

REGULERING VAN VIJANDIGE OVERNAMES DE AMERIKAANSE ERVARING

1. In recent voorgestelde of uitgevaardigde wettelijke bepalingen met betrekking tot openbare overnamebiedingen staat in verband met vijandige overnames de vraag centraal aan wie de beslissing toekomt of de doelvennootschap zich tegen het vijandige overnamebod moet verweren: aan de raad van bestuur dan wel aan de algemene vergadering van aandeelhouders.

2. In het door de EG-Commissie bij de Raad op 19 januari 1989 ingediende voorstel van 13e EG-Richtlijn inzake het vennootschapsrecht betreffende het openbaar aanbod tot aankoop of ruil¹, bepaalt artikel 14 dienaangaande dat het bestuur van de belaagde vennootschap een omstandig verslag dient op te stellen waarin het zijn standpunt uiteenzet inzake het bod onder vermelding van de argumenten die voor of tegen het aanbod pleiten. Artikel 8 schrijft voor dat de raad van bestuur zonder goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders geen afweermaatregelen mag treffen zodra hij van het voornemen van de bieder een openbaar bod uit te brengen, in kennis is gesteld.

Het voorstel vond zijn inspiratie voor een groot deel in het Engelse recht en zijn «City Code on Takeovers and Mergers»²: de bescherming en de rol van de aandeelhouders staan derhalve centraal. Bovendien lijkt de Commissie de beperkte rol van de raad van bestuur te funderen op een positieve houding tegenover overnames als stok achter de deur tegenover inefficiënt management. Op 3 november 1989 verklaarde Sir Leon Brittan, vice-voorzitter van de EG-Commissie, weliswaar³: «Let me make it clear, the Commission is not for or against mergers and acquisitions. Generally we adopt a neutral attitude towards mergers.» Hij vervolgde evenwel: «In fact we view them favourably in very many instances. For small and medium enterprises there are often considerable advantages to be gained from collaborative ventures, the exchange of ideas, the transfer of technology and formal mergers.» Even daarvoor had hij op de vervanging van inefficiënt bestuur gewezen: «Mergers and acquisitions are one of the major means of removing inefficient management. What we might call the 'competition for corporate governance' performs a key role in stimulating efficiency. A management that can be replaced is one that will be attentive to the performance of its company.»

Het laatste woord over de bevoegdheden van de raad van bestuur bij openbare overnamebiedingen is evenwel nog niet gezegd. Op het niveau van de EG-Raad werd bij het afsluiten van deze bijdrage nog druk gediscussieerd tussen de de-

legaties van de verschillende Lid-Statens over de draagwijdte van de beperkingen die aan de actiemogelijkheden van de raad van bestuur dienen te worden aangebracht. Bovendien heeft de rapporteur voor het Europees Parlement de EG-Commissie verzocht het voorstel van Richtlijn op verschillende punten te amenderen⁴.

3. De recente Belgische overnamereglementering vervat in het K.B. van 8 november 1989⁵, is tweeslachtiger. Ook daar hebben aandeelhouders het principieel voor het zeggen. Dit blijkt enerzijds uit artikel 8, § 1, eerste zinsnede, waarin de bevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders tot het nemen van verweermaatregelen tegen een vijandig aanbod onverkort gehandhaafd blijft; en anderzijds uit artikel 8, § 2, 2°, volgens hetwelk de algemene vergadering van aandeelhouders de raad van bestuur vooraf kan machtigen om binnen beperkte grenzen een kapitaalverhoging buiten voorkeurrecht door te voeren als verweer tegen een overval. Uit laatstgenoemde bepaling blijkt echter meteen dat aan de raad van bestuur toch nog een zekere beslissingsmacht toekomt die hij, wel te verstaan in het belang van de vennootschap, moet uitoefenen. Onder dat belang wordt mede verstaan, zo kan uit artikel 15, § 2, van het besluit worden afgeleid, het belang van alle effectenhouders, schuldeisers en werknemers van de doelwitvennootschap.

4. Het ligt niet in mijn bedoeling op deze wetgevende teksten nader in te gaan. Wel wil ik onderzoeken in welke mate voor deze problematiek lering kan worden getrokken uit het Amerikaanse recht. Daarbij zal uiteraard ook de – min of meer marginale – rol van de rechter ter sprake komen wanneer die gevraagd zou worden een eventuele beslissing van de raad van bestuur te beoordelen, in de mate waarin die bevoegdheid heeft behouden om maatregelen tegen een vijandige overval te nemen.

Alvorens de recente Amerikaanse rechtspraak te bespreken, zal ik eerst evenwel enige aandacht besteden aan het achterliggende economische gedachtengoed waardoor de juridische discussie in de V.S. in verband met vijandige overvallen fel is beïnvloed. Het gaat met name over de opvattingen van een aantal «law and economics»-academici en van de financiële economie enerzijds en de inzichten van o.m. – maar niet uitsluitend – economen die werkzaam zijn in het veld van de industriële organisatie anderzijds.

I. De «law and economics» academici, de financiële economie en de industriële organisatie

A. De «law and economics»-school en de financiële economie

5. Deze strekking is hoofdzakelijk ontstaan als een reactie op de neiging van de Amerikaanse rechtbanken om zeer

¹ Pb., C 64/8 van 14 maart 1989.

² Voor de achtergronden en inhoud van het voorstel, zie STEINS BISSCHOP, B., «De Europese regulering van openbare biedingen op aandelen», *TVVS*, 1989, 241.

³ Voordracht getiteld «Acquisitions and mergers in the European Communities», gepubliceerd in *NV*, 1989, 247. Zie ook het door commissaris Bangemann op 23 november 1989 aan de Raad gepresenteerde externe onderzoeksrapport m.b.t. belemmeringen bij het doen van een openbaar overnamebod.

⁴ Zie de newsletter *Europe* van 10 en 11 januari 1990.

⁵ *B.S.*, 11 november 1989, 18603-18614.

snel tot de geldigheid te besluiten van door de belaagde raad van bestuur genomen beschermingsmaatregelen tegen een vijandig overnamebod ⁶. Een aantal prominente academici – hier, bij wijze van vereenvoudiging bestempeld als leden van de «law and economics»-school, omdat ze steunen op economische analyses – hebben zich als hevige voorstanders van vijandige overnames opgeworpen ⁷. Hiervoor base- ren zij zich op een welbepaald verklaringsmodel voor een dergelijke operatie: een vijandige overname wordt uitgelokt door het inefficiënt bestuur van de belaagde vennootschap en zal uiteindelijk leiden tot een nieuw en meer efficiënt bestuur. Men onderbouwt dit model verder onder meer door een beroep op de «theory of the market for corporate control» ⁸. Deze theorie leert allereerst dat, wanneer het management de vennootschap op een inefficiënte wijze leidt, de beurskoers van de aandelen daalt. Deze daling reflecteert de verminderde rentabiliteit van de vennootschap ⁹ en meer bepaald een vermindering van de tegenwoordige waarde van de verwachte inkomensstroom voortvloeiende uit de toege- wezen produktiemiddelen van de vennootschap. Een basis- veronderstelling van deze theorie is bijgevolg de zgn. effi- ciënte markthypothese ¹⁰ volgens welke de marktprijzen alle informatie volledig weerspiegelen («speculative efficiency») en verder ook een correcte weergave zijn van de waarde van de onderliggende winstcapaciteit van de vennootschap («al- locative efficiency») ¹¹. De tweede stap van de theorie stelt dat de koersdaling van de aandelen geïnteresseerde inves- teerders zal aantrekken die de aandelen van de vennoot- schap zullen opkopen om de controle over de vennootschap te verwerven. Deze investeerder zal dan het bestaande ma- nagement vervangen door een nieuw en meer dynamisch team. Ten gevolge van dit beter management en derhalve de meer optimale aanwending van de produktiemiddelen zal de aandelenkoers weer stijgen, hetgeen de investeerder een opbrengst op zijn investering geeft ¹². Hier veronderstelt men dus dat het nieuwe management ook werkelijk de ven- nootschap op een meer efficiënte wijze zal besturen.

Het besluit ligt voor de hand. Iedereen is gebaat bij het welslagen van een vijandig overnamebod ¹³. De aandeelhouders die positief op het bod reageren, verkopen hun aandelen met een premie boven de marktprijs. De aandeelhouders die het bod afwijzen, ondervinden een waardeestijging van

hun aandelen ten gevolge van een beter bestuur. De bieder geniet een opbrengst op zijn investering. Ten slotte is ook de gemeenschap in haar geheel gebaat dankzij de meer op- timale allocatie van de produktiemiddelen weerspiegeld in de gestegen prijs. Indien het nieuwe bestuur het werkne- mersbestand inkrimpt, is dat omdat werknemers op een niet produktieve wijze waren tewerkgesteld ¹⁴. Men geeft welis- waar toe dat sommige overnames de economie niet dienen. Deze vormen echter een minderheid, zodat men globaal ge- nomen mag zeggen dat vijandige overnames resulteren in welvaartscreatie ¹⁵.

Afgezien van de vervanging door een meer dynamisch ma- nagement, benadrukken de voorstanders van vijandige over- names uiteraard ook dat overnames en fusies geïnspireerd worden door synergetische overwegingen zoals de vermin- dering van produktie- en distributiekosten ten gevolge van schaalvoordelen, versteviging van de marktpositie, enz.

6. Die twee verklaringsmodellen, vervanging van ineffi- ciënt management en synergieën, fungeren ook als verkla- ring voor de empirische resultaten van de zgn. «event stu- dies». Deze studies, welke thuishoren in de financiële eco- nomie, analyseren de aandelenkoersen van zowel de biden- de als de belaagde vennootschap op tijdstippen voor en na de «event» die bestaat in de aankondiging van het openbaar bod. Meer bepaald berekenen ze de koerswijzigingen voor beide vennootschappen gedurende enkele dagen onmiddel- lijk na de aankondiging ¹⁶. Een bekende samenvatting van de studies wijst uit dat succesvolle overnames gemiddeld voor de verkopende aandeelhouders een premie van 30% opleveren. Daarentegen ervaren de aandeelhouders van de bieder geen betekenisvolle wijziging in de waarde van hun aandelen ¹⁷. De positieve som van deze substantiële premie en deze ongewijzigde waarde betekent dat de marktwaa- de van de uit de fusie resulterende entiteit gestegen is. Hieruit leidt men af dat openbare biedingen welvaartcreërende transacties zijn: niet alleen voor de betrokken aandeelhouders, maar ook voor de gemeenschap, want de substantiële premie wordt uitgelegd als de weerspiegeling van een meer optimale allocatie van schaarse produktiemiddelen («al- locative efficiency»), hetgeen juist te danken is aan de gereali- seerde synergieën en/of de vervanging van inefficiënt ma- nagement ¹⁸.

7. Uit het voorgaande volgt dat in de visie van de «law and economics»-academici een centrale rol dient toe te ko- men aan de aandeelhouders van de belaagde vennootschap. Zij dienen over het exclusieve beslissingsrecht te beschikken

⁶ Zie hierna, randnummer 14.

⁷ De meest gezaghebbende zijn: EASTERBROOK en FISCHEL, «The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer», 94, *Harv.L.Rev.*, 1161 (1981); GILSON, «A Structural Approach to Corporations: The Case Against Defensive Tactics in Tender Offers», 33, *Stan.L.Rev.*, 819 (1981); BEBCHUK, «The Case for Facilitating Competing Tender Offers», 95, *Harv.L.Rev.*, 1028 (1982).

⁸ Deze theorie werd voor de eerste maal op coherente wijze ge- formuleerd door MANNE, «Mergers and the Market for Corporate Control», 73, *Pol.Econ.*, 110 (1965).

⁹ GILSON, o.c., 841.

¹⁰ Over deze hypothese, zie GIBSON en KRAAKMAN, «The Mecha- nisms of Market Efficiency», 70, *Va.L.Rev.*, 549 (1984).

¹¹ De terminologie is ontleend aan R. CLARK, *Corporate Law*, 553-554 (1986), die aangeeft dat de economen het oneens zijn of de aandelenmarkt «allocatively» efficiënt is.

¹² GILSON, o.c., 841; EASTERBROOK en FISCHEL, o.c., 1173.

¹³ CLARK, o.c., 534; EASTERBROOK en FISCHEL, o.c., 1173-1174; GILSON, o.c., 842.

¹⁴ CLARK, o.c., 539.

¹⁵ GINSBURG en ROBINSON, «The Case Against Federal Interven- tion in the Market for Corporate Control», 32, *Chicago Law School Record*, Fall 1986, 19.

¹⁶ Over de methodologie van deze studies, zie EASTERBROOK en JARRELL, «Do Targets gain from Defeating Tender Offers?», 59, *N.Y.U. L. Rev.*, 570 (1984).

¹⁷ JENSEN en RUBACK, «The Market for Corporate Control: the Scientific Evidence», 11, *J.Fin.Econ.*, 5 (1983). Voor meer recente data, zie JARRELL, BRICKLEY en NETTER, «The Market for Corporate Control: The Empirical Evidence since 1980», *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 2, 49 (1988).

¹⁸ EASTERBROOK en FISCHEL, o.c., 1199; R. GILSON, *The Law and Finance of Corporate Acquisitions*, hoofdstuk 10-11, 1986.

om hun aandelen al dan niet aan de bieder over te dragen¹⁹. Dit beslissingsrecht van de aandeelhouder is de beste – weliswaar niet volmaakte – waarborg dat de produktiemiddelen van de belaagde vennootschap efficiënt worden aangewend. De keerzijde van de medaille is een drastische beperking van de rol van de raad van bestuur bij een vijandige overname. Volgens de meest radicale strekking onder deze academici (Easterbrook en Fischel) dient de raad zich te beperken tot de bekendmaking aan de aandeelhouders van zijn opinie met betrekking tot het bod («passivity rule»). Deze informatiefunctie van de raad is belangrijk. Indien de raad het bod als inadequaaf afkeurt en op geloofwaardige wijze argumenteert dat de vennootschap meer waard is, dan zal de marktprijs – zijnde de weerspiegeling van de waarde van de vennootschap – stijgen tot boven de biedprijs en mislukt het bod. Een meer gematigde strekking binnen de school (Gilson en Bebchuk) laat daarenboven toe dat de raad op een actieve wijze een tegenbod zoekt: een algemeen aanvaard beginsel in de economische wetenschap leert immers dat prijsconcurrentie de optimale allocatie van schaarse produktiemiddelen bevordert²⁰. Beide veroordelen echter het gebruik door de raad van bestuur van beschermingsconstructies die de aandeelhouders zouden verhinderen het bod te beantwoorden (bv. het plaatsen van een omvangrijk aandelenpakket bij een bevriende vennootschap met als gevolg dat de bieder zijn bod intrekt).

Afgezien van zijn – beweerde – economische wenselijkheid heeft de regel die het beslissingsrecht inzake aanvaarding van een openbaar bod aan de aandeelhouders toebeedelt, als onmiskenbaar bijkomend voordeel dat hij helder en gemakkelijk toepasbaar is. In een eventueel geschil dient de rechter er enkel op toe te zien dat de aandeelhouders niet verhinderd worden in te gaan op een vijandig bod. Op geen enkel ogenblik dient hij zich in te laten met een toetsing van een handeling van de raad van bestuur aan het vennootschapsbelang.

B. Reactie van o.m. de industriële organisatie²¹

8. Een academische tegenbeweging heeft de overheersende waarde aangevochten die de «law and economics»-academici aan de twee hierboven besproken verklaringsmoedellen voor overnames en de substantiële overnamepremie – vervanging van inefficiënt management en synergieën – hebben verbonden. Hierbij gaat men uit van twee soorten empirische studies die de gevolgen van de overnames en fusies hebben onderzocht.

Allereerst, wanneer de «event studies» over langere tijdsintervallen worden doorgevoerd, wijzen ze volgens bepaalde studies uit dat overnames en fusies eerder een negatief ef-

fect hebben op de welvaart van de aandeelhouders van de biedende vennootschap: de gemiddelde aandeelkoers van de overnemende vennootschap daalde met 16% gedurende de drie jaren volgend op de fusie²². Hieruit heeft men afgeleid dat men niet met zekerheid kan zeggen dat overnames waardecreërende transacties zijn, aangezien de winst van de aandeelhouders van de doelvennootschap wel eens gecompenseerd zou kunnen worden door een verlies voor de aandeelhouders van de biedende vennootschap²³.

Bovendien hebben industriële-organisatie-economisten ook studies gemaakt uitgaande van de ondernemingsresultaten van de overnemende en de overgenomen vennootschappen. In tegenstelling tot de «event studies» die zich op de aandeelkoersbewegingen concentreren, onderzoeken zij rechtstreeks, uitgaande van boekhoudkundige gegevens vervat in de jaarrekeningen en van marktgegevens, de rentabiliteit en produktiviteit alsook de ontwikkeling van de omzet en het marktaandeel van beide vennootschappen na de overname. De meerderheid van deze «post merger»-studies hebben betrekking op zowel vrijwillige als vijandige overnames. In een recent overzicht van dergelijke follow-up-studies besluit professor Richard Caves dat «ex post evidence on the efficiency of mergers (...) amounts to a convincing rejection of the presumed efficiency of mergers»²⁴. Na de overname bleek de verworven vennootschap niet produktiever noch rendabeler te draaien. Integendeel, de rentabiliteit en produktiviteit zouden volgens bepaalde studies zelfs dalen. Wanneer alleen gekeken wordt naar overnames verwezenlijkt door een openbaar bod lijkt het besluit niet fundamenteel anders te luiden. De professoren Herman en Lowenstein voerden een interessante studie uit op vijandige overnames tijdens de periode 1975-83. Zij stelden vast dat bidders tijdens de beginjaren (1975-78) van de overnamegolf gemiddeld rendabeler waren dan de overgenomen bedrijven en de uit de overname resulterende entiteiten bovendien de goede rentabiliteitscijfers van de bidders overtroffen. Een tegengesteld beeld tekende zich echter af voor de overnames in de periode 1981-83: daar waren de rentabiliteitscijfers van de doelvennootschappen voor de overname superieur aan die van de bieder, terwijl de rentabiliteit van de gecombineerde entiteit in de drie jaren na de overname duidelijk lager lag dan die van de bieder en de doelvennootschap vóór de overname²⁵.

9. De empirische bevinding dat na een overname de efficiëntie van de belaagde (en biedende) vennootschap niet noodzakelijk verhoogt, zette ertoe aan aanvullende verklaringsmoedellen te formuleren voor het overnamefenomeen

¹⁹ BEBCHUK, «Towards Undistorted Choice and Equal Treatment in Corporate Takeovers», 98; *Harv.L.Rev.*, 1693, 1742 (1985); EASTERBROOK en FISCHEL, *o.c.*, 1161; GILSON, *o.c.*, 845.

²⁰ GILSON, R., «A Structural Approach to Corporations: the Case Against Defensive Tactics in Tender Offers», 33, *Stan.L.Rev.*, 870-872 (1981).

²¹ Een letterlijke vertaling van de tak van de economische wetenschap, «Industrial Organisation» genoemd, op zichzelf een vage terminologie. De titel van dit punt B is enigszins misleidend in de zin dat hieronder, zoals men zal merken, ook inzichten van anderen aan bod komen.

²² MAGENHEIM en MUELLER, «Are Acquiring-Firm Shareholders better off after an Acquisition», 171, 190, in *Knights, Raiders and Targets: The Impact of the Hostile Takeover* (COFFEE, LOWENSTEIN en ROSE-ACKERMAN red.), New York, Oxford University Press, 1987.

²³ SCHERER en ROSS, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 1990, 3e ed., 169.

²⁴ CAVES, R., *Effects of Mergers and Acquisitions on the Economy: An Industrial Organisation Perspective*, Working Paper, oktober 1987, 2.

²⁵ HERMAN en LOWENSTEIN, «The Efficiency Effects of Hostile Takeovers», 211, in *Knights, Raiders and Targets*, *o.c.*; voor een samenvatting van deze studie, zie LOWENSTEIN, L., «Hostile Takeovers: A Remedy of First Resort or Last Resort», *Bank Fin.*, 1988/4, 6.

en de oorsprong van de substantiële marktpremies opgestreken door de aandeelhouders van de doelvennootschap. Inderdaad, mede door die studies is het minder aannemelijk dat die substantiële premies uitsluitend hun verklaring vinden in efficiëntieverhogingen (zie randnummer 6). Deze modellen ogen thans naar het suboptimale gedrag van het management van de bidder: deze laatste zou de aandeelhouders van de doelwitvennootschap te veel betalen²⁶. Er bestaan verschillende varianten van deze «overpayment»-hypothese. Veruit de oudste is de stelling dat managers in de eerste plaats niet zozeer uit zijn op winstmaximalisering voor hun aandeelhouders als wel op omzetmaximalisering. Hoe groter de door hen bestuurde onderneming, hoe meer macht en prestige naar hen toevloet²⁷. Een meer analytische variant is de zogenaamde «free cash flow theory of takeovers»: managers die over excessieve liquiditeiten beschikken (d.i. cash die overblijft na financiering van rendabele investeringsprojecten) zijn geneigd om over te gaan tot weinig opbrengende of zelfs waardevernietigende overnames in plaats van meer dividenden uit te keren aan hun aandeelhouders²⁸. Nog een andere variant is de «hubris hypothesis»: in zijn overmoed en ongegrond optimisme overschat het management van de bidder de potentiële waarde van de belaagde vennootschap en betaalt het bijgevolg een te hoge premie boven de marktprijs ervoor. Achteraf blijkt dan dat het niet in staat is de waarde van de onderneming in verhouding tot de betaalde premie op te krikken. In werkelijkheid waren er immers, in tegenstelling tot wat hij dacht, geen synergieën en/of werd de onderneming niet op inefficiënte wijze bestuurd²⁹. Ten slotte zouden de bidders ook gebukt gaan onder de zogenaamde «winner's curse»³⁰.

