt haar rechtvaardiging in het verschil in de sociale en economische omstandigheden van de verschillende bedrijfstakken. Met het grote aandeel en de voortdurende uitbreiding van de collectief-conventionele bepalingen is deze diversificatie ook uitermate belangrijk.

Te verwaarlozen in de optiek van dit overzicht zijn de normen waarvan de toepasselijkheid gebonden is aan de vestigingsplaats van de of een exploitatiezetel van de onderneming of aan de plaats van tewerkstelling van het personeel. Het gaat hier o.m. om het K.B. van 18 juli 1966 houdende coördinatie van de wetten op het gebruik van de talen in de bestuurszaken en het Taaldecreet.

Het meest belangwekkend hier zijn de normen waarvan de toepassing beperkt wordt tot ondernemingen met een minimaal of maximaal aantal werknemers. De motieven om het toepassingsgebied van een bepaalde sociaalrechtelijke regeling afhankelijk te stellen van het aantal in de onderneming tewerkgestelde werknemers kunnen velerlei zijn. In de eerste plaats kan geoordeeld worden dat sommige regelen van weinig of geen nut zijn voor kleinere of grotere ondernemingen. Anderzijds zou er ook de bezorgdheid kunnen zijn kleine ondernemingen niet te zwaar te belasten of, omgekeerd, bepaalde maatregelen te reserveren voor kleine ondernemingen. Andere motieven zijn evenmin uitgesloten.

Een uniforme visie op het kwantitatieve aspect van de tewerkstelling in de onderneming is andermaal in het sociaal recht niet voorhanden. Geen tewerkstellingsquorum laat toe een criterium vast te leggen om een onderneming sociaalrechtelijk als groot, middelgroot of klein te bestemmen. Nu eens is tien werknemers¹²⁵, dan weer 20¹²⁶, 50¹²⁷ of 100¹²⁸ werknemers de grens om een bepaalde regeling al dan niet toepasselijk te verklaren.

Aangezien het sociaal recht het recht op arbeid en op bestaanszekerheid poogt te realiseren en te vrijwaren, zijn er in beginsel geen redenen voorhanden om bepaalde onderdelen ervan te reserveren voor werknemers van grote ondernemingen en ze te onthouden aan de werknemer die als enkeling of met een gering aantal medewerkers door een bepaalde werkgever wordt tewerkgesteld. Als dat toch gebeurt moet het zijn dat het kwantitatieve aspect van de tewerkstelling niet af te scheiden valt van de finaliteit van de betrokken rechtsregel of anders, dat de bescherming van

¹²⁵ Artikel 6, eerste lid, van de Uurkredietenwet.

¹²⁶ Artikel 6 van de Sociale-Zekerheidswet Mijnwerkers ; artikel 45, eerste lid, van de Sociale-Zekerheidswet Werknemers ; artikel 1 van de Sluitingswet ; artikel 2 van de Sluitingswet Wachtgeld ; artikel 69, § 3, eerste lid, van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978.

¹²⁷ Artikelen 50, § 1, eerste lid, en 69, § 3, eerste lid, van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978 ; artikel 1 van de C.A.O. nr. 27 van 27 november 1975 betreffende de verplichting voor de werkgever verträgen in de betaling te melden ; artikel 38, § 1, en 72, eerste lid, van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

¹²⁸ Artikel 2 van het K.B. van 18 oktober 1978 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen.

¹²¹ Artikel 7, eerste lid, van de C.A.O.-wet.

¹²² Artikel 1 van de wet van 29 mei 1952 tot oprichting van de Nationale Arbeidsraad.

¹²³ Artikel 1, eerste lid, van de Vreemde-Arbeidskrachtenwet.

¹²⁴ Artikelen 26, eerste lid, en 31 van de C.A.O.-wet.

een ander belang, dat door het stellen van een kwantitatieve tewerkstellingsgrens gediend wordt, de voorrang dient te krijgen op het belang dat de toepassing van de betrokken regeling zou opleveren voor de werknemers die thans buiten haar toepassingsgebied vallen.

Het eerstgenoemde motief lijkt aanwezig te zijn bij een aantal regelingen die een min of meer uitgebreide arbeidsgemeenschap veronderstellen.

Dat is het geval met de oprichting van ondernemingsraden en veiligheidscomités. Alleen al om praktisch-organisatorische redenen is het aangewezen deze instellingen te reserveren voor ondernemingen met een zekere omvang: een onderneming met één of twee werknemers kan moeilijk behoefte hebben aan of zelfs maar nuttig gebruik maken van een raad of een comité. Waar de limiet moet gelegd worden is natuurlijk een andere zaak, die medebepaald wordt door elementen van sociale politiek. Wat dit betreft is er een hele evolutie waar te nemen. Terwijl een ondernemingsraad, hoewel de Bedrijfsorganisatiewet van meet af aan het getal 50 werknemers voorop stelde¹²⁹, oorspronkelijk slechts diende opgericht te worden in ondernemingen met 200 werknemers¹³⁰, werd deze verplichting later uitgebreid tot ondernemingen met 150 werknemers en ondernemingen in de schoot waarvan bij de vorige verkiezingen een raad werd ingesteld voor zover zij nog ten minste 50 werknemers tellen¹³¹ en onlangs nog tot ondernemingen met 100 werknemers¹³². De wetgeving betreffende de veiligheidscomités vertoont een analoge, zij het geringere evolutie waarbij de in acht te nemen norm ondernemingen met 50 werknemers is of ondernemingen waarin bij de vorige verkiezingen een veiligheidscomité werd opgericht voor zover zij nog ten minste 20 werknemers tellen¹³³.

In de wetgeving op de sluiting van ondernemingen en de regeling van het collectief ontslag wordt een tewerkstelling van minstens 20 werknemers vereist voor de toepasselijkheid van de regeling. Hoewel de aard van beide stelsels zelf een zekere collectiviteit lijkt te veronderstellen, blijft het eigenaardig dat werknemers van kleinere ondernemingen, die toch evenzeer door de sluiting van de bedrijfseenheid of door het ontslag getroffen worden, van de vergoedingen die deze regelingen toekennen, worden uitgesloten. Hieraan ligt ongetwijfeld de bedoeling ten grondslag enkel de relatief grote ondernemingen te belasten. De gewaarborgde betaling van zekere bedragen waarop de werknemer bij de sluiting van de onderneming aanspraak kan maken, is niet gekoppeld aan de tewerkstelling van een minimaal aantal werknemers¹³⁴. Deze betalingswaarborg valt echter ook

niet rechtstreeks ten laste van de werkgever, maar van het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting der ondernemingen ontslagen werknemers, dat precies in de plaats van de in gebreke blijvende werkgever optreedt. Anderzijds vallen de wachtgelden evenmin rechtstreeks ten laste van de werkgever, maar van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening, hoewel de Sluitingswet Wachtgeld toch een kwantitatief tewerkstellingsvereiste bevat¹³⁵. Artikel 8, 1°, van de C.A.O. nr. 5 van 24 mei 1971 betreffende het statuut van de vakbondsafvaardiging van het personeel der ondernemingen schrijft o.m. voor dat collectieve arbeidsovereenkomsten gesloten op het vlak van de bedrijfstak het minimum aantal personeelsleden zullen bepalen dat vereist is opdat een vakbondsafvaardiging moet worden ingesteld. In bepaalde sectoren wordt de oprichting van een vakbondsafvaardiging niet afhankelijk gesteld van een minimale tewerkstelling, in andere is een personeelsminimum van 100 werknemers vereist, doch in de meeste bedrijfstakken wordt 50 werknemers, dan wel 50 bedienden of werklieden als grens genomen¹³⁶. Een minimum personeelsbezetting blijkt dus geen absoluut vereiste te zijn voor het nut of de noodzakelijkheid van een vakbondsafvaardiging.

Ten slotte zijn er nog een aantal bepalingen waarin een kwantitatieve tewerkstellingsvereiste verbonden is aan de mogelijkheid bepaalde afwijkende praktische regelen in te voeren¹³⁷ of aan de verplichting bepaalde informatieve of administratieve formaliteiten te vervullen¹³⁸. De redenen voor dit vereiste liggen niet altijd voor de hand. Weliswaar kan men aannemen dat een algemene regel in bepaalde gevallen in kleine ondernemingen moeilijk te volgen is, zodat een afwijking voor hen te rechtvaardigen valt, en dat het opstellen van bepaalde documenten slechts nuttig is als de tewerkstelling een bepaalde omvang aanneemt, doch anderzijds is het onduidelijk waarom alleen werkgevers die een relatief groot aantal werknemers tewerkstellen hun personeel van de slechte evolutie van hun financiële toestand op de hoogte zouden moeten brengen.

2. Diversificatie van toepassingsgebied ten aanzien van tewerkstellingsbevorderende maatregelen

Doorgaans behoren de maatregelen ter bevordering van de tewerkstelling niet tot het sociaal recht maar tot het economisch en financieel recht¹³⁹. In een aantal gevallen wordt evenwel met sociaalrechtelijke maatregelen een actieve tewerkstellingspolitiek gevoerd. Hier wordt vanzelfsprekend alleen over deze laatste maatregelen gehandeld.

Daartoe behoren in feite reeds niet meer de bepalingen van hoofdstuk I (De economische expansie van de kleine en

¹²⁹ Artikel 14, eerste lid, van de Bedrijfsorganisatiewet. Artikel 28, tweede lid, van de Bedrijfsorganisatiewet, zoals gewijzigd door artikel 2 van de wet van 15 maart 1954 geeft de Koning evenwel de bevoegdheid de oprichting van ondernemingsraden geleidelijk aan in te voeren in de ondernemingen met 50 tot 200 werknemers.

¹³⁰ Bij de sociale verkiezingen van 1950.

¹³¹ Bij de sociale verkiezingen van 1954, 1958, 1967, 1971 en 1975.

¹³² Artikel 2, eerste lid, van het K.B. van 18 oktober 1978 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen.

¹³³ Artikel 2, tweede lid, van het K.B. van 18 oktober 1978 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen.

¹³⁴ Artikel 2, § 3, van de wet van 30 juni 1967 tot verruiming van de opdracht van het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van onderneming ontslagen werknemers.

¹³⁵ Artikelen 1 en 2 van de Sluitingswet Wachtgeld.

¹³⁶ G. VAN ACKER en O. VANACHTER, *Overlegorganen*, 1977, blz. II/18.

¹³⁷ Artikel 6, eerste lid, van de Urkredietenwet.

¹³⁸ Artikel 1, eerste lid, van de C.A.O. nr. 27 van 27 november 1975 betreffende de verplichting voor de werkgever verträgen in de betalingen te melden; artikel 72, eerste lid, van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering; artikel 6 van de Sociale-Zekerheidswet Mijnerwerkers; artikel 25, eerste lid van de Sociale-Zekerheidswet Werknemers.

¹³⁹ LENAERTS, a.w., blz. 13.

middelgrote ondernemingen) van titel I (Aanmoediging van de tewerkstelling in de kleine en middelgrote ondernemingen) van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, die arbeidsplaatspremies en een tegemoetkoming in de kosten voor de aansluiting bij een erkend sociaal secretariaat toekennen. Als hier toch van deze bepalingen gewag wordt gemaakt, is het omdat zij de term onderneming gebruiken in de zin van economische entiteit die werknemers tewerkstelt en een — zij het dan tot de toepassing van deze bepalingen beperkte — positiefrechtelijke begripsomschrijving geven van de veel gebruikte term kleine en middelgrote ondernemingen. Of een onderneming al dan niet een kleine of middelgrote onderneming is, varieert volgens de aard van haar activiteit. Nu eens is het criterium niet meer dan 40 werknemers (handelsondernemingen), dan weer 50 of 70 (ambachtsondernemingen, ondernemingen die toeristische activiteiten tot voorwerp hebben, dienstverlenende of nijverheidsondernemingen)¹⁴⁰. Deze kwantitatieve benadering blijkt evenwel slechts draagkracht te hebben voor de zuiver financiële tegemoetkomingen waarin deze wet voorziet. De arbeidsplaatspremies worden immers enkel toegekend aan werkgevers die vóór de aanwerving niet meer dan 14 werknemers tewerkstelden en dan nog slechts voor de bijkomende arbeidsplaatsen die het totaal aantal arbeidsplaatsen niet boven de 15 eenheden brengen¹⁴¹.

Door deze bepaling worden alleen de kleinste ondernemingen begunstigd. De tenlasteneming van de kosten voor de tegemoetkoming van een erkend sociaal secretariaat door het Fonds voor Economische Expansie geldt enkel voor de natuurlijke of rechtspersonen die nog een onderneming in sociaalrechtelijke zin moeten worden. Zij dient inderdaad tot aanmoediging en hulp bij de aanwerving van het eerste personeelslid¹⁴².

In dezelfde sfeer bevinden zich eigenlijk de regelingen betreffende de aanpassings- en wederaanpassingspremies en betreffende de premies toegekend bij bepaalde tewerkstelling van stagiairs.

Het K.B. van 15 oktober 1979 waarbij aan bepaalde werkgevers wederaanpassingspremies en aanpassingspremies worden toegekend is principieel van toepassing op alle werkgevers die op 30 juni 1979 sedert ten minste één jaar onder toepassing van de Sociale-Zekerheidswet Werknemers vallen¹⁴³. In beginsel wordt geen onderscheid gemaakt naar gelang van de omvang van de onderneming. Een onderscheid op dit vlak komt evenwel tot uiting in het laten variëren van het aantal premies per werkgever in verhouding tot het aantal werknemers tewerkgesteld op 30 juni 1979¹⁴⁴.

Over de verplichte indienstneming van stagiairs wordt hieronder nog gehandeld. De toekenning van premies voor

de tewerkstelling van stagiairs wordt gedeeltelijk aan deze verplichting gekoppeld.

Een onderscheid wordt gemaakt naar gelang het gaat om ondernemingen met meer of minder dan 50 werknemers. Met onderneming wordt eigenlijk bedrijf bedoeld : er wordt expliciet verwezen naar de technische bedrijfseenheid zoals bedoeld in artikel 14 van de Bedrijfsorganisatiewet¹⁴⁵. In bedrijven met minder dan 50 werknemers wordt aan de werkgever een of premies van 30.000 fr. toegekend als hij, hoewel daartoe niet verplicht, een of twee stagiairs gedurende zes maanden of 26 weken tewerkstelt onder de voorwaarden van de wet¹⁴⁶. De werkgevers met een bedrijf met meer dan 50 werknemers genieten een of meer premies van 30.000 fr. als zij gedurende zes maanden of 26 weken stagiairs tewerkstellen onder in de wet bepaalde voorwaarden in evenredigheid met meer dan 1 % van hun personeelssterkte zonder echter 2 % te mogen overschrijden¹⁴⁷.

Echte *arbeidsrechtelijke* maatregelen ter bevordering van de tewerkstelling waarin de ondernemingen rechtstreeks een actieve rol spelen, zijn de maatregelen ter bevordering van de arbeidsbemiddeling en de kennis van de arbeidsmarkt, de ontvangst en de aanpassing van de werknemers in de onderneming, de verbetering van de arbeidsvoorwaarden, de stage van jongeren en het brugpensioen¹⁴⁸.

De ondernemingen kunnen in het tewerkstellingsbeleid een actieve rol spelen door mee te werken aan de arbeidsmarktpolitiek. Dit kan vooreerst gebeuren door de openbare arbeidsbemiddeling behulpzaam te zijn met het doorspelen van de nodige gegevens over de toestand en de vooruitzichten van de arbeidsmarkt. In dit verband kan gewezen worden op de bepalingen van het K.B. van 5 december 1969 betreffende de aangifte van collectieve afdankingen en de kennisgeving van vacante betrekkingen, dat de werkgever oplegt de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening in kennis te stellen van elke betrekking die sedert ten minste drie werkdagen vacant is¹⁴⁹. Dit besluit is evenwel slechts van toepassing in ondernemingen die gemiddeld ten minste 20 werknemers tewerkstellen in het voorgaande kalenderjaar.

De ontvangst en de aanpassing van de werknemers in de onderneming en de verbetering van de arbeidsvoorwaarden dragen tot een actief tewerkstellingsbeleid bij omdat hier-

¹⁴⁰ Artikel 2a en b van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

¹⁴¹ Artikel 10, eerste lid, van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

¹⁴² Artikel 11 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

¹⁴³ Artikel 1, eerste lid, van het K.B. van 15 oktober 1979 waarbij aan bepaalde werkgevers wederaanpassingspremies en aanpassingspremies worden toegekend.

¹⁴⁴ Artikel 6 van het K.B. van 15 oktober 1979 waarbij aan bepaalde werkgevers wederaanpassingspremies en aanpassingspremies worden toegekend.

¹⁴⁵ Artikel 49, § 2, van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978.

¹⁴⁶ Artikel 2 van het K.B. van 8 december 1978 houdende uitvoering van artikel 56 van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978.

¹⁴⁷ Artikel 3 van het K.B. van 8 december 1978 houdende uitvoering van artikel 56 van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978.

¹⁴⁸ Over het bijzonder tijdelijk kader en de tewerkstelling van werklozen wordt hier niet gesproken, aangezien deze regelingen in beginsel niet van toepassing zijn op de eigenlijke privé-ondernemingen, maar slechts op overheidsdiensten, instellingen van openbaar nut en verenigingen zonder winst oogmerk (artikel 81, § 1, tweede lid, van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978, en artikel 161, eerste lid, van het Werkloosheidsbesluit).

¹⁴⁹ Artikel 7, eerste lid, van het K.B. van 5 december 1969 betreffende de aangifte van collectieve afdankingen en de kennisgeving van vacante betrekkingen.

door het arbeidsaanbod aantrekkelijker wordt gemaakt voor de werkzoekenden¹⁵⁰. De maatregelen die de humanisering van de arbeid willen bevorderen¹⁵¹ en die welke de ontvangst en de aanpassing in de onderneming regelen¹⁵² zijn in alle ondernemingen van toepassing.

De C.A.O. nr. 17 van 19 december 1974 tot invoering van een regeling van aanvullende vergoeding ten gunste van sommige bejaarde werknemers indien zij worden ontslagen, is van toepassing in alle ondernemingen met bedienden of werklieden¹⁵³.

De regeling van de stage van jongeren en die van het wettelijk brugpensioen vertonen aspecten van een direct of indirect verplichte tewerkstelling. Een dergelijke verplichting bestaat reeds, zonder evenwel enige uitvoering te hebben gekregen, sinds de Minder-Validenwet Reclassering, die in ondernemingen met minstens 20 werknemers de verplichting invoert een bepaald aantal minder-validen in dienst te nemen¹⁵⁴.

De recente tewerkstellingsverplichtingen doen echter daadwerkelijk afbreuk aan «het fundamenteel recht van de werkgever aan te werven wanneer en wie hij wil»¹⁵⁵. De vraag kan evenwel worden gesteld of dit zogenaamde fundamenteel recht wel in overeenstemming is met wat men in ietwat verheven termen de rol van de onderneming in de samenleving noemt. Sedert geruime tijd wordt er in diverse juridische publikaties op gewezen dat de onderneming zowel ten dienste van de nationale als van de arbeidsgemeenschap staat en dat zelfs van patronale zijde erkend wordt dat de finaliteit van de onderneming en de rechtvaardiging van de economische activiteit berusten op de sociale vooruitgang¹⁵⁶. Stemmen in die zin worden voornamelijk gehoord om het behoud van de tewerkstelling te bepleiten in gevallen waarin tot sluiting van een onderneming of tot massale afdanking wordt besloten¹⁵⁷. Als men evenwel aanneemt dat de ondernemers-economische agenten verplichtingen hebben tegenover de gemeenschap (verplichtingen waarvan zelfs gezegd wordt dat zij de onderneming het karakter van een soort openbare dienst verlenen¹⁵⁸), dan zou evenzeer kunnen aangenomen worden dat op de ondernemers de initiële plicht rust zoveel mogelijk tewerkstelling te bieden.

De verplichte tewerkstelling van stagiairs geldt slechts voor ondernemingen-technische bedrijfseenheden die ten

minste 50 werknemers tewerkstellen¹⁵⁹. De Koning kan deze verplichting evenwel verruimen tot ondernemingen die minder dan 50 werknemers tewerkstellen als zij kapitaalintensief zijn, na te hebben bepaald wat moet verstaan worden onder een kapitaalintensieve onderneming¹⁶⁰, wat vooralsnog niet gebeurd is. Ondernemingen die in moeilijkheden verkeren kunnen evenwel van de Koning geheel of gedeeltelijk vrijstelling krijgen van de verplichting stagiairs tewerk te stellen¹⁶¹.

Artikel 70, eerste lid, van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978 verplicht de werkgever om, voor het ingaan van het wettelijk brugpensioen, ter vervanging van de op brugpensioen gestelde werknemer een jongere van minder dan 30 jaar in dienst te nemen die niet is tewerkgesteld en buiten de onderneming wordt aangeworven. Deze verplichting geldt voor alle werkgevers die geconfronteerd worden met een werknemer die om een wettelijk brugpensioen verzoekt¹⁶², doch de Koning kan de ondernemingen die in moeilijkheden verkeren vrijstelling verlenen¹⁶³.

Ook in het *sociale-zekerheidsrecht* zijn er een aantal tewerkstellingbevorderende maatregelen.

Het betreft in de eerste plaats de drie stelsels van tijdelijke vermindering van de werkgeversbijdragen voor de sociale zekerheid. Het wezen van deze regelingen komt telkens neer op een vrijstelling van de sociale-zekerheidsbijdragen die ten laste van de werkgever vallen, met uitzondering van die bestemd voor het vakantiegeld van de werklieden¹⁶⁴. In twee van de stelsels wordt geen onderscheid gemaakt tussen grote en kleine ondernemingen: elke eerste of nieuwe tewerkstelling die beantwoordt aan de ter zake gestelde regelen brengt de hierboven bedoelde vrijstelling van sociale-zekerheidsbijdragen mee, ongeacht of het gaat om een onderneming met één dan wel een met duizend werknemers¹⁶⁵. Het derde stelsel geldt alleen voor de werkgevers die op 30 juni 1978 minder dan 50 werknemers tewerkstelden¹⁶⁶. De drie stelsels vertonen bovendien onderlinge verschillen op het stuk van de duur van de vrijstelling en dat van de bepaling van de tot vrijstelling aanleiding gevende tewerkstelling, verschillen die afhankelijk zijn van het ogenblik waarop een natuurlijke of rechtspersoon werkgever is geworden of van het ogenblik waarop de tewerkstelling aanving¹⁶⁷. Waarom de regeling

¹⁵⁰ F. DENIS, «Onderneming en tewerkstellingsbeleid», *Arb. Bl.*, 1978, 272 en 279.

¹⁵¹ Artikel 94 van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978.

¹⁵² Artikel 20, 6°, van de Arbeidsovereenkomstenwet; artikel 1 van de C.A.O. nr. 22 van 26 juni 1975 betreffende het onthaal en de aanpassing van de werknemers in de onderneming.

¹⁵³ Artikel 2 van de C.A.O. nr. 17 van 19 december 1974 tot invoering van een regeling van aanvullende vergoeding ten gunste van sommige bejaarde werknemers indien zij worden ontslagen.

¹⁵⁴ Artikel 21, § 1, van de Minder-Validenwet Reclassering.

¹⁵⁵ R. BLANPAIN, «De herstelwet en de Belgische arbeidsverhoudingen», *R.W.*, 1976-77, 130.

¹⁵⁶ Zie bijvoorbeeld A. VAN MENSEL, «Sluiting van ondernemingen», *T.P.R.*, 1968, 327, en noot 5.

¹⁵⁷ GORIS, *a.w.*, *R.W.*, 1965-66, 1823; DE BERSAQUES, *a.w.*, *R.C.J.B.*, 1959, 371 e.v.; W. VAN GERVEN, «Bedrijfsbezetting en verkoop in eigen beheer door werknemers van de onderneming», *R.W.*, 1976-77, 66-78; L. DE SCHRIVER, «Recht op arbeid, meer dan een prestige-zaak», *R.W.*, 1976-77, 1359 e.v.

¹⁵⁸ DE BERSAQUES, *a.w.*, *R.C.J.B.*, 1959, 378.

¹⁵⁹ Artikel 50, § 1, van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978.

¹⁶⁰ Artikel 50, § 2, van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978.

¹⁶¹ Artikel 50, § 3, van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978.

¹⁶² Artikel 69 van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978.

¹⁶³ Artikel 71 van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978.

¹⁶⁴ Artikel 2 van de wet van 24 januari 1977 houdende tijdelijke vermindering van de werkgeversbijdragen van sociale zekerheid ter bevordering van de tewerkstelling.

¹⁶⁵ Artikelen 1 tot en met 3 van de wet van 24 januari 1977 houdende tijdelijke vermindering van de werkgeversbijdragen van sociale zekerheid ter bevordering van de tewerkstelling en artikel 37 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

¹⁶⁶ Artikel 38 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

¹⁶⁷ Artikelen 2 en 3 van de wet van 24 januari 1977 houdende tijdelijke vermindering van de werkgeversbijdragen van sociale

van artikel 38 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, in tegenstelling met de twee andere stelsels, alleen geldt voor «kleine of middelgrote» ondernemingen met maximaal 50 werknemers, is onduidelijk.

In dezelfde sfeer hoort de oudere regeling van «herverdeling van de sociale lasten» thuis, een regeling ingevoerd door hoofdstuk III van de wet van 30 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen. In deze regeling wordt een gedeelte van de sociale-zekerheidsbijdragen aan de werkgever terugbetaald mits met een compenserende bijdrage berekend in verhouding tot het totaal volume van de betaalde bijdragen. De ongedifferentieerde toepassing van het stelsel op alle aan de Sociale-Zekerheidswet Werknemers onderworpen werkgevers¹⁶⁸ wordt gerechtvaardigd door het feit dat, terwijl alle werkgevers een teruggave ontvangen ten belope van 5 % van de totale bijdragen, de compenserende bijdrage slechts gelijk is aan 1,40 % van de schijf van het geheel der driemaandelijks verschuldigde bijdragen boven de 600.000 fr.¹⁶⁹ Het gehele systeem blijkt slechts een eerste stap te zijn naar een verdere her-

verdeling van de sociale-zekerheidslasten die de arbeidsintensieve en de kleine en middelgrote ondernemingen ten goede moet komen¹⁷⁰.

Besluiten

1. De onderneming worstelt in het sociaal recht duidelijk met een identiteitscrisis. Het blijft zo dat de onderneming, hoewel de term in het positief recht sinds jaren gehanteerd wordt, nog steeds geen echt juridisch begrip geworden is. De complexe economische en sociale werkelijkheid die de onderneming ongetwijfeld uitmaakt, heeft men juridisch (nog) niet kunnen vatten.

De vraag kan evenwel gesteld worden of de onderneming in het sociaal recht wel een aparte juridische entiteit dient te worden en of zij niet beter een referentiekader blijft aan de hand waarvan het toepassingsgebied van de verschillende onderdelen van het sociaal recht kan omschreven worden.

2. Terminologisch kan de toestand van alles wat met de onderneming te maken heeft in het sociaal recht niet beter omschreven worden dan als een absolute chaos. De recente «crisiswetgeving» lijkt niet van die aard dat ze op dit gebied verbetering kan brengen.

3. Een diversificatie in het toepassingsgebied van de verschillende onderdelen van het sociaal recht lijkt ten zeerste wenselijk.

Bepaalde regelingen van het arbeidsrecht dienen alleen aan voldoende grote of sterke ondernemingen opgelegd te worden, terwijl anderzijds bepaalde tewerkstellingstimulerende maatregelen het best voor kleinere of zwakkere ondernemingen gereserveerd worden. In het sociale-zekerheidsrecht is daarenboven een verdere herverdeling van de last tussen arbeids- en kapitaalintensieve ondernemingen wenselijk.

Op alle gebieden blijkt een eenvormige en doelgerichte aanpak evenwel te ontbreken.

zekerheid ter bevordering van de tewerkstelling ; artikelen 37 en 38 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

¹⁶⁸ Artikel 1 van het K.B. van 18 juni 1976 tot uitvoering van artikel 46 van de wet van 30 juni 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen.

¹⁶⁹ Artikelen 2 en 3 van het K.B. van 18 juni 1976 tot uitvoering van artikel 46 van de wet van 30 juni 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen.

¹⁷⁰ A. DELPÉRE, «Maatregelen die een meer harmonieuze verdeling van de R.M.Z.-lasten in verhouding tot de loonlast van de onderneming mogelijk maken», *B.T.S.Z.*, 1976, 471-546.

HET FAILLISSEMENT

*Preadvies door H. Geinger,
assistente aan de V.U.B.*

Algemene beschouwingen

1. Het faillissement van een onderneming wordt in België sinds circa 130 jaar geregeld door de wet van 18 april 1851. Verscheidene wetswijzigingen werden in de loop der jaren aangebracht, maar ze hadden geen fundamentele wijziging van het faillissementsrecht tot gevolg¹. Sommige kwamen tot stand ingevolge wijzigingen in rechtstakken, vreemd aan het faillissementsrecht, maar waartussen een enge interpenetratie bestaat.

2. Een uitleg voor deze toestand is het feit dat het faillissement in het Belgisch rechtssysteem wordt beschouwd als een *eindfase* van de ontwikkeling van een onderneming: het faillissement beoogt de vereffening van de onderneming, die niet meer in staat is zich te handhaven.

De wet van 18 april 1851 houdt een geheel van principes en regels — vaak nog technisch — in, die de tegeldemaking van de boedel door een curator regelen, alsmede de aanzuivering door de curator van de schuldvorderingen, rekening houdende met de ingeroepen voorrechten en hypotheeken.

Deze regeling is niet erg afhankelijk van een gewijzigd maatschappelijk beeld².

3. De inspanningen hebben zich veeleer toegespitst op het zoeken naar maatregelen ter *voorkoming* van het faillissement³.

Te vermelden zijn:

a) De procedure, genaamd «*het gecontroleerd beheer*»⁴, ingevoerd tijdens de economische crisis der jaren dertig

¹ CLOQUET, «Les réformes souhaitables en droit belge», in *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, 4e journée J. DABIN, 1969, p. 17.

² W. VAN GERVEN, *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht, Handels- en Economisch recht*, Deel 1, *Ondernemingsrecht*, p. 119.

³ R. MATTHIJS, «Het faillissement», *T.P.R.*, 1979, 751; J. STEENBERGEN, «Maatregelen voor het voorkomen van faillissementen en het behoud van ondernemingen», *R.W.*, 1975-76, 2309; VAN DER GUCHT, «Voorkomen van faillissementen», *R.W.*, 1973-74, 1192; J. MALHERBE, «L'administration contrôlée des entreprises», *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, op. cit., p. 57 e.v.; Ph. MATHEI, *Le dépistage des entreprises en difficulté*, verslag op het seminarie van 23 april 1975 ingericht door l'Unité de droit économique, Fac. Droit U.C.L. Leuven; VAN DER GUCHT, «Prévention des faillites», *R.P.D.*, 1973-74, 879; «De opsporingsdienst van wankelende bedrijven, ingericht bij de Rechtbank van Koophandel te Brussel», *B.R.H.*, 1968, 704; A. ROELANDTS, *Le dépistage judiciaire et administratif des entreprises en difficulté*, U.C.L., Institut d'Administration & de Gestion; BONBLED en CARLIER, «Les enquêtes commerciales anciennement dénommées 'Service de dépistage en matière de faillite'», Nationaal Colloquium, «Economische Magistratuur», onder sectie IV.

⁴ Procedure, ingericht door het koninklijk besluit van 15 oktober 1934 genomen ter uitvoering van de wet van 31 juli 1934, die aan de Koning bepaalde machten verleende met het oog op het economisch en het financieel herstel van het land tot 31 december 1975 en verlengd tot 31 december 1976; zie betreffende het gecon-

met het oog op de bescherming van de nationale economie, op de vrijwaring van het algemeen belang en van het belang van de handelaars die in moeilijkheden verkeren.

Zij kon worden aangevraagd door de handelaar te goeder trouw, wiens krediet aan het wankelen gebracht was of van wie de integrale uitvoering van zijn verbintenissen in het gedrang kwam, *hetzij* om zijn onderneming te reorganiseren, *hetzij* met het oog op een goede tegeldemaking van zijn inboedel om zodoende een reeds onstabiele markt niet te verstoren. Een optierecht werd aldus aan de handelaar toegekend: de reorganisatie van zijn onderneming of de goede verwezenlijking van zijn inboedel.

b) De procedure van het *gerechtelijk akkoord*, geregeld bij de wet van 25 september 1946, een procedure die in het kader van dit preadvies niet zal worden behandeld.

Er zij evenwel opgemerkt dat deze procedure niet het behoud van de onderneming beoogde maar wel de bescherming van de ongelukkige handelaar, die in moeilijkheden verkeerde⁵. Artikel 2 van de wet van 25 september 1946 stelt immers de bekrachtiging van het akkoord afhankelijk van het vervullen van twee voorwaarden: te weten de goede trouw en het ongeluk van de handelaar, die een verzoekschrift, strekkende tot het verkrijgen van een gerechtelijk akkoord ter griffie van de rechtbank van koophandel neerlegt. Een dergelijke bepaling leidt onvermijdelijk zowel tot nadeel als tot een ongelijke behandeling van de schuldeisers: die van een te kwader trouw bevonden handelaar zullen immers niet kunnen profiteren van de betere voorwaarden waaronder de boedel van hun schuldenaar in geval van totstandkoming van een gerechtelijk akkoord te gelde had kunnen worden gemaakt⁶.

Dergelijke vereisten lijken — ons inziens — niet meer te beantwoorden aan het gewijzigd beeld van de onderneming, zoals dit zich thans aftekent, waarbij naast de belangen van de eigenaar ook andere belangen bij de onderneming worden betrokken⁷: te weten het landsbelang of het belang van de regio (de lezer denke onder meer aan de

troleerd beheer onder meer JACQUES-MALHERBE, «L'administration contrôlée des entreprises», in *Idées nouvelles*, op. cit., p. 57 e.v.; LOUIS FREDERICQ, «Gestion Contrôlée», bijlage aan t. III van *Principes de droit commercial belge*, 1934; CLOQUET, *Les concordats et la faillite*, nr. 580, p. 170 en 171; Luc HOMMEL en Fernand LEVEQUE, *La Gestion contrôlée — Etude de l'arrêté royal du 15.10.1934*, Bruylant, 1934; BERNOLET, «Het gecontroleerd beheer», *R.W.*, 1934-35, 922 e.v.; VAN MOER, «Het gecontroleerd beheer», *R.W.*, 1936-37, 155 e.v.; VAN LEYNSEEL, «La gestion contrôlée», *Revue des Faillites*, 1934, 320 en 321; DELCROIX, «La gestion contrôlée», *B.R.H.*, 1934, 411-412.

⁵ VEROUGSTRAETE, «Gerechtelijk akkoord. Overheidssteun. Beheer met bijstand», *T.P.R.*, 1979, 794 en de aldaar geciteerde rechtspraak en rechtsleer.

⁶ ANDRÉ CLOQUET, «Les réformes souhaitables en droit belge», *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, op. cit., p. 17 e.v., en meer in het bijzonder p. 42 à 44.

⁷ Zie o.m. VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht*, op. cit., p. 120; VEROUGSTRAETE, op. cit., p. 793 e.v.

staatssubsidies, die aan de onderneming worden toegekend; het belang van de werknemers; het belang van de schuldeisers.

Deze evolutie van het begrip onderneming brengt mee dat dient te worden gestreefd naar een *depersonalisering* van het faillissementsrecht en de daarmee verwante procedures.

Onderscheid moet worden gemaakt tussen de te treffen maatregelen, in het belang van de in moeilijkheden verkerende onderneming en de maatregelen en sancties tegen haar leiders die zich aan tekortkomingen en beheersfouten schuldig gemaakt hebben.

Een dergelijk onderscheid werd in 1967 ingevoerd door de Franse wetgever⁸, die tegen de ondernemingsleiders sancties uitvaardigde, waaronder hun persoonlijk faillissement en het verbod nog leiding waar te nemen, met dien verstande dat de onderneming toch een gerechtelijk akkoord krijgt.

c) Er dient ook melding te worden gemaakt van het *wetsontwerp betreffende het beheer met bijstand*⁹, dat deel uitmaakt van het beleid van de Regering om het bedrijfsleven in stand te houden en bijgevolg de tewerkstelling.

Het werd ingediend ter zitting van de Kamer van Volksvertegenwoordigers van 22 juni 1976 maar wacht nog steeds op zijn behandeling in de senaatscommissie.

Dit wetsontwerp heeft tot doel aan de in moeilijkheden verkerende onderneming, waarvan de rol in het bedrijfsleven belangrijk genoeg is opdat, in het algemeen belang of in het belang van de regio, maatregelen worden getroffen, op korte termijn — maximum drie jaar — een bijstand te verlenen, die haar de mogelijkheid moet bieden op adem te komen en eventueel haar activiteit te heroriënteren¹⁰; het

ziet het beheer met bijstand als een reddingsonderneming¹¹.

Het ontwerp, dat — rekening houdende met de evolutie van het begrip onderneming — een evenwicht tussen de in de onderneming aanwezige belangen nastreeft, bepaalt dat het initiatief om deze procedure in te leiden niet uitsluitend van de schuldenaar dient uit te gaan, zoals dit het geval is in de rechtspleging van het gerechtelijk akkoord, en in de procedure van het gecontroleerd beheer. Het verzoek om beheer met bijstand kan eveneens worden ingediend door de ministers tot wier bevoegdheid economische zaken of streekeconomie behoren — aldus worden de belangen van de Staat en de regio gevrijwaard — door de ondernemingsraad, door de vakbondsafvaardiging — men denke aan de belangen der werknemers — of door elke schuldeiser of groep schuldeisers, die ten minste een derde van de schuldenlast vertegenwoordigt.

De rechtbank kan ook ambtshalve optreden.

d) Er moet eveneens gewag worden gemaakt van de invoering door de Regering van een procedure, gebaseerd op «waarschuwingen», d.w.z. op tekens, die ondernemingen in moeilijkheden vertonen en die wijzen op een noodtoestand (regeringsverklaring van 8 oktober 1975).

e) Ten slotte dient inzake het opsporen van wankele bedrijven te worden gewezen op het initiatief van rechtbanken van koophandel die, met de materiële middelen waarover zij beschikken, *diensten van handelsonderzoeken* hebben opgericht. De mogelijkheid van dit ambtshalve optreden put de rechtbank van koophandel uit het artikel 442 van de wet van 18 april 1851, krachtens hetwelk de rechtbank ambtshalve het faillissement van de onderneming kan uitspreken.

Deze opsporingsdiensten wijzen de in moeilijkheden verkerende ondernemingen op de maatregelen, die dienen te worden getroffen met het oog op hun herstel, en oefenen eveneens controle uit op de uitvoering door de ondernemingen van de door hen voorgestelde herstelmaatregelen.

Anderzijds zal, dank zij deze diensten voor handelsonderzoeken — in menigvuldige gevallen het faillissement — ambtshalve of op bekentenis — vlugger kunnen worden uitgesproken, hetgeen in het voordeel der schuldeisers is¹².

Dit praetoriaans optreden van de rechtbanken van koophandel werd onder meer ingegeven door een steeds toeneemende inertie van de schuldeisers, die in plaats van hun

⁸ Roger HOUIN, «Innovations de la loi française en matière de faillite et de procédures collectives», *Idées nouvelles*, op. cit., p. 119. Deze auteur merkt op: «... A cet effet pour l'entreprise la loi de 1967 couvre une option entre le règlement judiciaire, qui peut conduire à un concordat et la liquidation des biens (...) qui entraîne nécessairement la liquidation de tout l'actif en vue du règlement du passif. En principe, le critère du choix ne dépend plus de la gravité des fautes commises par le débiteur ou par les dirigeants de la société, mais d'une option économique: les possibilités de redressement de l'affaire grâce à un concordat sérieux...» (p. 123).

⁹ Zie voor de bespreking van dit ontwerp onder meer de voorbereidende werkzaamheden, Kamer, Verslag namens de Verenigde Commissies, zitting 1975-76, 937, nr. 7; Memorie van Toelichting Kamer, zitting 1975-76, nr. 937, 1; Kamer, Aanvullend verslag namens de Verenigde Commissies voor de Economische Zaken en voor Justitie, uitgebracht door de heer CLAEYS, nr. 937, zitting 1976-77, 23; P. VAN OMMEFLAGHE, «Het wetsontwerp van de wet betreffende het beheer met bijstand van wankele bedrijven», Unie der Consulaire Rechters van België, achtste congres ingericht te Bergen op 7 mei 1977, p. 4, *B.R.H.*, 1977, 477; I. VEROUGSTRATE, «Gerechtelijk akkoord. Overheidssteun. Beheer met bijstand», op. cit., 811; H. GEINGER, «Het wetsontwerp betreffende het beheer met bijstand van wankele bedrijven», *Tijdschrift Interbankdienst*, nr. 20 van september 1977; zie eveneens de Franse Ordonnantie nr. 67-820 van 23 september 1967, tot bevordering van het economisch en financieel herstel van bepaalde ondernemingen waarbij een procedure van opschorting van de vervolgingen en van bekrachtigingen van plannen van herstel en van aanzuivering van het passief ingericht wordt, waarnaar de Memorie van Toelichting uitdrukkelijk verwijst (MALHERBE, op. cit., p. 112-114, HOUIN, op. cit., p. 130 à 136).

¹⁰ Kamer, Verslag namens de Verenigde Commissies, zitting 1975-76, 937, nr. 7.

¹¹ VAN OMMEFLAGHE, op. cit., p. 4.

¹² Zie over de inlichtingsbronnen waarover de rechtbanken beschikken onder meer R. MATTHIJS, «Het faillissement», *T.P.R.*, 1979, 753 e.v., die ervan een opsomming geeft: de protesten van handelseffecten voor talrijke hoge bedragen; herhaalde en veelvuldige dagvaardingen tot betaling, gevolgd door vonnissen doorgaans bij verstek gewezen zoniet op tegenspraak met toekenning van termijnen van respijt; de kennisgeving door de deurwaarders van nakende gedwongen tenuitvoerleggingen op roerende goederen; de neerlegging of het verzuim van neerlegging door handelsvennootschappen van hun balansen waarvan de ontleding een grondige boekhoudkundige kennis vergt; de vonnissen van de arbeidsrechtbanken, houdende veroordeling van werkgevers tot betaling van aanzienlijke bedragen aan de R.S.Z.; de inlichtingen verstrekt door de R.S.Z. en het BTW-Bestuur; de mededeling door de procureur des Konings van gegevens ontleend aan de opsporings- en gerechtelijke strafonderzoeken betreffende financiële misdrijven; zie eveneens de andere auteurs vermeld in voetnoot 3.

debiteur failliet te doen verklaren, verkozen van hem commerciële voordelen te verkrijgen.

In de overgrote meerderheid der gevallen gingen de dagvaardingen tot faillissement uit van de R.S.Z., die hiertoe overging op een ogenblik, dat reeds vaak met zekerheid kon worden uitgemaakt dat geen dividend aan de chirografaire schuldeisers zou kunnen worden uitgekeerd¹³.

In het raam van dit preadvies zullen we niet uitweiden over de bestaande onenigheid omtrent de al dan niet institutionalisering van de diensten der handelsonderzoeken.

Er zij nochtans opgemerkt dat de tegenstanders van een institutionalisering¹⁴ van oordeel zijn dat hierdoor de soepele bewegingsvrijheid van de opsporingsdiensten beknut wordt, terwijl volgens de voorstanders van de institutionalisering¹⁵ deze de gelijkvormigheid van de uiteenlopende initiatieven der rechtbanken tot gevolg zou hebben en eveneens een einde zou maken aan de gebeurlijke miskenning van de algemene rechtsprincipes, waaronder de rechten van de verdediging, waarmee — zij het terloops aangestipt — de opstellers van het wetsontwerp betreffende het beheer met bijstand in het verloop van de procedure rekening hebben gehouden.

De miskenning van de rechten van de verdediging werd zeer goed toegelicht door het Hof van Beroep te Brussel in het «Capenib»-arrest. Na op de verdiensten van het «preventief onderzoek» te hebben gewezen oordeelt het hof dat de onontbeerlijke dialoog betrouwenswaardig en volledig dient te zijn en bovendien de mededeling van alle aan de handelaar niet bekende gegevens, waarvan in een eventueel vonnis van faillietverklaring gewag zou kunnen worden gemaakt, impliceert. De aldus ingestelde rechtspleging is contradictoir¹⁶, zoal niet contentieus, en brengt voor de ondernemingen het recht mee kennis te nemen van de hun ten laste gelegde grieven en hun verdediging tegen de aangevoerde feiten op een nuttige wijze binnen een toereikende termijn voor te brengen. Het gevaar bestaat anders dat grove fouten in de motivering van een beslissing die het faillissement ambtshalve uitsprekt, voorkomen¹⁷.

4. Het vergt geen betoog dat in dit preadvies niet alle bepalingen van de faillissementswetgeving kunnen worden

besproken¹⁸. Gepoogd zal worden de evolutie, welke het faillissementsrecht ondergaan heeft door wetswijzigingen, jurisprudentiële creaties en interpretaties, ingevolge een evoluerend maatschappelijk bestel te schetsen.

Grondvoorwaarden van het faillissement

Hoedanigheid van handelaar

5. In België kunnen, in tegenstelling met de in naburige landen vigerende wetgeving, slechts handelaars — fysieke of rechtspersonen — failliet worden verklaard. Er werd reeds meermaals gestreefd naar de uitbreiding van het faillissement tot de niet-handelaars, onder meer met het oog op een gelijke behandeling van de schuldeisers: immers zijn de rechten van de schuldeisers in geval van kenmerkend onvermogen van hun debiteur zeer slecht gevrijwaard en is het onderscheid tussen de schuldeisers van een handelaar en die van een particulier niet te rechtvaardigen¹⁹.

Het faillissement van een fysieke persoon kan binnen zes maanden na zijn overlijden worden uitgesproken, indien de handelaar op de dag van zijn overlijden zich in staat van staking van betalingen bevindt (art. 437, 3e lid, van de wet van 18 april 1851).

De erfgenamen van een overleden handelaar zullen niet als handelaars worden aangemerkt, zo de door hen gestelde handelingen beperkt blijven tot de vereffening van de onderneming. Zij verwerven evenwel de hoedanigheid van handelaar als zij de onderneming van de *de cuius* voortzetten²⁰.

Het faillissement van een fysieke persoon dient uitgesproken te worden binnen zes maanden na de stopzetting van zijn handelsactiviteit en dat van een vennootschap binnen zes maanden na de afsluiting van haar vereffening ongeacht of de ontbonden vennootschap al dan niet handelsverrichtingen na haar ontbinding verricht heeft²¹: de

¹³ Ter bestrijding van de passiviteit van deze rijksinstelling en de hieruit voortvloeiende aanwas van haar — op grond van artikel 19, 4°, van de Hypotheekwet bevoorrechte — schuldvordering, zijn in de Senaat twee wetsvoorstellen, strekkende tot de beperking in de tijd van het bevoorrecht karakter van de schuldvordering van de R.S.Z. (tot het laatste kwartaal of tot de laatste zes maanden) ingediend. Deze liggen sinds vijf jaar ter behandeling in de Senaat.

¹⁴ Zie ondermeer MATTHIJS, *op. cit.*, p. 768-769.

¹⁵ VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 123, BUTZLER, *Faillissements*, Post Universitaire Lessencyclus Economisch recht, V.U.B. Brussel, 1979, die een uiteenzetting geeft van de argumenten pro en contra.

¹⁶ CLOQUET, *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁷ Hof Brussel, 6 maart 1975, *J.T.*, 1975, 346 e.v.; zie ook Kh. Brussel, 12 september 1977, *J.T.*, 1978, 71; Kh. Brussel, 21 juni 1977, *R.W.*, 1978-79, 1291; Hof Brussel, 11 mei 1976, *J.T.*, 1976, 463, waar beslist werd dat het vermogen van de rechtbank ambtshalve een faillissement uit te spreken niet in strijd is met de Europese Conventie van de rechten van de mens, en meer in het bijzonder met artikel 6. Over het beginsel van de rechten van de verdediging zie men uiteenzetting van de procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH, «Le droit de la défense, principe général de droit», *Mélanges Jean Dabin*, II, p. 569 e.v..

¹⁸ Zie desbetreffend onder meer VAN RIJN en HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, p. 199 e.v.; L. FREDERICQ, *Traité du droit commercial belge*, VII & VIII; CLOQUET, *Les concordats et la faillite*, 2e uitgave; VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht*, *op. cit.*, p. 119-185; P. DEMBOUR, *Les faillites et la Cour de Cassation*, 1974; I. VEROUGSTRATE, *Manuel du curateur de faillite*, 1979; L. DE WILDE en H. GALAUDE, «Faillissement en gerechtelijk akkoord. Overzicht van rechtspraak 1969-1974», *T.P.R.*, 1974, 787; COPPENS en 't KINT, «Les faillites et les concordats, Examen de jurisprudence, 1974-1979», *R.C.J.B.*, 1979, 293, «1969-1974», *R.C.J.B.*, 1974, 369-482; J. LIEVENS, «Kroniek van het faillissementsrecht (gerechtelijk jaar 1976-1977)», *R.W.*, 1977-78, 1345.

¹⁹ VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 123; DE WILDE en GALAUDE, *op. cit.*, p. 796 en de aldaar geciteerde auteurs; CLOQUET, *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, *op. cit.*, p. 46 e.v.

²⁰ Kh. Luik, 24 juni 1976, *J. Liège*, 1976-77, 62, geciteerd door COPPENS en 't KINT, *op. cit.*, p. 298, nr. 2 en LIEVENS, *op. cit.*, 1349.

²¹ VAN RIJN en HEENEN, «Les sociétés commerciales, Examen de jurisprudence», *R.C.J.B.*, 1973, 364; zie eveneens VAN RIJN en HEENEN, *op. cit.*, nr. 2641, p. 210. Er dient opgemerkt te worden dat na verloop van zes maanden na de afsluiting van de vereffening, de vennootschap nog failliet kan worden verklaard, zo deze vereffening op initiatief van een of meer schuldeisers nietig verklaard wordt om reden van het tot standkomen ervan van bedrieglijke benadeling van hun rechten. (DE WILDE en GALAUDE, *op. cit.*, nr. 7 en de aldaar geciteerde rechtspraak).

door de vennoten uitgeoefende activiteiten zullen immers niet determinerend zijn voor het verwerven of het behoud door de vennootschap van de hoedanigheid van handelaarster, maar wel haar statutair doel. Is dit van commerciële aard, dan zal de vennootschap een handelsvennootschap uitmaken en zal zij dit karakter behouden tot op het ogenblik van de afsluiting van de vereffening (artikel 178 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen).

Het faillissement van de vennootschap onder firma heeft noodzakelijkerwijze het faillissement van de vennoten tot gevolg²². Deze laatsten worden — volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie — handelaar door het louter feit van hun lidmaatschap in de vennootschap en van de hechte band die tussen hen en de vennootschap bestaat om reden van de aard zelf van de vennootschap.

De vennoten zullen dan ook deze hoedanigheid behouden tot het ogenblik van de afsluiting van de vereffening van de vennootschap en hun faillissement zal dienengevolge kunnen worden gevorderd tot zes maanden na die afsluiting, zelfs zo de vennootschap sinds meer dan zes maanden haar handelsactiviteiten had stopgezet.

Dezelfde principes worden gehuldigd inzake faillietverklaring van de vennoten van een feitelijke vennootschap²³ waarvan de nietigverklaring niet is gevorderd²⁴.