Kortom, deze verklaringsmodellen ondermijnen een basisveronderstelling van de «theory of the market for corporate control». Het management van de bidder is niet noodzakelijk op systematische wijze beter dan dat van de belaagde vennootschap.

10. De empirische bewijzen en het amalgaam van verklaringen voor de vijandige overname leiden dan ook tot een verfining van het standpunt, volgens hetwelk iedereen gebaat is bij een raid op een vennootschap. Voor een aantal overnames klopt dat. Wat de andere overnames betreft, verklaart men zich echter enkel akkoord met de stelling dat de aandeelhouders van de belaagde vennootschap gevoelige meerwaarden boeken op de verkoop van hun aandelen.

²⁶ BLACK, B., «Bidder Overpayment in Takeovers», 41, *Stan.L. Rev.*, 597 (1989).

²⁷ CLARK, o.c., 537.

²⁸ Deze theorie werd ontwikkeld ter verklaring van het inefficiënt gedrag van het management van de doelvennootschap door JENSEN, «The Takeover Controversy: Analysis and Evidence», 315, 333, in *Knights, Raiders and Targets*, o.c. Zij heeft echter ook gelding voor het gedrag van de bidder: BLACK, B., o.c., 600.

²⁹ ROLL, «Empirical Evidence on Takeover Activity and Shareholder Wealth», 249, in *Knights, Raiders and Targets*, o.c.

³⁰ BLACK, B., o.c., 625: «In an auction of an asset of uncertain value, bidders are vulnerable to the 'winner's curse': even if they estimate value accurately on average, they win the bidding primarily when they overestimate an asset's true value, and thus tend to overpay on average. The auction need not be explicit; it is enough that there are potential bidders waiting in the wings to make a higher offer if the first bid is too low.»

Maar zij weigeren uit deze marktpremie af te leiden dat de overname noodzakelijkerwijze de belaagde vennootschap, als entiteit onderscheiden van haar gewezen eigenaars, ten goede komt. Verder betwijfelen ze of de aandeelhouders van de bidder zelf altijd bij een overnamebod winnen. Kortom, volgens hen staat niets toe te stellen dat veruit de meerderheid van vijandige overnames welvaartcreërend zijn. Ze kunnen ook welvaartvernietigend of -neutraal zijn.

11. Deze academische tegenbeweging toont m.i. aan dat in een niet onbelangrijk aantal vijandige overnames een spanning bestaat tussen de bij de belaagde onderneming betrokken belangen en meer bepaald tussen de op het bod ingaande aandeelhouders enerzijds en de in de onderneming achtergebleven deelgroepen (zoals lange-termijn-aandeelhouders, werknemers en leveranciers) anderzijds³¹. Terwijl de verkopende aandeelhouders zeer vaak – zo niet altijd – gevoelige meerwaarden op hun aandelen boeken, zijn de gevolgen voor de andere ondernemingsbelangen veel minder duidelijk. Indien het management dat door de succesvolle bidder aangesteld wordt, uiteindelijk minder bekwaam blijkt te zijn, zullen zij lijden onder een verslechtering van de produktiviteit en rentabiliteit.

Maar zelfs indien de onderneming na de overname even efficiënt of zelfs efficiënter bestuurd wordt, kan er een conflict rijzen tussen de verkopende aandeelhouders en de andere ondernemingsgroepen. Een aantal Amerikaanse academici hebben namelijk nog een ander – even goed complementair – verklaringsmodel voor de vijandige overname naar voren geschoven: de opbrengsten van de aandeelhouders weerspiegelen in heel wat overnames een verschuiving van rijkdom weg van andere groepen van personen binnen de onderneming³². Nadat een succesvol bidder het oude en inefficiënte management verwijderd heeft, zal hij voor de gezondmaking van het bedrijf in een aantal gevallen verplicht zijn tot het afdanken van werknemers, het opleggen van loonsverminderingen en het beperken van aankopen bij leveranciers. Vanuit het oogpunt van economische efficiëntie is deze stroomlijning wenselijk. De opbrengsten van de aandeelhouders weerspiegelen derhalve ten dele de gestegen produktiviteit in de aanwending van schaarse produktiemiddelen. Maar dat is niet het eind van het verhaal. Volgens deze theoretici vertegenwoordigt de opbrengst voor de aandeelhouders ook een welvaartsverlies over werknemers en leveranciers. Kortom, vijandige overnames kunnen tot welvaartscreatie leiden maar leiden evenzeer tot welvaartsverdeling.

12. Zodra men aanneemt dat zeer uiteenlopende motieven (zie de verschillende verklaringsmodellen besproken onder de punten A en B) aan vijandige overnamepogingen ten grondslag liggen, al dan niet gelijktijdig, verliest de beperkte rol van de raad van bestuur met als keerzijde van de medaille

³¹ COFFEE, J.C., «Shareholders versus Managers: the Strain of the Corporate Web», 79-80, in *Knights, Raiders and Targets*, o.c.; COFFEE, J.C., «The Uncertain Case for Takeover Reform: An Essay on Stockholders, Stakeholders and Bust-ups», 1988, *Wis.L.Rev.*, 435, 440.

³² Zie SHLEIFER en SUMMERS, «Breach of Trust in Hostile Takeovers» in *Corporate Takeovers: Causes and Consequences*, 33 (A. Auerbach, red., 1988). Deze propositie dat vijandige overnames in de praktijk gepaard gaan met waardeherverdelende effecten, is nog niet empirisch onderbouwd: BLACK, B., o.c., 597.

de centrale rol van de aandeelhouders zoals verdedigd door de «law and economics»-academici toch wat van zijn aantrekkelijkheid. De belangen van de verkopende aandeelhouders en de belangen van de andere bij de onderneming betrokken groepen van personen lopen niet noodzakelijk parallel. Een reeks auteurs die eenzijdig oog hadden voor de negatieve aspecten van vijandige overnames, hebben gepleit voor het toekennen van een onbegrensde bevoegdheid van de raad van bestuur om beschermingsconstructies te gebruiken³³. De Amerikaanse rechtspraak daarentegen heeft in de laatste helft van de jaren tachtig gepoogd een middenweg te bewandelen bestaande in een grondig rechterlijk toezicht over het gebruik van afweermaatregelen door de raad van bestuur.

Alvorens daarop in te gaan, wil ik er nog op wijzen dat de suggestie van sommige auteurs om ook het bestuur van de bieder aan een nauwer toezicht van bijvoorbeeld hun aandeelhouders (met behulp van de rechter) te onderwerpen³⁴, nog juridisch onontgonnen gebied blijft. In het licht van de vaststelling in de economische theorie dat het suboptimaal gedrag van het bestuur van de bieder aan de basis van een overnamepoging kan liggen, lijkt een dergelijk toezicht nochtans gewettigd.

II. De controle van de Amerikaanse rechter op de bevoegdheid van een raad van bestuur tot gebruik van een beschermingsconstructie

A. Ontoereikendheid van de marginale toetsing en de «business judgment rule»

13. Het is tegen die achtergrond dat ik nu kort de Amerikaanse rechtspraak wil bespreken. Aan de ene kant blijft zij namelijk uitgaan van de bevoegdheid die aan de raad van bestuur toekomt om beschermingsconstructies te gebruiken. In die zin heeft zij de «law and economics»-academici dus niet gevolgd: niet de markt of de aandeelhouders maar de bestuurders beslissen erover of de vennootschap tegen de aanvaller zal worden beschermd. Aan de andere kant evenwel worden de bestuurders niet op hun woord geloofd wanneer zij het belang van de vennootschap («a legitimate corporate business purpose») invoeren om hun reactie op de overval te verantwoorden. Het is immers een koud kunstje voor bestuurders – die, bekommerd als zij zijn om hun persoonlijk lot, in een belangenconflict verkeren – om een geloofwaardig en ogenschijnlijk perfect redelijk verhaal vol met strategische en bedrijfseconomische argumenten te verzinnen ter rechtvaardiging waarom het vijandige bod als strijdig met het vennootschapsbelang dient te worden afgeweerd³⁵. Zeer vaak zullen zij daarbij zelf de bescherming van werknemersbelangen en andere belangen, verschillend van die van de aandeelhouders-beleggers, voorwenden. De rechter zal moeite hebben om deze economische argumentatie te doorpriken en de ware persoonlijke motieven bloot te leggen. Hij is er nauwelijks toe in staat te beoordelen wie van de twee, bieder of belaagd bestuur, de beste beleidsvisie

op korte of lange termijn heeft. In zijn onmacht zal hij dan ook geneigd zijn om zijn toevlucht te nemen tot het beginsel van de marginale toetsing, waarbij hij zal nagaan of de afweermaatregel van de raad niet het produkt is van een kennelijk onredelijke belangenweging³⁶. Het resultaat is dat, in de machtsstrijd tussen overvaller en overvallen bestuur, dit laatste door toedoen van de regel van de marginale toetsing op systematische wijze zal triomferen, ook al suggereert de bovenbesproken economische literatuur dat een vijandige overname niet zelden vanuit (bedrijfs)economisch oogpunt wenselijk is.

14. De Amerikaanse rechtspraak erkent dus ook de bevoegdheid van de raad van bestuur tot het gebruik van beschermingsconstructies, maar heeft in de loop der jaren en vooral in de tweede helft van de jaren tachtig de uitoefening ervan aan een strikter toezicht onderworpen. Dit strikter toezicht past in het kader van een verfijning van de «fiduciary duties of loyalty and care» die de bestuurders hebben ten aanzien van hun aandeelhouders. Die ontwikkeling is ten minste gedeeltelijk te danken aan een groeiend besef door de rechter van het bestaan van het hiervoren genoemde belangenconflict bij de bestuurders en aan de invloed van de voorstanders in de economische literatuur van vijandige overnames. M.i. kan dit strenger toezicht gezien worden als een poging om de bieder en het belaagde bestuur op meer gelijke voet te behandelen in het dingen naar de controle over de doelwitvennootschap.

Traditioneel wordt het gebruik van beschermingsconstructies door de rechtbanken beoordeeld onder de zogenaamde «business judgment rule». Dit algemeen vigerend beginsel in het Amerikaanse vennootschapsrecht blijft gelden in de overnamecontext. Recentelijk werd deze regel door de Delaware Supreme Court nogmaals als volgt geformuleerd: «a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company»³⁷. Dit vermoeden legt de bewijslast bij hen die de beschermingsconstructie aanvechten. Een reeks van beslissingen in het begin van de jaren tachtig uitgesproken door de federale hoven van beroep banden elke illusie³⁸. De eerste beslissing in de serie was *Johnson v. Trueblood*, dat onder de bewijslast verstond «a showing that the sole or primary purpose of the defendant (the board of directors) was to retain control». Deze bewijslast bleek onoverkomelijk. In geen enkele zaak slaagde een klagende partij erin het bewijs te leveren. De gelijkenis tussen de «business judgment rule» en het beginsel van de marginale toetsing in het Belgische recht is opvallend.

B. De «primary purpose test» of «good faith test»

15. Geleidelijk hebben de rechtbanken de toepassing van de «business judgment rule» beperkt en verfijnd in de over-

³⁶ Aldus het Hof van Beroep te Brussel in de «Generale»-zaak: Brussel, 1 maart 1988, *J.T.*, 1988, 232.

³⁷ Aronson v. Lewis, 473 A 2d 805, at 812 (Del. 1984).

³⁸ Johnson v. Trueblood, 629 F 2d 287 (3d Cir. 1980); Treadway Cos. v. Care Corp., 490 F Supp. 668 (S.D.N.Y.), rev'd, 638 F. 2d 357 (2de Cir. 1980); Crouse-Hinds Co. v. Internorth, Inc., 634 F. 2d 690 (2d Cir. 1980); Panter v. Marshall Field & Co., 646 F 2d 271 (7th Cir.), cert. denied, 454 U.S. 1092 (1982).

³³ Een van de meest gezaghebbende auteurs is LIPTON, «Target Bids in the Target's Boardroom», 35, *Bus.Law.*, 101 (1979).

³⁴ Zie bv. BLACK, B., o.c., 651.

³⁵ CLARK, o.c., 632.

namecontext. De discretie van het bestuur wordt aldus meer aan banden gelegd onder de «primary purpose test». Deze test expliciteert de «duty of loyalty» van de bestuurders jegens hun aandeelhouders. De Delaware Supreme Court had reeds lang geleden de test naar voren geschoven in *Cheff v. Mathes*, waar het zegde dat een vijandig bod de belaagde bestuurders met een inherent belangenconflict confronteert zodat het aan hen – en niet aan de eisende partij – staat aan te tonen dat de beschermingsconstructie «was primarily motivated by a proper purpose»³⁹. Kortom, de bewijslast wordt verlegd: opdat de bestuurders zich kunnen beroepen op het vermoeden van de «business judgment rule», dienen ze eerst de geoorloofdheid van hun beweegreden (hun goede trouw) te bewijzen. De rechtbanken hebben het streven van de bestuurders om hun eigen positie en controle over de onderneming te bestendigen als een ongeoorloofde beweegreden afgestraft. Daarentegen hebben zij onder geoorloofde beweegredenen voornamelijk door het bestuur aangevoerde overwegingen van ondernemingsbeleid verstaan. Uit de eindeloze door de rechtspraak aanvaarde lijst van economische argumentaties kan men bij wijze van illustratie vermelden: het gevaar dat de bidder de bestaande verkoop- en produktiemethodes zal wijzigen op een wijze die nadelig is voor de doelwitvennootschap, het gevaar dat schade wordt toegebracht aan de verhoudingen met de werknemers, het gevaar van liquidatie of verkoop van belangrijke activa, het beleid van onafhankelijkheid gevoerd door de doelwitvennootschap en zo verder⁴⁰. De rechtbanken hebben ook aanvaard dat, tot verwezenlijking van die geoorloofde doelstellingen, de raad van bestuur de stemrechten van de ongewenste aandeelhouder-bieder mag verwateren, aangezien dit als «an incidental effect rather than a (primary) purpose of the action»⁴¹ dient te worden beschouwd. De beruchte *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*-beslissing van de Delaware Supreme Court, heeft *Cheff* onlangs bevestigd en de test als volgt geherformuleerd: «The directors must show that they had reasonable grounds for believing that a danger to corporate policy and effectiveness existed (...) they satisfy that burden by showing good faith and reasonable investigation»⁴².

16. Toegepast op de beschermingsconstructie bestaande in de plaatsing van nieuw uitgegeven aandelen bij een derde bevriende partij, heeft de «primary purpose test» het de rechters in verschillende zaken mogelijk gemaakt een dergelijke constructie als ongeldig te verwerpen⁴³. De bestuurders wilden in die gevallen louter hun eigen positie vrijwa-

ren. Hierbij is vooral interessant dat die rechtspraak zich niet bemoeit met de inhoudelijke besluitvorming van het bestuur; zij onderzoekt niet de inhoudelijke verdiensten van de door het bestuur aangevoerde beleidsobjectieven ter rechtvaardiging van de beschermingsconstructie. Daarentegen kwijt de rechter zich op grondige wijze van een taak waartoe hij wel bekwaam, zoniet de specialist bij uitstek is: het ontrafelen van de subjectieve intenties en beweegredenen van de bestuurders («motive analysis»). Dit is een zoektocht naar de waarachtigheid en eerlijkheid van de aangevoerde beweegredenen en beleidsoverwegingen, niet een beoordeling van de (economische) opportuniteit of wenselijkheid van die overwegingen. De uitermate casuïstische en moeilijk samen te vatten rechtspraak kan men derhalve zien als een pogen van de rechter om uitgaande van handelingen en andere objectieve factoren in het dossier de werkelijke beweegredenen van het bestuur op te sporen. Aldus⁴⁴ kijkt hij bijvoorbeeld naar de timing en de haast waarmee een aandelenuitgifte wordt uitgevoerd (heeft de uitgifte plaats vóór of na de aankondiging van een vijandig bod?), naar de financiële structurering en impact op de uitgevende vennootschap (is de uitgifteprijs adequaat? wordt de uitgifte onmiddellijk gefinancierd door vers geld of pas nadien door leningen van de doelwitvennootschap zelf?), naar de identiteit van de derde houder (oefent de doelwitvennootschap controle uit over de derde of is deze entiteit onafhankelijk?), en naar wie de stemrechten verbonden aan de uitgegeven aandelen zal uitoefenen (is de derde houder feitelijk en juridisch vrij om de aandelen verder te verkopen aan de vijandige bidder? Is hij vrij zijn stem naar goedgevallen uit te oefenen of dient hij volgens de richtlijnen van het bestuur te stemmen?). In hoofdzaak op basis van die factoren hebben de Amerikaanse rechtbanken meermaals beslist dat beschermingsconstructies door ongeoorloofde persoonlijke motieven van het bestuur werden ingegeven. Verder zal de rechter ook nagaan of het bestuur consistent is in zijn argumentatie, zichzelf niet tegensprekt, of een relaas geeft dat niet onverenigbaar is met de feiten zoals die zijn vastgelegd in het dossier.

17. De Belgische rechtspraak en meer bepaald de drie rechterlijke beslissingen in de «Generale»-zaak vertonen sporen van een soortgelijk onderzoek naar de motieven van de auteurs van een beschermingsconstructie⁴⁵. Een verdere uitbouw van deze benadering langs de lijnen van de Amerikaanse rechtspraak zal uitmonden in een diepgaandere rechterlijke controle op de beweegredenen van het bestuur. Terwijl de rechter de economische opportuniteit van een be-

³⁹ *Cheff v. Mathes*, 41 Del. Ch., 494, 199 A. 2d 548 (Del. 1964).

⁴⁰ Zie GELFOND en SEBASTIAN, «Reevaluating the Duties of Target Management in a Hostile Tender Offer», 60, *B.U.L.Rev.*, 403 (1980).

⁴¹ BRUDNEY, «Fiduciary Ideology in Transactions Affecting Corporate Control», 65, *Mich.L.Rev.*, 259, 270 (1966); zie ook Treadway, 638 F. 2d 383, noot 38.

⁴² *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A. 2d 946 (Del. 1985).

⁴³ *Podesta v. Calumet Ind. Inc.*, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) 96, 433 (N.D. 111, 1978); *Applied Digital Data Systems, Inc. v. Milgo Electronic Corp.*, 425 F. Supp. 1145 (1977); *Consolidated Amusement Co. v. Rugoff*, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) 96, 584 (S.D.N.Y. 1978); *Condec Corp. v. Lunkenheimer Co.*, 43 Del. Ch. 353, 230 A 2d 769 (1976).

⁴⁴ Deze factoren werden op een rijtje gezet in het belangrijk arrest *Norlin Corp. v. Rooney Pace*, 744 F. 2d 255 (2d Cir. 1984).

⁴⁵ Kort ged. Kh. Brussel, 9 februari 1988, *J.T.*, 1988, 227; Kort ged. Kh. Brussel, 18 februari 1988, *J.T.*, 1988, 229; Kort ged. Brussel, 1 maart 1988, *J.T.*, 1988, 232. Aldus overwoog de voorzitter in de beslissing van 18 februari 1988: «que constituant des mobiles admissibles, pour autant qu'ils reposent sur une analyse objective de la situation (c'est nous qui soulignons) justifiant dès lors le recours au capital autorisé hors droit de préférence, la volonté des dirigeants de maintenir la qualité d'un produit, de saisir l'opportunité de synergies nouvelles, de recentrer les activités de la société sur quelques créneaux porteurs ou encore le sort des collaborateurs, la qualité de la production, les relations envers la clientèle et l'intérêt de la communauté dans laquelle la société exerce son activité».

schermingstechniek hoogstens op marginale wijze kan toetsen, is er immers geen enkele reden voor rechterlijke terughoudendheid wanneer naar de waarachtigheid en oprechtheid van de bedoelingen van de bestuurders wordt gepeild. Een andere belangrijke bijdrage van de Amerikaanse rechtspraak die navolging verdient, is de benadrukking van de rol van «outside»-bestuurders. Dit zijn de leden van de raad van bestuur die geen managementfunctie bekleden in de onderneming. Indien de meerderheid van de raad die tot het gebruik van een beschermingsconstructie besloten heeft, bestaat uit dergelijke onafhankelijke «outside»-bestuurders, is de objectiviteit van het besluitvormingsproces en de overeenstemming van het besluit met het vennootschapsbelang beter gewaarborgd. Onder dergelijke omstandigheden aanvaardt de rechter gemakkelijker de geldigheid van een beschermingsconstructie.

C. De «duty of care»

18. De Amerikaanse rechtbanken hebben verder ook de draagwijdte van de «business judgment rule» ingeperkt door de bestuurders van de doelwitvennootschap te wijzen op hun algemene zorgvuldigheidsplicht («duty of care»). De overkorte gelding van deze verplichting in de overnamecontext werd door het principearrest van de Delaware Supreme Court in *Smith v. Van Gorkom*⁴⁶ bevestigd waar de bestuurders persoonlijk aansprakelijk gesteld werden wegens hun op onzorgvuldige wijze gegeven goedkeuring aan de fusie van de vennootschap met een andere. Meer bepaald oordeelde het hof dat «the directors have a duty to inform themselves, prior to making a business decision, of all the material information reasonably available to them». Het hof expliciteerde verder de draagwijdte van die informatieplicht door aan te geven dat «the concept of gross negligence is also the proper standard for determining whether a business judgment reached by a Board of directors was an informed one». Kort nadien maakte het hof in *Unocal* duidelijk dat de bestuurders zich eerst op hun «business judgment» konden beroepen nadat ze hadden aangetoond dat ze de aldus geëxpliciteerde zorgvuldigheidsnorm in acht hadden genomen. Zij dienen «reasonable investigation» aan te tonen. Ook hier vond dus een omkering van de bewijslast plaats⁴⁷.