Er dient nog te worden gewezen op een onderscheid tussen fysieke en rechtspersonen m.b.t. de hoedanigheid van de handelaar. Zoals hierboven is uiteengezet, is de fysieke persoon handelaar zodra hij in *feite* handelsdaden verricht en daar zijn gewoon beroep van maakt²⁵ terwijl de rechtspersoon deze hoedanigheid slechts heeft indien haar maatschappelijk voorwerp, zoals omschreven in haar statuten, van commerciële aard is²⁶.

Aan dit onderscheid werd door de Rechtbank van Koophandel te Brussel een einde gemaakt : bij vonnis van 13 oktober 1976 heeft zij, na vastgesteld te hebben enerzijds dat het maatschappelijk voorwerp van een voetbalclub, opgericht in de vorm van een V.Z.W. deels de verwezenlijking van een handelsactiviteit beoogde en anderzijds had deelgenomen aan vastgoedspeculaties en haar hoofdactiviteit erin bestond voetbalwedstrijden te organiseren, de V.Z.W. in failliet verklaard. De rechtbank was de mening toegedaan dat artikel 437 van de Faillissementswet ruim dient te worden geïnterpreteerd en dat in het toepassingsveld van die wetsbepaling vallen de rechtspersonen die hetzij hoofdzakelijk hetzij bijkomstig het verrichten van handelsdaden tot doel hebben, welke ook de vorm zij

waarin zij werden opgericht, alsmede die welke, tegen hun statuten in, handelsdaden verrichten en hun gewoon beroep ervan maken²⁷.

Ten slotte dienen enkele beschouwingen te worden gewijd aan de *uitbreiding van het faillissement tot de meester van de zaak*, een jurisprudentiële creatie, tot stand gekomen in 1951, naar Frans voorbeeld, ter bestrijding van misbruiken van de rechtspersoonstechniek door behendige zakenlui, die door de oprichting van vennootschappen beoogden zichzelf voordelen — vaak vrij belangrijke — toe te kennen en hun eigen vermogen te beschermen tegen de aanspraken van misnoegde schuldeisers.

De toerekening van het faillissement aan de achterman heeft aanleiding gegeven tot menigvuldige gerechtelijke beslissingen en een zeer omvangrijke literatuur²⁸.

Deze theorie werd bekrachtigd door het Hof van Cassatie in zijn arresten van 26 mei 1978 en 1 juni 1979²⁹.

In Frankrijk is de theorie van de uitbreiding van het faillissement tot de meester van de zaak reeds sinds geruime tijd wettelijk geregeld : artikel 1 van de decreet-wet van 8 augustus 1935, die aan artikel 437 van het Wetboek van Koophandel een alinea toegevoegd heeft, bepaalde : «En cas de faillite d'une société, la faillite pourra être déclarée commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société, marquant des agissements, a fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et dispose en fait des capitaux sociaux comme des biens propres.» De wet van 13 juli 1967 heeft de toepassingsvoorwaarden van deze theorie in aanzienlijke mate verruimd (artikel 101 van voornoemde wet)³⁰.

Het voeren van een persoonlijke handelsactiviteit maakt geen noodzakelijk vereiste meer uit. De loutere vaststelling van de aanwending van de goederen van de vennootschap als zijn eigen goederen of van de wederrechtelijke voortzetting in zijn eigen belang van een verlieslatende activiteit, die noodzakelijkerwijze moest uitmonden in een staking van betalingen van de rechtspersoon, volstaat om het faillissement te zien uitbreiden tot de achterman.

²⁷ J.T., 1976, 708.

²⁸ H. BRAECKMANS, «Toerekening van het vennootschapsfaillissement aan de achterman of de uitbreiding van het faillissement tot de meester van de zaak», noot onder Cass., 26 mei 1978, *R.W.*, 1978-79, 850 ; noot onder Kh. Brussel, 21 juni 1977, *R.W.*, 1978-79, 1297 ; «Minder courante gevallen van toerekening van faillissement aan de achterman», *R.W.*, 1978-79, 873 ; Y. DUMON en FR. MAUSSON, «Propos sur la notion d'extension, de la faillite et sur les mesures analogues en droit belge et en droit comparé», *B.R.H.*, 1974, 180 ; A. CLOQUET, *op. cit.*, nr. 114, P. COPPENS, «La faillite personnelle du maître de la société», *R.P.S.*, 1967, 195 e.v. ; «L'extension de la faillite au maître de la société», *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, *op. cit.* ; KEUTGEN, *Le droit des groupes de sociétés dans la CEE*, 1973, p. 101 e.v. ; W. VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht*, *op. cit.*, p. 175 ; VAN RIJN en HEENEN, IV, nr. 2637 ; VAN RIJN en VAN OMMEFLAGHE, «Examen de jurisprudence, Les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 1973, 355 e.v. ; DE WILDE en GALAUDE, *op. cit.*, p. 801-806 ; COPPENS en 't KINT, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1979, 300 e.v. ; COLPAERT en MOONS, «Andermaal over de uitbreiding van het faillissement», noot onder Cass., 1 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 699 ; HORMANS en 't KINT, «La société anonyme 1970-72», *J.T.*, 1973, 435 ; F. GLANDSDORF, noot bij Kh. Brussel, 20 februari 1975, *J.T.*, 1975, 401 en de aldaar geciteerde rechtspraak en rechtsleer.

²⁹ *R.W.*, 1978-79, 849, en 1979-80, 696.

³⁰ Zie onder meer HOUIN, «Règlement judiciaire, liquidation de biens, faillite personnelle et plan d'apurement du passif», *Rev.trim.dr.comm.*, 1973, 348 e.v.

²² Cass., 15 december 1938, *Pas.*, 1938, I, 383.

²³ DE WILDE en GALAUDE, *op. cit.*, p. 799, herinneren dat algemeen aanvaard wordt dat feitelijke vennootschappen failliet kunnen worden verklaard.

²⁴ Cass., 17 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 2141, *J.T.*, 1976, 696, dat een voorziening tegen beide hiernavermelde arresten van het Hof van Beroep te Luik verworpt : Hof Luik, 22 januari 1975 en 24 juni 1975, *R.P.S.*, 1976, 192 en 199, besproken door COPPENS en 't KINT, *op. cit.*, p. 307 ; LIEVENS, *op. cit.*, nr. 13.

²⁵ Zie onder meer Cass., 9 oktober 1975, *J.T.*, 1975, 695 ; Hof Brussel, 19 nov. 1974, *Pas.*, 1975, II, 63, in verband met het verrichten van handelsdaden door een fysieke persoon, die wegens deontologische regels zulks niet mag doen (zie eveneens COPPENS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, p. 370).

²⁶ DE WILDE en GALAUDE, *op. cit.*, nr. 7 en de aldaar geciteerde rechtspraak en rechtsleer.

Een gelijkaardige regeling is opgenomen in het voorontwerp van het Europees verdrag inzake faillissementen.

In België daarentegen dient de feitenrechter bij gebreke aan wettelijke regeling van de theorie van de toerekening van het faillissement aan de achterman, de hoedanigheid van handelaar van de achterman vast te stellen. Aldus besliste het Hof van Cassatie bij zijn arrest van 1 juni 1979, dat een door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen arrest vernietigd heeft op grond dat «... de door het arrest aangehaalde gegevens, die in het middel worden vergegeven, met name de 'ernstige aanduidingen' van vermenging van het vermogen van eiseres met dat van de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid, waarvan zij zaakvoerster was, en de verdwijning van de bescheiden betreffende de oorsprong van het vermogen van eiseres, de vaststelling niet inhouden dat eiseres op 19 januari 1978 of binnen de zes maanden die aan deze datum voorafgingen handelaarster was noch dat zij, in die hoedanigheid, had opgehouden te betalen en dat haar krediet aan het wankelen was gebracht, gegevens, waarvan het bestaan door eiseres in conclusie werd betwist».

De juridische grond, waarop de uitbreiding van het faillissement tot de meester van de zaak wordt gesteund, kan van tweeërlei aard zijn :

a) Bepaalde gerechtelijke beslissingen en auteurs be-roepen zich op het fictief karakter van de vennootschap, hetgeen impliceert dat deze geen werkelijk bestaan heeft, om te besluiten tot de nietigverklaring van de vennootschap en derhalve, gelet op de terugwerkende kracht van de nietigverklaring, tot het niet-bestaan van verbintenissen bij de vennootschap³¹.

Deze juridische basis kan — ons inziens — niet meer worden aangewend na de wijziging van de vennootschaps-wetgeving door de wet van 6 maart 1973³².

De wet van 6 maart 1973 houdt immers een limitatieve opsomming in van de gevallen, waarin de nietigverklaring van de vennootschap kan worden uitgesproken. De afwezigheid van affectio societatis wordt niet als oorzaak van nietigheid vermeld³³.

Anderzijds heeft de nietigverklaring — conform artikel 13, 5^o — slechts de vereffening van de vennootschap tot gevolg, derwijze dat deze voor de behoeften van haar vereffening blijft voortbestaan.

Artikel 13^{quinqüies} bepaalt bovendien dat de nietigheid geen afbreuk doet aan de rechtsgeldigheid van de verbintenissen van de vennootschap.

b) Voor anderen maakt de naamgeving de juridische grond uit voor de uitbreiding van het faillissement tot de meester van de zaak³⁴; zij aanvaarden dat de vennootschap bestaat doch dat zij slechts haar naam leent aan de achterman, voor wiens rekening wordt gehandeld en die

de werkelijke handelaar is zonder evenwel ten opzichte van derden hiervan blijkt te geven.

Het is deze juridische grond die het Hof van Cassatie in zijn arrest voor 26 mei 1978 voor de toerekening van het faillissement aangenomen heeft. Het Hof beslist dat «opdat de feitelijke zaakvoerder van een reeds faillietverklarde personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid op zijn beurt failliet kan worden verklaard, wegens het niet afzonderlijk houden van hun onderscheiden vermogens, niet is vereist dat de nietig verklaring van de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid wordt gevorderd en uitgesproken³⁵ ;

Dat immers het niet afzonderlijk houden van hun onderscheiden vermogens niet noodzakelijk insluit dat de vennootschap fictief is, doch ook kan betekenen dat de onderscheiden handelsdaden op simulatie berusten, doordat de vennootschap, die juridisch bestaat, de zaakvoerder telkens tot naamleener dient».

De vraag is evenwel of de naamgeving als juridische grond zal kunnen worden aangewend in alle gevallen, die aan de beoordeling van de feitenrechter zullen worden onderworpen ofwel of naar andere rechtsprincipes zal dienen te worden gegrepen om vorderingen tot toerekening van het faillissement te staven: men denke onder meer aan wetsontduiking³⁶.

Het voornoemd arrest van het Hof van Cassatie heeft eveneens een einde gemaakt aan de controverse in de rechtspraak en de rechtsleer nopens de vaststelling van het tijdstip van staking van betalingen door de meester van de zaak : er heerste verdeeldheid in de rechtspraak en de rechtsleer omtrent de mogelijkheid voor beide faillissementen een zelfde datum voor dit tijdstip vast te stellen, zo dit meer dan zes maanden het faillissement van de achterman voorafging³⁷.

Het Hof heeft geoordeeld dat de vermenging van het vermogen van de gefailleerde met dat van een eerder failliet verklaarde P.V.B.A. of met dat van zijn eerder failliet verklaarde echtgenote geen wettelijke reden is, die het mogelijk zou maken af te wijken van de regel van artikel 442, 3e lid, Fw. — die de openbare orde raakt — betreffende de bepaling van het tijdstip waarop opgehouden werd te betalen, en derhalve een strikte toepassing van voornoemde wetsbepaling gemaakt heeft.

Over de betwisting nopens de mogelijkheid van faillietverklaring van de achterman meer dan zes maanden na de faillietverklaring van de vennootschap, heeft het Hof zich — ons inziens — in zijn tweede arrest, dat van 1 juni 1979, in negatieve zin uitgesproken en aldus de stelling, verdedigd door een deel van de rechtspraak en de rechtsleer welke verwijst naar de regeling geldende voor vennoten van een vennootschap onder firma, verworpen³⁸.

³¹ Zie referenties, geciteerd door BRAECKMANS, *op. cit.*, R.W., 1978-79, 854 sub 10.

³² RONSE, *Vennootschapswetgeving*, Leuven, 1973, nr. 208 e.v.; HORMANS en 't KINT, «La S.A. et la S.P.R.L. — 1973-1976», *J.T.*, 1977, 426.

³³ L. SIMONT, «La loi du 6 mars 1973, modifiant la législation relative aux sociétés commerciales», *R.P.S.*, 1974, 212; COPPENS en 't KINT, *R.C.J.B.*, 1979, 303.

³⁴ J. RONSE, *op. cit.*, nr. 203; «Waarheid en leugen omtrent de onderneming met beperkte aansprakelijkheid», *Koninklijke Academie*, 1978, p. 14; BRAECKMANS, R.W., 1978-79, 855, nr. 12 en de aldaar geciteerde rechtspraak.

³⁵ Zie onder meer Kh. Antwerpen, 26 oktober 1972, R.W., 1972-73, 1488.

³⁶ Zie o.m. H. BRAECKMANS, R.W., 1978-79, 855, en C. VAN BUGGENHOUT, noot onder Kh. Bergen, 23 okt. 1978, *B.R.H.*, 1979, 118 en de aldaar geciteerde rechtsleer en rechtspraak (cf. schending van de artikelen 7 en 8 van de Hypotheekwet).

³⁷ DUMON en MAUSSION, *B.R.H.*, 1974, 206; VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 177; VAN RIJN en VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, 1973, 363 e.v.

³⁸ Zie o.m. J. VAN RIJN en VAN OMMESELAGHE, *R.C.J.B.*, 1973, 365, die ter staving van hun stelling een arrest van het Franse Hof van Cassatie van 17 januari 1967 inroepen en de door deze auteurs geciteerde rechtspraak; Hof Bergen, 8 maart 1976, *R.P.S.*, 222.

Krachtens de rechtspraak van het opperste gerechtshof verliest de achterman de hoedanigheid van handelaar bij de faillietverklaring van de vennootschap, die de stopzetting van de handelsactiviteit tot gevolg heeft, en kan hij derhalve niet meer failliet worden verklaard na het verstrijken van een termijn van zes maanden na het vonnis van faillietverklaring van de vennootschap³⁹.

De feitenrechter zal aan de hand van het geheel der feitelijke omstandigheden die aan zijn beoordeling worden onderworpen, dienen uit te maken of de voorwaarden voor toerekening van het faillissement al dan niet voorhanden zijn.

Voor de criteria, die bij deze beoordeling in aanmerking zullen worden genomen, moge onder meer worden verwezen naar de noot van Braeckmans onder het arrest van 26 mei 1978⁴⁰.

In de meerderheid der gevallen dienden de hoven en rechtbanken zich uit te spreken over de uitbreiding van het faillissement van een vennootschap tot een fysieke persoon, maar ook andere situaties kunnen zich voordoen: de toerekening van het faillissement van een fysieke persoon aan een andere fysieke persoon (bv. tussen echtgenoten), de toerekening van het faillissement van een fysieke persoon aan een rechtspersoon, en ten slotte de toerekening van het faillissement van een rechtspersoon aan een andere rechtspersoon⁴¹, een theorie die zou kunnen worden aangewend om de misbruiken tussen vennootschappen die tot een zelfde concern behoren (o.m. in de verhouding moeder/dochtermaatschappij) te bestrijden⁴².

Er zij evenwel aan herinnerd dat opdat een vordering tot toerekening van een faillissement kansen van welslagen kan hebben de achterman niet alleen de hoedanigheid van handelaar moet hebben, maar ook moet hebben opgehouden te betalen en zijn krediet aan het wankelen moet zijn gebracht.

Deze beide laatste voorwaarden zijn niet verenigd indien de achterman in staat is het passief van de gefailleerde aan te zuiveren, een hypothese, die zich vaak zal voordoen bij de faillietverklaring van dochtermaatschappijen.

In deze gevallen maakt — ons inziens — de telastlegging aan de «achterman» van het passief van het faillissement een doeltreffend middel⁴³ uit ter bestrijding van misbruiken van de rechtspersoonstechniek.

Ten slotte dient nog te worden gewezen op een bepaalde terughoudendheid in de rechtspraak tegen een al te stelselmatige uitbreiding van het faillissement tot de meester van de zaak. Deze houding is ingegeven door de vrees dat het vennootschapsrecht zou worden uitgehold⁴⁴.

Staking van betalingen en wankelen van krediet

6. Opdat het faillissement kan worden uitgesproken, is vereist dat de handelaar zijn betalingen heeft gestaakt en dat zijn krediet aan het wankelen is gebracht⁴⁵.

Beide voorwaarden zijn nauw aan elkaar verbonden⁴⁶ — de staking van betaling die bij de handelaar de onmogelijkheid tot nakoming van zijn verbintenissen veronderstelt is immers meestal het gevolg van het verlies van kredietwaardigheid — doch ze maken onderscheiden voorwaarden uit⁴⁷.

In verband met de voorwaarde van staking van betaling dient melding te worden gemaakt van een vonnis, gewezen door de Rechtbank van Koophandel te Brussel op 28 november 1977⁴⁸ op tegenstrijdige conclusie van het openbaar ministerie, in een zaak, waarin een vennootschap, virtueel in staat van faillissement, haar opeisbaar passief had kunnen aanzuiveren dank zij een kredietopening haar door de Nationale Maatschappij voor Krediet aan de Nijverheid toegekend, alsmede dank zij een kapitaalsverhoging onderschreven door de N.I.M. in het kader van een herstructureringsprogramma.

De rechtbank verwerpt de stelling van het openbaar ministerie, volgens welke de onderneming ophoudt te betalen en haar krediet wankelt indien deze slechts dank zij tussenkomsten van overheidswege in leven wordt gehouden⁴⁹: zij is van oordeel dat de voorwaarde van staking van betalingen niet voorhanden is bij een onderneming die haar verbintenissen door middel van toegestane kredieten kan nakomen, zo deze kredieten — hetzij van overheidswege, hetzij van particulieren — niet op onwettige of frauduleuze wijze zijn verkregen.

Het komt de rechtbank toe controle uit te oefenen op de wettigheid van een beslissing, getroffen door openbare kredietinstellingen. Zij kan eveneens fouten, begaan bij het treffen van een beslissing of bij de uitvoering ervan, sanctioneren, doch zij kan geen uitspraak doen over de opportuniteit van de toegestane hulp.

Vormvoorwaarden

Bevoegdheid ratione loci van de rechtbank

8. Bij arrest van 2 februari 1978 heeft het Hof van Cassatie een einde gemaakt aan de sedert de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek gerezen controverse nopens de bevoegdheid ratione loci van de rechtbank van koophandel, die het faillissement van een handelaar-fysieke persoon uitspreek⁵⁰.

³⁹ O.m. G. HORMANS en F. 't KINT, *J.T.*, 1977, 426.

⁴⁰ *R.W.*, 1978-79, 852 e.v.

⁴¹ Hof Gent, 14 maart 1978, *R.W.*, 1978-79, 871; Kh. Oostende, 19 juni 1969, *R.P.S.*, 1970, 137; Kh. Brussel, 20 februari 1975, *J.T.*, 1975, 401, met noot GLANSDORF: dit vonnis wijst de uitbreiding af.

⁴² VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 176: deze auteur betreurt dat de Belgische rechtbanken niet meer gebruik maken van de theorie van de uitbreiding om dergelijke misbruiken te bestrijden.

⁴³ Y. DUMON en Fr. MAUSSION, *op. cit.*, p. 206, VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 178; Kh. Bergen, *B.R.H.*, 1979, 111.

⁴⁴ Kh. Brussel, 21 juni 1977, gevolgd door een noot van BRAECKMANS, *R.W.*, 1978-79, 1291; BUTZLER, *op. cit.*, p. 14.

⁴⁵ Zie o.m. I. VEROUGSTRAETE: «Niet betaling en wankelen van krediet», *B.R.H.*, 1975, 455.

⁴⁶ Cass., 8 nov. 1974, *Pas.*, 1975, I, 294.

⁴⁷ Zie BUTZLER, *op. cit.*, p. 9 omtrent de conclusie, getrokken door COPPENS uit de recente arresten van het Hof van Cassatie: van 8 november 1974, vermeld in noot 47 en 24 april 1975, *Pas.*, 1975, I, 848.

⁴⁸ *J.T.*, 1978, 68.

⁴⁹ «Lorsqu'elle vit de la mendicité publique».

⁵⁰ Cass., 2 feb. 1978, *R.W.*, 1977-78, 2651 met noten van J. LAENENS en J. LIEVENS; ARCHAMBEAU, «Réflexions sur la compétence territoriale du tribunal de commerce en cas de faillite d'un commerçant ou de l'obtention d'un concordat», *B.R.H.*, 1978,

Er zij aan herinnerd dat volgens een oude en algemeen aanvaarde rechtspraak de woonplaats van de handelaar in de zin van artikel 440 van de Faillissementswet de plaats is, waar hij zijn commerciële activiteit uitoefent en die niet noodzakelijk de plaats is waar hij woonachtig is⁵¹.

Sinds de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek heeft het begrip van «commerciële woonplaats» aanleiding gegeven tot menigvuldige discussies.

Bepaalde auteurs⁵² waren inderdaad de mening toegedaan dat deze bevoegdheidsregel niet in overeenstemming te brengen was met de bepalingen van de artikelen 631 en 36 van het Gerechtelijk Wetboek, krachtens welke uitsluitend de rechtbank van koophandel van het arrondissement, waar de fysieke persoon in de bevolkingsregisters ingeschreven is, bevoegd is om het faillissement uit te spreken.

Het Hof van Cassatie heeft zich bij deze zienswijze aangesloten (arrest van 2 feb. 1980)⁵³

In zijn arrest van 20 september 1976⁵⁴ heeft het Hof beslist dat zo een handelaar noch in België noch in het buitenland een gekende woonplaats heeft, maar in België een verblijfplaats heeft, waar hij zijn commerciële activiteit uitoefent, de rechtbank van koophandel van zijn verblijfplaats *ratione loci* bevoegd is om deze handelaar failliet te verklaren.

Het zal de praktijkjurist niet ontgaan dat het criterium van de inschrijving in de bevolkingsregisters zal kunnen worden gehanteerd door handelaars die zich wensen te onttrekken aan de controle van de rechtbank van koophandel op de door hun uitgeoefende handelsactiviteiten en dat dit anderzijds tot gevolg zal hebben dat de vereffening van het faillissement ingewikkelder en duurder wordt.

Er werd dan ook in de Kamer van Volksvertegenwoordigers een wetsvoorstel ingediend, strekkende tot wijziging van artikel 631 van het Gerechtelijk Wetboek⁵⁵.

Er zij tenslotte vermeld dat het voorontwerp van Europees verdrag inzake faillissementen het «zakencentrum» als criterium voor de territoriale bevoegdheid van de rechtbank aanneemt.

Bevoegdheid ratione materiae van de rechtbank

9. Er heerste eveneens verdeeldheid in de rechtspraak en in de rechtsleer over de draagwijdte van artikel 574, 2°,

137; FETTWEIS, «La compétence territoriale en matière de faillite», *J.T.*, 1977, 266-267; LIEVENS, *R.W.*, 1977-78, 1350, nr. 19; noot Guido AERTS onder Arrond. Oudenaarde, 20 juni 1973, *B.R.H.*, 1974, 91; noot H. GALAUDE onder Hof Antwerpen, 10 november 1975, *R.W.*, 1977-78, 1692; COPPENS en 't KINT, *R.C.J.B.*, 1979, 346.

⁵¹ Zie o.m. VAN RIJN en HEENEN, IV, nr. 2650; CLOQUET, *op. cit.*, nr. 1037; Cass., 17 januari 1897, *Pas.*, 1897, I, 59; Cass., 30 oktober 1933, *Pas.*, 1934, I, 45.

⁵² FETTWEIS, *J.T.*, 1977, 266-267.

⁵³ Zie eveneens Cass., 11 mei 1978, *R.W.*, 1978-79, met noot van J. LAENENS, 1602.

⁵⁴ *Pas.*, 1977, I, 131, *J.T.*, 1977, p. 57, gevolgd door opmerkingen van A. ZENNER.

⁵⁵ *Parl. St.*, Kamer, 1977-78, nr. 410/1. De tekst luidt als volgt: De faillietverklaring geschiedt door de rechtbank van de bedrijfszetel van de gefailleerde op het tijdstip van de staking van betaling. Inzake gerechtelijk akkoord moet het verzoekschrift worden gericht aan de rechter van de plaats waar de verzoeker zijn bedrijfs-

van het Gerechtelijk Wetboek, krachtens hetwelk de rechtbank van koophandel kennis neemt: «2° van alles wat het faillissement, akkoord en opschorting van betaling betreft, overeenkomstig de voorschriften van het Wetboek van Koophandel en van de wetten op het gerechtelijk akkoord gecoördineerd op 25 september 1946».

Een bepaald deel van de rechtspraak en de rechtsleer was de mening toegedaan dat de wetgever van 1947 geenszins de bedoeling heeft gehad de bevoegdheidsregels vervat in artikel 12, 4°, van de wet van 25 maart 1876 te wijzigen en oordeelde derhalve dat, na de in werkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek, de principes bekrachtigd door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 5 september 1958⁵⁶ betreffende het onderscheid tussen de betwistingen die hun oorsprong vinden in het faillissement en die welke slechts naar aanleiding ervan zijn ontstaan en naar de bevoegde rechter dienen te worden verwezen, toepasselijk bleven⁵⁷.

Andere beslissingen en auteurs stelden daarentegen dat de wetgever van 1967 de toekenning aan de rechtbanken van koophandel van een exclusieve bevoegdheid voor alle geschillen, die naar aanleiding van een faillissement ontstaan, beoogde. Zij leidden deze wil af uit de samenvoeging van artikel 574, 2°, Ger. W. en de door het Gerechtelijke Wetboek gewijzigde artikelen 492, 502 en 504 van de Faillissementswet, waarin de zinsnede, houdende de verplichting van de rechtbank van koophandel tot verwijzing naar de bevoegde rechter, weggelaten werd⁵⁸.

Deze laatste stelling werd door het Hof van Cassatie bekrachtigd⁵⁹. De rechtspraak van het hoogste gerechtshof maakte evenwel geen einde aan de in rechtspraak en rechtsleer bestaande controverse⁶⁰, die aanleiding gaf tot de wijziging van voornoemd artikel 574, 2°, door de wet van 24 maart 1975⁶¹. De tekst van het gewijzigd artikel luidt als volgt:

«De rechtbank van koophandel neemt kennis ... 2° van vorderingen en geschillen rechtstreeks ontstaan uit het faillissement, het akkoord... en waarvan de gegevens voor

zetel heeft», geciteerd door MATTHIJS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1979, 775, voetnoot 40.

⁵⁶ *Pas.*, 1959, I, 18.

⁵⁷ FETTWEIS, *Précis de droit judiciaire*, t. II, *Compétence*, nrs. 320-322; VIEUJEAN en FETTWEIS, *Rev. trim. dr. civ.*, «Chronique de Droit Belge», 1969, 886-887; L. FREDERICQ, *Bijvoegsel bij het Handboek van Belgisch Handelsrecht*, nr. 1539, p. 484 e.v.; noot C. onder Arrond. Mechelen, 22 september 1971, *R.W.*, 1971-72, 581; A. KOHL, «La réforme judiciaire a-t-elle eu une incidence sur la compétence matérielle des tribunaux de commerce en matière de faillite», *J.T.*, 1973, 37-39.

⁵⁸ Zie de gerechtelijke beslissingen, geciteerd door DUMON en GEINGER in noot onder Cassatie, 3 mei 1973, *B.R.H.*, 1973, 364.

⁵⁹ Cass., 3 mei 1973, vermeld in noot 59; Cass., 29 november 1973, *R.W.*, 1973-74, 1657; Cass., 17 mei 1974, *Pas.*, 1974, I, 1002.

⁶⁰ A. FETTWEIS, *J.T.*, 1973, 406 e.v., noot J. GILLET, «Commentaires jurisprudentiels», *J.T.*, 1973, 548; antwoord van A. FETTWEIS, *J.T.*, 1973, 577; noot C., *R.W.*, 1973-74, 651-653; LODE DE WILDE, *J.T.T.*, 1973, 187 en 188.

⁶¹ VAN DE WALLE DE GHELCKE en STEENBERGEN, «Bevoegdheid van de rechtbank van koophandel inzake faillissement: de wet van 24 maart 1975 tot wijziging van artikel 574, 2°, Ger. W.», *R.W.*, 1975-76, 939-951; A. KOHL, «La fin d'une controverse. La loi du 24 mars 1975 modifiant l'article 574, 2°, du Code judiciaire», *J.T.*, 1975, 439.

de oplossing zich bevinden in het bijzonder recht dat het stelsel van het faillissement, het akkoord en de opschorting van betaling beheerst.»⁶²

Niet alle gegevens dienen evenwel hun oorsprong in het faillissementsrecht te vinden opdat het geschil door de rechtbank van koophandel zou worden beslecht⁶³.

De wet van 24 maart 1975 kent uitsluitende bevoegdheid aan de rechtbanken van koophandel toe om uitspraak te doen over het al dan niet bevoorrecht karakter van een schuldvordering⁶⁴.

Ten slotte dient nog te worden gewezen op de discussie ontstaan ter gelegenheid van deze wetswijziging over de vraag of de wet van 24 maart 1975 een interpretatieve dan wel een wijzigende wet is. Bij arrest van 17 maart 1976 heeft het Hof van Cassatie beslist dat het hier ging om een wijzigende wet⁶⁵. Deze heeft geen terugwerkende kracht en kan dus niet worden toegepast op hangende gedingen.

Gevolgen van het faillissement

De persoon van de gefailleerde

10. Wat betreft de persoon van de gefailleerde, denken men aan de beperkingen, gesteld aan zijn vrijheid (hij mag zich niet naar het buitenland begeven zonder voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris; hij is evenmin gerechtigd zijn briefwisseling te openen) alsmede aan de ontzetting van gefailleerde uit politieke rechten (het verbod deel te nemen aan verkiezingen zowel in hoedanigheid van kiezer als in die van kandidaat). Bovendien is door het koninklijk besluit nr. 22 van 24 oktober 1934 de gefailleerde het recht ontzegd deel te nemen aan het beheer van of toezichtsfuncties uit te oefenen in een vennootschap op aandelen, een P.V.B.A. of een coöperatieve vennootschap⁶⁶.

De anticrisiswet van 4 augustus 1978 heeft met het oog op de gezondmaking van onze economie het beroepsuitoefe-

ningsverbod aanzienlijk verruimd⁶⁷, en wel volgens De Wilde in drie opzichten⁶⁸:

a) door uitbreiding van het reeds bestaande en van de nieuw ingevoerde beroepsuitoefeningsverboden tot de tussenpersonen om aldus ook de stroman te treffen;

b) door verzwaring van de gevolgen van de veroordeling wegens bedrieglijke zowel als wegens eenvoudige bankbreuk met de invoering van een *definitief* verval van rechtswege van het recht om persoonlijk of door tussenpersoon enig koopmansbedrijf uit te oefenen voor al wie ooit in België of in het buitenland wegens bankbreuk veroordeeld is;

c) door beteugeling, ook buiten elk strafrechtelijk misdrijf, van «de kennelijk grove fout die tot het faillissement heeft bijgedragen» door de invoering van:

1) de mogelijkheid om ook de niet-bankbreukige gefailleerde, fysieke persoon die een dergelijke fout begaan heeft, *tijdelijk* het verbod op te leggen om enig koopmansbedrijf uit te oefenen;

2) de mogelijkheid om aan de met de gefailleerde gelijkgestelde personen, dit zijn de huidige statutaire of zelfs maar feitelijke bestuurders⁶⁹ en zaakvoerders van een gefailleerde vennootschap, evenals aan de vorige, wier ontslag minder dan een jaar vóór het faillissement in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad bekend gemaakt is — die een dergelijke fout hebben begaan, tijdelijk het verbod op te leggen van drie jaar tot tien jaar, om nog enige statutaire of feitelijke bestuurs- of toezichtstaak uit te oefenen in enige handelsvennootschap of vennootschap, die de rechtsvorm van een handelsvennootschap heeft aangenomen, inclusief het bestuur van een Belgisch filiaal van een buitenlandse vennootschap.

In de anticrisiswet komen twee soorten van vervalverklaring voor:

a) *Het verval van rechtswege*, reeds vervat in het K.B. van 24 oktober 1934, doch uitgebreid door de wet van 4 augustus 1978: inderdaad wordt — naast het verbod van uitoefening van bestuurs- of toezichtsfuncties in bepaalde vennootschappen — de betrokkene thans eveneens het recht ontzegd persoonlijk of door tussenpersoon een koopmansbedrijf te exploiteren. Door de inlassing van een dergelijke verbodsbepaling beoogt de wetgever de bescherming van de belangen van derden.

Het verval treedt in, zonder tussenkomst van de rechter, ingevolge de veroordeling tot een vrijheidsstraf van drie maanden of meer, zelfs met uitstel, wegens eenvoudige of bedrieglijke bankbreuk.

Niet alleen een veroordeling in België, maar ook een veroordeling wegens eenvoudige of bedrieglijke bankbreuk door een buitenlandse rechtbank zal het verval van het recht om handelaar te zijn tot gevolg hebben.

In geval van buitenlandse veroordelingen zal het verbod evenwel slechts uitwerking hebben nadat de kamer van inbeschuldigingstelling van de woonplaats van de betrokkene op verzoek van de procureur-generaal zal hebben vastgesteld dat de veroordeling betrekking heeft op een feit, dat volgens de Belgische wetgeving eenvoudige of bedrieglijke bankbreuk uitmaakt en dat zij in kracht van gewijsde is getreden. Heeft de betrokkene geen woonplaats

⁶² Dit onderscheid werd eveneens door het Hof van Cassatie weerhouden met betrekking tot de toepassing van artikel 465 Fw. dat de termijn om zich in beroep te voorzien tegen «elk inzake van faillissement gewezen vonnis» op 15 dagen na de betekening vaststelt: *niet* bedoeld zijn door dat artikel de vonnissen die uitspraak doen over betwistingen die een oorzaak hebben welke onafhankelijk is van de wetgeving op het faillissement of van de staat van faillissement, en die ook buiten het faillissement kunnen ontstaan. (Cass., 31 maart 1978, R.W., 1978-79, 1957; Cass., 25 mei 1978, J.T., 1978, 523).

⁶³ Kh. Brussel, 19 juni 1975, J.T., 1975, 573, met noot van A. KOHL.

⁶⁴ COPPENS en 't KINT, R.C.J.B., 1979, 351 en de aldaar geciteerde rechtspraak en rechtsleer.

⁶⁵ Pas., 1976, I, 791.

⁶⁶ Het verbod in het K.B. van 24 okt. 1934 opgelegd, werd uitgebreid door het K.B. van 9 juli 1935 op de bankcontrole (verbod de functie van bankier uit te oefenen), de wet van 22 juli 1953 (hij mag geen bedrijfsrevisor zijn), de wet van 9 juli 1957 op de afbetalingsvooreenkomsten (geen recht op een erkenning vereist voor de uitoefening van een dergelijke activiteit), de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle van de verzekeringsondernemingen.

⁶⁷ J. LIEVENS, «Het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, zoals gewijzigd door de anticrisiswet van 4 augustus 1978», B.R.H., 1979, 29; DE WILDE, «Het vernieuwde K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, R.W., 1978-79, 929.

⁶⁸ DE WILDE, *op. cit.*, kol. 931 en 932.

⁶⁹ Een bankier zou als een feitelijke bestuurder kunnen worden aangemerkt: P. VAN OMMESLAGHE, «La responsabilité du banquier dispensateur de crédit», *Revue de la Banque*, 1979.

in België, dan is de kamer van inbeschuldigingstelling te Brussel bevoegd.

Het verval is definitief. Het zal nochtans kunnen worden ingetrokken in geval van eerherstel bij faillissement⁷⁰.

b) *Het facultatief verval* om persoonlijk of door tussenpersoon enig koopmansbedrijf te exploiteren (voor fysieke personen) of bestuurs- of toezichtsfuncties in vennootschappen uit te oefenen (voor leiders van vennootschappen). Dit verval kan door de rechtbank worden uitgesproken wanneer zij vaststelt dat de handelaar-fysieke persoon of de statutaire of *feitelijke* bestuurders of zaakvoerders van een vennootschap, zich schuldig hebben gemaakt aan kennelijk grove fouten die tot het faillissement hebben bijgedragen.

Wat onder het begrip tussenpersoon dient te worden verstaan, is door de wetgever niet bepaald. Het staat derhalve aan de feitenrechter, op grond van de feitelijke omstandigheden die aan zijn beoordeling worden onderworpen, na te gaan of degene aan wie het verbod opgelegd is handelsactiviteiten uit te oefenen, zich aan deze verbodsbepaling heeft willen onttrekken door een beroep op derden, achter wie hij zich verschuilt om verder handel te drijven.

Evenmin treft men in de wet een definitie van het begrip «kennelijke grove fout» aan. In een regeringsverklaring waarnaar de voorbereidende werkzaamheden van de wet verwijzen, wordt de nadruk gelegd op «het exceptioneel karakter van de fout»⁷¹.

Het verbod geldt slechts tijdelijk : de duur ervan kan bepaald worden tussen minimum drie en maximum tien jaar.

Het kan evenwel vroegtijdig een einde nemen :

— indien het vonnis van faillietverklaring wordt ingetrokken ;

— indien het gerechtelijk akkoord van faillissement, door de gefailleerde aangevraagd, wordt gehomologeerd ;

— indien de gefailleerde eerherstel verkrijgt vóór het verstrijken van de termijn, gedurende welke het verbod geldt.

De procedure die in casu moet worden gevolgd, zal niet worden behandeld⁷².

Ten slotte dient nog te worden gewezen op de strafsancities, gesteld in de anticrisiswet voor het geval van miskenning van een beroepsuitoefeningsverbod⁷³.

Dergelijke misdrijven worden gestraft met een gevangenisstraf van drie maanden tot twee jaar en met een geldboete van 1.000 fr. tot 10.000 fr.

⁷⁰ DE WILDE, *op. cit.*, kol. 933 e.v.

⁷¹ J. LIEVENS, *op. cit.*, p. 34 ; RONSE, «La responsabilité des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif», *R.P.S.*, 1979, 292 en meer in het bijzonder 299-300, die de grove fout als volgt omschrijft : «Elle est la légèreté ou l'insouciance impardonnable, c.-à-d. l'acte ou l'omission où l'auteur est conscient ou ne pouvait pas ne pas l'être, de ce que son comportement contribuera au dommage, ce qui dans notre matière signifie qu'il contribuera à la faillite de la société.»

⁷² Zie o.m. LIEVENS, *op. cit.*, p. 36 ; DE WILDE, kol. 936.

⁷³ Wat de burgerlijke sancties betreft, te weten de al dan niet geldigheid van de benoemingen, verricht in strijd met het K.B. van 1934, alsmede van de rechtshandelingen, verricht door op onrechtmatige wijze benoemde bestuurders : zie o.m. DE WILDE, *op. cit.*, kol. 936, die de verschillende strekkingen, bestaande in rechtspraak en rechtsleer, uiteenzet ; zie eveneens L. SIMONT, noot bij Hof Brussel, 6 mei 1963, *R.C.J.B.*, 1966, 461.

Deze straffen zijn ook van toepassing op de tussenpersonen die er zich toe lenen het beroepsuitoefeningsverbod te omzeilen.

Niet vereist is dat degene aan wie een verbod opgelegd is, daadwerkelijk de hem ontzegde functie uitoefent. Het louter feit deze te hebben aanvaard maakt een overtreding van de wet van 4 augustus 1978 uit.

Er dient te worden onderstreept dat de wet van 4 augustus 1978 niet uitsluitend verbodsbepalingen betreffende de uitoefening van het beroep van handelaar, die de persoon van de gefailleerde aanbelangen, inhoudt. Zij handelt ook over de *aansprakelijkheid van de bestuurders*, waarvan de kennelijke grove fouten bijgedragen hebben tot het faillissement van de rechtspersoon.

Overeenkomstig artikel 63^{ter} van de gecoördineerde wetten, zoals dit werd gewijzigd door artikel 91 van de anticrisiswet, kunnen, indien bij faillissement de lasten de baten overtreffen, de bestuurders, gewezen bestuurders of feitelijke bestuurders van een N.V. door de rechtbank persoonlijk aansprakelijk worden verklaard, met of zonder hoofdelijkheid, voor het geheel of voor een deel van de schulden van de vennootschap tot beloop van het gebrek aan activa.

Artikel 63^{ter} is eveneens toepasselijk op de zaakvoerders, de gewezen zaakvoerders en de feitelijke zaakvoerders van een P.V.B.A. Artikel 133^{bis} van de gecoördineerde wetten (artikel 99 van de anticrisiswet) beperkt evenwel de toepassing van voornoemd artikel voor de P.V.B.A. tot die vennootschappen die over de drie jaar die het faillissement voorafgaan, een gemiddeld omzetcijfer van meer dan 25 miljoen frank, BTW niet inbegrepen, hebben verwezenlijkt en wanneer het totaal van de balans bij het einde van het jongste boekjaar hoger was dan 15 miljoen frank.

In de oorspronkelijke tekst van het wetsontwerp was het vereiste van kennelijke grove fout van de bestuurders, zaakvoerders en feitelijke leiders niet gesteld.

Naar Frans voorbeeld konden dezen in geval van faillissement van de vennootschap, waarvan het actief ontoereikend bleek, aansprakelijk worden gesteld voor het geheel of een deel der schulden, tenzij zij het bewijs bijbrachten dat zij bij het beheer van de vennootschap alle diligentie en bekwaamheid aan de dag hebben gelegd⁷⁴.

Dit vermoeden van aansprakelijkheid dat door de beheerders kan worden weerlegd, komt niet voor in de definitieve tekst van het ontwerp die wet werd.

Op de eiser rust dus de bewijslast van het bestaan van kennelijke grove fouten, die tot het faillissement van de vennootschap hebben bijgedragen.

Ofschoon de wet niet bepaalt van wie het initiatief voor het instellen van een dergelijke vordering kan uitgaan, wordt aangenomen dat uitsluitend de curator deze bevoegdheid heeft⁷⁵.

⁷⁴ Een dergelijke bepaling komt eveneens voor in het ontwerp tot wijziging van de vennootschappenwet (art. 113).

⁷⁵ J. RONSE, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1979, 294 ; zie eveneens J. STEENBERGEN, «De ondernemingsrechtelijke bepalingen in de 'anticrisiswetten'», *R.W.*, 1978-79, 1057 e.v. : deze auteur betreurt dat een wijziging, die zo belangrijke gevolgen kan hebben, zoveel vragen openlaat.

Zoals hierboven is uiteengezet, is bij toepassing van de artikelen 63ter en 133bis de aansprakelijkheid van de bestuurder of zaakvoerder beperkt tot het gebrek aan actief.

Onder het begrip «gebrek aan actief» wordt verstaan niet het verschil tussen het actief en het passief dan kan berekend worden aan de hand van de gegevens vermeld op de balans afgesloten op de dag van het vonnis van faillietverklaring, maar wel het negatief saldo, dat zal bestaan bij het einde der bewerkingen van vereffening na aftrek der beheerskosten van het faillissement, van de verbrekingsvergoedingen, toekomende aan de opgezegde personeelsleden en van alle schulden in de massa.

De vraag rijst of na een faillissement de bestuurders ook nog aansprakelijk kunnen worden gesteld op een andere juridische grondslag dan die van de artikelen 63bis en 133bis Venn. W.

Deze vraag wordt bevestigend beantwoord door professor Ronse⁷⁶ volgens wie de regeling van artikel 63bis een toevoeging aan het bestaande recht uitmaakt : artikel 63bis stelt *ten aanzien van het geheel der schuldeisers* de verantwoordelijke leiders aansprakelijk, zo deze zich schuldig hebben gemaakt aan kennelijke grove fouten die tot het faillissement bijgedragen hebben.

Door de invoering van deze wetsbepaling kan de curator, in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van het geheel der schuldeisers, thans schadevergoeding vorderen voor zware beheersfouten, die geen inbreuk uitmaken op de statuten of op de vennootschapswetgeving of die tegenover derden niet als een onrechtmatige daad kunnen worden beschouwd. Vóór de wet van 4 augustus 1978 kon hij deze vordering slechts instellen in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van de vennootschap en op voorwaarde dat vóór het faillissement geen decharge aan de beheerders was verleend.

De curator behoudt evenwel het recht tegenover de bestuurders een vordering in aansprakelijkheid in te stellen op grond van artikel 62 Vennootschapswet en van artikel 1382 B.W. en zal, bij voorkeur, zijn vordering gronden op genoemde wetsbepalingen, daar ze ertoe strekt een algehele vergoeding van de geleden schade te verkrijgen.

De anticrisiswet bepaalt evenmin bij welke rechtbank dergelijke vorderingen aanhangig worden gemaakt. Aangenomen wordt dat de rechtbank van eerste aanleg bevoegd is, gelet op de hoedanigheid waarin de curator handelt (te weten als vertegenwoordiger van het geheel der schuldeisers)⁷⁷.

Het vermogen van de gefailleerde

11. Overeenkomstig artikel 444 Faillissementswet verliest de gefailleerde van rechtswege, te rekenen van het vonnis van faillietverklaring, het beheer over al zijn goederen, zelfs over die welke hij zou verkrijgen terwijl hij zich in staat van faillissement bevindt.

De buitenbezitstelling van gefailleerde heeft een absoluut en algemeen karakter. Dit principe wordt bevestigd door het Hof van Cassatie bij zijn arrest van 26 mei 1977⁷⁸,

⁷⁶ J. RONSE, *op. cit.*, p. 307, zie eveneens J. STEENBERGEN, *op. cit.*, 1060, die zulks in twijfel trekt.

⁷⁷ RONSE, *R.P.S.*, 1979, 306.

⁷⁸ *Pas.*, 1977, I, 985; *R.W.*, 1977-78, 1683, met noot van J. LIEVENS, «Buitenbezitstelling van de gefailleerde en schadevergoeding uit onrechtmatige daad».

beslissende dat «het algemeen karakter van het verlies, waarvan sprake in artikel 444 van het Wetboek van Koophandel niet wordt beïnvloed noch door de aard, noch door de oorsprong van de betalingen die te rekenen van het vonnis van faillietverklaring aan de gefailleerde zijn gedaan».

Het Hof verwerpt aldus, met betrekking tot vergoedingen tot herstel van blijvende invaliditeit en esthetisch nadeel, het door eiser tot cassatie in navolging van een bepaalde strekking in de rechtspraak en rechtsleer gemaakt onderscheid tussen de huidige schade en de schade na de datum waarop het faillissement zal worden gesloten⁷⁹.

Naar luid van het tweede lid van artikel 444 zijn alle door de gefailleerde gedane betalingen, verrichtingen en handelingen evenals alle aan de gefailleerde sinds het vonnis gedane betalingen van rechtswege nietig⁸⁰.

Ook ten aanzien van de rechtshandelingen, verricht door gefailleerde vóór het vonnis van faillietverklaring, heeft het faillissement gevolgen. Zijn deze verricht meer dan tien dagen vóór het tijdstip van staking der betalingen, door de rechtbank vastgesteld, dan zal de curator eventueel de rechtsgeldigheid ervan kunnen aanvechten op grond van artikel 448 Faillissementswet. Heeft gefailleerde ze daarentegen tijdens de verdachte periode of tijdens de tien daaraan voorafgaande dagen verricht, dan kunnen deze handelingen op verzoek van de curator niet-tengevoegebaar aan het geheel van de schuldeisers worden verklaard krachtens de artikelen 445, 446 en 447 Faillissementswet.

De toepassing van laatstgenoemde wetsbepalingen, die met nietigheid van rechtswege of met facultatieve nietigheid handelingen, door gefailleerde verricht met het oog op de bevoordeling van een schuldeiser ten nadele van zijn andere schuldeisers, sanctioneren, gaf aanleiding tot talrijke studies en gerechtelijke beslissingen. Wij beperken ons tot het bespreken van enkele gevallen die in recente arresten zijn behandeld :

1) *De toepassing van artikel 447 op de wettelijke hypotheek en meer in het bijzonder op die van de schatkist.* — Krachtens het eerste lid van artikel 447 Faillissementswet kunnen de geldig verkregen rechten van hypotheek en van voorrecht tot op de dag van het vonnis van faillietverklaring worden ingeschreven.

Het tweede lid voorziet in een facultatieve nietigheid, door de rechtbank uit te spreken, van de inschrijvingen, genomen binnen de tien dagen die het tijdstip voorafgaan waarop opgehouden is te betalen of daarna, indien meer dan vijftien dagen zijn verlopen tussen de dagtekening van de akte waarbij de hypotheek of het voorrecht is gevestigd en de dagtekening van de inschrijving.

Opdat de rechtbank op een vordering tot nietigverklaring kan ingaan, dient de curator het bewijs bij te brengen van een bedrieglijke afspraak tussen de hypothecaire schulde-

⁷⁹ Omtrent de controverse zie o.m. COPPENS en 't KINT, *R.C.J.B.*, 1979, 365 ; deze auteurs stellen dat een dergelijke stelling onverdedigbaar is op menselijk vlak en merken op dat in Frankrijk het Hof van Cassatie de feitenrechter verplicht voor elke der toegekende schadevergoedingen na te gaan of deze ingevolge haar aard al dan niet uitsluitend aan de persoon gebonden is.

⁸⁰ Wat betreft het instellen van een rechtsovername door gefailleerde voor de arbeidsrechtbank, zie *Arbh.* Antwerpen, 4 april 1978, *R.W.*, 1979-80, 1774.

ser en de gefailleerde of van een zware nalatigheid van eerstgenoemde, waardoor derden, schuldeisers, die aan gefailleerde krediet verleend hebben omdat zijn onroerend vermogen niet bezwaard bleek te zijn, benadeeld zijn.

De rechtspraak en de rechtsleer waren verdeeld over de toepasselijkheid van dit artikel op de wettelijke hypotheek van de fiscus⁸¹.

Bij arrest van 20 oktober 1977 heeft het Hof van Cassatie aan deze controverse een einde gemaakt. Het beslist :

«De bepaling van art. 447, eerste lid, maakt geen onderscheid tussen een conventionele en een wettelijke hypotheek, nu deze aan de regel van publiciteit is onderworpen.

«De toepassing van het tweede lid op de wettelijke hypotheek van de schatkist wordt, evenmin als die van het eerste lid, uitgesloten door de regel, die een termijn van zes maanden oplegt voor de inschrijving.

«De zekerheid van de derden, die de grondslag vormt van het tweede lid in het geval waarvan sprake in deze bepaling, kan in het gedrang worden gebracht, zelfs wanneer het de inschrijving betreft van een hypotheek of een voorrecht van de schatkist. De rechter moet oordelen of, overeenkomstig deze bepaling, de omstandigheden van de zaak de vernietiging van de inschrijving rechtvaardigen⁸².»

De wet van 20 juli 1978 heeft de fiscus evenwel onttrokken aan de toepassing van artikel 447 wat betreft de belastingen opgenomen in kohieren die vóór het vonnis van faillietverklaring uitvoerbaar zijn verklaard⁸³. Voor deze aanslagen kan het Bestuur der Directe Belastingen thans een hypothecaire inschrijving nemen na het vonnis van faillietverklaring. Deze innovatie doet — ons inziens — afbreuk aan het principe van de gelijkheid van de schuldeisers, wier rechten op de dag van het vonnis van faillietverklaring worden vastgelegd.