In navolging daarvan ontwikkelden de rechtbanken een strikte controle op de kwaliteit en regelmatigheid van de besluitvormingsprocedures welke door de belaagde raad van bestuur moeten worden gevolgd in de formulering van een antwoord (al dan niet een beschermingsconstructie) op een vijandig overnamebod. Het gebruik van een beschermingsconstructie dient een *geïnformeerde* beslissing te zijn. Dit betekent o.m. dat vóór het nemen van een beslissing de raad het bod nauwkeurig dient te onderzoeken: is de biedprijs adequaat? wat is de structuur en de achtergrond van het bod? wat zijn de gevolgen voor de ontwikkeling van de onderneming, voor werknemers, leveranciers en afnemers? stelt het bod juridisch problemen (bv. vanuit mededingingsrechtelijk en/of vennootschapsrechtelijk oogpunt)? De raad

moet op dezelfde wijze mogelijke alternatieven bestuderen en evalueren zoals het behoud van de zelfstandigheid (door gebruik van een beschermingsconstructie) of de verkoop aan een derde (door een oproep tot tegenbiedingen). Bij voorkeur zou het bestuur een beroep moeten doen op onafhankelijk financieel en juridisch advies.

Afgezien van het strikter rechterlijk toezicht ligt de verdienste van de «primary purpose test» en de «duty of care analysis» verder hierin dat de bestuurders in het kader van een deugdelijk besluitvormingsprocedure worden aangezet om hun toekomstig ondernemingsbeleid te articuleren tegenover de toekomstplannen die de bieder heeft voorggelegd voor de over te nemen onderneming.

D. De proportionaliteitstest

19. Uiteindelijk lost de aldus ontwikkelde strengere rechterlijke controle echter maar ten dele het onder nummer 13 besproken probleem op. Met voorwending van «good faith and reasonable investigation» en met orkestratie van een deugdelijk en geïnformeerd besluitvormingsproces kan de raad van bestuur de rechter dikwijls om de tuin leiden. Alleen flagrant verkeerd gebruik van een verdedigingstechniek kan doorgaans worden afgewezen. In de laatste helft van de jaren tachtig heeft de Amerikaanse rechtspraak gepoogd dat te verhelpen door de hantering van een bijkomend, meer objectief en inhoudelijk beoordelingscriterium. Het gevierde *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*⁴⁸ zorgde voor de doorbraak. De Delaware Supreme Court poneerde daar twee cumulatieve geldigheidscriteria voor een beschermingsconstructie. Zoals reeds is vermeld, herformuleerde het Hof eerst de «primary purpose test». Indien de constructie dit onderzoek naar de subjective intenties en zorg van de auteurs overleeft, wordt ze op de tweede plaats beoordeeld onder de zogenaamde «proportionality test». Het Hof overwoog:

«A further aspect is the element of balance. If a defensive measure is to come within the ambit of the business judgment rule, it must be *reasonable in relation to the threat posed*. This entails an analysis by the directors of the nature of the takeover bid and its effect on the corporate enterprise. Examples of such concerns may include: inadequacy of the price offered, nature and timing of the offer, questions of illegality, the impact on «constituencies» other than shareholders (i.e., creditors, customers, employees, and perhaps even the community generally), the risk of nonconsummation, and the quality of securities being offered in the exchange. While not a controlling factor, it also seems to us that a Board may reasonably consider the basic stockholder interests at stake, including those of short term speculators, whose actions may have fueled the coercive aspect of the offer at the expense of the long time investor.»⁴⁹

De door de rechter gehanteerde test valt dus uiteen in twee onderdelen⁵⁰: a) identificatie van het bestaan en de

⁴⁶ 488 A. 2d 858 (Del. 1985).

⁴⁷ 493 A. 2d 946 (Del. 1985). Zie JOHNSON en SIEGEL «Corporate Mergers Redefining the Role of Target Directors», 136, *U. Penn. L. Rev.*, 315, 332 (1987).

⁴⁸ 493 A. 2d 946 (Del. 1985).

⁴⁹ *Id.*, 955-6.

⁵⁰ GILSON en KRAAKMAN, Note: The Emergence of an Intermediate Standard – Is there Substance to Proportionality Review?, in 1988 Supplement to R. Gilson, *The Law and Finance of Corporate Acquisitions*, 1986, 155 e.v.

natuur van de door het vijandig bod gestelde bedreiging voor de belaagde onderneming aan de hand van een reeks factoren; b) beoordeling van de evenredigheid van de beschermingsconstructie in relatie tot de bedreiging. Het hangt dan van de ernst van de bedreiging af of de beschermingsconstructie al dan niet het welslagen van het bod op absolute wijze onmogelijk mag maken.

Vereenvoudigd kunnen dus in gradatie verschillende constructies worden onderscheiden: beschermingsconstructies die de aandeelhouders verhinderen het bod te beantwoorden («preclusive defenses») en beschermingsconstructies die een vijandig bod niet onmogelijk maken en uiteindelijk de aandeelhouders laten kiezen.

20. Onder deze test ligt de klemtoon op de objectieve redelijkheid van het antwoord (beschermingsconstructie) van de raad van bestuur en dus niet op de goede trouw of de zorgvuldigheid van de auteurs van dat antwoord. Het is bijzonder moeilijk om enige lijn te ontwaren in de zeer casuïstische rechtspraak. Elke zaak wordt zeer fel op de feiten beoordeeld. Weinig algemene beginselen kunnen worden afgeleid⁵¹. Het gevaar bestaat dan ook dat de test niet meer dan een voorwendsel is voor de rechter om zijn eigen «business judgment» te vellen, ofwel niet fundamenteel verschilt van de in de vorige randnummers beschreven beoordelingscriteria. Aan de andere kant is de beoordeling van de evenredigheid van een maatregel of handeling een typische rechterlijke bezigheid die in tal van rechtsdomeinen wordt uitgeoefend. In dit licht is de rechter mogelijk wel in staat om, zonder verlies van zijn gewenste terughoudendheid, afweermaatregelen te veroordelen die verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om een geïdentificeerde bedreiging af te weren⁵¹.

Zonder ook maar een representatief beeld te willen geven van die rechtspraak volgt hierna de bespreking van een aantal rechterlijke beslissingen en enige rechtsleer die mijns inziens pogen de «reasonableness test» tot een niet-arbitrair beoordelingscriterium voor beschermingsconstructies uit te bouwen. De bespreking concentreert zich rond de twee onderdelen van de test.

20. De soorten van *bedreigingen* vormen geen gesloten lijst. Tot voor kort belichtte de Amerikaanse rechtspraak toch voornamelijk de bedreiging voor de aandeelhouders. Bepaalde openbare biedingen zijn namelijk zo gestructureerd dat zij de aandeelhouder beletten in volle vrijheid te beslissen over het al dan niet aanbieden van zijn aandelen⁵². De pressie op de aandeelhouder om zijn aandelen aan te bieden is vaak – doch niet op noodzakelijke wijze – aanwezig bij een «two-tier bid» en een partieel bod. Indien de aandeelhouder liever niet zijn aandelen had aangeboden (bijvoorbeeld omdat hij meent dat de waarde van de onderneming hoger ligt dan de biedprijs), zal hij dit toch doen uit vrees anders in geval van welslagen van het bod als minderheidsaandeelhouder achter te blijven met aandelen waarvan

de waarde zeer waarschijnlijk lager zal liggen dan de biedprijs⁵³.

Ook een niet onder druk zettend bod op alle aandelen kan een bedreiging inhouden voor de aandeelhouders: m.n. wanneer de biedprijs inadequaaf is, d.i. lager ligt dan de waarde van de onderneming. Het is immers mogelijk dat de aandeelhouders in volle vrijheid hun aandelen aanbieden tegen voor hen ongunstige voorwaarden, omdat zij ten onrechte menen dat het belaagde bestuur niet in staat is de waarde van hun aandelen op te krikken tot boven de biedprijs. In werkelijkheid is het bestuur daartoe misschien wel bekwaam door ofwel tot een hogere biedprijs te komen met de bieder, of op zoek te gaan naar een hoger tegenbod, of nog door het ondernemingsbeleid voort te zetten of te wijzigen zodat uiteindelijk in de toekomst de aandelenkoers, als parameter van de waarde van de onderneming, stijgt tot boven de biedprijs. Dit tweede type van bedreiging vloeit dus voort uit een ongewettigd wantrouwen van de aandeelhouders in de bekwaamheid van hun bestuurders⁵⁴.

21. Wanneer een bod de aandeelhouders van hun keuzevrijheid berooft (het eerste type van bedreiging), vormen afweermechanismen die hen verhinderen op het bod in te gaan («preclusive defenses»), meestal een *evenredig antwoord*⁵⁵.

Een recent voorbeeld is de op 16 mei 1990 door de Delaware Supreme Court gewezen beslissing in *Gilbert v. El Paso*⁵⁶. Daar werd op 21 december 1982 voor een periode van dertig dagen een bod op 49% van de aandelen van El Paso uitgebracht, \$ 24 per aandeel, waarbij in geval van overtekening van het bod alleen de vóór 30 december aangeboden aandelen gerechtigd waren op een «pro rata»-behandeling. Daarbij kwam dat de bieder aan de resterende minderheidsaandeelhouders geen bescherming gaf in de vorm van een op het bod volgende transactie (bv. een fusie waarbij voor de minderheidsaandelen een prijs minstens gelijk aan \$ 24 zou worden bedongen) of van andere prijsgaranties. Na een vruchteloze zoektocht naar een tegenbieder («white knight») en o.m. creatie van een gifpil concentreerde het bestuur van El Paso het verweer voornamelijk op onderhandelingen met de bieder tot betere bescherming van de belangen van alle aandeelhouders. Dit resulteerde uiteindelijk in de intrekking van het decemberbod en de indiening van een nieuw bod tegen dezelfde prijs en openstaand voor alle aandeelhouders met de belofte dat de resterende minderheidsaandeelhouders beschermd zouden worden. Op vordering van een aantal aandeelhouders van El Paso, ontevreden met de voorwaarden van het nieuwe bod, oordeelde het Hof dat de afweer redelijk was in verhouding tot de bedreiging. Het bestaan van een ernstige bedreiging stond boven alle twijfel: het decemberbod was een schoolvoorbeeld van een «two-tier» partieel bod dat de aandeelhouders willens nilens dwingt hun aandelen aan te bieden. Vandaar besloot het Hof zeer gemakkelijk tot de redelijkheid van het verweer: «Their prompt adoption of defensive measures in an

⁵³ Over deze «pressure to tender» zie BEBCHUK, «The Pressure to Tender: An Analysis and a Proposed Remedy», in *Knights, Raiders and Target, o.c.*, 371 e.v.

⁵⁴ Over deze bedreiging, zie GILSON en KRAAKMAN, *o.c.*, 174.

⁵⁵ Zie de uitspraken geciteerd in voetnoot 52; GILSON en KRAAKMAN, *o.c.*, 189.

⁵⁶ (1989-90) Fed. Sec. L. Rep. (CCH), par. 195, 303, op blz. 96, 404. Het hieronder weergegeven citaat vindt men op blz. 96, 414.

⁵¹ LIPTON & STEINBERG, «Takeovers and Freezeouts», vol. 1, par. 6.01 (e), op blz. 6-32.

⁵² Unocal, 493 A. 2d 946, 956 (Del. 1985); Moran v. Household Int. Inc., 500 A. 2d 1346 (Del. 1985); Ivanhoe partners v. Newmont Mining Corp., 535 A. 2d 1334 (Del. 1987).

attempt to meet this imminent threat was hardly improvident.»

22. De in de praktijk meer voorkomende en dus belangrijkere kwestie van een evenredig antwoord in geval van een bod tegen een inadequate prijs (het tweede type van bedreiging) kwam daarentegen aan de orde in twee recente beslissingen van de Delaware Court of Chancery⁵⁷. Het belaagde bestuur wees een vijandig bod op alle aandelen tegen een prijs van \$ 63 per aandeel als inadequaaf af. Het staafde deze bewering met een zelf ontworpen alternatief rekapitalisatieplan waardoor de toekomstige waarde van het aandeel zou stijgen tot \$ 68. Uit dit prijsverschil moest blijken dat het bod van \$ 63 een bedreiging was voor de aandeelhouders. Vervolgens installeerde men een «poison pill» om de aandeelhouders te verhinderen op het vijandig bod in te gaan. De rechtbank beval de verwijdering van de «poison pill» als zijnde niet proportioneel in verhouding tot de bedreiging voor de aandeelhouders: de bedreiging was niet bestaande of hoogstens te gering mede wegens de onzekere en betwistbare toekomstige waarde van het \$ 68-plan. In zijn vergelijking van de plannen van bieder en belaagd bestuur (zoals opgesteld door hun respectieve investment bankers) hoedde de rechter zich er nochtans voor deze op hun inhoud te toetsen: hij beperkte zich ertoe vast te stellen dat de «shareholder could conclude that \$ 63 in present cash is preferable to the possibility of \$ 68»⁵⁸ zodat aan hem de keuze tussen beide alternatieven dient toe te komen. Wanneer daarentegen de biedprijs op *manifeste* wijze beneden de waarde gecreëerd door het plan van het belaagde bestuur zou liggen, zou er dus wel sprake van een reële bedreiging zijn en mag een beschermingsconstructie de aanvaarding van het bod onmogelijk maken.

23. De verdienste van de op deze wijze uitgelegde proportionaliteitstest is dat de belaagde raad van bestuur aannemelijk dient te maken dat het vijandig bod een dreiging uitmaakt. Daartoe kan hij ofwel het bod analyseren en het onder druk zettend karakter ervan vaststellen (eerste type) ofwel een alternatief plan voorstellen dat aan de aandeelhouders een hogere toekomstige waarde van de onderneming belooft (tweede type). De rechter is bovendien intellectueel uitgerust om die beweringen van het bestuur te toetsen⁵⁹. Het dwangmatig karakter van een bod vaststellen vereist immers enkel een analyse van de structuur van het bod. De vaststelling van dwang rechtvaardigt doorgaans «preclusive defenses». En wat het tweede type betreft, de beoordeling van de alternatieve plannen van bieder en belaagd bestuur blijft marginaal: indien het bod (de biedprijs) op manifeste wijze inferieur is in waarde aan een geloofwaardig plan van het belaagde bestuur, zijn keuzeverhinderende beschermingsconstructies toegelaten; zoniet, dan dient een eventueel verweer aan de aandeelhouders nog de keuze over te laten. Deze interpretatie van de proportionaliteitstest m.b.t. het tweede type van bedreiging is zeker elegant indien

het bod enkel een bedreiging inhoudt voor aandeelhouders-beleggers (en niet voor andere ondernemingsbelangen); het valt evenwel te bezien of ze navolging zal krijgen in de Amerikaanse rechtspraak (een passus uit de verder te bespreken *Paramount*-beslissing zaait daaromtrent twijfel).

24. Uit de twee uitspraken van de Court of Chancery heeft men de algemene regel willen extrapoleren dat een bod tegen een biedprijs waaraan de aandeelhouders in redelijkheid de voorkeur kunnen geven, op geen enkele andere wijze nog een bedreiging *kan* uitmaken voor de aandeelhouders en de belaagde onderneming. Dit zou betekenen dat de lijst van mogelijke bedreigingen beperkt wordt tot de twee bovenvermelde types en de proportionaliteitstest in feite, met uitzondering van dwangmatige en manifest inadequate biedingen, de beslissingsmacht bij de aandeelhouders legt (zie laatste alinea vorig randnummer). De Delaware Supreme Court heeft deze visie evenwel ondubbelzinnig verworpen in zijn beslissing van 26 februari 1990 in de zaak *Paramount v. Time*⁶⁰. Na maandenlange onderhandelingen bereikten Time, Inc. en Warner Communications, Inc. een fusieakkoord. Dit was het einde van een actieve zoektocht door Time naar een geschikte fusiepartner met het oog op de expansie van zijn activiteiten in de sector van de vrijetijdsbesteding. Van meet af aan had Time het behoud van de «Time Culture» (journalistieke integriteit en redactionele onafhankelijkheid) als voorwaarde gesteld: Time diende in een fusie de verwervende entiteit te zijn en de doorslaggevende stem in het bestuur van de nieuwe entiteit te bezitten. Warner had deze voorwaarden aanvaard. Hierop bracht Paramount, Inc. een «all-cash, all-shares»-bod uit op Time. De raad van bestuur van Time wees het bod af: allereerst was het inadequaaf en zou de Time-Warner-fusie op lange termijn voor de aandeelhouders meer waarde creëren; bovendien maakte het een bedreiging uit voor het voortbestaan van de «Time Culture» en dreigde het de aandeelhouders ertoe aan te zetten hun aandelen aan te bieden zonder het strategisch voordeel van de fusie in overweging te nemen.

Tot afwering van deze dreigingen amendeerde Time zijn akkoord tot fusie met Warner: i.p.v. een aandelenruil bracht het nu een onmiddellijk «all-cash»-bod uit op 51% van de Warner-aandelen. Hierop stapte Paramount naar de rechtbank. Zich beroepend op de bovenvermelde geëxtrapoleerde regel beweerde Paramount dat zijn bod geen dreiging inhield (zodat elke beschermingsconstructie zoals het bod van 51% uit den boze was), aangezien de biedprijs niet op manifeste wijze beneden de waarde gecreëerd door het fusieplan lag. De Delaware Supreme Court antwoordde hierop: «Applying *Unocal*, we reject the argument that the only corporate threat posed by an all-shares, all-cash tender offer is the possibility of inadequacy»⁶¹. En verder: «The Time board reasonably determined that inadequate value was not the only legally cognizable threat that Paramount's (...) offer could present. Time's board concluded that Paramount's offer posed other threats. One concern was that Time shareholders might elect to tender into Paramount's cash tender offer in ignorance or a mistaken belief of the strategic be-

⁵⁷ Grand Metropolitan, PLC v. Pillsburg Co., (1988-89) Fed. Sec. L. Rep. (CCH), par. 94, 104, op blz. 91, 188 (Del. Ch. 16 december 1988); City Capital Associated Ltd. Partnership v. Interco, Inc., (1988-89) Fed. Sec. L. Rep. (CCH), par. 94, 084, op blz. 91, 064 (Del. Ch. 1 november 1988): aangezien de twee uitspraken fel op elkaar gelijken, wordt enkel op de eerstgenoemde ingegaan.

⁵⁸ Pillsburg, blz. 91, 194.

⁵⁹ Wat het eerste type betreft, zie GILSEN en KRAAKMAN, o.c., 191.

⁶⁰ Paramount Communications, Inc. v. Time, Inc., (1989-90), Fed. Sec. L. Rep. (CCH), par. 94, 938, op blz. 95, 200.

⁶¹ *Ibidem*, blz. 95, 202.

nefit which a business combination with Warner might produce»⁶².

Zoals reeds vermoed kon worden bij de lezing van bovenstaand citaat uit de *Unocal*-beslissing, weigerde de Delaware Supreme Court dus de mogelijke dreigingen uitgaande van een vijandig bod te beperken tot de twee besproken types. Immers, «(t)he open-ended analysis mandated by *Unocal* is not intended to lead to simple mathematical exercise: that is, of comparing the discounted value of Time-Warner's expected trading price at some future date with Paramount's offer and determining which is the higher»⁶³. Indien tot bewijs van het dreigende karakter van het vijandig bod, het belaagde bestuur wijst op zijn eigen, alternatieve strategie of plan, kan het daarin niet alleen aangeven hoe het denkt de aandelenkoers in de toekomst te doen stijgen boven de biedprijs maar mag het ook duiden op andere verschilpunten met het bod. Ofschoon *Paramount v. Time* het niet expliciet stelt, mag men geredelijk aannemen mede op basis van *Unocal*⁶⁴ dat met name ook de respectieve impact van het bod van de overvaller en het plan van de overvallene op ondernemingsbelangen verschillend van de aandeelhoudersbelangen in rekening mag worden gebracht. Een bod kan dus ook een dreiging zijn voor de werknemers, schuldeisers, leveranciers en cliënteel.

Nadat de dreiging was geïdentificeerd, richtte het hof vervolgens zijn aandacht op de vraag naar de evenredigheid (proportionaliteit) van de beschermingsconstructie. De voorgehouden vuistregel is hier dat «even in the light of a valid threat, management actions that are coercive in nature or force upon shareholders a management sponsored alternative to a hostile offer must be struck down as unreasonable and nonproportionate responses»⁶⁵. In casu oordeelde het hof evenwel dat het bod van 51% de aandeelhouders niet een alternatief willens nillens oplegde doch veeleer als doel had de tenuitvoerlegging van een voor het bod bestaande transactie in een gewijzigde vorm. Bovendien werd Paramount niet verhinderd een bod uit te brengen op de gecombineerde Time-Warner entiteit noch de voorwaarden van zijn vijandig bod te wijzigen om het niet langer afhankelijk te maken van de vernietiging van het fusieakkoord. Bijgevolg was de beschermingsconstructie evenredig met de dreiging.

⁶² *Ibidem*, blz. 95, 210.

⁶³ *Ibidem*, blz. 95, 210.

⁶⁴ Zie het citaat uit deze beslissing bij voetnoot 49. Zie ook *Mills Acquisition Co. v. MacMillan, Inc.*, 559 A. 2d 1261 (Del. 1989), dat aangeeft met welke factoren de bestuurders antwoordend op een vijandig bod rekening mogen houden: «In assessing the bid and the bidder's responsibility, a board may consider, among various proper factors, the adequacy and terms of the offer; its fairness and feasibility; the proposed or actual financing for the offer, and the consequences of that financing; questions of illegality; the impact of both the bid and the potential acquisition on other constituencies, provided that it bears some reasonable relationship to general shareholder interests; the risk of non-consummation; the basic stockholder interests at stake; the bidder's identity, prior background and other business venture experiences; and the bidder's business plans for the corporation and their effects on stockholder interests.» *Paramount v. Time* betrof in de eerste plaats de propositie dat de bescherming van aandeelhoudersbelangen niet louter een kwestie is van het waarborgen van een adequate biedprijs.

⁶⁵ *Paramount*, blz. 95, 211.

Het valt op hoezeer de beoordeling van de evenredigheid hier is toegesneden op de feiten van de zaak.

E. De verplichting van de raad van bestuur van de doelvennootschap om een gedocumenteerd antwoord uit te werken

25. De vernieuwde aandacht voor andere groepen van bij de onderneming betrokken personen dan de aandeelhouder is overigens een algemene – niet enkel tot de verfijning van de proportionaliteitsregel beperkte – tendens in het Amerikaanse vennootschapsrecht. Voor beoefenaars van het Belgisch recht en de andere continentale rechtssystemen is dit zeker geen wereldschokkend nieuws. Op dit punt heeft het Amerikaanse rechtssysteem misschien wel iets te leren van de Europese systemen. De verdienste van de proportionaliteitstest schuilt veeleer hierin dat aan de rechter een bijkomende maatstaf verschaft wordt om het gebruik van beschermingsconstructies binnen geoorloofde banen te houden zonder dat hij zich in de plaats van de raad van bestuur dient te stellen (zie randnummer 20). Zoals reeds is opgemerkt, gaan niet alle auteurs in de Amerikaanse rechtsleer daarmee akkoord⁶⁶. De professoren Gilson en Kraakman hebben m.i. nochtans op overtuigende wijze de kracht van de proportionaliteitstest aangetoond indien het eerste onderdeel daarvan (de identificatie van de bedreiging) geïnterpreteerd wordt als de oplegging van de verplichting aan het belaagde bestuur om een concreet en gedetailleerd plan uit te werken waarin het aangeeft hoe het denkt beter te doen dan de vijandige bieder⁶⁷. Het loont m.i. de moeite het voorstel van Gilson-Kraakman te bekijken. Vooraf dient wel te worden opgemerkt dat deze auteurs, in weerwil van *Unocal* (en *Paramount*), de types van bedreigingen tot de bedreiging van aandeelhoudersbelangen beperken. M.i. gaat hun voorstel evengoed op voor bedreigingen van andere ondernemingsbelangen.

26. Het gedetailleerd en concreet plan dient meer te zijn dan een algemeen verhaal over conflicterende beleidsobjectieven onder de 'primary purpose test'. De loutere bewering dat men de onafhankelijkheid van de onderneming wil bewaren is niet voldoende. Geargumenteed dient te worden waarom die beleidsdoelstelling de voorkeur verdient boven een overname: indien men het bod als een bedreiging voor de aandeelhouders ervaart, dient het belaagde bestuur in zijn plan nauwkeurig te beschrijven hoe het denkt de aandeelkoers te doen stijgen; indien men het bod (ook) als een bedreiging voor de produktiviteit en rentabiliteit van de onderneming, het behoud van arbeidsplaatsen en eventueel het nationaal belang ervaart, dient het bestuur de impact van zijn plan op deze factoren te beschrijven en aan te geven hoe het denkt ook op dit vlak beter te doen.

⁶⁶ Zie bv. *JOHNSON en SIEGEL, o.c.*, 333: «Analyzing the seriousness of the threat and the appropriateness of the directors' response to that threat, however, required the courts to substitute their business judgment for that of the directors.»

⁶⁷ *GILSON en KRAAKMAN, o.c.*, 187: het bewijs dat een bod een dreiging inhoudt vereist volgens hen dat het bestuur een eigen plan uitdoktert met gunstigere perspectieven voor de onderneming. Er dient wel te worden opgemerkt dat het om een voorstel gaat: *Pillsbury, Interco* en *Paramount* betroffen het geval waarin het bestuur uit eigen beweging vrijwillig een alternatief plan had voorgesteld.

Indien ook andere dan aandeelhoudersbelangen door het bestuur worden ingeroepen, lijkt de effectiviteit van de proportionaliteitstest (zie randnummer 24) te verminderen: de rechter kan, marginaal toetsend, relatief gemakkelijk vaststellen of de geboden prijs op manifeste wijze lager ligt dan de prijs beloofd door het belaagde bestuur aan zijn aandeelhouders. Hij zal daarentegen m.i. een dergelijke discrepantie tussen de plannen in het licht van hun invloed op niet-aandeelhoudersbelangen moeilijk kunnen duiden. Maar ook in die situatie zet de verplichting tot het opmaken van een concreet en gedetailleerd plan volgens mij een aantal mechanismes in gang die een niet-oordeelkundig gebruik van beschermingsconstructies afremmen⁶⁸.

Een eerste gunstig mechanisme ligt hierin dat de opstelling van een dergelijk plan dikwijls de medewerking vergt van onafhankelijke adviseurs zoals management-consulenten en accountants. Bovendien zullen de onafhankelijke «outside» bestuurders niet gauw bereid zijn een irrealistisch plan van de hand van het management goed te keuren. De inbreng van deze «derden» zal de accuraatheid van het plan bevorderen en overschatting van eigen kunnen tegengaan.

Een tweede wellicht belangrijkste mechanisme dat met de opstelling van een concreet en gedetailleerd plan op gang wordt gebracht is dat het verwachtingen doet rijzen bij de aandeelhouders, werknemers en andere bij de onderneming betrokken personen. Niet-nakoming van de beloftes vervat in het plan zal niet in dank worden afgenomen zodat het bestuur er zich voor zal hoeden een onhaalbaar plan te propageren.

De goede werking van dit mechanisme veronderstelt evenwel dat in geval van een vijandig overnamepoging juridische kanalen geschapen worden die zowel aandeelhouders (met horizon op korte én lange termijn), als werknemers en eventueel andere betrokkenen in staat stellen nauw toe te zien op de door hun raad van bestuur uitgedokterde toekomstplannen. Deze eigen stem van de betrokkenen vermindert meteen de ernst van het belangenconflict bij de bestuurders aangezien deze laatsten hun eventuele persoonlijke belangen niet langer kunnen verbloemen met het verhaal dat ze voor de «onmondige» betrokkenen hun belangen dienen op te komen. In dit licht is het m.i. wenselijk dat de medezeggenschap van werknemers in een overnamesituatie wordt versterkt⁶⁹.

De uitgifte van een prospectus door de bieder en een juridische verplichting van het belaagde bestuur tot opstelling van een concreet en gedetailleerd tegenplan (om beter te doen) stelt mijn inziens beide partijen op gelijke voet. Het bestaan van de bovengenoemde juridische kanalen biedt aan elke bij de onderneming betrokken groep de mogelijkheid zich over elk van de plannen te beraden en uit te spreken. Bovendien kan het tegenover elkaar plaatsen van de projecten een vaak zeer emotioneel overnamegevecht waar persoonlijke antipathieën de boventoon spelen, vermijden als

het leidt tot een objectieve vergelijking van financiële data, boekhoudkundige cijfers en ondernemingsstrategieën. De afkoeling van de gemoederen kan dan het startsein zijn voor de partijen om te komen tot een akkoord en misschien zelfs tot een vriendelijke overname. Dit scenario lijkt op het eerste zicht utopisch. Maar er dient te worden opgemerkt dat in de praktijk een groot aantal vijandige biedingen vooraf worden gegaan door initiatieven van de prospectieve bieder om met de doelwitvennootschap onderhandelingen aan te knopen over een vriendelijke overname. Met de ogen van aandeelhouders en werknemers op het belaagde bestuur en diens alternatief plan gericht, zal deze laatste nu vlugger bereid zijn tot onderhandelingen.

27. Deze mechanismen zullen de raad van bestuur stimuleren om slechts spaarzaam gebruik te maken van verdedigingstechnieken of er in de loop van het overnamegevecht van af te zien. Inderdaad, de *verplichting* voor het bestuur van de doelvennootschap om een gedocumenteerd alternatief voor het bod uit te werken indien het zich tegen dat bod wil verweren, verhoogt de transparantie in het overnamegevecht. Het gunstig gevolg van deze verhoogde transparantie is dat het belaagde bestuur uit eigen beweging vaak zal afzien van een gerechtvaardigd verweer. Ongegrond verweer wordt in de kiem gesmoord.

Indien de raad van bestuur dan toch beslist om een beschermingsconstructie op te zetten, omdat hij meent dat zijn eigen plan duidelijk beter voor de onderneming is, zal de rechter deze appreciatie behoudens een marginale toetsing dienen te respecteren. Die marginale toetsing zal evenwel dankzij de concreetheid van de plannen minder marginaal kunnen zijn dan wanneer een algemeen verhaal over conflicterende beleidsobjectieven wordt gegeven en kan bestaan in het doorvoeren van de onder B. tot D. besproken rechterlijke controle. Door zich te verzetten met als gevolg de verplichting van valabel alternatief uit te werken zet de raad welw zijn geloofwaardigheid op het spel: hij engageert zich om zijn strategie uit te voeren. Dit alleen al kan de onderneming revitaliseren. Faalt het bestuur in de verwezenlijking van zijn beloftes, dan kan het zich verwachten aan het ongenoegen van aandeelhouders en werknemers en aan weinig begrip vanwege de rechter ingeval deze in een later overnamegevecht opnieuw een beschermingsconstructie dient te beoordelen.

III. Samenvatting

28. De Amerikaanse economische vakliteratuur geeft een belangrijk inzicht in hoe vijandige overnames de verschillende bij de onderneming betrokken belangen raken.

De impact op de verschillende belangen is niet eenduidig. Er lijkt inderdaad niet één algemeen geldend verklaringsmodel of oorzaak te bestaan voor een vijandige overname. De proponenten van vijandige overnames schuiven de vervanging van inefficiënt management en de verwezenlijking van synergieën als de dominerende oorzaken naar voor. Een vijandige overname zal leiden tot een verhoogde efficiëntie van de produktiemiddelen van de doelvennootschap. Bovendien menen zij dat het best voorhanden zijnde mechanisme voor die efficiënte allocatie van produktiemiddelen bestaat in de vrije werking van de (kapitaal)markt en dus de toedeling van de beslissingsmacht inzake aanvaarding van een bod aan de aandeelhouders maar ook het belang van

⁶⁸ Voor een uitvoeriger bespreking van deze mechanismen, zie GILSON en KRAAKMAN (o.c., 192-197). Het zij herhaald dat zij enkel de belangen van de aandeelhouders beogen.

⁶⁹ Zie reeds het K.B. van 27 november 1973 houdende reglementering van de economische en financiële verrichtingen. Op Europees niveau is de problematiek van medezeggenschap van werknemers in het kader van de 13de Richtlijn (en andere Richtlijnen inzake de harmonisatie van het vennootschapsrecht) aan de orde.

de gemeenschap in haar geheel zijn op die wijze gebaat. Steun voor hun stellingen vonden zij in de zgn. event studies.

Follow-up studies van de hand van industriële organisatie-economisten kwamen daarentegen tot het besluit dat na een overname of fusie zich geen verhoogde efficiëntie in de vorm van kostenverlagingen of gestegen omzet, marktaandeel en winsten op betekenisvolle wijze voordeed. Een uitleg hiervoor kan gevonden worden in de economische theorieën die wijzen op het sub-optimaal gedrag van de bieder («overbidding» theorieën).

Deze inzichten suggereren dat de regel die de aandeelhouders laat beslissen (m.a.w. de vrije werking van de markt) de belangen van de niet-aandeelhouders en de stabiele aandeelhouders betrokken bij de onderneming in een aantal overnamegevechten ten goede zal komen, doch in andere overnamegevechten te weinig recht zal laten wedervaren. De aandeelhouders-beleggers lijken daarentegen meestal te winnen. Bovendien maakt deze regel abstractie van het probleem van de mogelijke welvaartsverdelende gevolgen van een overigens efficiëntie-verhogende overname. Een tweede inzicht is dat niet alleen het inefficiënt beleid van het belaagde bestuur, waar men het meestal over heeft, maar ook van de bieder de verklaring kan zijn voor een vijandig bod.

29. De Amerikaanse rechtspraak blijft uitgaan van de regel dat aan de raad van bestuur de bevoegdheid toekomt om afweermaatregelen te nemen tegen een vijandige overval. In de loop der jaren hebben de Amerikaanse rechtbanken geworsteld met de vraag hoe deze bevoegdheid te begrenzen zonder daarbij in de plaats te treden van de raad van bestuur. De oplossingen die zij hebben uitgewerkt, kunnen mijns inziens nuttig zijn voor het Belgische recht, voor zover de raad van bestuur daar de bevoegdheid inzake afweermaatregelen heeft behouden. Het door het Belgische recht gehuldigde beginsel van de marginale toetsing van bestuurs-handelingen aan het vennootschapsbelang staat, indien het in zijn strikte logica wordt toegepast, immers gelijk met een haast volledig ontbreken van rechterlijke controle.

In deze bijdrage zijn drie door de Amerikaanse rechtspraak ontworpen benaderingen van rechterlijk toezicht beschreven. Allereerst speurt de rechter onder de *primary purpose test* naar de werkelijke beweegredenen van de raad van bestuur. Dit onderzoek («motive analysis») heeft hem in verschillende gevallen in staat gesteld om op een niet-arbitraire wijze kapitaalverhogingen als ongeoorloofde afweermaatregelen ongedaan te maken. In de tweede plaats controleert de rechter onder de *duty of care analysis* of de afweermaatregel een voorzichtige en geïnformeerde beslissing is, waaraan een deugdelijk besluitvormingsproces is voorafgegaan. Beide technieken stellen de rechter in staat de uitoefening van de bevoegdheid van de raad van bestuur op diepgaandere wijze te controleren dan een louter marginale toetsing aan het vennootschapsbelang. De reden daarvoor, zoals hiervoren is betoogd, is eenvoudig. Terwijl de rechterlijke toetsing van een bestuurshandeling aan het vennootschapsbelang noodzakelijkerwijze marginaal dient te zijn, is een onderzoek naar de waarachtigheid van beweegredenen en

de meting van het voorzichtigheidsgehalte van een handeling een typische aangelegenheid die binnen de specialiteit van de rechter valt.

Afweermaatregelen blijven gemakkelijker overeind onder deze beoordelingscriteria indien de meerderheid van de raad van bestuur op dat moment bestond uit «outside»-bestuurders. De aanwezigheid van dergelijke onafhankelijke bestuurders in de raad zou de Belgische rechtspraak ook dienen aan te moedigen.

De *proportionaliteitstest* verwacht van de bestuurders dat zij de bedreiging van het bod voor de onderneming identificeren alvorens over te gaan tot het gebruik van daarmee evenredige beschermingsconstructies. Ofschoon niet vrij van mogelijke rechterlijke willekeur, verdient het evenredigheids criterium zeker nadere overweging: de rechter is vertrouwd met de toepassing van een dergelijk criterium in andere rechtstakken. Om de test zijn volledige draagwijdte te geven is evenwel vereist, zoals door gezaghebbende auteurs is voorgesteld, dat aan de bestuurders de verplichting wordt opgelegd een alternatief, concreet en gedetailleerd tegenplan uit te werken. De oplegging van een dergelijke verplichting door de rechter zal het onoordeelkundig gebruik van beschermingsconstructies afremmen zonder dat de rechter de grenzen van zijn bekwaamheid overschrijdt. Het bestaan van die verplichting zal alle betrokkenen bij de overvallen onderneming — managementconsulenten, accountants, «outside»-bestuurders, werknemersvertegenwoordigers en het management zelf — ertoe aanzetten nauwkeurig na te gaan en te vergelijken of de onderneming (met alle daarbij horende belangen) het meest gebaat is met de overname dan wel met het behoud van de bestaande structuren. De raad van bestuur van de doelvennootschap zal dan vaak op eigen initiatief afzien van het gebruik van afweertechneken en knapt derhalve zelf het werk op voor de rechter.

Meer algemeen verhoogt de verplichting, bij verzet tegen het bod, een alternatief plan op te stellen de transparantie in het overnamegevecht en wordt de lat tussen bieder en overvallen bestuur in hun dingen naar de macht over de doelvennootschap gelijkgelegd. Vandaag wordt ter gelegenheid van een overnamebod immers alleen aan de bieder gevraagd hoe hij het toekomstig beleid ziet voor de overgenomen onderneming.

30. De navolging in het Belgische recht van deze benaderingen zal de raad van bestuur stimuleren om een vijandig bod van antwoord (al dan niet met gebruik van beschermingsconstructies) te dienen na een evenwichtige afweging van het belang van de aandeelhouders en de andere bij de onderneming betrokken belangen. Indien deze benaderingen effectief blijken te zijn, zal de regel die het beslissingsrecht inzake beantwoording van een overnamebod aan de raad van bestuur toekent, mogelijk de belangenaccomodatatie beter realiseren dan wanneer de aandeelhouders beslissen. De belangen van de verkopende aandeelhouders lopen immers niet noodzakelijk parallel met de andere ondernemingsbelangen.

Yves VAN GERVEN

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

10 DECEMBER 1990

Voorzitter: de h. Hess

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts

Verzekering – Motorrijtuigen – Aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen – Begrip

Wanneer in een polis «burgerrechtelijke aansprakelijkheid familiale» bepaald wordt dat voor de landmotorvoertuigen of de spoorvoertuigen, die onderworpen zijn aan bij de wet verplichte verzekering, slechts dan dekking verleend wordt voor de schade door verzekerden aan derden veroorzaakt, wanneer de verzekerden een soortgelijk voertuig besturen zonder de daartoe wettelijk vereiste leeftijd te hebben bereikt en buiten medeweten van hun ouders, van de personen die ze onder hun hoede hebben en van de houder van het voertuig, is de op grond van zodanige polis gesloten overeenkomst niet te beschouwen als een aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen in de zin van de Gemeenschappelijke Bepalingen. Een in de overeenkomst vervat beding ten behoeve van derden doet daaraan niet af.

L. t/ C. e.a.
Zaak A 89/7

Conclusie van de advocaat-generaal H. Lenaerts

Onderwerp van de vraag

In zijn arrest van 20 oktober 1989 stelt het Hof van Beroep te Antwerpen een vraag van uitleg van de artikelen 1, 2 en 3 van de Gemeenschappelijke Bepalingen behorende bij de Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen. Het vraagt inzonderheid «of de verzekeringsovereenkomst burgerrechtelijke aansprakelijkheid familiale, afgesloten tussen de burgerrechtelijk aansprakelijke partij, in casu de vader van de klager, en de door de regering erkende verzekeringsmaatschappij N.V. Z., te beschouwen is als een aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, wanneer in de polis, die een beding ten behoeve van derden inhoudt, bepaald wordt dat voor de landmotorvoertuigen of de spoorwegvoertuigen, die onderworpen zijn aan een bij de wet verplichte verzekering, slechts dekking verleend wordt voor de schade door verzekerden aan derden veroorzaakt, wanneer de verzekerden een soortgelijk voertuig besturen zonder de daartoe wettelijk vereiste leeftijd te hebben bereikt en buiten medeweten van hun ouders, van de personen die ze onder hun hoede hebben en van de houder van het voertuig, met beperking van de vergoeding wegens materiële en lichamelijke schade tot respectievelijk 25 en 500 miljoen frank».

Feiten

Frank C. heeft, toen hij 16 jaar was, met een gestolen voertuig een verkeersongeval veroorzaakt. Hij werd op strafge-

bied o.m. veroordeeld om een motorrijtuig op de openbare weg te hebben bestuurd zonder verzekering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid en zonder geldig rijbewijs. Op civielrechtelijk gebied werd hij, samen met zijn ouders en het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding aan de benadeelde.

Voor het hof van beroep voeren Frank C. en het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds aan dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van C. gedekt is door de verzekering «Burgerrechtelijke Aansprakelijkheid Familiale» die zijn vader heeft gesloten bij de naamloze vennootschap Z.

Artikel 3, 2°, van die verzekeringspolis bepaalt: «Voor de landmotorvoertuigen of de spoorvoertuigen die onderworpen zijn aan een bij de wet verplichte verzekering, wordt slechts dekking verleend voor de schade door verzekerden aan derden veroorzaakt wanneer de verzekerden een soortgelijk voertuig besturen zonder de daartoe wettelijk vereiste leeftijd te hebben bereikt en buiten medeweten van hun ouders, van de personen die ze onder hun hoede hebben en van de houder van het voertuig.» Volgens artikel 9 wordt de vergoeding wegens materiële en lichamelijke schade beperkt tot respectievelijk 25 en 500 miljoen frank. Artikel 10 bevat een beding ten behoeve van derden.

Vraag is of deze verzekering kan worden aangemerkt als een verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen.