2) *De minnelijke ontbinding van een verkoopovereenkomst.* — Maakt deze een verboden inbetalinggeving uit, die met toepassing van artikel 445, 3e lid, Faillissementswet ten aanzien van het geheel van rechtswege nietig is ?

Men denke aan de overeenkomsten, gesloten tijdens de verdachte periode tussen de toekomstige gefailleerde en onbetaalde leveranciers, waarbij de verkoop in der minne wordt ontbonden met teruggave door gefailleerde van de onbetaalde koopwaar.

⁸¹ Zie o.m. de vonnissen en arresten, besproken door TRUDO BREESCH, «De toepasselijkheid van artikel 447 Faillissementswet op de wettelijke hypotheek van de schatkist», *R.W.*, 1978-79, 1889 e.v.

⁸² *R.W.*, 1978-79, 1903. Het Hof heeft geoordeeld dat de executieverklaring van het kohier in de zin van artikel 447 de akte tot vestiging van de wettelijke hypotheek is.

⁸³ Wet van 20 juli 1978 tot wijziging van het Wetboek der Inkomstenbelastingen met betrekking tot de waarborgen, die sommige belastingplichtigen moeten stellen en tot de rechten van de schatkist in geval van faillissement van de belastingplichtige ; TRUDO BREESCH, *op. cit.*, *R.W.*, 1978-79, 1889 ; J. KOKELENBERG, «Het onttrekken van de fiscus aan art. 447 Fw.», *R.W.*, 1978-79, 2699 ; T. BREESCH, «In medio virtus», *R.W.*, 1978-79, 2705 ; I. VEROUGSTRATE, *Le manuel des curateurs*, p. 168-169. Er dient te worden opgemerkt dat een dergelijke bepaling reeds ingevoerd werd door het K.B. nr. 23 van 23 mei 1967, waarvan de toepassing evenwel meermaals werd geweigerd wegens onwettelijkheid (art. 107 van de Grondwet).

Over deze vraag zijn de rechtspraak en de rechtsleer verdeeld⁸⁴. Volgens de tegenstanders van de gelijkstelling beantwoordt deze juridische kwalificatie niet aan het mechanisme van de verbreking der overeenkomsten⁸⁵.

Immers, bij inbetalinggeving gaan de verbintenissen teniet ingevolge de uitvoering van de overeenkomst, derwijze dat deze verrichting een procédé van betaling uitmaakt. De verbreking der overeenkomsten, zowel in der minne als gerechtelijk, die eveneens het tenietgaan der verbintenissen tot gevolg heeft, beoogt daarentegen niet de uitvoering der overeenkomsten, doch de vernietiging ervan met terugwerkende kracht. De verbreking kan derhalve geen inbetalinggeving uitmaken ; een tenietgegane verbintenis kan immers niet betaald worden.

Zij aanvaarden evenwel dat de minnelijke verbreking der overeenkomst met toepassing van artikel 446 Faillissementswet ten opzichte van de boedel zou kunnen worden vernietigd als zijnde een handeling verricht onder bezwarende titel door gefailleerde tijdens het verdacht tijdperk met wetenschap van de schuldeiser dat hij opgehouden had te betalen⁸⁶.

Op de curator rust dan de bewijslast van het voorhanden zijn van voornoemde voorwaarden.

Vermeldenswaard in dit verband is een uitvoerig gemotiveerd arrest, gewezen door het Hof van Beroep te Bergen⁸⁷, dat — na te hebben overwogen dat de minnelijke ontbinding niet als een inbetalinggeving kan worden beschouwd — opteert voor de gebeurlijke toepasselijkheid van artikel 446 Faillissementswet⁸⁸.

3) *De vestiging van een zekerheid voor vroeger aangegane schulden — toepassing op de rekening-courant.* — Overeenkomstig het vierde lid van artikel 445 Fw. is iedere zekerheid, tijdens de verdachte periode op de goederen van gefailleerde gevestigd voor vroeger aangegane schulden, van rechtswege niet-tegenwerpelij aan de boedel.

De toepasselijkheid van deze wetsbepaling op de rekening-courant werd ter discussie gesteld.

De klassieke leer van de ondeelbaarheid van de rekening-courant, die tot gevolg had dat zekerheden steeds werden gevestigd voor toekomstige schulden, te weten het definitief saldo bij de afsluiting van de rekening-courant — afsluiting ingevolge welke de schuld of de schuldvordering van de toekomstige gefailleerde ontstaat — sluit de toepassing van dit artikel uit. Die leer wordt thans niet meer gevolgd.

⁸⁴ CLOQUET, *op. cit.*, nr. 490 ; I. VEROUGSTRATE, *op. cit.*, p. 159 ; J. LIEVENS, *R.W.*, 1977-78, 1354 ; COPPENS, *R.C.J.B.*, 1974, 437, nr. 66.

⁸⁵ VAN RIJN en HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, nr. 2725, p. 274-275 ; FREDERICQ, *Droit commercial belge*, VII, nr. 484, D (a contrario redenering) ; LOUSSOUARN, «Les résolutions amiables ou judiciaires de ventes mobilières pendant la période suspecte», *Rev. dr. comm.*, 1949, 274 ; HOUIN, «Faillites et liquidations judiciaires», *Rev. trim. dr. comm.*, 1948, 700 ; PIRET, «Examen de jurisprudence. Faillites et Concordats», *R.C.J.B.*, 1951, 63 ; *R.C.J.B.*, 1957, 220.

⁸⁶ FREDERICQ, *Droit commercial*, VIII, nr. 484, D, p. 697 ; PIRET, *R.C.J.B.*, 1951, 62 en de aldaar geciteerde rechtspraak en rechtsleer ; zie eveneens de rechtsleer vermeld in voetnoot 85.

⁸⁷ Hof Bergen, 21 april 1975, *Pas.*, 1976, II, 27.

⁸⁸ Zie eveneens desbetreffend COPPENS en 'T KINT, *R.C.J.B.*, 1979, 407.

Zij gaf aanleiding tot talrijke misbruiken, aangezien zekerheden tijdens de verdachte periode konden worden gevestigd op een ogenblik dat de rekening van de toekomstige gefailleerde reeds debiteur stond.

Ter bestrijding van deze misbruiken werd door de rechtspraak en rechtsleer de ondeelbaarheid van de rekening-courant terzijde gesteld.

Bevredigende oplossingen werden voorgesteld voor het geval het debetsaldo van de rekening, bestaande op het ogenblik van de vestiging van de zekerheid, ongewijzigd is gebleven of bestendig is afgenomen en voor het geval dit debetsaldo na de datum van de zekerheidsstelling gestadig is toegenomen. In de eerste hypothese zal de zekerheid niet-tegenwerpelij aan de boedel worden verklaard (zij werd immers toegekend tot waarborg van vroeger aangegane schulden). In het tweede geval zal de zekerheid rechtsgeldig zijn gevestigd tot beloop van de verhoging van het debetsaldo.

Moelijkheden rijzen evenwel wanneer het debetsaldo niet constant toeneemt of afneemt, er er remises in beide richtingen plaatsvinden, hetgeen doorgaans het geval is.

De door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 18 mei 1973, aangenomen oplossing kan als volgt samengevat worden⁸⁹:

a) het voorlopig saldo van de rekening-courant op het ogenblik van de vestiging van de zekerheid als een schuld beschouwd ;

b) de regel van de ondeelbaarheid ter zijde stellen wat betreft de wederzijdse remises, welke plaatsvonden na de vestiging van de zekerheid tot op de dag van de afsluiting van de rekening, en alle remises over en weer in aanmerking nemen ;

c) de nieuwe remises van de schuldeisers in rekening-courant als nieuwe schuldvorderingen en nieuwe kredieten beschouwen en de remises van de schuldenaar als betalingen ;

d) vervolgens deze betalingen, bij gebreke aan andersluidende overeenkomst, op de oudste schuld toerekenen overeenkomstig artikel 1256 B.W. met als gevolg dat, zo deze schuld volledig door genoemde remises aangezuiverd wordt, de tijdens de verdachte periode verstrekte zekerheid uitsluitend de kredieten door de schuldeiser toegekend en door de debiteur aangewend sinds de vestiging van de zekerheid waarborgt ten belope van het bedrag van het debetsaldo, dat de rekening-courant bij de afsluiting zal vertonen⁹⁰.

Samenstelling van het actief van de boedel

Het actief van de failliete boedel bestaat zowel uit de tegenwoordige als uit de toekomstige goederen die ge-

faillieerde toevallen tijdens het verloop van de procedure van het faillissement, ongeacht hun aard of oorsprong.

Op deze regel bestaan er evenwel uitzonderingen, waaronder de niet voor beslag vatbare goederen en vorderingen (men denke aan door gerechtelijke beslissingen vastgestelde alimentatie, aan bezoldigingen van werknemers, aan de kinderbijslag) en de tot zekerheid gegeven goederen voor zover de prijs van hun tegeldemaking het bedrag van de gewaarborgde schuldvordering niet te boven gaat.

Dit principe is wat de laatstgenoemde categorie goederen betreft, bekrachtigd door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 8 april 1976⁹¹ over de tegeldemaking van het pand op de handelszaak door de pandhoudende schuldeiser en de rechten van de curator ter zake. Het Hof besliste tevens dat «de uitoefening van het recht van de pandhoudende schuldeiser om zich bij voorrecht en voorrang boven de andere schuldeisers uit de in pand gegeven zaak te doen betalen niet kan worden geschorst door het faillissement van de schuldenaar, die de zaak in pand gegeven heeft, wanneer de curator die zaak niet ten behoeve van het faillissement heeft teruggenomen door de schuld te betalen».

Het actief omvat eveneens de goederen die het voorwerp hebben uitgemaakt van handelingen, die met toepassing van de artikelen 445 en 446 Faillissementswet aan de massa niet tegenwerpelij zijn verklaard en die derhalve door de derden dienen te worden teruggegeven.

De goederen die aan *derden* toebehoren en die zich in de boedel bevinden, kunnen door de derden worden teruggevorderd overeenkomstig de bepalingen van artikel 566 e.v. Faillissementswet.

Artikel 568 verleent aan de onbetaalde verkoper het recht de goederen, die, ofschoon verzonden, nog niet daadwerkelijk in bezit zijn genomen door de gefailleerde of door een derde, door laatstgenoemde aangesteld, te revindiceren, zelfs zo er reeds eigendomsoverdracht ten voordele van de koper plaatsgevonden heeft. Krachtens artikel 570 is de onbetaalde verkoper niet gehouden tot levering van de goederen waarvan de prijs niet betaald is, zo deze op de dag van het vonnis van faillietverklaring in zijn bezit waren.

In de overige gevallen verliest de onbetaalde verkoper bij het faillissement van zijn koper het recht tot revindicatie (zie onder meer artikel 20, 5°, Hypotheekwet). Het faillissement van de koper heeft bovendien de beknotten van bepaalde waarborgen waarover de onbetaalde verkoper beschikt, tot gevolg⁹²:

a) het verlies van het voorrecht van artikel 20, 5°, Hypotheekwet (te weten het voorrecht op de opbrengst van de tegeldemaking van het niet-betaald roerend goed). Luidens het tweede lid van artikel 546 Fw. blijft dit voorrecht evenwel gedurende vijf jaar vanaf de levering ten voordele van

⁸⁹ Cass., 18 mei 1973, *R.W.*, 1973-74, 363, met conclusie van de procureur-generaal W.G. GANSHOF VAN DER MEERSCH; zie eveneens Anne-Marie STRANART, «Opposabilité à la masse du gage, constitué en période suspecte pour sûreté du solde débiteur éventuel d'un compte courant», *J.T.*, 1975, 357; Fr. 't KINT, *R.C.J.B.*, 1975, 62; J.M. NELISSEN, *De rekening-courant*, p. 241 e.v.; M. DASSESE, «Sûretés constituées en période suspecte pour garantir le solde d'un compte courant», *Revue de la Banque*, 1975, 57; COPPENS, *R.C.J.B.*, 1974, 435.

⁹⁰ Zie eveneens Hof Antwerpen, 14 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 1324 met noot van J.M. NELISSEN.

⁹¹ *R.W.*, 1976-77, 79, *J.T.*, 1977, 115. In dezelfde zin VAN RIJN en HEENEN, IV, *op. cit.*, nrs. 2704 en 2860; J. LINSMEAU, «La réalisation du gage sur fonds de commerce en cas de faillite», *J.T.*, 1979, 228; zie eveneens J.T. LECLERCQ, «Le maintien du droit de réalisation du créancier gagiste sur fonds de commerce en cas de faillite du débiteur», *B.R.H.*, 1972, 688-717, volgens wie het recht tot tegeldemaking van het pand op de handelszaak van de gefailleerde aan de meest diligente partij — hetzij de curator hetzij de pandhoudende schuldeiser — toekomt.

⁹² J. HEENEN, «Les garanties du vendeur de meubles et leurs avatars», noot onder Cass., 18 mei 1971, *R.C.J.B.*, 1973, 9 e.v.

leveranciers van machines, werktuigen en andere bedrijfs-uitrustingsmateriaal bestaan, mits aan de aldaar gestelde vereisten voldaan is ;

b) de onmogelijkheid om na het vonnis van faillietverklaring een vordering tot ontbinding van de verkoopvereenkomst, gegrond op artikel 1654 B.W. in te stellen ;

c) evenmin kan hij zich na faillietverklaring van zijn koper beroepen op een uitdrukkelijk ontbindend beding of op een clause van eigendomsvoorbehoud⁹³.

Aangenomen wordt nochtans dat de verkoper het verkochte goed na het faillissement kan terugvorderen, indien de verkoopovereenkomst vóór de faillietverklaring op regelmatige wijze ontbonden is, hetzij bij gemeen overleg der partijen, hetzij ingevolge een gerechtelijke beslissing, een uitdrukkelijk ontbindend beding of een ontbindende voorwaarde.

Hetzelfde geldt voor de toepassing van een clause van eigendomsvoorbehoud waarop de onbetaalde verkoper zich vóór het faillissement beroepen heeft⁹⁴.

Op te merken is dat zelfs in de hypothese dat de verkoper zijn medecontractant vóór de faillietverklaring gedagvaard heeft ten einde de ontbinding van de overeenkomst te horen uitspreken en het vonnis waarbij de vordering wordt ingewilligd, slechts na de faillietverklaring gewezen wordt, de rechtspraak en de rechtsleer aannemen dat de verkoper gerechtigd is de onbetaalde goederen te revindiceren aangezien de gevolgen van het vonnis terugwerkende kracht hebben tot op de dag van de betekening van de dagvaarding en de verkoper derhalve vóór enige samenloop zijn recht heeft doen gelden.

Ten slotte nog enkele beschouwingen over het *retentierecht*, dat door een schuldeiser, onder meer de onbetaalde verkoper, aan de curator van het faillissement van zijn schuldenaar kan worden tegengeworpen om de levering of de teruggave van een goed uit te stellen dat de uitvoering door zijn schuldenaar van zijn verbintenissen jegens hem.

Voor het bestaan van het retentierecht stelde het Hof van Cassatie in het geval dat aan zijn beoordeling werd onderworpen en dat aanleiding gaf tot het arrest van 7 oktober 1976 als noodzakelijk vereiste het bestaan van een samenhang tussen de goederen, waarop het retentierecht wordt uitgeoefend — in het onderhavig geval betrof het goederen overhandigd aan de loonbewerker met het oog op de bewerking ervan — en de schuldvorderingen waarvan de betaling wordt geëist ; het opteerde derhalve voor de *objectieve — materiële samenhang* als grondslag voor het retentierecht: het «debitum cum re detenta junctum»⁹⁵.

Het retentierecht kan eveneens gegrond zijn op de *subjectieve — juridische samenhang*, hetgeen impliceert dat de schuldvordering, die door de retentie gewaarborgd wordt en het houden van de zaak hun oorsprong vinden in een zelfde overeenkomst (bv. het houden door de verkoper van de niet-betaalde machine tot bij de betaling van de koopprijs).

Beide grondslagen zullen vaak samen voorkomen.

⁹³ Cass., 9 februari 1933, *Pas.*, 1933, I, 103; 23 mei 1946, *Pas.*, 1946, I, 204; zie eveneens over de geldigheid van clauses van eigendomsvoorbehoud, COPPENS, *Idées nouvelles dans le droit des faillites*, p. 240.

⁹⁴ Zie COPPENS en 't KINT, *R.C.J.B.*, 1979, 397-403.

⁹⁵ *Pas.*, 1977, I, 154.

Het onderscheid tussen de materiële en de juridische samenhang met betrekking tot het retentierecht wordt op voortreffelijke wijze belicht door de advocaat-generaal Krings in de conclusie, bij het besproken arrest⁹⁶.

Hij wijst op de noodzaak voor de feitenrechter nauwgezet de feitelijke omstandigheden van de zaak te onderzoeken alvorens te besluiten tot het bestaan van één enkele overeenkomst waaruit de schuldvordering en het houden van de zaak voortvloeien en die een grondvoorwaarde van het retentierecht uitmaakt.

De loutere vaststelling dat door de wil der partijen op artificiële wijze, ingevolge de inlassing van een beding van ondeelbaarheid, één enkele overeenkomst tot stand gekomen is, volstaat niet. Een dergelijk beding heeft een onwettige uitbreiding van het toepassingsveld van het retentierecht tot gevolg : immers zullen zaken kunnen worden teruggehouden, die nog niet bewerkt zijn voor schuldvorderingen ontstaan uit bewerkingen voor reeds teruggegeven goederen⁹⁷.

De afwezigheid van samenhang belet evenwel niet dat de teruggehouden goederen het voorwerp kunnen uitmaken van een pand, op rechtsgeldige wijze gevestigd vóór de verdachte periode, tot waarborg van bestaande schulden⁹⁸.

De pandsubstitutie in de verdachte periode is toegelaten, indien de waarde van de nieuw overhandigde goederen niet groter is dan die van de oorspronkelijk in pand gegeven goederen.

Wat de goederen betreft die eigendom van de *echtgenote* van gefailleerde zijn, bevatte de Faillissementswet met het oog op de bescherming van de schuldeisers van de man een bijzondere strenge regeling, waarvan de algemene principes in de artikelen 553 tot 555 neergelegd zijn.

Die artikelen zijn gewijzigd door de wet van 14 juli 1976, aangezien ze niet langer verenigbaar zijn met het principe van de gelijkheid van man en vrouw, een der uitgangspunten van het nieuw wettelijk stelsel⁹⁹.

Zonder verder uit te weiden over die wetsbepalingen¹⁰⁰ zij evenwel nog opgemerkt dat het weerlegbaar wettelijk vermoeden van art. 555 Fw., dat de door de vrouw van de gefailleerde verkregen goederen aan haar man toebehoren, met zijn gelden werden betaald en derhalve bij de failliete boedel dienden te worden gevoegd, in de nieuwe bepalingen weggelaten is. De eigen goederen van de echtgenoot van de gefailleerde blijven thans buiten het bereik van de curator.

Van het actief van de boedel maken eveneens deel uit de schadevergoedingen, tot betaling waarvan beheerders of

⁹⁶ *Pas.*, 1977, I, 156.

⁹⁷ Zie betreffende de conventionele uitbreiding van het retentierecht VAN OMMESLAGHE, «Observations sur les effets et l'étendue du droit de rétention et de l'exception non adimpleti contractus», *R.C.J.B.*, 1963, 70 ; J.L. FAGNART, «Recherches sur le droit de rétention et l'exception d'inexécution», noot onder Cass., 7 oktober 1976, *R.C.J.B.*, 1979, 12.

⁹⁸ Cass., 7 oktober 1976, geciteerd in noot 27; L. CORNELIS en CH. VAN BUGGENHOUT, «Retentierecht, pand en faillissement», *R.W.*, 1977-78, 1409.

⁹⁹ J. LIEVENS, *R.W.*, 1977-78, 1347, nr. 4.

¹⁰⁰ Zie desbetreffend o.m. CASMAN en VAN LOOK, *Huwelijksvermogensstelsel*; J.C. RENCHON in *La réforme des droits et devoirs des époux et des régimes matrimoniaux*, Jeune Barreau Bruxelles, 1977, 397 ; H. CASMAN, noot onder Kh. Antwerpen, *R.W.*, 1977-78, 1831.

zaakvoerders ingevolge begane bestuursfouten, worden veroordeeld alsmede die welke door de curator ten laste van de bankkredietverlener verkrijgt.

Deze materie kan in het kader van dit preadvies niet worden besproken. Er zij evenwel gewezen op de strengere houding van de rechtbanken bij de beoordeling van de door bestuurders begane fouten.

In verband met de aansprakelijkheid van de bank-kredietverlener zijn in het laatste decennium belangrijke beslissingen¹⁰¹ geweest, die de bank aansprakelijk stellen zowel bij abusievelijke beëindiging van de kredietopening door de bank — in dit geval kan een vordering tot schadevergoeding worden gebaseerd op de contractuele aansprakelijkheid van de bank — als ter gelegenheid van de opening van een kredietlijn of de handhaving ervan.

De motivering van die gerechtelijke beslissingen wordt ingegeven door de rol welke de banken in ons sociaal-economisch leven vervullen¹⁰² en die ze ertoe verplicht niet alleen rekening te houden met de betrekkingen met hun cliënten, doch ook met de gevolgen welke hun beslissingen met betrekking tot de toekenning of het handhaven van een kredietopening voor derden zullen meebrengen.

Alvorens een kredietopening toe te kennen zal de bank derhalve alle nuttige inlichtingen dienen te verzamelen over de financiële en economische toestand van de kredietlener alsmede over de aanwending der fondsen, voortspruitende uit de kredietlijn.

Ook tijdens de uitvoering van de overeenkomst rust op de bank een verplichting tot controle zowel wat betreft het naleven van de door haar bij toekenning gestelde voorwaarden als wat betreft de evolutie van de onderneming, op gevaar ervoor aansprakelijk te worden gesteld dat zij de onderneming op kunstmatige wijze in leven heeft gehouden en ten opzichte van derden een indruk van kredietwaardigheid van de onderneming in stand heeft gehouden.

Deze principes gelden zowel voor privé-banken als voor openbare kredietinstellingen.

Wat betreft de kredietopeningen, toegestaan aan ondernemingen in moeilijkheden, wordt aangenomen dat de aansprakelijkheid van de kredietverlener slechts in het gedrang komt, indien op het ogenblik van de toekenning van de betwiste kredietlijn met zekerheid vaststaat dat geen enkel herstructureringsplan de onderneming van het faillissement kan redden¹⁰³.

¹⁰¹ Deze beslissingen hebben aanleiding gegeven tot verschillende doctrinale studies : zie o.m. P. VAN OMMESELAGHE, «La responsabilité du banquier, dispensateur de crédit en droit belge», *Revue Banque*, 1979, 5; A. BRUYNEEL, «Le 'Mémoire de Barsy' sur la responsabilité du donneur de crédit», *Rev. Banque*, 1977, 313; ZENNER, «Responsabilité du donneur de crédit», *Rev. Banque*, 1974, 707; «Nouveaux développements de la responsabilité du dispensateur de crédit», *J.T.*, 1977, 53; SCHOENTJES-MERCHERS, noot onder Cass., 19 maart 1976, *R.C.J.B.*, 1977, 38; CUIGNET, *Rev. Banque*, 1976, 4; D'ETEREN en VERBRAEKEN, «La responsabilité du banquier qui octroie du crédit à une entreprise en difficulté», *R.G.A.R.*, 1977, 9707.

¹⁰² De opdracht van de bank wordt door Kh. Brussel, 29 oktober 1976, *J.T.*, 1977, 58, als volgt gedefinieerd :

«Attendu que par ailleurs, la responsabilité des organismes de crédit doit être appréciée en fonction de la mission qui leur est confiée et des moyens administratifs qui sont en leurs mains; que la mission économique et sociale de la banque consiste notamment à gérer une partie non négligeable de l'épargne publique, à soutenir par le crédit les entreprises ou à retirer le crédit aux entreprises ne participant plus à la vie économique dans les conditions normales

De derde die een vordering in aansprakelijkheid instelt, dient het bewijs van het oorzakelijk verband tussen de fout en de geleden schade bij te brengen.

Bij de beoordeling van de handelwijze van de bank, zal de rechter enkel rekening mogen houden met het inzicht dat de bank over de feiten had op het ogenblik dat de beslissing werd getroffen, en niet met het verdere verloop — soms ongewild en onvoorzien — van die feiten.

In een recente beslissing van het Hof van Beroep te Luik wordt op een originele wijze de fout van de bank-kredietverlener gesanctioneerd : de schuldvordering van de bank zal slechts worden uitbetaald na aanzuivering van alle andere bevoorrechte en chirografaire schuldeisers¹⁰⁴.

Tot besluit

Uit de voorgaande overwegingen, kan men de volgende krachtlijnen afleiden :

1) Een toenemende belangstelling voor het zoeken naar oplossingen ter voorkoming van faillissementen ten einde het voortbestaan van leefbare ondernemingen te verzekeren.

Deze noodzaak doet zich bijzonder gevoelen in periodes van economische crisis.

Het tot stand brengen van een wetswijziging naar Frans voorbeeld, waarbij het economisch criterium, te weten de kansen van overleving van de onderneming mits bepaalde maatregelen worden getroffen, doorslaggevend is in de beslissing over het voortbestaan ervan, ongeacht de door de bedrijfsleider begane bestuursfouten, zou een meer efficiënte bescherming voor de onderneming als conglomeraat van verschillende belangengroepen tot gevolg hebben.

2) Een strenger optreden door de hoven en rechtbanken ten opzichte van de bestuurders die zich schuldig gemaakt hebben aan bestuursfouten en het sanctioneren van fouten, begaan door kredietverleners bij het treffen van beslissingen in verband met de opening van een kredietlijn of bij de uitvoering ervan.