Bespreking van de vraag

Bij arrest van 17 maart 1986 heeft het Benelux-Gerechts-hof beslist dat de Gemeenschappelijke Bepalingen niet van toepassing zijn op een «verzekering van de incidentele bestuurder die de burgerlijke aansprakelijkheid dekt van een bepaald persoon voor het geval dat hij een motorrijtuig, welk dan ook, bestuurt».

Het Hof grondt deze beslissing op de overweging dat zowel de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen als de daarbij horende Gemeenschappelijke Bepalingen «uitgaan van en uitsluitend betrekking hebben op een verzekering waarvan het onderwerp is de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe een bepaald motorrijtuig aanleiding kan geven». Dit blijkt in het bijzonder uit de eerste paragraaf van artikel 3 van de Gemeenschappelijke Bepalingen, volgens welke bepaling de verzekering, «behoudens de in de slotwoorden vervatte uitzondering, de burgerrechtelijke aansprakelijkheid moet dekken van de eigenaar, van iedere houder, van iedere bestuurder van het verzekerde motorrijtuig, alsmede die van ieder die wordt vervoerd met dat motorrijtuig»¹.

¹ Arrest in de zaak A 84/4, Openbaar Ministerie en Meeuws tegen Lloyd Wigham, *Jurisprudentie*, 1986, deel 7, blz. 2; zie nrs. 19, 20 en 27 van het arrest.

Aan deze vereisten voldoet de in onderhavige vraag bedoelde verzekering gezinsaansprakelijkheid niet.

Zij dekt niet de aansprakelijkheid waartoe een bepaald voertuig aanleiding kan geven, maar de aansprakelijkheid

van bepaalde personen die welk motorrijtuig ook besturen, met name de verzekerden die een voertuig besturen «zonder de daartoe wettelijk vereiste leeftijd te hebben bereikt en buiten medeweten van hun ouders, van de personen die ze onder hun hoede hebben en van de houder van het voertuig».

De verzekering gezins aansprakelijkheid verleent dekking in gevallen waarin de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen geen schadevergoeding toekent. Zij vult deze laatste dus enigermate aan, maar geldt in geen geval als zodanig.

Besluit

Ik meen dat de in de vraag bedoelde verzekering gezins aansprakelijkheid niet kan worden aangemerkt als een verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen die aan de Gemeenschappelijke Bepalingen beantwoordt.

Arrest

1. Gezien het afschrift van het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen, zevende kamer, rechtdoende in correctionele zaken, gewezen op 20 oktober 1989 (...);

Ten aanzien van de feiten

2. Overwegende dat de feiten die aan de vraag ten grondslag liggen, volgens het arrest, kunnen worden samengevat als volgt :

Op 29 november 1986 nam de toen zestienjarige Frank C. te Antwerpen-Merksem de personenauto die toebehoorde aan zijn oom André L. bedrieglijk weg. Toen hij met die auto de openbare weg bereed, werd hij betrokken in een ongeval, dat voor de partij Marc L. stoffelijke schade tot gevolg had.

Roger C., vader van en civielrechtelijk aansprakelijke voor de beklaagde Frank C., had met de door de regering erkende verzekeringsmaatschappij N.V. Z. een verzekeringscontract gesloten van het type «Burgerrechtelijke aansprakelijkheid familiale» waarvan artikel 3, 2°, bepaalt :

«Voor de landmotorvoertuigen of de spoorvoertuigen die onderworpen zijn aan een bij de wet verplichte verzekering, wordt slechts dekking verleend voor de schade door verzekerden aan derden veroorzaakt wanneer de verzekerden een soortgelijk voertuig besturen zonder de daartoe wettelijk vereiste leeftijd te hebben bereikt en buiten medeweten van hun ouders, van de personen die ze onder hun hoede hebben en van de houder van het voertuig»; het arrest vermeldt nog : «dat blijkens artikel 9 de vergoeding wegens materiële en lichamelijke schade beperkt wordt tot een plafond van respectievelijk 25 en 500 miljoen frank ; dat tenslotte in artikel 10 van de polis een beding ten behoeve van derden wordt voorzien»;

Frank C. werd, voor zover hier van belang, voor de Correctionele Rechtbank te Antwerpen vervolgd wegens het strafbaar feit vermeld in de telastlegging A, luidende als volgt :

«Met overtreding van de artikelen 1, 2, § 1, en 18, §§ 1 en 3, en 19 van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, op de openbare weg of op terreinen die toegankelijk zijn voor het publiek of voor een zeker aantal personen die het recht hebben om er te komen bestuurder te zijn geweest van een motorrijtuig, zonder dat de burgerrechtelijke aan-

sprakelijkheid waartoe dit motorrijtuig aanleiding kan geven gedekt was door een verzekering welke aan de bepalingen van deze wet beantwoordt»;

De ouders van de beklaagde, de genaamde Roger C. en Alfonsine L., werden als civielrechtelijk aansprakelijken voor hun minderjarige zoon Frank C. gedagvaard ; de benadeelde, Marc L., stelde zich burgerlijke partij tegen de beklaagde, de civielrechtelijk aansprakelijke partijen en tegen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds, dat vrijwillig was tussengekomen ;

De Correctionele Rechtbank te Antwerpen verklaarde bij op tegenspraak gewezen vonnis van 20 juni 1988 de beklaagde schuldig, veroordeelde hem strafrechtelijk en veroordeelde hem alsmede zijn ouders, als civielrechtelijk aansprakelijke personen, en het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds in solidum om aan de benadeelde schadevergoeding te betalen ;

Op het hoger beroep van de beklaagde, de civielrechtelijk aansprakelijke partijen en het openbaar ministerie werden ook bij arrest van 30 augustus 1988, gewezen bij verstek ten aanzien van de beklaagde en de civielrechtelijk aansprakelijke partijen en op tegenspraak jegens de andere partijen, door het Hof van Beroep te Antwerpen strafrechtelijke veroordelingen uitgesproken en werd, op civielrechtelijk gebied, het beroepen vonnis bevestigd ;

Na verzet van de beklaagde en de civielrechtelijk aansprakelijke ouders lieten beide laatstgenoemden voor het hof van beroep de N.V. Z. dagvaarden ten einde in de procedure tussen te komen opdat het te verlenen arrest ook voor deze bindend wordt verklaard ;

De beklaagde en het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds voerden voor het hof van beroep aan dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het genoemd gebruik door de beklaagde van de auto van zijn oom aanleiding had gegeven, gedekt was door de verzekering die Roger C. met de N.V. Z. had gesloten, nu die verzekering volgens hem beantwoordde aan de voorschriften van de artikelen 1, 2 en 3 van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen ;

Ten aanzien van het verloop van het geding

3. Overwegende dat het hof van beroep, alvorens nader recht te spreken, het Benelux-Gerechtshof heeft verzocht «de artikelen 1, 2 en 3 van de gemeenschappelijke bepalingen behorende bij de overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen uit te leggen en meer bepaald nader toe te lichten of de verzekeringsovereenkomst burgerrechtelijke aansprakelijkheid familiale, afgesloten tussen de burgerrechtelijk aansprakelijke partij, in casu de vader van de beklaagde, en de door de regering erkende verzekeringsmaatschappij N.V. Z., te beschouwen is als een aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, wanneer in de polis, die een beding ten behoeve van derden voorziet, bepaald wordt dat voor de landmotorvoertuigen of de spoorvoertuigen, die onderworpen zijn aan een bij de wet verplichte verzekering, slechts dekking verleend wordt voor de schade door verzekerden aan derden veroorzaakt, wanneer de verzekerden een soortgelijk voertuig besturen zonder de daartoe wettelijk vereiste leeftijd te hebben bereikt en buiten medeweten van hun ouders, van de personen die ze onder hun hoede hebben en van de houder van het voertuig, met beperking van de vergoeding

wegens materiële en lichamelijke schade tot respectievelijk 25 en 500 miljoen frank»;

...

Ten aanzien van het recht

8. Overwegende dat uit het relaas van de feiten volgt dat de hier ter sprake komende verzekeringsovereenkomst niet dekt de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe een bepaald motorrijtuig aanleiding kan geven, maar wel de aansprakelijkheid van bepaalde personen voor het geval dat zij incidenteel enig motorrijtuig besturen in de omstandigheden die in de polis omschreven zijn;

9. Overwegende dat de vraag van het hof van beroep hierop neerkomt: is een verzekering als in de vraag omschreven te beschouwen als een aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, in de zin van de Gemeenschappelijke Bepalingen;

10. Overwegende dat, zoals het Benelux-Gerechtshof in zijn arrest van 17 maart 1986 in de zaak A 84/4 heeft overwogen, de artikelen van de Gemeenschappelijke Bepalingen niet van toepassing zijn op de in de vraag bedoelde «verzekering van de incidentele bestuurder» die de burgerrechtelijke aansprakelijkheid dekt van een bepaalde persoon voor het geval dat hij een motorrijtuig, welk dan ook, bestuurt;

11. dat immers zowel de Overeenkomst als de daarbij behorende Gemeenschappelijke Bepalingen uitgaan van en uitsluitend betrekking hebben op een verzekering waarvan het onderwerp is de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe een bepaald motorrijtuig aanleiding kan geven;

12. dat zulks in het bijzonder blijkt uit de eerste paragraaf van artikel 3 der Gemeenschappelijke Bepalingen, volgens welke bepaling «de verzekering» — dat is de verzekering waarop de Overeenkomst en de Gemeenschappelijke Bepalingen betrekking hebben — behoudens de in de slotwoorden vervatte uitzondering, de burgerrechtelijke aansprakelijkheid moet dekken van de eigenaar, van iedere houder, van iedere bestuurder van het verzekerde motorrijtuig, alsmede die van ieder die wordt vervoerd met dat motorrijtuig;

13. Overwegende dat uit het hiervoren onder de nummers 8 tot 12 overwogene volgt dat op de vraag van het hof van beroep moet worden geantwoord dat, wanneer in een polis «burgerrechtelijke aansprakelijkheid familiale», als bedoeld in de vraag, bepaald wordt dat voor de landmotorvoertuigen of de spoorvoertuigen, die onderworpen zijn aan een bij de wet verplichte verzekering, slechts dan dekking verleend wordt voor de schade door verzekerden aan derden veroorzaakt, wanneer de verzekerden een soortgelijk voertuig besturen zonder de daartoe wettelijk vereiste leeftijd te hebben bereikt en buiten medeweten van hun ouders, van de personen die ze onder hun hoede hebben en van de houder van het voertuig, de op grond van zodanige polis gesloten overeenkomst niet te beschouwen is als een aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen in de zin van de Gemeenschappelijke Bepalingen;

14. dat een in de overeenkomst vervat beding ten behoeve van derden aan het vorenstaande niet afdoet;

...

Verklaart voor recht:

20. Wanneer in een polis «burgerrechtelijke aansprakelijkheid familiale» bepaald wordt dat voor de landmotorvoertuigen of de spoorvoertuigen, die onderworpen zijn aan

een bij de wet verplichte verzekering, slechts dan dekking verleend wordt voor de schade door verzekerden aan derden veroorzaakt, wanneer de verzekerden een soortgelijk voertuig besturen zonder de daartoe wettelijk vereiste leeftijd te hebben bereikt en buiten medeweten van hun ouders, van de personen die ze onder hun hoede hebben en van de houder van het voertuig, is de op grond van zodanige polis gesloten overeenkomst niet te beschouwen als een aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen in de zin van de Gemeenschappelijke Bepalingen;

21. Een in de overeenkomst vervat beding ten behoeve van derden doet aan het vorenstaande niet af.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 17 SEPTEMBER 1990

Voorzitter: de h. Caenepeel

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Houtekier en Dassesse

Arbeidsovereenkomst — Einde — Faillissement — Beëindiging door curator — Opzeggingstermijn of opzeggingsvergoeding — Overgang van onderneming — Collectieve arbeidsovereenkomst — Nieuwe werkgever — Behoud van arbeidsvoorwaarden — Gevolg

Het krachtens de wet aan de ontslagen werknemer toegekende recht op een voldoende opzeggingstermijn c.q. vergoeding, kan niet worden beperkt door een C.A.O.

De omstandigheid dat een werknemer, ingevolge C.A.O.-bepalingen, bij de overname door een nieuwe werkgever de bij de vorige werkgever collectief bedongen of collectief toegepaste arbeidsvoorwaarden behoudt, staat er niet aan in de weg dat die werknemer recht heeft op een voldoende opzeggingstermijn c.q. vergoeding, als hij, na een faillissement, door de curator eenzijdig is ontslagen. Bij een dergelijke overname beperkt de wet het recht van de werknemer enkel t.a.v. het Sluitingsfonds.

N.V. G. t/ De S. en N.V. G.

Conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts

Het eerste onderdeel van het middel komt op tegen de beslissing dat eerste verweerster recht heeft op een opzeggingsvergoeding lastens het faillissement G.

Eiseres grondt haar grief allereerst op artikel 14 van de C.A.O. nr. 32bis van 7 juni 1985. Dit bepaalt dat de anciënniteit die de als gevolg van faillissement ontslagen werknemer bij de failliete werkgever heeft verworven, in aanmerking wordt genomen wanneer hij, behoudens tijdens de proeftijd, ontslagen wordt door de nieuwe werkgever die de activa heeft overgenomen. Hieruit leidt eiseres af dat de werknemer diezelfde anciënniteit geen tweede maal in aanmerking kan doen nemen om aanspraak te maken op een opzeggingsvergoeding ten laste van zijn vroegere werkgever.

Het recht op opzeggingsvergoeding is wettelijk geregeld, inzonderheid door artikel 39, § 1, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978. Dat recht kan niet door of ingevolge een C.A.O. worden ontnomen of beperkt.

Luidens artikel 9.1 van de C.A.O.-wet zijn de bepalingen van een C.A.O., die strijdig zijn met de dwingende bepalingen van de wet, nietig. En artikel 39, § 1, van de Arbeids-overeenkomstenwet is, volgens het arrest van 17 maart 1986¹, van dwingend recht ten voordele van de werknemer. Overigens bevestigt artikel 51 van de C.A.O.-wet dat in «de hiërarchie van de bronnen der verbintenissen in de arbeids-betrekkingen tussen werkgevers en werknemers» de dwingende bepalingen van de wet voorrang hebben op de C.A.O.'s, ook wanneer zij algemeen verbindend verklaard zijn.

Tevergeefs beroept eiseres zich dus op de C.A.O. nr. 32bis om aan eerste verweerster het recht op opzeggingsvergoeding te ontzeggen.

Anders ware het geweest, zo de bepalingen van die C.A.O. waarop het middel steunt, ook waren genomen ter uitvoering van de EEG-richtlijn 77/187 van 14 februari 1977² zoals dit het geval is met hoofdstuk II van de C.A.O., dat de rechten van de werknemers regelt bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst. In deze zaak gaat het echter om overname van activa na faillissement. En op zulk een overgang vindt, volgens het Hof van Justitie, de richtlijn geen toepassing³.

In de tweede plaats voert eiseres aan dat uit de wet van 12 april 1985 volgt dat de ten gevolge van faillissement ontslagen maar daarna overgenomen werknemers geen recht hebben op een opzeggingsvergoeding, omdat zij aanspraak hebben op een overbruggingsvergoeding ten laste van het Sluitingsfonds.

Die wetgeving heeft niets te maken met de rechten die de werknemer tegenover zijn oorspronkelijke werkgever kan doen gelden, en inzonderheid met zijn eventueel recht op opzeggingsvergoeding.

De memorie van toelichting bij de wet van 12 april 1985 zegt zeer duidelijk: «Het wetsontwerp wil de aanspraken op een verbrekingsvergoeding, die eventueel door de vroegere werkgever aan de werknemers moet worden betaald krachtens de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, niet in vraag stellen»⁴.

Weliswaar heeft de minister in de kamercommissie verklaard: «Indien (de werknemer) een recht op overbruggingsvergoeding doet gelden, sluit dit evenwel in dat hij afstand doet van de verbrekingsvergoeding, tenzij hij naderhand opnieuw wordt ontslagen»⁵. Maar dan bedoelt hij dat alsdan het Sluitingsfonds geen opzeggingsvergoeding meer verschuldigd is. Dat is uitdrukkelijk bepaald in artikel 2, § 4, van de Sluitingswet van 30 juni 1967, ingevolge de aanvulling door artikel 17 van de wet van 12 april 1985. Overigens wordt tijdens de voorbereiding van de wet tot driemaal toe herhaald dat een van de beginselen van de wet is dat de werknemer die de overbruggingsvergoeding ontvangt, afziet van «de verbrekingsvergoeding die *het Fonds* had moeten betalen»⁶. Wat dus in geen geval wil zeggen dat ook de werkgever geen opzeggingsvergoeding verschuldigd is. Zo de wetgever de werkgever van enige verplichting dienaangaande wil ontslaan, moet hij de Arbeidsovereenkomstenwet, inzonderheid artikel 39, wijzigen. Een verlichting van de verplichtingen van het Sluitingsfonds volstaat daartoe niet.

Ten slotte betoogt eiseres dat de overgang van eerste verweerster naar de nieuwe werkgever schuldvernieuwing heeft doen ontstaan.

Daarmee erkent eiseres dus dat eerste verweerster wel recht had op een opzeggingsvergoeding. Hoe de betaling van die vergoeding dan overgaat op de nieuwe werkgever door het enkele feit dat deze niet de bestaande arbeidsovereenkomst overneemt maar een nieuwe overeenkomst sluit, zie ik niet meteen.

Maar hoe dan ook, voor de feitenrechtters werd dit middel niet aangevoerd, zodat het nieuw en derhalve niet ontvanke-lijk is.

Het onderdeel kan niet slagen.

...

¹ A.C., 1985-86, nr. 452.

² Richtlijn van de Raad inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Statens betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen ervan.

³ Arresten van 7 februari 1985 in de zaken 135/83, 179/83 en 186/83, met concl. advocaat-generaal Sir Gordon Slynn, *Jurisprudentie van het Hof van Justitie*, 1985, 469, 511 en 519.

⁴ Senaat, 1983-84, *Gedr. St.*, nr. 697/1, blz. 6.

⁵ Kamer, 1984-85, *Gedr. St.*, nr. 1073/2, blz. 2.

⁶ Senaat, 1983-84, *Gedr. St.*, nrs. 697/1, blz. 2, en 697/2, blz. 3; Kamer, 1984-85, *Gedr. St.*, nr. 1073/2, blz. 2.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 23 juni 1989 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

I. In zoverre de voorziening gericht is tegen eerste verweerster:

Over het middel, gesteld als volgt: «schending van de artikelen 1234, 1271, 1273, 1274, 1275, 1276, 1277 van het Burgerlijk Wetboek, 4, 6 van de wet van 28 juni 1966 betreffende de schadeloosstelling van de werknemers die ontslagen worden bij sluiting van ondernemingen, gewijzigd bij de wetten van 28 juli 1971, 22 januari 1985, 12 april 1985 en bij het koninklijk besluit van 13 december 1977, 2 van de wet van 30 juni 1967 tot verruiming van de opdracht van het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting der ondernemingen ontslagen werknemers, gewijzigd bij de wetten van 30 maart 1976, 22 januari 1985 en 12 april 1985, 39, § 1, en 82 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 14 december 1984, 5, 1°, en 7, 1°, van de wet van 12 april 1985, waarbij het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers belast wordt met de uitbetaling van een overbruggingsvergoeding, 11, 12, 13, en 14 van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32bis, gesloten op 7 juni 1985 in de Nationale Arbeidsraad, betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement of gerechtelijk akkoord door boedelafstand, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 25 juli 1985 (*B.S.*, 9 augustus 1985),

doordat het arrest voor recht zegt dat eerste verweerster een schuldvordering heeft in het faillissement van de N.V. G., met maatschappelijke zetel te L. ten belope van

1.249.515 frank, wegens opzeggingsvergoeding en van 76.293 frank, wegens sluitingspremie (...)

terwijl, eerste onderdeel, (...)

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eerste verweerster sinds 1 februari 1964 in dienst was van eiseres, dat zij na het faillissement van de N.V. G. in dienst werd gehouden door de curators tot op 26 maart 1986, dat zij door de curators op 26 maart 1986 werd ontslagen en, na een korte werkloosheidsperiode, op 1 april 1986, op grond van de door de curators bedongen overname van activa en werknemers, door tweede verweerster in dienst werd genomen; dat het arrest, dat in zoverre niet wordt bestreden, beslist dat de bepalingen van de C.A.O. nr. 32bis op eerste verweerster toepasselijk zijn, zodat zij het recht behoudt op de bij de vorige werkgever bestaande collectief bedongen of collectief toegepaste arbeidsvoorwaarden;

Dat de appelrechters oordelen dat eerste verweerster tegenover eiseres zowel op een opzeggingsvergoeding als op een sluitingsvergoeding recht heeft;

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat, als de werkgever eenzijdig een arbeidsovereenkomst beëindigt, de werknemer in beginsel recht heeft op een voldoende opzeggingstermijn of op een vervangende vergoeding als de opzeggingstermijn onvoldoende is;

Dat dit krachtens de wet toegekend recht niet kan worden beperkt door een collectieve arbeidsovereenkomst;

Dat de omstandigheid dat een werknemer wordt overgenomen door een nieuwe werkgever met behoud van de bij de vorige werkgever bestaande collectief bedongen of collectief toegepaste arbeidsvoorwaarden, er aldus niet aan in de weg staat dat als de curator na een faillissement eenzijdig een werknemer ontslaat, deze werknemer recht heeft op een voldoende opzeggingstermijn of op een vervangende vergoeding;

Dat de rechten van de werknemer bij een dergelijke overname slechts onder omstandigheden wettelijk beperkt worden tegenover het Sluitingsfonds doch niet tegenover de vroegere werkgever of de curator van zijn faillissement;

Overwegende dat de appelrechters vaststellen dat de curators eerste verweerster eenzijdig hebben ontslagen zonder opzeggingstermijn; dat zij, door in die omstandigheden te beslissen dat eerste verweerster recht had op een opzeggingsvergoeding, de in het onderdeel dienaangaande aangevoerde wetsbepalingen niet schenden;

Dat het onderdeel in zoverre niet kan worden aangenomen;

Overwegende dat eiseres voor de appelrechters niet heeft aangevoerd dat er door de overdracht schuldvernieuwing is ontstaan;

Dat het onderdeel nieuw is, nu het de feitenrechters niet werd voorgelegd en dezen er ambtshalve geen uitspraak hebben over gedaan;

Dat het onderdeel in zoverre niet ontvankelijk is;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 20 SEPTEMBER 1990

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Velu, eerste advocaat-generaal

Advocaten: mrs. Dassel, Draps en Simont

Hoven en rechtbanken – Rechtsmacht – Bestuurlijke handeling – Toetsingsbevoegdheid – Voorlopige maatregelen – Kort geding

De rechterlijke macht vermag niet de opportuniteit van een bestuurshandeling te beoordelen.