3) Een bij wet ingevoerde verzwarende aansprakelijkheid van de bestuurders en zaakvoerders van vennootschappen in geval van faillissementen waarvan het actief ontoereikend is om het passief te delgen, zonder evenwel te hunnen laste een weerlegbaar vermoeden van aansprakelijkheid te vestigen ; de uitbreiding van deze aansprakelijkheid tot de feitelijke leiders van de ondernemingen.

4) De uitbreiding van reeds bestaande en van nieuw ingevoerde beroepsuitoefeningsverboden ter bescherming van de patrimoniale rechten van derden.

5) Een grotere beveiliging van de schuldeisers binnen de door de wet toegelaten grenzen : bijvoorbeeld door de doorbraak van de rechtspersoonstechniek in geval van toerekening van het faillissement tot de achterman, door de telastelegging van het passief aan de achterman.

de concurrence ; que dans l'accomplissement de cette mission, elle doit faire preuve de clairvoyance et de discernement, et doit harmoniser ses droits premiers (par ex. éviter un risque) avec les intérêts légitimes des déposants, des créiteurs et du public en général ; que ces devoirs trouvent une limite dans les moyens techniques dont dispose la banque pour vérifier la qualité des crédits.»

¹⁰³ Zie desbetreffend Kh. Brussel, 28 november 1977, besproken in nr. 6, met verwijzing in voetnoot 48.

¹⁰⁴ Hof Luik, 1 februari 1978, *J.T.*, 1979, 18.

POGING TOT OMSCHRIJVING VAN DE ONDERNEMING ALS RECHTSSUBJECT

*Kritische beschouwingen door prof. dr. Guy Schrans,
gewoon hoogleraar aan de Rijksuniversiteit Gent,
assessor in de Raad van State*

In onze gemengde economie vervult de (particuliere dan wel overheids-)onderneming een centrale rol. Zij is de *cellule vivante* van het economisch recht geworden¹. Sommige auteurs stellen zelfs voor dat de onderneming als uitgangspunt voor de studie van het economisch recht zou worden genomen².

Het ondernemingsbegrip heeft evenwel nog geen nauwkeurige inhoud. Wij menen dat een juridische studie van het ondernemingsbegrip een driedubbele benadering veronderstelt.

Op de eerste plaats moet worden nagegaan welke betekenis aan het ondernemingsbegrip toekomt wanneer de onderneming de geadresseerde van rechtsregelen is, wanneer ze m.a.w. als *rechtssubject* met de rechtsorde in aanraking komt.

Ten tweede moet de onderneming ook als *rechtsobject* worden bepaald en uitgewerkt: als sociaal-economische entiteit is ze het object van een juridische regeling, met name wat betreft haar statuut en inrichting. Hierbij komen enkele wezenlijke vragen aan de orde, zoals bijv.: wat is, in de onderneming, het toewijzingspatroon inzake het vermogen? de vruchten van het vermogen? de zeggenschap in het bestuur³. Deze vragen worden op een zeer ontoereikende wijze door het vennootschappenrecht geregeld, ook niet in het wetsontwerp tot wijziging van de gecoördineerde wetten betreffende de handelsvennootschappen⁴. Het sociaal recht biedt enkele fragmentaire formules, m.n. in het kader van de ondernemingsraad (inz. wat betreft zijn bevoegdheden en aanspraken op informatie). Andere vragen die hierbij aan de orde komen zijn: het behoud van de continuïteit van de onderneming; de afbakening tussen het ondernemingsbelang en de ondernemingseigendom (stemt het belang van de onderneming steeds overeen met het belang van de eigenaar van de onderneming?), enz.

Ten slotte moet het ondernemingsbegrip ook juridisch gesitueerd worden in de complexe sociaal-economische

achtergrond van de *concentratie* van ondernemingen en van de daarbij horende economische macht. Het zou voor de beoefenaar van het economisch recht niet realistisch zijn uitsluitend de individuele onderneming te onderzoeken, en voorbij te gaan aan de specifieke vraagstukken die ontstaan bij concentratie, concernvorming en de werking van multinationale ondernemingen⁵.

Van deze drie grote takken van het ondernemingsrecht, wordt in deze bijdrage alleen de eerste schetsmatig benaderd. Er worden enkele bouwstenen aangebracht die kunnen dienen voor een juridische omschrijving van de *onderneming als rechtssubject*.

1. Terminologische verwarring

Talrijke regelen van het economisch recht zijn geadresseerd tot «ondernemingen». Dit betekent nog niet dat de onderneming reeds is uitgegroeid tot een volwaardige rechtspersoon; hoogstens kan men het hierbij hebben over een «sujet de droit naissant»⁶ of over «le stade suprême des personnes morales à objet économique»⁷.

In werkelijkheid zijn het veelal natuurlijke of rechtspersonen die bedoeld worden, wanneer regelen van het economisch recht bestemd zijn voor de (economische entiteit) «onderneming»⁸. Dit geeft overigens aanleiding tot terminologische verwarring. De wetgever gebruikt vaak het woord «onderneming» wanneer hij bedoelt «natuurlijke of rechtspersoon», bijv. in verband met kapitalisatieondernemingen⁹, ondernemingen van levensverzekering¹⁰ of

⁵ Sommige auteurs beweren dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen de concentratiegraad in de particuliere sector en de dwingende aard van het overheidsingrijpen in het economisch verkeer; concentratie van particuliere economische macht zou aanleiding geven tot méér overheidsinterventie. G. FARJAT, *Droit économique*, Parijs, 1971, blz. 263 e.v.

⁶ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Parijs, 1957, blz. 411-412.

⁷ G. FARJAT *Droit économique*, Parijs, 1971, blz. 87.

⁸ Dit geldt ook voor de onderwerping van de onderneming aan de sancties uitgesproken door het economisch strafrecht; over de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van een rechtspersoon, zie o.m.: J. D'HAENENS, «De onderneming en het economisch strafrecht», in G. SCHRANS en J. GROOTAERT, *Economisch en financieel recht vandaag I*, Gent, 1972, blz. 453 e.v., inz. blz. 458-459; id., «Het economisch strafrecht», *T.P.R.*, 1979, 861 e.v.; id., in *Actueel handels- en economisch recht*, Gent, 1979, blz. 461 e.v.; id., «Sanctions pénales et personnes morales», *Rev. dr. pénal*, 1975-76, 749 e.v.. De bedrijfssluiting, die in bepaalde gevallen door de rechter kan uitgesproken worden, kan opgelegd worden aan de onderneming zelf (Cass., 12 mei 1947, *Pas.*, 1947, I. 198).

⁹ K.B. nr. 43 van 15 december 1934, *B.St.*, 16 dec. 1934

¹⁰ Wet van 25 juni 1930, *B.St.*, 19 juli 1930

¹ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. Première série: Panorama des mutations*, 3e uitg., Parijs, 1964, blz. 122

² Raadpleeg bijv.: W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht. I. Ondernemingsrecht*, 2e uitg., 1978, blz. 6; S. FREDERICQ, *De eenmaking van het burgerlijk recht en het handelsrecht*, Gent, 1957, blz. 502.

³ Raadpleeg ook: L. TIMMERMAN «Ondernemingsrecht en economische orde», *S.E.W.*, 1977, 288 e.v.

⁴ *Doc. Kamer*, 1979-80, nr. 387, 1, 5 december 1979. Wél deelt de regering mee (Memorie van Toelichting, blz. 4) dat de democratisering van de onderneming, na overleg met de sociale gesprekspartners, door een afzonderlijk ontwerp zal worden geregeld.

ondernemingen van hypothecaire lening¹¹. Dit komt ook duidelijk tot uiting in de wet van 10 juni 1964 op het openbaar aantrekken van spaargelden¹², waarvan artikel 1 *in fine* bepaalt dat de in de wet aangeduide natuurlijke of rechtspersonen in de verdere tekst «ondernemingen» zullen worden genoemd.

Er is meer. Waar de Franstalige wettekst telkens het woord «entreprise» gebruikt, heeft de Nederlandse tekst het soms over «onderneming» maar ook soms over «bedrijf»¹³. De besluitwet van 22 januari 1945 betreffende de economische reglementering en de prijzen¹⁴ is nog minder bevredigend: ze heeft het nu eens over «personen of bedrijven» (art. 3, tweede lid) en dan over «persoon of onderneming» (art. 3, derde lid) waar in het Frans telkens sprake is van *personne(s)* of *entreprise(s)*.

Waar de terminologie dus vrij verward is, verdient het wellicht aanbeveling het woord «bedrijf» voor te behouden ter aanduiding van de in een onderneming uitgeoefende werkzaamheid¹⁵.

2. Onderneming en vermogensrelatie

Wetgeving en rechtspraak hebben soms gepoogd een positiefrechtelijke inhoud te geven aan het ondernemingsbegrip. De al dan niet vermogensrechtelijke aard van de regeling, in verband waarmee de definitie wordt gegeven, speelt hierbij duidelijk een rol. Volgens het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bestaat een onderneming uit een, tot een zelfstandig rechtssubject behorend, geheel van persoonlijke, materiële en immateriële factoren waarmee op duurzame wijze een bepaald economisch doel wordt nagestreefd¹⁶. Deze omschrijving biedt het voordeel dat zij de nadruk legt op de economische kenmerken van de onderneming en tegelijk het verband legt met een zelfstandig rechtssubject¹⁷, waarbij de uitdrukking «tot een zelfstandig rechtssubject behorend» niet noodzakelijk verwijst naar een eigendomsrelatie; dit moge uit de Franse tekst blijken: «*rattachés à un sujet juridiquement autonome*», hoewel het in de praktijk wel meestal om een eigendomsrelatie zal gaan. Het Europese Hof voegt hier evenwel aan toe dat de vorming van een nieuw rechtssubject in het economische leven *steeds* het ontstaan van

een afzonderlijke onderneming tot gevolg heeft¹⁸, hetgeen noodzakelijk een identificatie meebrengt tussen het ondernemingsbegrip en dat van de natuurlijke of rechtspersoon (inz. vennootschappen). Het is evenwel niet zeker dat elke afzonderlijke vennootschap ook als een afzonderlijke onderneming moet worden beschouwd¹⁹. Het lijkt verkieslijk een juridisch en economisch coherente omschrijving van de onderneming te formuleren en pas nadien, wanneer het eropaan komt deze onderneming drager van rechten en verplichtingen te maken, in voorkomend geval een verband te leggen met een rechtssubject (die bijv. eigenaar is van de onderneming). De onderneming zelf is immers op zichzelf (nog) geen rechtspersoon; ze bezit geen vermogen; ze is noch schuldeiser noch schuldenaar²⁰. Wanneer ze op vermogensrechtelijk gebied met de rechtsorde in aanraking komt, dan gebeurt dit in de persoon van de eigenaar (natuurlijke of rechtspersoon) van de onderneming: alleen de eigenaar is schuldeiser of schuldenaar en kan in staat van faillissement worden verklaard.

a. Wél een vermogensrelatie

De rechtstreekse relatie met een rechtssubject die de onderneming exploiteert komt o.m. tot uiting in een wettelijke regeling die duidelijk van vermogensrechtelijke aard is, m.n. de wet van 15 juli 1975 betreffende de boekhouding en de jaarrekeningen van de ondernemingen²¹.

Deze wet is toepasselijk (art. 1) op de als volgt omschreven «ondernemingen»: de natuurlijke personen die handelaar zijn, de handelsvennootschappen en vennootschappen met handelsvorm, de openbare instellingen waarvan de verbintenissen door de wet als handelsverbintenissen worden beschouwd; de natuurlijke personen die hun woonplaats niet in België hebben en de buitenlandse rechtspersonen zijn aan de wet onderworpen voor de succursalen en bedrijfszetels welke zij in België hebben gevestigd²².

Deze wettelijke definitie is belangwekkend o.m. omdat zij, althans i.v.m. natuurlijke personen, een soort «boekhoudkundige persoonlijkheid» van de onderneming erkent: het vermogen van de natuurlijke persoon en de in zijn onderneming aangewende actieve en passieve bestanddelen zijn immers juridisch vermengd, en de natuurlijke persoon is overigens op zijn geheel (persoonlijk en

¹¹ K.B. nr. 225 van 7 januari 1936, *B.St.*, 6-7 januari 1936

¹² *B.St.*, 20 juni 1964

¹³ Zie bijv. de wet van 5 mei 1958 tot bevordering van de financiering van de voorraden van de steenkolenmijnen, waar *entreprises charbonnières* «steenkoolbedrijven», worden; *B.St.*, 22 mei 1958.

¹⁴ *B.St.* 24 januari; zie ook de wet van 30 juli 1971, *B.St.*, 31 augustus 1971.

¹⁵ J. VALKHOFF, *Inleiding tot het sociaal-economisch recht in Nederland*, Groningen-Leiden, 1964, blz. 31. Dit sluit beter aan bij de terminologie gebruikt in de economische wetenschap, waar het bedrijf een technische en organisatorische eenheid is, welke eventueel ten dienste staat van een economische eenheid, de onderneming.

¹⁶ H.v.J., 13 juli 1962, zaken 17 & 20/61 (Klöckner-Werket. Hoge Autoriteit), *Jur.*, 1962, 675.

¹⁷ Vgl. J. VAN RIJN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, 2e uitg., I, Brussel, 1976, blz. 63; minder gelukkig is de definitie in: Tribunal de grande instance de la Seine, 15 november 1966, *Rev. trim. dr. comm.*, 1967, 527 (waar geen verband wordt gelegd met een rechtssubject).

¹⁸ *Jur.*, 1962, 676; zie ook: G. SCHRANS, *Europees economisch recht*, 2e uitg., Gent, 1972, blz. 252 e.v.

¹⁹ Verder nr. 2-b.

²⁰ VAN RIJN en HEENEN, o.c., blz. 64.

²¹ *B.St.*, 4 september 1975

²² Het gaat hier dus duidelijk om vestigingen zonder rechtspersoonlijkheid. Overigens preciseert de wet nog dat het geheel van de genoemde succursalen en bedrijfszetels in België als één onderneming moet worden beschouwd.

²³ E. DE LEMBRE e.a., *Praktisch boekhoudrecht*, Brussel, 1977, blz. 16; raadpleeg ook R. SAVATIER, *Le droit comptable au service de l'homme*, Parijs, 1969, blz. 282-283; R. SAVATIER, *La théorie des obligations — Vision juridique et économique*, Parijs, 1967, blz. 16; W. VANHORENBEECK, «Essay tot bepaling van de inhoud van het boekhoudrecht», in *Liber Amicorum Prof. Baron J. Van Houtte*, Brussel, 1975, II, inz. blz. 1099-1102; F. GORÉ, «Personnalité juridique et personnalité comptable», in *Commission Droit & Vie des Affaires, La comptabilité et le droit*, Brussel, 1974, blz. 21 e.v.; P. QUADEN, «Symétrie et dissymétrie du droit et de la comptabilité», in o.c., blz. 43 e.v.

ondernemings-) vermogen aansprakelijk.²³ Het bedrijfseconomische onderscheid tussen het in de onderneming belegd deel van het vermogen van de natuurlijke persoon en zijn overig vermogen wordt evenwel geconcretiseerd door de boekhouding van de onderneming; deze zal het geheel van materiële en immateriële goederen en waarden, alle activa en passiva, zoals zij door de eigenaar in de onderneming belegd zijn, registreren en volgen, op dezelfde wijze als ging het over de eigen vermogensbestanddelen van de onderneming; de boekhouding is hier het element dat een «persoonlijkheid» verleent aan het door haar geregistreerd en beschreven vermogensdeel²⁴.

Dit wordt bevestigd door art. 3 van de wet, dat bepaalt dat de boekhouding van natuurlijke personen die handelaar zijn moet omvatten: al hun verrichtingen (enz.) *wanneer die op hun handelsactiviteit betrekking hebben*.

Ter zake van de omschrijving van het ondernemingsbegrip blijkt dus vooral uit de wet van 17 juli 1975, dat de onderneming weliswaar als een zelfstandige entiteit moet worden beschouwd (dit betreft vooral de natuurlijke persoon die handelaar is alsmede de in België gevestigde succursalen of bedrijfszetels van buitenlandse ondernemingen), maar dat zij niettemin rechtstreeks in verband wordt gebracht met een rechtssubject (de natuurlijke of rechtspersoon die de onderneming exploiteert, d.i. meestal in de praktijk: die er eigenaar van is).

Zoals de omschrijving verstrekt door het Europese Hof²⁵, beoogt de wet van 17 juli 1975 dus de onderneming op een dubbel niveau te situeren:

- haar bedrijfseconomische eigenheid;
- haar verband met een zelfstandig rechtssubject.

b. Geen vermogensrelatie

In andere dan vermogensrechtelijke verhoudingen is een verwijzing naar de relatie met een zelfstandig rechtssubject veelal overbodig. Aldus bepaalt de oorspronkelijke tekst van art. 14 van de wet van 20 september 1948 houdende de organisatie van het bedrijfsleven²⁶ de onderneming als «technische bedrijfseenheid» (*unité technique d'exploitation*)²⁷. Uit de parlementaire voorbereiding van de wet blijkt dat de wetgever vooral economische en sociale autonomie bedoelde²⁸. Er zou een «onderneming» zijn wanneer een vast personeel, onder een gemeenschappelijke technische leiding, werkt aan een zelfde taak, op een zelfde

plaats, en beschikt over de nodige grondstoffen en arbeidsmiddelen²⁹. Aldus opgevat valt het begrip «onderneming» niet samen met dat van «rechtspersoon»³⁰. Meer dan één ondernemingsraad moet worden opgericht in vennootschappen waar diverse economisch en sociaal autonome afdelingen (exploitatiezetels) aan verschillende taken arbeiden³¹.

Bij het K.B. nr. 4 van 11 oktober 1978³² werd het ondernemingsbegrip, gebruikt in de wet van 20 september 1948, nader gepreciseerd omdat er betwisting gerezen was nopens het begrip «technische bedrijfseenheid»³³. Voortaan moet onder «onderneming» worden verstaan: «de technische bedrijfseenheid, bepaald op grond van economische en sociale criteria; in geval van twijfel primeren de sociale criteria»³⁴. Bedoeld K.B. bepaalt eveneens dat de Koning het toepassingsgebied van de wetgeving op de ondernemingsraden mag uitbreiden tot «de ondernemingen zonder handels- of industriële finaliteit».

Bovendien worden verschillende juridische entiteiten vermoed, tot het tegendeel wordt bewezen, één technische bedrijfseenheid te vormen indien een aantal bij het K.B. opgesomde voorwaarden gelijktijdig zijn vervuld³⁵. Ten

²⁹ G. DE CUYPER, «Beschouwingen bij het voorontwerp van wet op de collectieve sociale verhoudingen tussen werkgevers en werknemers in de onderneming», R.W., 1964-65, 853.

³⁰ Voor de toepassing van deze wetgeving, kunnen méér vennootschappen slechts één onderneming vormen, zoals ook één enkele vennootschap uit meer dan één onderneming kan zijn samengesteld; zie bijv.: Werkrechtensraad Verviers, 15 juni 1956, *Jur. Liège*, 1956-57, 93; Arbrb. Luik, 10 oktober 1974, *J.T.T.*, 1975, 94; Arbh. Bergen, 23 april 1975, *J.T.T.*, 1975, 149. Vgl. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Parijs, 1946, blz. 110.

³¹ Zie o.a. J. STEYAERT, *Ondernemingsraad*, A.P.R., nr. 8.

³² B.St. 31 oktober 1978; dit K.B. werd genomen op basis van de wet van 5 augustus 1978 houdende economische en budgettaire hervormingen; B.St., 17 augustus 1978.

³³ Zie het Verslag van de Koning bij dit K.B., B.St., 31 oktober 1978, blz. 13262.

³⁴ Ook het Hof van Cassatie beklemtoont het belang van de sociale criteria (zelfs indien de economische criteria volkomen wijzen in de richting van één enkele technische bedrijfseenheid, mag de rechter een andere beslissing stelen op uitsluitend sociale criteria); Cass., 12 november 1979, Delhaize & Co De Leeuw t/ ACV & ABVV; Cass. 22 oktober 1979, FGTVB t/ Unerg.

³⁵ Deze voorwaarden zijn:

1° de gebouwen of de vaste muren zijn op minder dan 1 kilometer van elkaar gevestigd;

2° één zelfde persoon neemt deel aan het dagelijks beheer van de verschillende juridische entiteiten;

3° meerdere personeelsoverplaatsingen in welke vorm ook werden doorgevoerd binnen vier jaar vóór het inzetten van de procedure ter bepaling van het begrip technische bedrijfseenheid ofwel voorzien arbeidsovereenkomsten in de mogelijkheid van dergelijke overplaatsingen;

4° de activiteiten van de door splitsing ontstane juridische entiteiten blijven op mekaar afgestemd.

Deze tekst wordt als volgt toegelicht in het Verslag aan de Koning. De Nationale Arbeidsraad heeft vastgesteld dat in sommige ondernemingen waar de juridische entiteit en de technische bedrijfseenheid samenvielen, de werkgever is overgegaan tot een kunstmatige splitsing van de technische bedrijfseenheid in verscheidene juridische entiteiten. Hij brengt overigens in herinnering dat de Arbeidsrechtbanken een aantal criteria hebben bepaald om uit te maken of de juridische entiteiten al dan niet een zelfde technische bedrijfseenheid vormen. Hij heeft het aangewezen geacht zich door die

²⁴ Bij ondernemingen met rechtspersoonlijkheid valt de «boekhoudkundige persoonlijkheid» samen met de juridische, tenzij wanneer onderscheiden economische activiteiten worden uitgeoefend (art. 3, tweede lid, van de wet van 17 juli 1975).

²⁵ Zie hierboven.

²⁶ B.St., 27-28 september 1948.

²⁷ Deze definitie wordt nog in de latere wetgeving gebruikt, bijv. in de wet van 28 juni 1966 betreffende de sluiting van ondernemingen, B.St., 2 juli 1966. Een wet van 23 januari 1975 (B.St. 31 januari 1975) bepaalt dat de Koning een procedure voorschrijft om paritair het begrip «technische bedrijfseenheid» te definiëren...

²⁸ De economische autonomie onderstelt een betrekkelijke onafhankelijkheid inzake de leiding van de zetel of van de afdeling, met betrekking tot het geheel van de juridische entiteit, terwijl de sociale autonomie daarentegen een differentiatie vereist van de mensenkringen, welke voortspuit uit de localisatie van de exploitatiezetels (geografische eenheid) of uit de aard van de gefabriceerde producten. Zie A. VAN MENSEL, «Sluiting van ondernemingen», T.P.R., 1968, 345.

slotte bepaalt art. 21, § 10, van de wet van 20 september 1948 (zoals gewijzigd bij K.B. nr. 4 van 11 oktober 1978), dat betrekking heeft op de werking van de ondernemingsraden in geval van fusie van ondernemingen, de onderneming als «de juridische entiteit»; deze bepaling mag dan nog uitdrukkelijk beperkt zijn tot «de toepassing van de bedoelde paragraaf», toch pleit een dergelijke wetgevings-techniek niet voor het voorstellingsvermogen van de wetgever³⁶.

Het ter uitvoering van de wet van 20 september 1948 genomen K.B. van 27 november 1973, houdende reglementering van de economische en financiële inlichtingen te verstrekken aan de ondernemingsraden³⁷, situeert het autonome ondernemingsbegrip op een meer ordentelijke wijze. Voor de definitie van de onderneming wordt uiteraard verwezen naar het voorschrift van art. 14 van de wet van 20 september 1948. Art. 1 van het K.B. bepaalt verder dat het ondernemingshoofd of zijn afgevaardigde aan de ondernemingsraad economische en financiële voorlichting moeten doen toekomen betreffende:

- de onderneming zelf;
- de juridische entiteit waarvan de onderneming deel uitmaakt;
- de economische of financiële entiteit waarvan de onderneming deel uitmaakt.

Bovendien moeten, voor de bij het bedoelde K.B. uitdrukkelijk aangeduide aangelegenheden, wanneer de onderneming productiecentra bevat die voorzien zijn van een eigen bestaan, de beschikbare inlichtingen nopens deze onderdelen worden medegedeeld³⁸.

Uit het verslag van de Koning bij dit K.B. blijkt dat, hoewel het best mogelijk is dat de juridische eenheid (natuurlijke of rechtspersoon), de technische eenheid (onderneming) en zelfs de financiële entiteit in bepaalde gevallen samenvallen, het toch de bedoeling is inlichtingen te doen verstrekken over de «verschillende economische realiteiten» waarin de onderneming evolueert³⁹, met name:

- het onderdeel⁴⁰;

rechtspraak te laten leiden en heeft voorgesteld in het onderhavige besluit sommige van die criteria in te schrijven in de vorm van een weerlegbaar vermoeden dat er een technische bedrijfsseenheid bestaat in de ondernemingen die in verscheidene juridische entiteiten zijn gesplitst.

³⁶ Het K.B. nr. 4 van 11 oktober 1978 werd overigens «gelet op de dringende noodzakelijkheid» niet voorgelegd aan de Raad van State.

³⁷ B.St., 28 november 1973.

³⁸ Elke ondernemingsraad is bevoegd voor de concrete aanduiding van de productiecentra die onderdelen vormen van een onderneming (art. 1, laatste lid).

³⁹ B.St., 28 november 1973, blz. 13353-13354; vgl.: J. STEYAERT, «Informatie aan ondernemingsraden», in G. SCHRANS en J. GROOTAERT, *De onderneming morgen*, Gent, 1974, blz. 79 e.v., inz. blz. 93-94; O. VANACHTER, «De economische en financiële inlichtingen te verstrekken aan de ondernemingsraad», *R.W.*, 1973-74, 2463 e.v., inz. 2467-2468.

⁴⁰ Deze onderdelen (groepen, secties of afdelingen) betreffen productiecentra die homogeen zijn en voorzien van een eigen bestaan; «indien het onmogelijk is a priori de graad van autonomie te bepalen die een onderdeel in het algemeen bezit, is het nochtans duidelijk dat deze autonomie gewoonlijk gekenmerkt wordt door de mogelijkheid om binnen de hiërarchie min of meer vrij te beschikken over eigen werkmiddelen, bijv. op het budgettaire plan»; *Verslag aan de Koning*, blz. 13353.

- de onderneming zelf als technische bedrijfsseenheid;
- de juridische entiteit, in de gevallen waar de onderneming «slechts een gedeelte is van een... individuele onderneming of vennootschap»⁴¹;
- de entiteit (groep, concern) waarvan de onderneming, hoewel juridisch onafhankelijk, economisch of financieel afhangt⁴².

Dit K.B. (dat niet rechtstreeks een vermogensrelatie betreft, maar betrekking heeft op de sociale verhoudingen binnen de onderneming) beoogt dus in hoofdzaak de «economische realiteit» van de onderneming in haar omgeving te vatten; de verwijzing naar de juridische entiteit waarvan de onderneming deel uitmaakt, strekt er niet in hoofdzaak toe een juridische band te leggen met een rechtssubject (ten einde de onderneming drager van rechten en verplichtingen te kunnen maken), maar wel de onderneming te situeren in het juridisch (en ook economisch en financieel) geheel waarvan zij afhankelijk is.

Een ander voorbeeld van een nationale regeling, die niet rechtstreeks betrekking heeft op een vermogensrelatie, betreft het gebruik van het ondernemingsbegrip in het *vestigingsrecht*. Bij de interpretatie van het begrip «onderneming» in de thans opgeheven vestigingswet van 24 december 1958, die ertoe strekte een degelijke beroepsbekwaamheid te verzekeren, worden door de rechtspraak in hoofdzaak economische criteria aangewend: de onderneming is «een organisatie van voortbrenging van economisch nut»; hierbij wordt, mede in het licht van de doelstellingen van de vestigingswet, het accent gelegd op een eenheid van productie, omzet of dienstprestatie, en de onderneming is niet noodzakelijk te identificeren met het begrip «rechtspersoon» of «vennootschap»; een vennootschap kan daarom verscheidene hetzij gelijkaardige hetzij onderling verschillende ondernemingen omvatten (filialen of bijhuizen)⁴³.

c. *Wél of geen vermogensrelatie in het EG-recht.*

Ook in het *EG-recht* wordt het ondernemingsbegrip vaak gebruikt. De juridische inhoud die aan dit begrip wordt gegeven hangt evenwel opnieuw af van de al dan niet vermogensrechtelijke aard van de regel waarin het begrip wordt aangewend.

Voor de toepassing van het E.G.K.S.-vereveningsstelsel inzake schroot⁴⁴, waar het duidelijk om een vermogensrechtelijke regeling gaat, beslist het Hof van Justitie dat het begrip «onderneming» samenvalt met dat van natuurlijke of rechtspersoon; bijgevolg (aldus het Hof) kunnen verschillende vennootschappen, die een eigen rechtspersoonlijkheid bezitten, niet één enkele onderneming vormen in de zin van het E.G.K.S.-verdrag, zelfs niet indien deze vennootschappen het voorwerp zijn van een tot het uiterste

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ Aldus Corr. Leuven, 24 januari 1969, *R.W.*, 1968-69, 1326 e.v., inz. 1339; zie ook de conclusie van het O.M., inz. 1331 e.v.

⁴⁴ Over dit vereveningsstelsel, zie R. KOVAR, «Le mécanisme de péréquation des ferailles: bilan juridique d'une expérience», *R.T.D.E.*, 1965, 638 e.v.; raadpleeg ook J. DABIN, «Problèmes d'interprétation des décisions de la Haute Autorité relatives à la péréquation des ferailles», *Cah.dr.eur.*, 1966, 519 e.v.; R. KRAWIELICKI «Finanzielle Ausgleichsrichtungen im Recht der Montanunion», in *Festschrift für Otto Riese*, Karlsruhe, 1964, blz. 151 e.v.

doorgevoerde economische integratie⁴⁵. Deze benadering wordt doorgetrokken in de verhouding tussen moeder- en dochterondernemingen: de voorwaarden voor het bestaan van een juridisch zelfstandige onderneming zijn onbetwistbaar ook vervuld bij een rechtspersoon wiens belangen nauw zijn verbonden met die van andere rechtssubjecten en wiens wilsvorming wordt bepaald door van buiten komende richtlijnen; bij een door een moedermaatschappij geleid concern, waar de productiecyclus in ruime mate is geïntegreerd en waarbij het niet op de inkomsten van de afzonderlijke dochterondernemingen doch op die van het totaal aankomt, kan dus ook worden vastgesteld dat de werkzaamheden van het concern zich in juridisch opzicht afspelen tussen de rechtssubjecten die juridisch partij zijn bij de economische uitwisseling⁴⁶. In het EG-mededingingsrecht, waar het niet rechtstreeks om een vermogensrelatie gaat, wordt het ondernemingsbegrip uitgelegd op een wijze die beter aansluit bij de economische werkelijkheid.

Aldus aanvaardt de EG-Commissie dat er een «eenheid van organisatie» bestaat tussen een moederverenootschap en een dochterverenootschap, waarvan eerstgenoemde het gehele maatschappelijk kapitaal bezit; zij komt aldus tot het besluit dat een afspraak tussen deze twee verenootschappen geen overeenkomst is tussen twee afzonderlijke ondernemingen, maar dat zij een taakverdeling tot stand brengt binnen een zelfde economische eenheid^{47 48}; in de verhouding tussen een moederverenootschap en diverse van haar afhankelijke dochterverenootschappen neemt de EG-Commissie een zelfde standpunt in⁴⁹.

De beoordeling van de voldoende graad van juridische en economische autonomie, opdat er sprake kan zijn van een onderneming in de zin van art. 85 en 86 E.E.G.-Verdrag, ligt bij de Commissie⁵⁰.

Ook het Hof van Justitie heeft zich uitgesproken over de vereiste economische zelfstandigheid van de onderneming⁵¹: art. 85 E.E.G.-Verdrag ziet niet op afspraken tussen ondernemingen die als moedermaatschappij en dochtermaatschappij(en) tot één en hetzelfde concern behoren, indien de ondernemingen een economische eenheid vormen, waarin de dochteronderneming haar optreden op de

markt niet werkelijk zelfstandig kan bepalen en indien die afspraken een interne taakverdeling tussen de ondernemingen tot doel hebben⁵². Richtinggevend is of de betrokken entiteit, ongeacht de aard of de juridische vorm, bij machte is de mededinging te belemmeren⁵³.

Aldus ook wordt door het Europese Hof aangenomen dat verenootschappen die in feite onderworpen zijn aan de concernleiding één economische entiteit vormen, hetgeen o.m. tot gevolg heeft dat een buiten de EG gevestigde en daar ook handelende moederverenootschap zal worden geacht een gedraging te hebben gehad binnen de EG, wanneer een van de dochterverenootschappen op instructies van de moederverenootschap binnen de EG gehandeld heeft op een manier die strijdig is met art. 85 E.E.G.-Verdrag⁵⁴.

d. Samenvatting

Wat de begripsomschrijving van de onderneming als rechtssubject betreft, kan de toestand derhalve als volgt worden samengevat:

a) waar het niet rechtstreeks om een vermogensrelatie gaat (bijv. sociaal recht, vestigingsrecht en mededingingsrecht), wordt rekening gehouden met de economische en sociale werkelijkheid, en wordt het begrip van de onderneming losgekoppeld van dat van de natuurlijke of rechtspersoon; b) wanneer de betrokken regeling van vermogensrelatie betreft (waarbij de onderneming bijv. als schuldenaar optreedt)⁵⁵ wordt aansluiting gezocht bij een rechtssubject (natuurlijke of rechtspersoon), en valt o.m. het begrip van de onderneming samen met dat van de verenootschap, hoewel in de recente wetgeving (bijv. de wet van 17 juli 1975)⁵⁶ wordt gepoogd, ook wanneer de onderneming bij de wet in een natuurlijke of rechtspersoon wordt geïdentificeerd, haar niettemin tevens in haar bedrijfseconomische eigenheid te omschrijven⁵⁷.

Bovendien beschouwt de rechtspraak de onderneming als een duurzame sociale en economische entiteit wat betreft de voortzetting van de lopende arbeidsovereenkomsten in geval van overdracht of fusie van de onderneming: de rechten en verplichtingen die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien, worden gewoon voortgezet door de onderneming zelf, ongeacht haar nieuwe eigenaar: de arbeidsrelatie heeft veeleer betrekking op de verhouding tussen de werknemers en de sociaal-economische entiteit die de onderneming is, dan op de verhouding tussen de werknemers en de eigenaar (natuurlijke of rechtspersoon) van de onderneming⁵⁸.

⁴⁵ H.v.J., 22 maart 1961, zaken 42 en 49/59, (S.N.U.P.A.T. t. Hoge Autoriteit), *Jur.*, 1961, 153-154.

⁴⁶ H.v.J. 13 juli 1962, zaken 17 en 20/61 (Klöckner-Werke t. Hoge Autoriteit), *Jur.*, 1962, 676; H.v.J., 13 juli 1962, zaak 19/61 (Mannesmann t. Hoge Autoriteit), *Jur.*, 1962, 734-735. Het Hof van Justitie verklaart nog dat indien de belanghebbende partijen bij het vormen van hun concern opzettelijk een bepaalde vorm kiezen, waarmee zij bepaalde voordelen beogen, zij evenwel niet kunnen eisen dat, telkens wanneer de toepassing voor hen nadelig kan zijn, deze rechtsvorm niet in aanmerking zal worden genomen; H.v.J., arrest S.N.U.P.A.T., gec., *Jur.*, 1961, 154.

⁴⁷ Beschikking van 18 juni 1969 in zake Christiani en Nielsen, *Pb.*, 1969, L 165/12.

⁴⁸ Er zou wel een inbreuk op het mededingingsrecht zijn, indien de afspraak t.a.v. derden een beperking van de mededinging voor gevolg heeft; W. VAN GERVEN, *Principes du droit des ententes de la Communauté économique européenne*, Brussel, 1966, blz. 21.

⁴⁹ Beschikking van 30 juni 1970 in zake Kodak, *Pb.*, 1970, L 147/24.

⁵⁰ Beschikking van 23 november 1972 in zake Pittsburg/For-mica, *Pb.*, 1972, L 272/35.

⁵¹ Zie reeks H.v.J., 25 november 1971, zaak 22/71 (Bégualin) *R.W.*, 1971-72, 957.

⁵² H.v.J., 31 oktober 1974, zaken 15 en 16/74 (Centrafarm), *Jur.*, 1974, 1147, ov. 41; vgl. H.v.J., 15 mei 1975, zaak 71/74 (Frubo), *Jur.*, 1975, 563, ov. 30.

⁵³ W. VAN GERVEN, *Leerboek Handels- en Economisch recht*, II, Antwerpen-Amsterdam, 1978, blz. 383.

⁵⁴ Hof van Justitie, 14 juli 1972, zaak 48/69 (I.C.I. t. Commis-sie), *Jur.*, 1972, 619.

⁵⁵ Of als geadresseerde van een vermogensrechtelijke straf-sanctie.

⁵⁶ Boven nr. 2-a

⁵⁷ Kenmerkend in dit verband is in het boekhoudrecht de «boekhoudkundige persoonlijkheid» van de onderneming geëxploiteerd door een natuurlijke persoon die handelaar is.

⁵⁸ Raadpleeg bijv. Arbh. Antwerpen 20 december 1976, *R.W.*, 1977-78, 576 e.v.; Cass., 26 mei 1961, *Pas.*, 1961, I, 1030; Cass., 6 juni 1973, *J.T.T.*, 1973, 203; Arbh. Brussel, 18 december 1974,

Wellicht kan men ook stellen dat wetgeving en rechtspraak er momenteel toe strekken de onderneming in hoofdzaak als een bedrijfseconomische en/of sociale entiteit te omschrijven, en dat de onderneming pas in rechtstreeks verband met een rechtssubject (natuurlijke of rechtspersoon) wordt gebracht, wanneer dit vereist wordt door een vermogensrechtelijke regeling.

3. Verdere uitdieping van het ondernemingsbegrip

Aansluitend bij de definitie gegeven door het Europese Hof⁵⁹, kan de onderneming als rechtssubject (dat in voorkomend geval met de rechtsorde in aanraking komt in een natuurlijke of rechtspersoon) wellicht worden omschreven als een zelfstandige en duurzaam georganiseerde groep van mensen, die met behulp van materiële en immateriële middelen, goederen of diensten produceren of distribueren tegen betaling, door de afnemers van die goederen of diensten, van een vergoeding welke ertoe strekt en erop berekend is om evenveel en bij voorkeur meer inkomsten op te leveren dan de uitgaven nodig zijn voor de werking van de organisatie⁶⁰. De componenten van deze omschrijving kunnen als volgt worden toegelicht.

a) *Een groep mensen en middelen*, een «équipe et un équipement»⁶¹. Waar de onderneming traditioneel in termen van produktiefactoren werd bepaald (en arbeid bijv. in die benadering wordt gelijkgeschakeld met kapitaal, grond of management), gaat de aandacht thans meer naar de werkgemeenschap van kapitaalverstrekkers (die, althans aanvankelijk⁶² materiële en immateriële middelen ter beschikking stellen) en, vooral, van bedrijfsleiders en werknemers⁶³.

J.T.T., 1975, 297. Raadpleeg eveneens J. STEYAERT, *Arbeidsovereenkomsten*, A.P.R., nrs. 715-759; M. RIGAUX, «Voortbestaan van de arbeidsrelatie bij overdracht van de onderneming», *R.W.*, 1977-78, 580 e.v.; E. KEEREMAN, «Het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst in geval van bedrijfsoverdracht», *T. Soc. R.*, 1978, 369 e.v.

Zie vooral de bij K.B. van 19 april 1978 verbindend verklaarde arbeidsovereenkomst nr. 32 van 28 februari 1978, gesloten in de Nationale Arbeidsraad; *B.St.*, 25 augustus 1978; *Med. V.B.O.*, 1978, 1303 e.v.; R. BLANPAIN, «Het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen», *Arbeidsblad*, 1977, 483 e.v.; M. LEGNIER, «Transferts d'entreprises et protection des travailleurs dans le cadre communautaire», *Rev. Marché commun*, 1977, 473 e.v.; B. LYBEER, «Rechtstreekse werking of niet van de richtlijn van 14 februari 1977 tot behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen», *R.W.*, 1979-80, 1065 e.v. Bedoelde c.a.o. nr. 32 werd gesloten ter uitvoering van de EG-richtlijn van 14 februari 1977, *Pb.* 5 maart 1977, nr L. 61/26

⁵⁹ Boven, nr. 2

⁶⁰ W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht Deel I. Ondernemingsrecht*, Antwerpen - Amsterdam, 2e uitg., 1978, blz. 32.

⁶¹ SAVATIER, o.c., blz. 113; id., «Avènement et dépassement de la théorie juridique du fonds de commerce», in *Liber amicorum Baron L. Fredericq*, Gent, 1966, II, blz. 920-921; vgl. G. SCHRANS, «Decaan Savatier over de onderneming en het economisch recht», *R.W.*, 1966-67, 1905 e.v.

⁶² Tijdens de duur van de onderneming kunnen de middelen worden verworven door het inkomen dat door de onderneming wordt gegenereerd (zelffinanciering).

⁶³ VAN GERVEN, o.c., blz. 35.

De organisatie van de belangen die aldus bij een onderneming zijn betrokken vormt het voorwerp van de studie van de onderneming als rechtsoject.

b. *Een duurzame organisatie*, die evenwel niet noodzakelijk moet samenvallen met een natuurlijke of rechtspersoon⁶⁴

Bij deze organisatie krijgt de juridische techniek van de instelling geleidelijk de voorrang boven de technieken van het contractenrecht (vennootschapscontract onder aandeelhouders; arbeidsovereenkomsten met het personeel) en van het eigendomsrecht⁶⁵. De onderneming onttrekt zich aan de persoon van de eigenaar van de onderneming (natuurlijke of rechtspersoon) om een eigen (juridisch) leven te gaan leiden⁶⁶. Kenschetsend is, in het boekhoudrecht, de «boekhoudkundige persoonlijkheid» van een onderneming die geëxploiteerd wordt door een natuurlijke persoon die handelaar is⁶⁷.

Het duurzaamheids criterium houdt bovendien in, dat de onderneming, zelfs bij een verandering van eigenaar, haar identiteit bewaart⁶⁸.

c. *Een zelfstandige organisatie*⁶⁹. Hiermee wordt bedoeld dat aan het hoofd van de organisatie een zelfstandig bestuur staat dat vrij, zij het binnen bepaalde grenzen, het te volgen beleid bepaalt. Zoniet, dan is er geen onderneming, maar wel een agentschap, een zetel, een produktie-eenheid of een inrichting; de omstandigheid dat de niet zelfstandige zetel (enz.) rechtspersoonlijkheid bezit doet hieraan geen afbreuk⁷⁰⁻⁷¹.

Een dergelijke autonomie belet evenwel niet dat ondernemingen met elkaar geaffilieerd kunnen zijn door juridische, financiële of persoonlijke banden, en zij is daarom niet onverenigbaar met een zekere coördinatie van het beleid die meestal uit een zodanige affiliatie zal voortvloeien: een zekere coördinatie van beleid kan immers ook voorkomen bij ondernemingen die niet met elkaar geaffilieerd zijn⁷².

⁶⁴ Vgl. boven, nr. 2-b. Ook de commissie belast met de herziening van het Belgisch vennootschapsrecht maakt een onderscheid tussen de vennootschap en de onderneming; P. VAN OMESLAGHE, «De herziening van het vennootschapsrecht in België», *S.E.W.*, 1965, 576.

⁶⁵ Dit geldt ook op andere gebieden dan het ondernemingsrecht. Zie o.m. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Parijs, 1963; T. KOOPMANS, *Contractueel stippelwerk*, Alphen a.d. Rijn, 1965.

⁶⁶ Zie A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, «Notion et principes du droit économique - Rapport belge», in G. Rinck e.a., *Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts*, 1971, blz. 129-130; C. CHAMPAUD, *Rev. Trim. dr. Comm.*, 1971, 121.

⁶⁷ Boven, nr. 2-a.

⁶⁸ VAN RIJN en HEENEN, o.c., blz. 59.

⁶⁹ Zie vooral VAN GERVEN, o.c., blz. 41 e.v.

⁷⁰ Eén onderneming kan verspreid liggen over verschillende vennootschappen; zie boven nr. 2-b.

⁷¹ VAN GERVEN (o.c., blz. 42) stelt voor de niet zelfstandige zetel met de term «bedrijf» aan te duiden; deze uitdrukking verwijst evenwel naar een activiteit (boven noot 15) en is daarom minder gelukkig in dit verband. Wellicht moet de voorkeur gaan naar de term «inrichting» (in het Frans «établissement») (vgl. VAN RIJN en HEENEN, o.c., blz. 60-61).

⁷² VAN GERVEN, o.c., blz. 43; alleszins zijn alle ondernemingen (ook die welke niet onderling geaffilieerd zijn) onderworpen aan de

d. *Productie of distributie van goederen of diensten.* Hiermee wordt algemeen de economische activiteit bedoeld, zodat bijv. het gezin als zodanig niet als een onderneming kan worden aangemerkt. De formulering is evenwel zo ruim dat zij eigenlijk de meeste menselijke activiteiten kan omvatten⁷³. Daarom is een nadere precisering aan de hand van de volgende component vereist.

e. *Betaling van een aangepaste vergoeding door de afnemers.* Hier gaat het om het te verwezenlijken doel, m.n. het verkopen van de geproduceerde goederen of diensten tegen betaling van een vergoeding die ertoe strekt en erop berekend is dat permanent inkomsten worden gegenereerd die, doordat zij de uitgaven overschrijden, de zelfstandigheid en de continuïteit van de onderneming waarborgen⁷⁴.

Deze component beoogt een onderscheid te maken tussen de ondernemingen met een economisch doel en die met een niet-economisch doel (bijv. met een politiek, filantropisch, religieus, cultureel of wetenschappelijk doel).

Gewoonlijk doet men, om dit onderscheid door te voeren, een beroep op het begrip «winstoogmerk».

In België wordt het op de markt optreden van ondernemingen beheerst door het handelsrecht, dat het ondernemingsbegrip — althans in de hier gebruikte betekenis — niet kent, en dat uitsluitend betrekking heeft op daden van koophandel⁷⁵ en op kooplieden⁷⁶. Volgens een traditionele opvatting, die nog onlangs werd bevestigd door het Hof van Cassatie⁷⁷, zijn de daden van koophandel en de bedrijvigheid van de kooplieden gekenmerkt door het winstoogmerk⁷⁸. Wordt het bewijs aangevoerd dat een koopman zonder winstoogmerk optrad of dat een daad van koophandel zonder winstoogmerk werd gesteld, dan wijkt het vermoeden van commercialiteit en zijn de voorschriften van het handelsrecht niet toepasselijk⁷⁹; het vermoeden van commercialiteit is dus voor tegenbewijs vatbaar, en het staat aan de rechter te beoordelen of dit tegenbewijs is aangebracht⁸⁰.

Aldus worden evenwel uit het gemene recht van de economische activiteit een aantal ondernemingen gesloten, waarvan geacht wordt dat zij geen winst nastreven. Dit geldt inz. voor de overheidsondernemingen, die nochtans

vaak «daden uitoefenen, bij de wet daden van koophandel genoemd»⁸¹, en daarvan, hoofdzakelijk of aanvullend, hun gewoon beroep maken», en die dus normaal als kooplieden in de zin van art. 1, W. Kooph., zouden moeten worden aangemerkt; ze zijn het evenwel niet omdat een openbare rechtspersoon geacht wordt het algemeen belang te dienen en geen winstoogmerk te hebben⁸²⁻⁸³.

Ook een toenemend aantal particuliere ondernemingen zijn werkzaam buiten de paden van het traditionele winstoogmerk⁸⁴; in bepaalde gevallen leidt het niet-erkennen van het handelskarakter van dergelijke ondernemingen tot sociaal niet te rechtvaardigen oplossingen⁸⁵.

Op die wijze zijn bovendien verschillende rechtsregelen toepasselijk op ondernemingen die nochtans alle een economische activiteit tot voorwerp hebben. Dit geeft aanleiding tot ongelijkheden in de concurrentievoorwaarden. Zo is het, dat een aantal auteurs staande houden dat van het winstbegrip moet worden afgezien voor het kenmerken van het handelskarakter van een handeling of van een activiteit of althans dat het een nieuwe inhoud moet krijgen⁸⁶. Op de eerste plaats leidt een nauwkeurige interpretatie van het Wetboek van Koophandel wellicht niet tot het besluit dat het handelskarakter van een activiteit of van een afzonderlijke daad van koophandel vatbaar is voor een tegenbewijs⁸⁷. Er is evenwel meer. Wanneer men enkele andere rechtstakken onderzoekt, stelt men vast dat daar niet het subjectief inzicht van het winstoogmerk doorslaggevend is, maar wél de objectieve aard van de economische verrichting. Aldus onderwerpt, in het fiscaal recht, art. 94 W.I.B. aan de vennootschapsbelasting de vennootschappen, verenigingen, inrichtingen of instellingen die zich met «een

⁸¹ Bijv. inzake financiën, vervoer, openbare werken en dgl.; de verbintenissen van een aantal overheidsondernemingen worden overigens door de wet als handelsverbintenissen beschouwd.

⁸² Cass., 12 maart 1931, *Pas.*, 1931, I, 119; A. BUTTGEBACH, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Brussel, 1952, blz. 67 e.v.; L en S. FREDERICQ, o.c., blz. 120. Toepassingen: Cass., 16 juni 1955, *J.C.B.*, 1956, 1 (Sekwesterdienst); Cass., 2 december 1954, *Pas.*, 1955, I, 302 (Nationale Maatschappij der Waterleidingen). Soms maakt de rechtspraak wel een uitzondering (bijv. inzake de N.M.B.S.: Hof Brussel, 23 januari 1952, *Pas.*, 1954, II, 32) of betreurt ze de traditionele benadering (Kh. Brussel, 25 september 1965, *R.W.*, 1965-66, 1360); zie evenwel: Cass., 6 april 1922, *Pas.*, 1922, I, 235.

⁸³ De vragen of het «algemeen belang» en het «winstoogmerk» elkaar noodzakelijk uitsluiten, en of het algemeen belang integendeel niet vereist dat ondernemingen winst maken, worden in het midden gelaten.

⁸⁴ Zie o.a. J.C. SCHOLSEM, «La notion de bénéfice dans le contract de société», *Rev.prat.soc.*, 1969, 211 e.v.; P. DEMARET, «La forme juridique des sociétés de recherche sous contrat en France et en Belgique», *Rev. trim.dr.comm.*, 1967, 719 e.v.

⁸⁵ Vg. Assenede, 12 september 1963, *R.W.*, 1963-64, 792 (een kliniek opgericht in de vorm van een v.z.w. heeft geen winstoogmerk en is dus geen onderneming; in geval van sluiting kan het personeel van de kliniek daarom geen beroep doen op de wetgeving betr. de sluiting van ondernemingen).

⁸⁶ S. FREDERICQ, *De eenmaking van het burgerlijk recht en het handelsrecht*, Gent, 1957, blz. 508 e.v. (met verdere verwijzingen); A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, *Le droit économique*, 1e uitg., Parijs, 1970, blz. 104-107; J. VAN RIJN en J. HEENEN, «Esprit de lucre et droit commercial», *R.C.J.B.*, 1974, 325 e.v.; id, *Principes*, 2e uitg., 1976, blz. 20-23; VAN GERVEN, o.c., blz. 32-34, blz. 64-68.

⁸⁷ VAN RIJN en HEENEN, o.c., *R.C.J.B.*, 1974, 326-328.

coördinatiemaatregelen die voortvloeien uit het economisch beleid van de overheid.

⁷³ VAN GERVEN, o.c., blz. 32.