Zij is daarentegen wel bevoegd om de onrechtmatige aantasting van een burgerlijk recht zowel te voorkomen als te vergoeden, ongeacht de persoon die het recht heeft aangetast. Zulks geldt voor elke foutieve aantasting van een subjectief recht door de bestuursoverheid.

Evenzo is de rechter die in kort geding uitspraak doet over de gevallen die hij spoedeisend acht, bevoegd om ten aanzien van de bestuursoverheid welke die aantasting heeft begaan, bij voorraad maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om de rechten van particulieren te vrijwaren.

Stad Borgworm t/ B. en Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 29 september 1988 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 1382, 1383 van het Burgerlijk Wetboek, 25, 29, 30, 92, 93, 107 van de Grondwet, 75, 78, 86 en 87 (de laatste twee als gewijzigd, voor zover zij het Waalse Gewest betreffen, bij artikel 1 van het decreet van 15 december 1983) van de Gemeentewet van 30 maart 1836,

doordat het arrest, ten aanzien van het feit dat eiseres bij besluit van 1 oktober 1981, dat onmiddellijk in werking treedt en dat in het besluit van 26 maart 1984 gehandhaafd blijft, de wedde van de eerste verweerder tot het einde van de tegen hem ingestelde tuchtrechtelijke procedure volledig heeft ingehouden, zegt dat eiseres een fout heeft begaan, op grond dat «de maatregel van volledige inhouding van de wedde (van de eerste verweerder) werd genomen vooraleer de grieven door het Ministerie van Binnenlandse Zaken werden onderzocht, en de voorbereiding was van een procedure die, naar de wens van (eiseres) uiteindelijk tot de sanctie van afzetting met terugwerkende kracht tot 1 oktober 1981, de dag van de schorsingsmaatregel, moest leiden»; dat «het standpunt van (eiseres) aangaande de ernst van de feiten op zijn minst gewaagd en aanmatigend was, nu, enerzijds, de gemeentelijke overheid niet bevoegd was om de gewenste straf op te leggen en, anderzijds, de directeur van de Algemene Rijkspolitie over de grieven behoedzaam als appreciatie gaf dat er niet uit kon worden opgemaakt 'of er beroepsfouten waren begaan die voldoende ernstig waren om tot afzetting te leiden'»; dat «de gemeentelijke overheid aldus (...) hoorde te weten dat de gevraagde straf betwist zou worden omdat zij betwistbaar was; dat, ingeval de afzetting als straf zou worden uitgesproken, een beroep tot nietigverklaring kon worden verwacht op grond van de grief van een straf buiten verhouding»; dat «de gemeentelijke overheid,

zelfs als zij bevoegd was om de ordemaatregel van volledige schorsing van de wedde te nemen, die maatregel krachtens geen enkele wettelijke bepaling moest nemen of handhaven; dat de gemeenteraad, na een enigermate aandachtig en objectief onderzoek van de verwijten (aan de eerste verweerder), duidelijk had moeten beseffen dat de vordering tot afzetting zou worden bestreden met de middelen die reeds bij het begin van de tuchtrechtspleging niet helemaal ongegrond voorkwamen»; dat «(eiseres), zelfs na het arrest van de Raad van State van 11 januari 1984, daarin volhardde en op 26 maart 1984 zelfs besliste haar besluit van 1 oktober 1981 te handhaven»; dat «eiseres, door de schorsing van de wedde te bevelen en die ondanks alles uit te voeren, lichtzinnig heeft gehandeld en klaarblijkelijk onvoorzichtig is geweest, wat in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek een fout uitmaakt»; dat «(eiseres) zeker na (11 januari 1984) de toestand van de 'eerste verweerder' diende te beseffen en daarop had moeten inspelen door een voorlopige oplossing te zoeken».

terwijl het arrest vaststelt dat de Raad van State, bij de uitspraak over de beroepen van de eerste verweerder tegen de besluiten van de gemeenteraad van eiseres van 1 oktober 1981 en 26 maart 1984 — waarbij de eerste verweerder vanaf 1 oktober 1981 en tot het einde van de tegen hem ingestelde tuchtrechtspleging geen enkele wedde meer ontvangt —, in zijn arresten van 11 januari 1984 en 18 november 1987 heeft beslist dat die besluiten voorlopige ordemaatregelen waren en geen verdoken tuchtstraffen; een ordemaatregel voor de administratieve overheid een middel is om in alle vrijheid haar diensten te organiseren in het openbaar belang; de opportuniteit van een dergelijke maatregel niet valt onder het wettigheidscontrole, als bepaald in artikel 107 van de Grondwet; het arrest, door te beslissen dat eiseres een fout heeft begaan, enerzijds, om redenen die betrekking hebben op de opportuniteit van de betwiste ordemaatregel (verzoek aan de bevoegde overheid tot het opleggen van een straf, aannemen en handhaven van de ordemaatregel tijdens het tucht-onderzoek, verhouding tussen de aangenomen ordemaatregel en de tegen de eerste verweerder geuite grieven) en, anderzijds, om redenen die met haar houding niets uitstaande hebben (onderzoek van de grieven door het ministerie van binnenlandse zaken, onbevoegdheid van eiseres om de straf afzetting uit te spreken, advies van de directeur van de Algemene Rijkspolitie, waarschijnlijk beroep tot nietigverklaring van de eerste verweerder tegen de door de tweede verweerder uitgesproken straf), enerzijds, de grenzen van de rechterlijke macht overschrijdt en de onafhankelijkheid van de uitvoerende macht en het beginsel van de scheiding der machten aantast (schending van de artikelen 25, 29, 30, 92, 93, 107 van de Grondwet, 75, 78, 86 en 87, de laatste twee als gewijzigd, voor zover zij het Waalse Gewest betreffen, bij het decreet van 15 december 1983, van de Gemeentewet van 30 maart 1836) en, anderzijds, de wettelijke regels inzake de burgerrechtelijke aansprakelijkheid miskent (schending van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek):

Overwegende dat, enerzijds, de rechterlijke macht, hoewel zij niet vermag de opportuniteit van een bestuurshandeling te beoordelen, daarentegen wel bevoegd is om de onrechtmatige aantasting van een burgerlijk recht zowel te voorkomen als te vergoeden, ongeacht de persoon die het recht heeft aangetast; dat zulks geldt voor elke foutieve aan-

tasting van een subjectief recht door de administratie;

Overwegende dat evenzo de rechter die in kort geding uitspraak doet over de gevallen die hij spoedeisend acht, bevoegd is om ten aanzien van de administratie die deze aantasting heeft begaan, bij voorraad de maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om de rechten van particulieren te vrijwaren;

Overwegende dat het hof van beroep, benevens de in het middel weergegeven overwegingen, ook nog zegt dat «de subjectieve rechten die volgen uit een statuut, te dezen het statuut van politiecommissaris, niet beperkt blijven tot de aan de functie verbonden wedde; dat die rechten ook een bepaalde waarborg op een loopbaan omvatten; dat een wedde meer is dan een tegenprestatie voor een werkelijk gepresteerde dienst; dat de beambte daaruit een bepaalde zekerheid van tewerkstelling haalt waardoor hij, als hij geen duidelijke en onbetwistbaar zware fout begaat, terecht kan verwachten dat de overheid zijn hele materieel inkomen niet abrupt zal wegnemen; dat, zonder daarom te stellen, althans in het geval van een beslissing in kort geding, dat een volledige en onmiddellijke weddeonderbreking uit den boze moet zijn, een overheid die zich volledig bewust is van haar verantwoordelijkheid jegens een beambte die zijn loopbaan aan die overheid heeft gewijd, toch bij een beslissing over en de toepassing van een maatregel met dergelijke zware gevolgen bijzonder omzichtig moet handelen; dat er verschillende redenen voor die oplossing pleiten; dat aldus degene tegen wie een tuchtvervolg is ingesteld, zijn verweer op waardige wijze moet kunnen voeren, zonder de last van hetgeen een vooroordeel zal blijken te zijn; dat verder de verleiding groot kan zijn om de straf, die achteraf wordt uitgesproken, te bepalen op grond van de omvang van de achterstallige wedde die, wegens het niet uitspreken van een straf of wegens het uitspreken van een minder zware straf, nog zou moeten worden betaald»;

Dat het hof van beroep eveneens heeft geoordeeld dat eiseres, door te beslissen dat de uitbetaling van elke wedde wordt geschorst, «de (eerste) verweerder aan een vernederende behandeling heeft onderworpen, in de zin van artikel 3 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens» en dat «die fout dermate flagrant is dat zij, zelfs in een rechtspleging in kort geding, in aanmerking moet worden genomen; dat het onaanvaardbaar zou zijn het recht op vergoeding, waarop de (eerste verweerder) zonder enige twijfel recht heeft, nog langer onbeschermd te laten»;

Overwegende dat uit het geheel van die motieven volgt dat het hof van beroep, zonder de opportuniteit van de schorsing van de wedde van een politiecommissaris te beoordelen, beslist dat de fout van eiseres te dezen bestond in het feit dat de schorsingsmaatregel de gehele wedde betrof, niettegenstaande op dat ogenblik de door eiseres gevorderde straf betwistbaar was, en in de wijze waarop de beslissing was uitgevoerd;

Dat het hof van beroep aldus, zonder schending van de in het middel aangevoerde wetsbepalingen, binnen de perken van zijn bevoegdheid is gebleven; dat het arrest verder, door te wijzen op de fout van eiseres, op de door verweerder geleden schade en op het oorzakelijk verband tussen die fout en de schade, de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek juist toepast;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE*1e KAMER — 21 SEPTEMBER 1990*

Voorzitter: de h. Soetaert

Rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaten: mrs. De Gryse en Claeys Bouuaert

Gewijsde (Rechterlijk) — Vrijspraak, in eerste aanleg, van beklaagde met afwijzing van vordering van burgerlijke partij — Veroordeling op het hoger beroep van het openbaar ministerie — Vordering voor de burgerlijke rechter

Wanneer de strafrechter in eerste aanleg het aan de beklaagde ten laste gelegde misdrijf niet bewezen heeft verklaard en diens gevolgde de burgerlijke partij haar vordering heeft ontzegd, en, bij ontstentenis van hoger beroep van de burgerlijke partij, de beslissing op haar burgerlijke rechtsvordering in kracht van gewijsde is gegaan, kan de burgerlijke partij in een geding voor de burgerlijke rechter niet meer aanvoeren dat de beklaagde het misdrijf heeft gepleegd, noch vergoeding van haar schade vorderen, ook al is de beklaagde, op het hoger beroep van het openbaar ministerie, door de strafrechter veroordeeld.

V. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 24 oktober 1988 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

...

Overwegende dat uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat: 1. eiser, naar aanleiding van een verkeersongeval dat plaatsvond op 30 november 1981, door de Politie rechtbank te Antwerpen vervolgd werd wegens een overtreding van het Wegverkeersreglement en wegens het toebrengen van onopzettelijk slagen en verwondingen aan Rita V.; 2. bij dit ongeval eveneens betrokken was en gewond werd, de aangestelde van verweerder, Yvo N., ten aanzien van wie het een ongeval op de weg naar het werk betrof; 3. voor de politierechtbank, Yvo N. en verweerder zich burgerlijke partij stelden tegen eiser en schadevergoeding vorderden; 4. de politierechtbank, bij vonnis van 3 maart 1983, de telastlegging van onopzettelijke verwondingen niet bewezen achtte, eiser hiervan vrijsprak en, op burgerlijk gebied, zich onbevoegd verklaarde om kennis te nemen van de eisen van de burgerlijke partijen; 5. verweerder, de Belgisch Staat, geen hoger beroep instelde tegen dat vonnis; 6. de correctionele rechtbank, bij in kracht van gewijsde getreden vonnis van 30 juni 1983, gewezen op het hoger beroep van het openbaar ministerie en van Yvo N., het vonnis van 3 maart 1983 wijzigde, eiser veroordeelde wegens de overtreding van het Wegverkeersreglement en wegens het toebrengen van onopzettelijke slagen en verwondingen en, op burgerlijk gebied, schadevergoeding toekende aan N.; voorts dat verweerder, als gesubrogeerde in de rechten van zijn aangestelde N., bij dagvaarding van 24 mei 1984, voor de burgerlijke rechtbank de veroordeling van eiser vorderde tot terugbetaling van de bedragen die hij aan zijn aangestelde N. had moeten uitkeren naar aanleiding van het ongeval van 30 november 1981 en waarvoor eiser bij vonnis van 30 juni 1983 veroordeeld en aansprakelijk gesteld werd;

Overwegende dat eiser voor het hof van beroep aanvoerde dat, nu de Belgische Staat geen hoger beroep had ingesteld tegen het vonnis van de politierechtbank van 3 maart 1983, dit vonnis ten aanzien van verweerder kracht van gewijsde had verkregen, zodat zijn vordering niet-ontvankelijk was;

Overwegende dat het arrest dit verweer verwerpt op grond dat het in kracht van gewijsde gegaan appelvonnis van 30 juni 1983 gezag van gewijsde heeft erga omnes en dat «erga omnes vaststaat dat V. slagen en verwondingen heeft toegebracht aan N.; het derhalve geen belang heeft dat de Belgische Staat niet in hoger beroep is gegaan tegen het vonnis van de politierechtbank; de Belgische Staat zijn recht om tegen V. een vordering in te stellen put uit de wet, meer bepaald uit de bepalingen van artikel 14, § 3, van de wet van 3 juli 1967»;

Overwegende dat uit het arrest, het beroepen vonnis en het vonnis van 3 maart 1983 blijkt dat verweerder in de door hem ingestelde vorderingen zowel voor de strafrechter als voor de burgerlijke rechter optrad als gesubrogeerde in de rechten van de getroffene, lid van zijn personeel, krachtens artikel 14, § 3, van de wet van 3 juli 1967 betreffende de schadevergoeding voor arbeidsongevallen voor ongevallen op de weg naar en van het werk en voor beroepsziekten in de overheidssector; dat hij telkens van de voor het ongeval aansprakelijke derde terugbetaling vorderde van bedragen die hij aan de getroffene had uitgekeerd ingevolge voormelde wet;

Overwegende dat de politierechtbank, wanneer zij in haar op 3 maart 1983 gewezen vonnis op de strafvordering beslist dat het aan eiser ten laste gelegd misdrijf van onopzettelijke slagen en verwondingen niet bewezen is en hem diens gevolgde van die telastlegging vrijspreekt, meteen met betrekking tot de door verweerder tegen eiser ingestelde burgerlijke vordering beslist dat het misdrijf, dat aan die vordering ten grondslag ligt en waarvan verweerder beweert dat het de oorzaak is van de door hem geleden en door eiser te herstellen schade, niet bewezen is;

Overwegende dat die beslissing op de burgerlijke vordering van verweerder bij ontstentenis van hoger beroep van zijn kant, jegens hem in kracht van gewijsde is gegaan; dat verweerder derhalve in een tegen eiser voor het burgerlijk gerecht ingestelde vordering niet meer vermocht aan te voeren dat eiser voormeld misdrijf had gepleegd noch op die grond een nieuwe vordering kon baseren strekkende tot herstel van de schade die door dat misdrijf zou zijn veroorzaakt;

Overwegende dat het vonnis van 3 maart 1983, in zoverre het op de strafvordering uitspraak deed, weliswaar op het hoger beroep van het openbaar ministerie werd gewijzigd en eiser in hoger beroep wegens het hem ten laste gelegde misdrijf werd veroordeeld; dat die laatste beslissing echter niet tot gevolg heeft dat de tussen verweerder en eiser definitief beslechte betwisting, die alleen verweerders burgerlijke belangen raakt, opnieuw voor de rechter kon worden gebracht;

Overwegende dat het arrest, door het tegendeel te beslissen, de in het onderdeel aangewezen wetsbepalingen schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 24 SEPTEMBER 1990

Voorzitter : de h. Marchal

Rapporteur : mevr. Charlier

Openbaar ministerie : de h. Leclercq

Advocaten : mrs. Draps en Gérard

Arbeidsongeval – Weg naar en van het werk – Normaal traject – Omweg – Begrip – Bedoeling van werknemer – Gevolg

Het traject blijft normaal in de zin van art. 8, § 1, tweede lid, Arbeidsongevallenwet, indien de omweg onbeduidend is, indien hij weinig belangrijk is en te verantwoorden is door een wettige reden of, als hij wel belangrijk is, aan overmacht te wijten is. De bedoeling van de werknemer om van dat normaal traject af te wijken heeft geen invloed op de toepassing van die wetsbepaling.

C. t/ N.V. Z.

Gelet op het bestreden arrest, op 11 september 1989 door het Arbeidshof te Bergen gewezen ;

Over het middel : schending van artikel 8, § 1, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971,

...

Overwegende dat naar luid van artikel 8, § 1, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, onder de weg naar en van het werk wordt verstaan het normale traject dat de werknemer moet afleggen om zich van zijn verblijfplaats te begeven naar de plaats waar hij werkt, en omgekeerd ;

Dat dit traject normaal blijft, in de zin van dat artikel, indien de omweg onbeduidend is, indien hij weinig belangrijk is en te verantwoorden door een wettige reden, of indien hij wel belangrijk, maar aan overmacht te wijten is ;

Dat de bedoeling van de werknemer om van dat normaal traject af te wijken, geen invloed heeft op de toepassing van die wetsbepaling ;

Overwegende dat het arbeidshof zegt dat «de eerste rechter ten onrechte heeft geoordeeld dat de omweg onbeduidend was», op grond van de vaststellingen dat eiseres de omweg had aangevat en dat zij «hoegenaamd niet de bedoeling had het traject voort te zetten in de richting van haar verblijfplaats, noch het om een wettige reden te onderbreken» ;

Dat het arbeidshof, door op grond van die verklaringen en vaststellingen te beslissen dat eiseres niet is getroffen door een ongeval op de weg naar en van het werk, voornoemd artikel 8 schendt ;

...

NOOT – In dezelfde zin : Cass., 13 november 1989, *R.W.*, 1989-90, 1258.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 27 SEPTEMBER 1990

Voorzitter : de h. Sace

Rapporteur : mevr. Charlier

Openbaar ministerie : mevr. Liekendael

Advocaat : mr. De Bruyn

1. Gemeenschap en gewest – Financiering – Rechten en verplichtingen van de Staat – 2. Erfdienstbaarheid – Op goed van het openbaar domein – 3. Hoven en rechtbanken – Rechtsmacht – Bestuurshandelingen – Toetsing – 4. Erfdienstbaarheid – Recht van uitweg – Ingesloten erf – Normaal gebruik

1. Krachtens de artt. 61, § 1, en 82 van de bijzondere wet van 16 januari 1989 heeft het Waalse Gewest sedert 1 januari 1989 de rechten en verplichtingen van de Staat overgenomen die betrekking hebben op de bevoegdheden die aan het gewest toegekend worden door de wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, met inbegrip van de rechten en verplichtingen die voortkomen uit hangende en toekomstige gerechtelijke procedures.

2. Een erfdienstbaarheid kan op een goed van het openbaar domein worden gevestigd op voorwaarde dat ze niet onverenigbaar is met de openbare bestemming van dat domein, geen beletsel vormt voor het openbaar gebruik ervan en geen afbreuk doet aan het recht van het bestuur om dat gebruik te regelen volgens de noden en het belang van de gemeenschap.

3. Hoewel de wenselijkheid van de beslissingen van het bestuur buiten de controle van de rechterlijke macht valt, is de rechter bevoegd en verplicht om zowel de externe als de interne wettigheid ervan te toetsen en, inzonderheid op grond van de context of alle andere regelmatig voorgedragen gegevens, na te gaan of die beslissingen niet op machtsafwending berusten.

4. Art. 682, § 1, B.W. wordt niet geschonden door het vonnis dat een recht van uitweg toekent aan de eigenaar van een erf, wanneer het vaststelt dat dat erf ingesloten is en het gevorderde recht van uitweg strekt tot een normaal gebruik van het erf naar de bestemming ervan.

P.V.B.A. C. t/ D. en S.

Gelet op het bestreden vonnis, op 17 november 1988 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Marche-en-Famenne ;

Over het middel van niet-ontvankelijkheid dat door het openbaar ministerie ambtshalve is opgeworpen tegen de voorziening van de Belgische Staat, van welk middel overeenkomstig artikel 1097 van het Gerechtelijk Wetboek kennis is gegeven en dat hierin bestaat dat de Staat geen partij meer is in de zaak :

Overwegende dat krachtens de artikelen 61, § 1, en 82 van de Bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten, het Waalse Gewest sedert 1 januari 1989 de rechten en verplichtingen van de Staat heeft overgenomen die betrekking hebben op de bevoegdheden die hem worden toegekend bij de wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen met inbegrip van de rechten

en verplichtingen die voortkomen uit hangende en toekomstige gerechtelijke procedures;

Dat het cassatieberoep na 1 januari 1989 is ingesteld tegen een vonnis dat vóór die datum was gewezen ten laste van de Belgische Staat, minister van Openbare Werken;

Dat het middel van niet-ontvankelijkheid gegrond is;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 538, 682, § 1, gewijzigd bij artikel 1 van de wet van 1 maart 1978, en 2226 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het bestreden vonnis, met bevestiging van het beroepen vonnis, zegt dat de voertuigen die naar of uit het eigendom van de verweerders rijden over het deel van de weg, thans «toeristische weg voor voetgangers tussen Barvaux en Durbuy» genaamd, in de richting van de weg naar Barvaux, enkel het eigen recht uitoefenen van het heersend ingesloten erf op het dienstbaar erf, bestaande uit dat deel van die toeristische weg, en doordat het bestreden vonnis, ook met bevestiging van het beroepen vonnis, de vordering tot tussenkomst van de eerste eiseres niet gegrond verklaart, op grond: «dat de onbetwiste omstandigheid dat de grond waarop het recht van overgang wordt gevorderd, deel uitmaakt van het openbaar domein, de draagwijdte wijzigt die de (verweerders) aan hun vorderingen kunnen geven; dat de toestand anders zou zijn naar gelang van de nodige 'stukken grond', met dien verstande dat de (verweerders) zich ten onrechte erop beroepen dat de Belgische Staat enige erfdienstbaarheid verleent, aangezien hij, zoals aan alle potentiële voetgangers, enkel het recht heeft toegekend om er 'te voet over te gaan'; 1) Grond die dwars over het goed van de P.V.B.A. C. is gelegen en in 1972 aan de Belgische Staat werd verkocht: dat artikel 2 van de koopakte bepaalt dat 'de goederen verkocht worden met de erfdienstbaarheden, maar zonder dat deze clause aan wie dan ook meer rechten kan verlenen dan die welke berusten op regelmatige titels of bij de wet zijn bepaald'; dat de Belgische Staat, door zodanige clause te aanvaarden, afstand deed van zijn recht om het begrip 'openbaar domein' op te werpen tegen de versnippering van zijn eigendomsrecht; dat de door de (verweerders) gevorderde wettelijke erfdienstbaarheid al bestond en het goed in die staat is aangekocht, zodat de overheid zich daartegen niet kan verzetten, aangezien zij het bestaan ervan heeft aanvaard; 2) Grond gelegen tussen het kampeerterrein en het eigendom van de (verweerders): dat als regel geldt dat het openbaar domein niet met erfdienstbaarheden kan worden bezwaard, maar dat het beginsel ervan de onverenigbaarheid met de rechten van de gemeenschap is; dat uit de gegevens van de zaak blijkt dat de overgangsregeling die de (verweerders) willen doen vaststellen, hun in feite is verleend vanaf de aankoop van hun goed in 1975; dat de Belgische Staat zich niet heeft verzet tegen de handhaving van een toestand die hij tot dan enkel uit solidariteit met de kampeerterreinhouder niet in strijd achtte met de openbare bestemming van de weg; dat hij trouwens aan de door laatstbedoelde bestuurde vennootschap toestaat om 'gebruik te maken van de toeristische weg' over zijn eigendom; dat men dan ook niet inziet waarom de verlenging met een honderdtal meters van het recht dat vrijwillig aan de P.V.B.A. C. was verleend, of dat in dit vonnis sub 1 was vastgesteld, als dusdanig niet te verenigen zou zijn met het begrip 'openbaar domein', tenzij wordt vastgesteld dat er misbruik van recht is»,

terwijl, eerste onderdeel, het openbaar domein niet met een erfdienstbaarheid kan worden bezwaard, als deze niet te verenigen is met de openbare bestemming van dat domein, een beletsel vormt voor het openbaar gebruik van het goed en afbreuk doet aan het recht van het bestuur om dat gebruik volgens de noden of het belang van de gemeenschap te regelen of te wijzigen; een deel van de weg waarop de verweerders een overgangsrecht met autovoertuigen vorderen en die, zoals in het dictum, met bevestiging door het bestreden vonnis in het beroepen vonnis wordt vastgesteld «toeristische weg van Barvaux-Hoei voor voetgangers» wordt genoemd, eigendom is van de Belgische Staat die er de zoëven beschreven bestemming aan heeft gegeven; die bestemming uitsluit dat er voertuigen van of naar het eigendom van de verweerders rijden; zoals zoëven immers is gezegd, de uitoefening van het recht van overgang op een erf, dat deel uitmaakt van het openbaar domein, zoals een toeristische weg voor voetgangers, aan de door de Regering voorgeschreven voorwaarden (artikel 538 en 682 van het Burgerlijk Wetboek) moet voldoen; de clause van de akte betreffende de aankoop van het aan de eerste eiseres toebehorend stuk grond van de weg waarop de erfdienstbaarheden betrekking hebben, geen afbreuk kan doen aan het recht van de Belgische Staat om aan de verweerders een op artikel 682 van het Burgerlijk Wetboek gegrond recht van overgang met autovoertuigen te weigeren; ook al had zodanig recht bestaan vóór de aankoop van het terrein, dan nog had moeten worden vastgesteld dat de bestemming die de Belgische Staat na die aankoop eraan had gegeven, zou meebrengen dat er geen ander recht van uitweg meer bestaat dan het recht om er te voet over te gaan, zodat die clause «die aan wie dan ook niet meer rechten kon geven dan die welke bij de wet zijn bepaald», aan de verweerders het gevorderde recht niet kon verlenen; wat betreft de grond tussen het kampeerterrein en het eigendom van de verweerders, het niets ter zake doet dat de appelrechter zegt dat de bewuste erfdienstbaarheid en «de rechten van de gemeenschap» verenigbaar zouden zijn en zulks op grond dat de Staat «in feite» sinds 1975 had aanvaard dat er autovoertuigen over reden en aan de eerste eiseres had toegestaan dat «zij gebruik maakte van de toeristische weg» over zijn eigendom, welke omstandigheden niet belangrijker kunnen zijn dan de beslissing van de Staat om van de weg een toeristische weg voor voetgangers alleen te maken en de door de Staat aldus aan de weg gegeven bestemming niet kunnen veranderen; daaruit volgt dat het vonnis niet naar recht heeft kunnen beslissen dat de verweerders het recht hadden om met autovoertuigen over de toeristische weg tussen hun eigendom en de gemeenteweg te rijden, daar zodanig gebruik van de weg niet te verenigen is met de bestemming die de Staat eraan gaf, te weten het gebruik voor voetgangers alleen, met een toeristisch doel (schending van artikel 682, § 1, van het Burgerlijk Wetboek) en in strijd is met het kenmerk volgens hetwelk iedere weg die deel uitmaakt van het openbaar domein onvervreemdbaar en onverjaarbaar is (schending van de artikelen 538 en 2226 van het Burgerlijk Wetboek);

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat een erfdienstbaarheid op een goed van het openbaar domein kan worden gevestigd op voorwaarde

dat zij niet onverenigbaar is met de openbare bestemming van dat domein, geen beletsel vormt voor het openbaar gebruik en geen afbreuk doet aan het recht van het bestuur om dat gebruik volgens de noden en het belang van de gemeenschap te regelen;

Dat, hoewel de wenselijkheid van de beslissingen van het bestuur dienaangaande buiten de controle van de rechterlijke macht valt, de rechter daarentegen bevoegd en verplicht is om zowel de externe als de interne wettigheid ervan te toetsen en, inzonderheid op grond van de context of alle andere regelmatig voorgedragen gegevens, na te gaan of die beslissingen niet op machtsafwending berusten;

Overwegende dat het bestreden vonnis te dezen zegt «dat de wijze van gebruik van de uitweg die de (verweerders) willen doen vaststellen hun in feite is verleend vanaf de aankoop van hun goed in 1975; dat de Belgische Staat zich niet heeft verzet tegen de handhaving van een toestand die hij tot dan enkel uit solidariteit met de kampeerterreinhouder niet in strijd achtte met de openbare bestemming van de weg»; dat het eraan toevoegt dat de Staat «trouwens aan de door (die kampeerterreinhouder) bestuurde vennootschap toestaat om gebruik te maken van de toeristische weg over zijn eigendom; dat men dan ook niet inziet waarom de uitbreiding met een honderdtal meter van het recht dat vrijwillig aan de P.V.B.A. C. was verleend, of dat in dit vonnis sub 1 was vastgesteld, als dusdanig niet te verenigen zou zijn met het begrip 'openbaar domein', tenzij wordt vastgesteld dat er misbruik van recht is»;

Overwegende dat die vermeldingen, hoewel zij voorkomen onder een rubriek nummer 2 met als titel «stuk grond tussen het kampeerterrein en het eigendom van de (verweerders)» onder meer met verwijzing naar het stuk grond «sub 1» waarvan het stuk grond bedoeld in nummer 2 van het vonnis de verlenging is, impliceren dat de rechtbank oordeelt dat voor de gehele «toeristische weg» de weigering van de Staat nopens het gebruik door de verweerders berustte op een reden zonder verband met het algemeen belang, en de discriminatie in dat opzicht tussen de verweerders en de vennootschap C., die toestemming had gekregen om «gebruik te maken van de toeristische weg», enkel te verklaren was door de «solidariteit» van de openbare macht met de kampeerterreinhouder;

Dat het vonnis, dat op grond van die overwegingen die uit de feitelijke gegevens van de zaak zijn afgeleid waarover de rechter op onaantastbare wijze oordeelt, na te hebben gewezen op de regel inzake de «controle van de bevoegdheid van de overheid door de rechterlijke macht», «(de hogere beroepen) niet gegrond verklaart», geen van de in het middel aangewezen wettelijke bepalingen schendt wanneer het aldus de beslissing van de eerste rechter bevestigt, waarbij de Staat was veroordeeld om «vrije toegang en uitgang aan voertuigen te verlenen op het eigendom van de (verweerders)»;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

Over het tweede middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet en 682, § 1, van het Burgerlijk Wetboek, gewijzigd bij artikel 1 van de wet van 1 maart 1978,

doordat het bestreden vonnis, met bevestiging van het beroepen vonnis, de rechtsvordering van de verweerders gegrond en de vordering tot tussenkomst van de eerste eiseres ongegrond verklaart en aanneemt dat de verweerders met

motorrijtuigen over het stuk grond van de «toeristische weg voor voetgangers Barvaux-Durbuy» tussen hun eigendom en de gemeenteweg mogen rijden, op grond: «dat het door (de verweerders) aangekochte goed dat zij op schijnbaar onwetende wijze zouden hebben vergroot, vóór 1962 bestond; dat het toen bestond uit een onroerend goed met één kamer, een woonkamer en een bergplaats die als W.C. diende, volledig opgetrokken in betonnen blokken; dat dit gebouw en de grond van 49 aren waarop het was opgetrokken, als dusdanig een ingesloten erf vormden in de zin van artikel 682 van het Burgerlijk Wetboek; dat het derhalve zonder belang is dat er tussen de datum waarop het onroerend goed is gebouwd en die waarop de weg is aangelegd, geen enkel motorrijtuig dat pand kon bereiken, aangezien de (verweerders) een motorvoertuig konden gebruiken waarmee zij die plaats konden bereiken en dat even 'storend' kon zijn, zodat het gebruik dat zij van hun recht willen maken – wat gedurende jaren geduld werd – de toestand van het dienstbare erf niet kan verzwaren»;

terwijl, eerste onderdeel, artikel 682, § 1, van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de eigenaar wiens erf ingesloten is, voor het normale gebruik van zijn eigendom naar de bestemming ervan een uitweg kan vorderen over het erf van zijn naburen; het bestreden vonnis niet vaststelt dat de overgang met motorrijtuigen noodzakelijk was voor het normale gebruik van het eigendom naar de bestemming ervan, zodat die regeling van het verleende recht van uitweg niet naar recht is verantwoord (schending van artikel 682, § 1, van het Burgerlijk Wetboek);

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het vonnis zegt dat het oorspronkelijke gebouw van de verweerders «en de grond van 49 aren waarop het was opgetrokken, als dusdanig het in artikel 682 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde ingesloten erf vormden»;

Dat voorts uit de zoëven overgenomen redenen als antwoord op het tweede onderdeel blijkt, dat de rechtbank op grond van zijn feitelijke vaststellingen oordeelt dat het onroerend goed van de verweerders van vóór 1962 een privé-woning was die normaal toegankelijk was voor een motorrijtuig, dat na het verbreden van de litigieuze weg de verweerders gebruik zijn gaan maken van een auto en dat dit gedurende jaren gedulde gebruik de toestand van het dienstbare erf niet kon verzwaren;

Overwegende dat zulks impliceert dat naar het oordeel van de feitenrechter, het door de verweerders gevorderde recht van uitweg strekte tot een normaal gebruik van hun eigendom naar de bestemming ervan als privé-woning;

Dat het vonnis derhalve artikel 682, § 1, van het Burgerlijk Wetboek niet schendt;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 27 SEPTEMBER 1990

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Verheyden

Openbaar ministerie: mevr. Liekendael

Advocaten: mrs. Van Ommeslaghe en De Bruyn

1. Cheque – Order met valse handtekening – Op gewoon papier uitgeschreven – 2. Overeenkomst – Exoneratieclausule – Wettigheid – Vereiste

1. Art. 35, tweede lid, Chequewet stelt de aansprakelijkheid van de eigenaar van het chequeboekje als trekker vast, en art. 35bis heeft betrekking op zijn aansprakelijkheid als bewaarder van het boekje. Geen van beide bepalingen, die niet van elkaar te scheiden zijn, heeft betrekking op het geval dat een order met een valse handtekening is ingeschreven op een formulier dat niet uit een chequeboekje komt.

2. Een clausule tot vrijstelling van aansprakelijkheid kan naar recht geen effect sorteren als ze het voorwerp zelf van de verbintenis tenietdoet.

N.V. G. t. M.

Over het eerste middel: schending van de artikelen 1, 35, inzonderheid het tweede lid, 35bis van de wet van 1 maart 1961 betreffende de invoering in de nationale wetgeving van de eenvormige wet op de cheque en de inwerkingtreding van deze wet, 1137, 1147, 1239, 1932 en 1937 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat de arresten het vonnis waartegen beroep houdende veroordeling van eiseres tot betaling van het bedrag van 2.470.000 frank, die op de rekening van verweerder bij eiseres is getrokken en waarvoor zij hem debiteerde, nadat zij het bedrag had betaald aan de houder die zich aan haar loketten was komen aanmelden, bevestigen, op grond: «dat (eiseres) aan het beroepen vonnis verwijt dat het heeft geoordeeld dat de cheque zonder de handtekening van de trekker geen cheque is, zodat op haar geen toepassing kan worden gemaakt van artikel 35 van de eenvormige wet op de cheque; dat, wanneer de storting voorkomt op een voorafgedrukt stortingsformulier met de bij de wet (artikel 1) vereiste vermeldingen, de vervalste order onder de toepassing valt van de artikelen 35 en 35bis van de wet op de cheque; dat artikel 66 van dezelfde wet in beginsel accreditieven, girobons of giromandaten en bankbiljetten aan order, met de cheque gelijkstelt; dat de rekeninghouder derhalve voor het bedrag van de vervalste order kan worden gedebiteerd indien aan de bank geen bedrog of grove schuld te wijten is (Van Ryn en Heenen, III, 1981, nr. 610); dat, wanneer zoals te dezen, de order tot betaling met een gewone brief gebeurt, vaststaat dat de vervalste order onder de toepassing van het gemene recht valt; dat uit de voorbereiding van de wet van 1 maart 1961 valt af te leiden dat eventuele diefstal en vervalsing in beginsel ten laste moet komen van de rekeninghouder, omdat diefstal en vervalsing eerder door hem dan door de betrokkene kan worden vermeden (*Kamer*, 1959-60, *Gedr. St.*, 406-2, p. 2); dat in dat geval de trekker instaat voor alle risico's van diefstal of verkeerd gebruik van die formulieren, tenzij hij het bewijs levert van bedrog of grove schuld vanwege de betrokkene; dat het gemene recht opnieuw van toepassing is wanneer de cheque met een valse handtekening niet is gesteld op een formulier uit het boekje dat de trekker gewoonlijk gebruikt; dat eruit volgt dat de aansprakelijkheid van de bankier berust op beginselen inzake contractuele aansprakelijkheid, zoals zij in de overeenkomst van de partijen zijn vastgesteld; dat de bankier als bewaarnemer van de gelden immers evenzeer tot teruggave verplicht is, zoals artikel 1937 van het Burgerlijk Wetboek

voorschrijft voor de bewaarnemer; dat de bank enkel mag betalen als haar cliënt daartoe opdracht geeft, zodat zij haar contractuele verbintenissen niet nakomt wanneer zij de rekening van haar cliënt zonder opdracht debiteert; dat een valse order overeenstemt met het ontbreken van een opdracht; dat de bank zich evenmin kan beroepen op overmacht, daar hierdoor haar teruggaveverbintenis niet onmogelijk kan worden gemaakt, nu deze op genuszaken betrekking heeft; dat men eruit moet besluiten dat de bankier moet instaan voor een eventuele uitvoering van een vervalste betalingsorder die hem in de vorm van een gewone brief wordt gegeven»; de arresten en inzonderheid het arrest van 16 juni 1988, na aldus in tegenstelling met de eerste rechter te hebben aangenomen dat de cheque die, wegens vervalsing, door de trekker niet is ondertekend, een cheque is in de zin van artikel 35, tweede lid, van de wet van 1 maart 1961, niettemin, ter bevestiging van het beroepen vonnis, oordelen dat artikel 35, tweede lid, van de wet van 1 maart 1961 te dezen niet van toepassing was en dat eiseres, niet-tegenstaande er geen sprake is van bedrog of van grove schuld, die volgens het bestreden arrest aan haar niet te wijten is, jegens de betrokkene niet «wettig bevrijd» was door de betaling in handen van de houder van de cheque,

terwijl, overeenkomstig artikel 35, tweede lid, van de wet van 1 maart 1961 de betrokkene, behoudens bedrog of grove schuld van zijnentwege «wettig bevrijd» en derhalve vrijgesteld is van alle aansprakelijkheid door de betaling van een zelfs vervalste cheque, zonder onderscheid tussen de op gewoon papier gestelde cheque en de op een bankformulier uitgeschreven cheque; artikel 35bis van de wet van 1 maart 1961 niet van die algemene regel afwijkt en niet kan worden uitgelegd als een beperking van de toepassing van artikel 35, tweede lid, op het geval waarin een cheque op een formulier uit het boekje van de trekker was uitgeschreven; volgens artikel 35bis, in het bepaald geval van de cheque op een bankformulier, de eigenaar van het chequeboekje aansprakelijk is voor de schade voortvloeiend uit het in omloop brengen van die cheque «tenzij hij bewijst dat de betrokkene bedrog of grove schuld te wijten is, ofwel dat de cheque verloren, gestolen of vervalst werd nadat de wettige geadresseerde hem had ontvangen»; het arrest van 16 juni 1988, doordat het oordeelt dat artikel 35, tweede lid, van de wet op de cheque te dezen niet toepasselijk was op grond dat de litigieuze cheque op gewoon papier was geschreven en niet op een bankformulier uit het boekje van de trekker, en dat de aansprakelijkheid van de bankier berustte op de gemeenrechtelijke regels inzake contractuele aansprakelijkheid, de in het middel aangewezen artikelen van de wet van 1 maart 1961 op de cheque, alsmede de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek schendt:

Overwegende dat enerzijds, artikel 35, tweede lid, van de wet van 1 maart 1961 betreffende de invoering in de nationale wetgeving van de eenvormige wet op de cheque en de inwerkingtreding van deze wet dat bepaalt dat «de betrokkene door de betaling van de cheque wettig is bevrijd, tenzij hem bedrog of grove schuld te wijten is», de aansprakelijkheid van de eigenaar van het chequeboekje als trekker vaststelt; dat anderzijds, artikel 35bis van dezelfde wet, luidens hetwelk «de eigenaar van een chequeboekje aansprakelijk is voor de orders gegeven op de chequeformulieren uit zijn

boekje» op zijn aansprakelijkheid als bewaarder van het boekje betrekking heeft;

Overwegende dat die beide bepalingen niet van elkaar te scheiden zijn; dat geen van beide betrekking heeft op het geval dat een order met een valse handtekening wordt ingeschreven op een formulier dat niet uit een chequeboekje komt; dat in zo'n geval, de eigenaar van het boekje, de vermoedelijke trekker, helemaal niets te maken heeft met de uitgifte van de valse cheque; dat hij in de regel geenszins aansprakelijk is; dat eruit volgt dat de aansprakelijkheid van de betrokkene die de cheque betaalt door het gemene recht wordt geregeld; dat het arrest van 16 juni 1988 dus zijn beslissing naar recht verantwoordt door artikel 35, tweede lid, van voormelde wet van 1 maart 1961 buiten toepassing te laten;