⁷⁴ VAN GERVEN, *ibid.*

⁷⁵ W. Kooph., artt. 2 en 3.

⁷⁶ W. Kooph., art. 1.

⁷⁷ Cass., 19 januari 1973, *R.W.*, 1972-73, 1381, *Arr. Cass.*, 1973, 515, *R.C.J.B.*, 1974, 321 (met een annotatie van J. VAN RIJN en J. HEENEN).

⁷⁸ Dit geldt evenwel niet voor de daden die alleen commercieel zijn door hun vorm, bijv. wisselbrieven; J. RONSE, *Wisselbrief en orderbriefje*, A.P.R., nr. 1214.

⁷⁹ Cass., 10 oktober 1895, *Pas.*, 1895, I, 286; Cass., 25 februari 1935, *Pas.*, 1935, I, 170; Cass., 30 december 1946, *Pas.*, 1946, I, 489, *R.C.J.B.*, 1948, 24; Cass., 9 november 1948, *Pas.*, 1948, I, 623; Cass., 19 januari 1973, *gec.*; raadpleeg ook L en S. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch handelsrecht*, 2e uitg., Brussel, 1976, blz. 119-120, VAN RIJN en HEENEN, o.c., I, blz. 18-20; de annotatie W.G. onder het cassatiearrest van 19 januari 1973, *gec.*, *Arr. Cass.*, 1973, 515; VAN GERVEN, o.c., blz. 63 e.v.

⁸⁰ Cass., 19 januari 1973, *gec.*; Cass., 12 maart 1931, *Pas.*, 1931, I, 119.

exploitatie of met verrichtingen van winstgevende aard» bezighouden⁸⁸. Geleidelijk heeft de fiscale rechtspraak de subjectieve benadering (winstoogmerk) verlaten om uitsluitend rekening te houden met de objectieve toestand van zaken⁸⁹. Aldus is art. 94 W.I.B. o.m. ook toepasselijk op bezigheden van winstgevende aard, maar zonder winstoogmerk, gekenmerkt door een voortdurende beroepswerkzaamheid bestaande uit:

a) verrichtingen van nijverheids-, handels- of landbouwkundige aard die zo vaak worden herhaald dat ze een «bezigheid» vormen;

b) de aanwending van nijverheids- of handelsmethodes⁹⁰.

Een gelijkaardige evolutie treft men aan in enkele wetten, bijv. de wet van 19 februari 1965 betreffende de uitoefening van zelfstandige beroepsactiviteiten door vreemdelingen⁹¹. Deze wet heeft betrekking op zelfstandige activiteiten «van winstgevende aard» (art. 1), een objectief criterium dat afwijkt van het traditionele winstoogmerk. Blijkens het advies van de Raad van State is de wet ook toepasselijk op de activiteiten van architecten, artsen en bedrijfsrevisoren, die nochtans niet als kooplieden worden beschouwd, in de zin van art. 1 W. Kooph.⁹².

Alleen een objectieve benadering kan tot gevolg hebben dat alle ondernemingen die aan het economisch verkeer deelnemen aan dezelfde regelen worden onderworpen⁹³.

Deze objectieve betekenis moet verwijzen naar het beoogde resultaat van de onderneming, zijnde haar rendabiliteit of het verwezenlijken op termijn van meer inkomsten dan uitgaven ten einde de continuïteit van de onderneming te vrijwaren⁹⁴.

De nadruk wordt hierbij gelegd op het aanwenden van commerciële beheersmethodes die op de rendabiliteit, als evaluatiecriterium, afgestemd zijn⁹⁵. Dit geldt zowel voor particuliere als voor overheidsondernemingen⁹⁶.

Deze objectieve benadering betekent evenwel niet dat alle organisaties die rendabiliteit nastreven als een onderneming moeten worden beschouwd (bijv. een universiteit, een artistieke vereniging, of nog de overheid die een wegennet aanlegt)⁹⁷. Daarom wordt in de begripsomschrijving van de onderneming gepreciseerd, dat de afnemers een vergoeding betalen die ertoe strekt en erop berekend is om evenveel en bij voorkeur meer inkomsten op te leveren dan er uitgaven nodig zijn voor de werking van de organisatie; bij het definiëren van de onderneming speelt dus niet alleen het door de ondernemer nagestreefde resultaat (rendabiliteit door gebruik van commerciële beheersmethodes) een rol, maar ook de gedraging van de afnemers (*quid pro quo*)⁹⁸.

Het hierbij ingebouwde vergoedingsbegrip is overigens ontleend aan het EG-recht.

Art. 60 E.E.G.-Verdrag omschrijft inderdaad als «diensten»: de dienstverrichtingen welke «gewoonlijk tegen vergoeding» gescheiden, waaronder (steeds volgens hetzelfde voorschrift) met name moeten worden begrepen de werkzaamheden van industriële aard, van commerciële aard, van het ambacht en van de vrije beroepen. Waar art. 58, tweede lid, E.E.G.-Verdrag een omschrijving geeft van de vennootschappen waarop het vestigingsrecht toepasselijk is, worden «de vennootschappen welke geen winst beogen»⁹⁹ uitgesloten; in het (EG-)Verdrag van 29 februari 1968 betreffende de onderlinge erkenning van vennootschappen en rechtspersonen¹⁰⁰ wordt het winstbegrip van art. 58, tweede lid, E.E.G.-Verdrag evenwel als volgt geïnterpreteerd: «het uitoefenen van een economische activiteit, gewoonlijk tegen vergoeding»¹⁰¹.

4. *Samenvatting.

Uit deze enkele aanduidingen kunnen wellicht een aantal besluiten worden gehaald i.v.m. de juridische situering van de onderneming als rechtssubject, inz. als geadresseerde van rechtsregelen.

a) De onderneming is een zelfstandige sociaal-economische entiteit van duurzame aard, die gericht is op de productie of distributie van goederen en diensten.

d'évaluer l'importance de ce sacrifice». vgl. Arrond. Brussel, 15 mei 1972, *J.C.B.*, 1972, 419 (R.T.T. is een handelsonderneming); anders: Rb. Brussel, 15 november 1966, *J.T.*, 1967, 80 (de Maatschappij voor Intercommunaal Vervoer te Brussel is geen handelsonderneming).

⁹⁷ VAN GERVEN, o.c., blz. 67.

⁹⁸ O.c., blz. 67-68. Vgl. L. TIMMERMAN, «Ondernemingsrecht en economische orde», *S.E.W.*, 1977, 288-289 (voor deze auteur behoort het tot het wezen van de onderneming dat ze zich «laat leiden door signalen uit de markt waarop zij optreedt», waarmee bedoeld wordt dat de onderneming onderworpen moet zijn aan het, eventueel door het overheid bijgestuurde, marktmechanisme; de gedachte dat ondernemingen zich bij hun handelen in belangrijke mate laten leiden door vraag en aanbod betekent dat zij commercieel zijn ingesteld).

⁹⁹ In sommige landen heeft deze formulering weinig zin; zie art. 1832 B.W.

¹⁰⁰ Dit verdrag werd goedgekeurd bij de wet van 17 juli 1970, *B.St.*, 18 juni 1971.

¹⁰¹ Zie vooral B. GOLDMAN, *Droit commercial européen*, Parijs, 1970, blz. 135 (Goldman zat de werkgroep voor, die het ontwerp van erkenningsverdrag heeft opgesteld).

⁸⁸ Raadpleeg het *Administratief Commentaar* op art. 94, W.I.B., inz. nr. 94/10 e.v.

⁸⁹ Zie bijv. H. WIBAULT, *L'évolution de la notion de revenu imposable*, Brussel, 1965, blz. 143.

⁹⁰ *Administratief Commentaar W.I.B.*, nr. 94/12.

⁹¹ *B.St.*, 26 februari 1965.

⁹² *Doc. Senaat*, 1963-1964, nr. 334, blz. 18. Voor het meer algemeen probleem, raadpleeg tevens M.R. MOK, «Vrij beroep en onderneming in de sociaal-economische wetgeving», *S.E.W.*, 1963, 195 e.v., hoewel het onderscheid tussen vrij beroep en onderneming in België op positiefrechtelijk gebied minder belang heeft dan in Nederland, waar de Grondwet (art. 159) een onderscheid maakt tussen «beroepen» en «bedrijven».

⁹³ Dit betekent evenwel niet dat er voor bepaalde materies geen onderscheid mag worden gemaakt tussen bijv. grote en kleine ondernemingen voor zover alle ondernemingen, die zich in een redelijk vergelijkbare situatie bevinden, aan dezelfde regelen worden onderworpen.

⁹⁴ VAN GERVEN, o.c., blz. 64 e.v.

⁹⁵ VAN RIJN en HEENEN, o.c., *R.C.J.B.*, 1974, 334-335; *id.*, *Principes*, o.c., blz. 21.

⁹⁶ Zie bijv. A. DUMOULIN, «Ecologie du 'monde' para-étique», in Ministerie van Financiën, *De Inspectie van Financiën 1938-1963*, blz. 319 (de openbare ondernemingen moeten rekening houden met alle vereisten van de economische calculus); R. HOUIN, «La gestion des entreprises publiques et les méthodes du droit commercial», *Archives de la philosophie du droit*, 1952, blz. 100. Zie ook P. WIGNY, *Droit administratif*, Brussel, 1962, blz. 122: «Si la 'gestion économique' est déficitaire, cela permettra au moins

b) De duurzame aard van de onderneming veronderstelt dat zij wordt beheerd met het oog op rendabiliteit, waarbij de afnemers van de goederen of diensten een vergoeding betalen die deze rendabiliteit normaal moet waarborgen.

c) De onderneming bezit als zodanig geen rechtspersoonlijkheid, ook niet een onvolkomen rechtspersoonlijkheid, zoals bijv. de vennootschap onder firma. Het begrip van de rechtspersoonlijkheid is evenwel niet onmisbaar¹⁰². Essentieel is dat de onderneming, op de een of andere wijze, met de rechtsorde in aanraking kan komen.

¹⁰² W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht - Algemeen deel*, Antwerpen-Utrecht, 1969, blz. 255; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 2e uitg., Leuven, 1970, blz. 202.

d) Wanneer de rechtsorde regelen vaststelt die van vermogensrechtelijke aard zijn, is het nodig dat de onderneming kan worden gevat in een natuurlijke of rechtspersoon, dat er m.a.w. een band kan worden gelegd tussen de onderneming en een natuurlijke of rechtspersoon, die bijv. eigenaar is van de onderneming. In bepaalde uitzonderlijke gevallen van vermogensrechtelijke aard, gaat de aandacht van wetgever en rechtspraak evenwel vooral naar de sociaal-economische entiteit veeleer dan naar de rechtspersoon, aldus bijv. wat betreft het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen (zie boven, nr. 2-d).

e) Wanneer de rechtsorde regelen vaststelt die niet onmiddellijk van vermogensrechtelijke aard zijn (bijv. op het gebied van het mededingingsrecht, van het sociaal recht, van het vestigingsrecht), is een uitdrukkelijke band tussen de onderneming en een natuurlijke of rechtspersoon overbodig, en kan men volstaan met de onder a en b hierboven verstrekte omschrijving.

NIEUWE ONTWIKKELINGSTENDENZEN VAN EN IN DE ONDERNEMING

*Kritische beschouwingen door prof. dr. S. Loccufier,
gewoon hoogleraar Vrije Universiteit Brussel*

Dit thema vandaag behandelen is een hele uitdaging. Het verplicht na te denken én over de wijze waarop de maatschappij verder zal evolueren én over de plaats die men de onderneming wil toekennen in die maatschappij.

Het uitgangspunt voor de volgende decennia kan redelijk eenvoudig zijn. Men kan ervan uitgaan dat het socialiseringsproces in de ruime zin van het woord zich voort zal zetten. Dit ondanks het feit dat dit proces zich nu en dan hertrend zal voortzetten in periodes van relatieve crisis. Dit socialiseringsproces in de maatschappij heeft onmiddellijke repercussies op diverse ontwikkelingstendenzen in en van de onderneming.

Met socialiseringsproces is bedoeld dat de onderneming niet meer geïsoleerd bestaat in de maatschappij en dat de activiteit van de onderneming de zaak geworden is van de diverse sociale groepen die deel uitmaken van de maatschappij. De eenvoudige producent/consument verhouding is immers definitief verlaten.

De *producent* is te analyseren als :

- de *kapitaalaanbrenger* die wel winst beoogt maar die meteen bereid is om sociale verantwoordelijkheid te nemen, ook op basis van die winst ;

- het *georganiseerde kader-, arbeiders- en bediendenpersoneel* dat elk op basis van verschillende motiveringen de productie realiseert ;

- de *tussenpersonen* — in de vorm van toeleveringsbedrijven en groot- en kleinhandel die de distributiecircuit uitmaken ;

- de *consument* die niet eenvoudig als consument optreedt, maar een consumendaristische visie heeft, dit is : aandacht besteedt aan produktiewijze, kwaliteit, prijs-calculation, prijsvergelijking en nevenverschijnselen van de productie o.m. in de vorm van milieuhinder ;

- en last but not least de *overheid* die een heel bijzonder karakter heeft. De overheid heeft niet alleen een autonome rol te spelen maar wordt ook ertoe aangezet een invloed uit te oefenen op de genoemde groepen die optreden als persiegroepen en verbindingen met de overheid zoeken.

De huidige maatschappelijke situatie — die door de groei van nieuwe wereldconflicten onzekerheid brengt — én de structurele economische verschuivingen die zich regionaal voordoen, verplichten ons de nieuwe ontwikkelingen in en van de ondernemingen ernstig te nemen.

Het is de ontwikkeling van de vier genoemde elementen die het ondernemersgebeuren medebepalen waaraan wij enige aandacht willen besteden. Hieruit zullen wij besluiten dat het «environment» van de onderneming complex is geworden en dat het zoeken naar evenwicht tussen deze elementen een moeilijke taak is voor de betrokken groepen. Wij moeten toegeven dat dit uiteraard — zoals alles in het maatschappelijk gebeuren — een labiel evenwicht zal zijn.

In verband met deze verschillende elementen wensen wij hier een aantal discussiepunten naar voren te brengen.

1. Het socialiseringsproces, ook soms genoemd het streven naar economische democratie, krijgt binnen de gecorrigeerde vrije markteconomie langzaam gestalte. De stuwende kracht gaat ongetwijfeld uit van arbeidersbewegingen die — hoewel soms divergerende standpunten innemend — de ondernemingsstructuren zowel intern als extern willen democratiseren. Dit blijkt duidelijk uit de meest diverse eisenprogramma's en de verwezenlijkingen van deze bewegingen sedert de Tweede Wereldoorlog.

Globaal gezien komt het erop neer dat de arbeidersbeweging na de strijd die ze streed om de mechanismen van het loon en de arbeidsvoorwaarden min of meer te beheersen ook een begin gemaakt heeft met de beheersing van de interne bedrijfseconomische factoren van de onderneming.

Een voorbeeld hiervan is de wijze waarop de arbeidersbewegingen het beheer van de onderneming willen beheersen of beïnvloeden.

Het socialiseringsproces bracht ook duidelijke bindingen mee van de onderneming met externe economische componenten. Deze externe elementen kunnen ofwel door de onderneming zelf met de onderneming verbonden worden ofwel zich van buitenuit opdringen aan de onderneming.

Treffend hiervoor is de wil van de consument zelf om de onderneming verantwoord te vragen. Even belangrijk is de rol die de overheid speelt — en soms moet spelen — in het ondernemingsgebeuren.

Het zijn die elementen die vandaag een ander beeld geven van de onderneming in een economische orde die zich binnen de perken van een gecorrigeerde markteconomie wil ontwikkelen en waar gepoogd wordt de inherente macht van het kapitaal te vervangen door de wilsbeschikking van degenen die direct instaan voor de productie zelf. Binnen deze economische orde is de onderneming dus op een andere manier centraal gesteld dan in een systeem van een zuivere vrije markteconomie. Het is een productieëntiteit waar de verhouding tussen kapitaal en productieorganiserende krachten anders gesteld wordt en waar de bindingen met de maatschappij reëel kunnen worden genoemd.

Hierdoor kan gesteld worden dat de onderneming uit haar maatschappelijk isolement gehaald is.

2. De belangrijkste *interne* verschuivingen die zich in de onderneming voordeden — en die liggen binnen de aangegeven economische orde — zijn van tweeërlei aard. Er is het fenomeen van het relatief onafhankelijk worden van het management en tevens van het doorzichtiger maken van het bedrijfsbeleid via de nieuwe verbindingen die gelegd werden tussen de ondernemer en de werknemer.

Het eerste fenomeen is het gevolg van ontwikkelingen in de grootte van de bedrijven, de techniciteit, het verkoopbeleid en het internationaliseren van de bedrijfsactiviteiten. Deze verschijnselen gaven aanleiding tot het professionaliseren van het management en het relatief terugdringen van

het gewicht van het aandeelhouderschap bij economische beslissingen.

Twee afgeleiden zijn hierdoor ontstaan :

— er is de groei van een «bezoldigd» kaderpersoneel dat wel fungeert als verlengstuk van de ondernemer maar door zijn situatie als «bezoldigde» de inzichten van de producerenden zoniet ondersteunt, toch positief kan valoriseren ; hierdoor zijn dus een aantal barrières weggevallen tussen management en producerenden ;

— er is in tweede instantie de medebetrokkenheid van het management in het doorlichten van de ondernemersactiviteit.

Indien dit eerste genoemde element door observatie vastgesteld kan worden, is het een niet geïnstitutionaliseerd of weinig institutionaliseerbaar fenomeen. Het tweede daarentegen, is wel geïnstitutionaliseerd, o.m. in instellingen als de ondernemersraad en het comité voor veiligheid en hygiëne.

In de recente wetgeving werd hieraan nauwkeurige inhoud gegeven door aan de onderneming de verplichting op te leggen een aantal inlichtingen te verstrekken aan de ondernemersraden en dus meteen aan de werknemer. Dit feit is echter nog niet volledig relevant voor de wijze waarop de werknemer inzicht kan krijgen in het beslissingsproces en er voldoende controle op kan uitoefenen. De tekortkomingen zitten nog in de verbinding tussen de ondernemersraad en de beslissingorganen van de onderneming. De vertegenwoordiging van deze laatste in de ondernemingsraad gecombineerd met de voorzittersfunctie is vanuit het standpunt van de werknemers een zwakke schakel in het geheel. Immers maakt de kunstmatige scheiding tussen beslissers (beheerders en bepaald deel van het management) en werknemers de inhoud van de verstrekte inlichtingen onrealistisch en ondoorzichtig en kunnen de juiste en ware intenties van de beslissers niet ontward worden.

Van onmiddellijk belang voor het inzicht in de onderneming ten bate van de verbinding beslissers-werknemers is ook de evolutie die op gang gebracht is door het instellen van jaarrekeningen en geconsolideerde balansen van ondernemingen. Hoewel het «trefwoord» er is, is er zeker vanuit het standpunt werknemers-beslissers nog geen voldoende te vinden in de stand van zaken. Door het niet of weinig of onvoldoende normeren van boekhoudkundige elementen in deze jaarrekeningen of geconsolideerde balansen blijft het inzicht in de bedrijfsbeslissing en de resultaten hiervan ondoorzichtig voor de werknemer.

Het activeren van het doorzichtig maken van de beslissingen en van de resultaten van de onderneming is dus noodzakelijk. Dan pas kan een aangepaste interne controle van de werknemer tot stand komen.

Uit deze analyse kan dus afgeleid worden dat nog interne verschuivingen te verwachten zijn, dit door het doorzichtiger maken van beleidsprocessen. Deze interne verglijdingen zullen ongetwijfeld ook afgedwongen worden door samspraak tussen beslissers en werknemers.

3. Ook de *externe relaties* van de onderneming zijn in een versnelde beweging geraakt.

Om alleen de recentste tendenzen aan te duiden beperken wij ons tot drie relaties, nl.

- de situatie van de onderneming in de markt ;
- de houding van de gebruiker tegenover de ondernemer ;
- de functie van de overheid.

De recente ontwikkeling van de onderneming in de marktsituatie is zeer complex. Het marktgedrag van de onderneming is nog steeds onderworpen aan het basisprincipe van de vrije concurrentie zoals het bevestigd is in het Verdrag van Rome. Twee tendenzen blijven zich echter duidelijk doorzetten. Het ondernemersgedrag blijft gedomineerd door een monopoliserings- en een arbeids- en marktverdelingstendens die met het genoemde principe van vrije concurrentie niet in overeenstemming te brengen is. Deze twee tendenzen vertonen zich het best in de internationalisatie van het bedrijfsleven.

Elementen als techniciteit en internationale loondifferentiatie die een economics of scale aanmoedigen zijn hiervan de oorzaak.

De recente economische verschuivingen op het wereldvlak versnellen dit verschijnsel. Er zijn ook weinig reële aanwijzingen dat hierin enige ordening zal kunnen ontstaan¹. De weerloosheid op het nationale vlak brengt niet alleen de ondernemingen in het gedrang die toeleveringsbedrijven zijn maar ook die welke deelnemen aan de distributiecircuit die zeer arbeidsintensief zijn.

Een minstens even belangrijke verschuiving doet zich voor in de wijze waarop de gebruiker zich opstelt tegenover de onderneming. De gebruiker — geruggeleund door diverse organisatievormen waarin deze op een min of meer autonome of afgeleide manier vertegenwoordigd is — stelt zijn wil tot verbruiken meer en meer afhankelijk van het standpunt dat hij inneemt tegenover de onderneming.

De gebruikersbeslissing wordt dan ook afhankelijk gesteld van de produktiewijze, de kwaliteit, de prijscalculatie, de prijsvergelijking op basis van de kwaliteit en de nevenverschijnselen van de produktie voor de maatschappij. Het aantal elementen waarvoor de gebruiker gevoelig wordt, groeit sneller dan in het verleden. Dit zal ongetwijfeld niet verminderen in een periode van economische verschuivingen. Integendeel. Het economisch principe dat men bij schaarse financiële middelen zoekt naar maximale aanwending van die middelen zal zeker spelen. De ondernemer tracht zich — hoewel dikwijls op een hortende manier — aan te passen aan de gebruiker. Acuut blijven echter de problemen die rijzen in verband met mogelijke milieuhinder die de produktie met zich brengt. Deze strijd, waarin de gebruiker opponent is van de ondernemer, is nog niet volledig gestreden.

Van een andere aard is de invloed die door de overheid wordt uitgeoefend op de onderneming.

In de huidige periode van economische transformatie is de invloed van de overheid op de onderneming betwist door het bedrijfsleven zelf. Toch zijn de omstandigheden die aanleiding geven tot overheidsingrepen, opgebouwd vanuit het ondernemersgedrag zelf. Het niet-respecteren van het principe van de vrije concurrentie, dat aanleiding gaf tot monopolie en oligopolietendenzen, deed reeds de overheid marktordenend optreden. De prijsvorming die hieruit voortvloeide, bevatte en bevat een aantal elementen die onbetwistbaar aanleiding geven tot overheidstoezicht. De arbeidsprijs en de prijs van het eindprodukt zijn hier peritente voorbeelden van.

Een controlerende functie was zelfs nodig in sectoren

¹ Zie Voorstel van wet tot aanvulling van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, *Parl. St., Senaat*, 1979-80, nr. 287/1.

waar het economische gedrag het voortreffelijkst had moeten zijn. Geciteerd kan worden de financiële sector waar controles allerhande dienen te worden ingevoerd. Ook het milieugedrag van de onderneming heeft aanleiding gegeven tot ingrepen van de overheid. Het merkwaardigste van deze ingrepen is dat ze juist opgeëist werden door de reeds besproken groepen, nl. werknemers, deposanten van financiële middelen en al dan niet georganiseerde verbruikers. Daarbij komt dat er een permanente band is geschapen tussen de overheidsfinanciën en de onderneming op basis van vraag en aanbod van collectieve goederen die systematisch uitgroeien tot een belangrijk deel van de produktie van de ondernemingen.

De overheid zelf heeft in functie van het opnemen van haar sociaal-economische verantwoordelijkheid — die ingegeven werd door een keynesiaans denkpatroon (en dus niet-overheidsbindend is) — de onderneming bij uitbreiding en bij mutatie steun willen verlenen.

Het is dan ook logisch dat gemakkelijk geput wordt uit het arsenaal van middelen om de onderneming bijstand te verlenen ook in een periode van de economische verschuivingen die zich heden voordoen.

Daar deze verschuivingen van structurele aard blijken te zijn, dreigt de omvang van die overheidstussenkomst ons echter boven het hoofd te groeien.

Het evenwicht verbreken tussen privé- en overheidsfinanciering leidt dan ook tot nieuw onderzoek van de aard van de te leveren bijstand.

Al de omstandigheden waarbij de verhouding tussen de onderneming en de overheid verstrakt worden, zijn hier niet aangegeven. Uit de gegeven voorbeelden kan echter afgeleid worden dat bepaalde evenwichten dreigen te worden verbroken. De overheid zal dan ook opnieuw — maar op een verschillende manier wellicht — gesolliciteerd worden om dit evenwicht te herstellen.

Besluiten

Zoals bij de inleiding naar voren is gebracht, is het maatschappijmodel dat zich aan het ontwikkelen is, dominerend voor de manier waarop de onderneming zal worden gezien door een groot aantal groepen die deel uitmaken van deze maatschappij. De onderneming is geen geïsoleerde economische entiteit waarin de vraag naar economische goederen of produktiefactoren ongecontroleerd verloopt.

Hetzelfde kan gezegd worden van de wijze van produceren en van de kenmerken van het aangeboden eindprodukt. Het ondernemingsmodel is uitgegroeid tot een model waarin de deelfacetten van het ondernemen zelf beïnvloed zijn door een aantal visies die deelgroepen hebben op de maatschappij. Dit getuigt van een werkelijke sociale opbouw van en in de onderneming. Vandaar dat wij de recentste ontwikkelingen van de onderneming zien in een verder socialiseringsproces.