Dat het middel faalt naar recht;

Over het tweede middel: schending van de artikelen 1134, 1137, 1147, 1932, 1937, 1319, 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest van 28 oktober 1988, na heropening van de debatten, beslist dat eiseres jegens verweerder aansprakelijk is niettegenstaande de clause tot vrijstelling van aansprakelijkheid in artikel 74 van het algemeen reglement betreffende de verrichtingen van eiseres, zoals het toen van toepassing was op de betrekkingen tussen partijen, op grond: «dat in artikel 74 van dat reglement een clause voorkomt volgens welke de bank niet aansprakelijk is ingeval de handtekeningen op de ontvangen orders of op overgelegde volmachten of schriftelijke toestemmingen niet naar behoren zijn nagegaan; dat zodanige clause zonder gevolg blijft, aangezien zij zodanig ruim is gesteld, dat zij het voorwerp zelf van de op de bank rustende controleverplichting tenietdoet, daar de bank, zelfs als zij haar verplichting opzettelijk verzuimt, geen sanctie oploopt»;

terwijl, eerste onderdeel, de in artikel 74 van het reglement betreffende de verrichtingen bedoelde vrijstelling van aansprakelijkheid geen betrekking heeft op het geval dat eiseres een opzettelijke fout heeft begaan; het arrest beslist dat die bepaling «geen enkel gevolg kon hebben» op grond dat zij eiseres van alle aansprakelijkheid vrijstelt, zelfs wegens een opzettelijke fout van harentwege, en derhalve de bewijskracht ervan miskent (schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek);

tweede onderdeel, het arrest althans in het onzekere laat of het hof van beroep oordeelt dat artikel 74 te dezen niet van toepassing was, omdat aan eiseres een grove schuld of bedrog was te wijten, dan wel of het oordeelt dat zelfs in geval van lichte schuld, die bepaling geen effect kon sorteren; het arrest aldus berust op een dubbelzinnige motivering waardoor het Hof de wettigheid ervan niet kan toetsen en artikel 97 van de Grondwet schendt;

derde onderdeel, artikel 74 van het reglement betreffende de verrichtingen van eiseres in elk geval geldig is, in zoverre het in het daarin bedoelde geval eiseres van aansprakelijkheid vrijstelt voor haar lichte schuld; in zoverre het arrest artikel 74 niet wil toepassen, ook al heeft eiseres maar een lichte fout begaan toen zij de handtekening op de litigieuze cheque nazag, het de verbindende kracht van die bepaling miskent (schending van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek, alsmede van de artikelen 1137, 1147, 1932 en 1937 van

hetzelfde wetboek inzake de contractuele aansprakelijkheid);

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest, door te oordelen «dat een clause volgens welke de bank niet aansprakelijk is ingeval de handtekeningen op de ontvangen orders of op overgelegde volmachten of schriftelijke toestemming niet naar behoren zijn nagegaan, geen enkel gevolg kan hebben, op grond dat zij zodanig ruim is gesteld, dat zij het voorwerp zelf van de op de bank rustende controleverplichting tenietdoet, daar de bank, zelfs als zij haar verplichting opzettelijk verzuimt, geen sanctie oploopt», aan die clause geen interpretatie geeft die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan en de bewijskracht van de erin vervatte akte derhalve niet miskent;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest, zonder te zijn aangetast door de aangevoerde dubbelzinnigheid, beslist dat artikel 74 te dezen niet kan worden toegepast omdat de erin voorkomende vrijstellingenclause het voorwerp zelf van de op de bank rustende controleverplichting tenietdoet en dus geen effect kan sorteren;

Dat dit onderdeel feitelijke grondslag mist;

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest geen van de in dat onderdeel aangewezen wettelijke bepalingen schendt door de litigieuze clause tot vrijstelling van aansprakelijkheid buiten toepassing te laten, daar die clause, volgens de interpretatie die het eraan geeft en die in het antwoord op het eerste onderdeel is overgenomen, het voorwerp zelf van die verplichting tenietdoet en bijgevolg tussen partijen naar recht geen gevolg kan sorteren;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 18 OKTOBER 1990

Voorzitter-rapporteur: de h. Vandeplas

Raadsheren: de hh. Luyckx en Renaers

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaten: mrs. Vandendriessche en De Bie

Gezondheidspolitie – Dieren – Hormonenwet – 1. Verhandelen van behandelde dieren – 2. Recht van verdediging

1. Art. 2 van de wet van 15 juli 1985 betreffende het gebruik bij dieren van stoffen met hormonale of met antihormonale werking bepaalt wat moet worden verstaan onder «verhandelen». Daarin is ook begrepen het «onder zich hebben», nl. het bezit, d.i. zowel in de juridische betekenis van het woord als in de zin van loutere materiële detentie. Deze interpretatie wordt bevestigd door de parlementaire voorbereiding.

2. Art. 6 van de wet van 15 juli 1985 schrijft voor dat een afschrift van de processen-verbaal binnen acht dagen na de vaststelling van de feiten aan de overtredders wordt gezonden. Als geen proces-verbaal wordt opgesteld, maar louter een staatste-

telegram wordt gestuurd aan de beklagde, en de beklagde pas een jaar later kennis heeft kunnen nemen van de vaststellingen, is het recht van verdediging gekrenkt nu hij op dat ogenblik onmogelijk de juiste omstandigheden van de zaak alsnog kan bewijzen.

Van L. en De S.

Overwegende dat op 6 april 1987 in het slachthuis te Antwerpen monsters werden genomen van een rund dat aan gegeven was door Jan De S. en het karkas positief werd bevonden op nortestosteron, zijnde een stof met hormonale werking;

Overwegende dat de hoofdinspecteur-directeur Jan De S. hiervan op de hoogte bracht bij telegram van 10 april 1987; dat de analyse van het monster werd uitgevoerd door het laboratorium van de rijksuniversiteit te Luik en een tegenonderzoek werd uitgevoerd door het laboratorium van het Instituut voor Hygiëne en Epidemiologie en beide uitslagen positief waren;

Overwegende dat Jan De S. aanvoert dat hij de betrokken koe niet heeft verhandeld; dat hij het dier wel heeft aangekocht van Joannes Van L., maar dat hij het niet heeft ingevoerd, uitgevoerd, vervoerd, onder zich gehad, te koop aangeboden, verkocht, ter slachting aangeboden of afgestaan, dat Louis Van H., een zelfstandige stouwer, het dier ter slachting heeft aangeboden;

Overwegende dat artikel 2 van de wet van 15 juli 1985 betreffende het gebruik bij dieren van stoffen met hormonale of met antihormonale werking bepaalt wat moet worden verstaan onder «verhandelen»; dat daarbij uitdrukkelijk wordt vermeld dat ook het «onder zich hebben» (détenir) is te verstaan nl. het bezit, d.i. zowel in de juridische betekenis van het woord als de loutere materiële detentie; dat deze interpretatie wordt bevestigd door de parlementaire voorbereiding waarin gepreciseerd wordt dat de «begripsomschrijving van 'verhandelen' derwijze is gesteld dat alle ermee verband houdende handelingen in één enkele definitie begrepen zijn» (*Parl. Besch., Kamer, 1983-84, nr. 976/2*);

Overwegende dat Jan De S. trouwens ook dient te worden beschouwd als degene die het dier ter slachting heeft aangeboden; dat het niet is doordat hij een zelfstandige stouwer, Louis Van H., belast heeft met de materiële uitvoering van het aanbieden van het dier aan het slachthuis dat hij niet dient te worden beschouwd als de aanbieder in de zin van artikel 2 van de wet van 15 juli 1985;

Overwegende dat de wetgever echter bepaalde waarborgen voor de verhandelaars van de dieren heeft ingebouwd in de wet, en artikel 6 van de wet voorschrijft dat een afschrift van de processen-verbaal binnen acht dagen na de vaststelling van de feiten aan de overtreders wordt gezonden;

Overwegende dat te dezen blijkbaar geen proces-verbaal werd opgesteld; dat in een brief aan de procureur des Konings van 27 april 1987 melding werd gemaakt van bepaalde vaststellingen die op 6 april 1987 werden gedaan, maar geen proces-verbaal in de juridische betekenis van het woord werd opgesteld. Laat staan dat een afschrift daarvan aan de beklagden zou zijn gestuurd;

Overwegende dat een staatstelegram aan Jan De S. werd gestuurd op 10 april 1987, maar een dergelijk telegram niet

kan worden gelijkgesteld met een proces-verbaal en het trouwens ook geen enkele bewijskracht heeft;

Overwegende dat in die omstandigheden het recht van verdediging van Jan De S. ernstig werd geschaad, daar hij niet alleen geen kennis heeft gekregen van enige vaststelling binnen de wettelijke termijn van acht dagen, maar hij pas een jaar later, nadat de zaak aanhangig was gemaakt bij de correctionele rechtbank kennis heeft kunnen nemen van de vaststellingen; dat het recht van verdediging van beklagde also werd gekrenkt daar hij op dat ogenblik onmogelijk de juiste omstandigheden van de zaak nog kon bewijzen;

Overwegende dat ook Joannes Van L. geen afschrift van enige vaststelling heeft ontvangen; dat er trouwens, zoals hierboven is vermeld, geen wettelijke vaststelling van de overtredingen is geschied; dat ook zijn recht van verdediging werd gekrenkt doordat de voorschriften van artikel 6 van de wet van 15 juli 1985 niet werden nageleefd;

...

NOOT – *Het verhandelen van dieren waaraan stoffen met hormonale of antihormonale werking zijn toegediend*

1. De wet van 15 juli 1985 betreffende het gebruik bij dieren van stoffen met hormonale of met antihormonale werking (*B.S., 4 september 1985*) heeft als ratio legis de regeling in het belang van de volksgezondheid van het gebruik bij dieren van stoffen met hormonale of met antihormonale werking (cf. art. 1 van voormelde wet). Deze bijzondere strafwet van 15 juli 1985 stelt o.m. de gedraging van het verhandelen van dieren waaraan stoffen met hormonale of met antihormonale werking zijn toegediend in strijd met de bepalingen van de wet van 15 juli 1985 of van de uitvoeringsbesluiten van deze wet, strafbaar met correctionele strafsancities (art. 10, § 1, lid 1, a). Zowel de minima als de maxima van de correctionele gevangenisstraffen en geldboeten worden aanzienlijk verhoogd (maxima van vijf jaar en 100.000 fr. x 80), wanneer de verhandelaar weet dat deze stoffen zijn toegediend (art. 10, § 1, lid 2, b). Herhaling van het misdrijf binnen drie jaar na de veroordeling kan overeenkomstig artikel 10, § 2, aanleiding geven tot een verdubbeling van de correctionele straffen en tot een gehele of partiële en tijdelijke (van acht dagen tot één jaar) sluiting van de inrichting van de veroordeelde. In de memorie van toelichting wordt gepreciseerd dat het minimum en het maximum van de strafmaat ver uiteen moeten liggen om de strafrechter in staat te stellen een straf uit te spreken die in verhouding staat met de aard van en de omstandigheden waarin de overtreding is begaan en de onrechtmatig verkregen of nagestreefde vermogensaanwinst (M.v.t., *Gedr. St., Kamer, 1983-84, nr. 976/1, p. 5*).

Bijkomend moeten we opmerken dat de regeling van artikel 85 Strafwetboek van toepassing is (art. 10, § 3, van de wet van 15 juli 1985), met als gevolg dat de strafrechter op grond van verzachtende omstandigheden de correctionele strafsancities van artikel 10 kan verlagen tot beneden het voorgeschreven minimum, tot zelfs het minimum van een politiestraf, zijnde één dag of één frank (x 80). De wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie is eveneens toepasselijk.

2. De materiële handeling van het *verhandelen* van dieren wordt in artikel 2, lid 2, van de wet van 15 juli 1985 omschreven als «het invoeren, uitvoeren, vervoeren, onder zich heb-

ben, te koop aanbieden, verkopen, ter slachting aanbieden, afstaan om niet of onder bezwarende titel». Uit die begripsomschrijving blijkt zeer duidelijk dat de strafwetgever een zeer ruime inhoud heeft willen geven aan het materieel element van dit misdrijf; wat bevestigd wordt in de parlementaire voorbereiding van deze bijzondere strafwet (zie M.v.T., *Gedr.St., Kamer*, 1983-84, nr. 976/1, p. 2, geciteerd in het geannoteerde arrest). Het verhandelen wordt m.a.w. niet beperkt tot de commerciële activiteit van het te koop aanbieden en verkopen van hormonaal behandelde dieren; ook het vervoeren en zelfs het louter onder zich hebben (*déténir*) van deze dieren kan aanleiding geven tot een strafrechtelijke verantwoordelijkheid. Gelet op de bedoeling van de strafwetgever en op de afwezigheid van enige beperking ter zake in de strafwettekst, moeten o.i. de verschillende gedragingen ter omschrijving van het «verhandelen» zowel in hun juridische als in hun feitelijke betekenis begrepen worden; in het geannoteerde arrest wordt derhalve terecht geoordeeld dat bv. «het onder zich houden» zowel het juridisch bezit als de materiële detentie inhoudt.

De verhandelaar is echter slechts strafbaar wanneer de hormonale stoffen werden toegediend met overtreding van de bepalingen van de hormonenwet of van de bepalingen van de uitvoeringsbesluiten. Het toedienen van stilbenen, stilbeenderivaten, zouten en esters ervan, evenals van stoffen met een thyreostatische werking is altijd verboden, ongeacht de beweegreden (art. 3). Andere stoffen met hormonale of met antihormonale werking toedienen met het oog op de vetmesting is principieel verboden (art. 4, §§. 2 en 3); de toediening ervan met het oog op bv. een therapeutische behandeling (gedefinieerd in artikel 2, lid 3), een bronsynchronisatie of een onderbreking van de ongewenste dracht is echter wettelijk toegelaten (zie art. 4, § 1).

3. Gelet op de ruime authentieke interpretatie van de objectieve delictsinhoud zal een mogelijke handeling t.a.v. dieren met anabolica behandeld uiteraard zeer vlug vallen onder de strafrechtelijk verboden gedraging van het «verhandelen». Hierbij is het van belang op te merken dat een materiële verhandeling van deze dieren op zich niet volstaat voor het opleggen van de in artikel 10 van de wet van 15 juli 1985 bepaalde straffen. Elke strafbare gedraging vereist nl. behalve het materieel element tevens een moreel of schuld-element (zie het belangrijke ongelijke-balansarrest van het Hof van Cassatie : Cass., 12 mei 1987, met conclusie van advocaat-generaal J. du Jardin, *R.W.*, 1987-88, 538, *Arr. Cass.*, 1986-87, 1194, *R.D.P.*, 1988, 711; Dupont, L. en Verstraeten, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, 1990, nr. 457, pp. 264-265). Om dit moreel bestanddeel van het misdrijf te bepalen moet de rechter de wil van de wetgever nagaan, door te steunen op de tekst waardoor dit misdrijf strafbaar wordt gesteld en op de aard ervan (Cass., 16 september 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 62, *Pas.*, 1975, I, 54). Uit de lezing van de twee strafbepalingen van artikel 10, § 1, lid 1, a, en lid 2, b, van de wet van 15 juli 1985 kan worden afgeleid dat de strafwetgever voor de eerste strafbaarstelling de kennis van het toegediend zijn van de hormonale stoffen niet vereist bij de verhandelaar. Een loutere onwetendheid is echter onvoldoende ter constitueren van het misdrijf; bij de verhandelaar moet o.i. minstens de strafrechtelijke schuldvorm van de onachtzaamheid aanwezig zijn. Deze strafrechtelijke onachtzaamheid wordt sinds de twee spoorwegongevalarresten van het Hof van Cassatie (Cass., 5 oktober 1893 (twee arresten), *Pas.*,

1893, I, 321, met conclusie van procureur-generaal M. Mesdach de ter Kiele, en 328) gelijkgesteld met de nalatigheid of onvoorzichtigheid in de zin van artikel 1383 B.W. (zie recent voor de identiteit tussen penale en civiele fout : Cass., 19 februari 1988, *R.W.*, 1988-89, 159, *Arr. Cass.*, 1987-88, 795). Een strafrechtelijke veroordeling voor het verhandelen van dieren waaraan stoffen met hormonale of antihormonale werking zijn toegediend in strijd met de wet van 15 juli 1985, vereist derhalve voor de beoordeling van het moreel element dat de gedraging van de beklaagde wordt getoetst aan de gedraging van een normaal zorgvuldige en omzichtige dierenverhandelaar (de «bonus ac diligens pecuarius»?), geplaatst in dezelfde omstandigheden (raadpleeg voor een mooie toepassing hiervan : Corr. Turnhout, 13 februari 1989, *Turnh. Rechtsl.*, 1989, 82, met noot).

4. Het geannoteerde arrest van 18 oktober 1990 is niet alleen interessant uit een materieel strafrechtelijk oogpunt (omschrijving van de delictsinhoud), maar ook wegens de stelling van de schending van het recht van verdediging door het niet opstellen (en uiteraard niet verzenden) van een proces-verbaal, zoals voorgeschreven in artikel 6 van de strafwet van 15 juli 1985. Ook het opstellen van een proces-verbaal met grote vertraging zonder enige verantwoording kan het recht van verdediging schenden (Cass., 9 oktober 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, 223; *Pas.*, 1985, I, 192; zie ook : Declercq, R., *La preuve en matière pénale*, 1988, 72). De bijzondere opsporingsambtenaren verkrijgen in de wetten van het bijzonder strafrecht (zoals bv. in casu of in de verschillende milieustrafwetten) vaak uitgebreide bevoegdheden voor de opsporing en vaststelling van de in die wetten strafbaar gestelde gedragingen, maar als keerzijde dienen zij tevens bij de concrete opsporing en vaststelling belangrijke strafprocesuele bepalingen na te leven die de strafwetgever heeft ingebouwd als waarborg voor het recht van verdediging (bv. de te volgen procedure voor monsterneming en voor analyse en contra-analyse van de monsters, het opstellen en verzenden binnen een vastgelegde termijn van processen-verbaal (of een afschrift hiervan) van monsternemingen of van vaststelling van misdrijven, van analysebulletins, enz.). Ook t.a.v. deze specifieke bewijsregeling uit een bijzondere strafwet heeft de strafrechter een belangrijke waakfunctie te vervullen.

Bart Spriet

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

3e KAMER — 14 MAART 1989

Voorzitter : de h. Van de Velden

Raadsheren in sociale zaken : de hh. Van Calster en Bosmans

Advocaten : mrs. Kerremans loco Depuydt en Matthys loco D'Hoe

Verjaring — Stuiting — Nietige dagvaarding

Voor de toepassing van art. 2247 B.W. zijn twee voorwaarden vereist, te weten een nietigheid en een vormgebrek.

B. t/ N.V. N.

Overwegende dat het bestreden vonnis de dagvaarding van 30 september 1986 nietig heeft verklaard en de vordering die zij inleidde derhalve niet toelaatbaar; dat de eerste rechter zich niet heeft uitgesproken over de geldigheid van de tweede dagvaarding van 21 september 1987, maar er zich slechts toe beperkt heeft te stellen dat voormelde eerste dagvaarding de verjaring niet had gestuit en dat de reeds vermelde tweede dagvaarding verjaard was op basis van art. 15 A.O.W., eraan toevoegende dat voor geen van de onderdelen van de eis van appelland de vijfjarige verjaringstermijn bepaald in art. 26, voorafgaande titel Sv., ingeroepen werd; dat de eerste rechter ten onrechte het stuitend karakter van de dagvaarding van 30 september 1986 niet aangenomen heeft; dat twee voorwaarden vereist zijn voor de toepassing van art. 2247 B.W., te weten een nietigheid en een vormgebrek; dat er ter zake wel een nietigheid is – de dagvaardingstermijn werd inderdaad niet nageleefd –, maar echter geen vormgebrek in de zin van voormeld art. 2247 B.W.; dat het Gerechtelijk Wetboek art. 2247 B.W. niet heeft gewijzigd (cf. Arbh. Brussel, 17 maart 1982, R.G. 10.074, onuitgegeven); dat art. 43 Ger. W. op straffe van nietigheid de voorgeschreven vormvereisten van elk gerechtsdeurwaardersexploot aanduidt, terwijl art. 702 Ger. W. dit artikel aanvult wat het exploot van dagvaarding betreft; dat de niet naleving van deze vormvereisten een vormgebrek inhoudt; dat art. 702, 5°, Ger. W. de vermelding van de dag en het uur van de terechtzitting bepaalt op straffe van nietigheid; dat in het onderhavige geval deze wel degelijk zijn aangeduid, zodat de intrinsieke voorwaarden van dagvaarding zijn nageleefd; dat het juist is dat voor een geldige procedure meer vereist is dan een intrinsiek geldige dagvaarding; dat de dagvaarding ook nog op de algemene rol moet worden gezet, voor de bevoegde rechtbank, en dat de dagvaardingstermijn moet worden nageleefd; dat het Arbeidshof beslist dat het hier niet gaat om intrinsieke vormvereisten (cf. De Page, *Traité*, VII, nr. 1179); dat blijkt uit het voorgaande dat de eerste dagvaarding van 30 september 1986 de verjaring heeft gestuit; dat de beschouwing van de eerste rechter dat de afwijzing van de vordering, om welke reden ook, de stuiting van de verjaring ongedaan maakt, als onjuist door het Arbeidshof afgewezen wordt; dat het Burgerlijk Wetboek klaarblijkelijk een voorafgaande afwijzing bedoelt, m.a.w., dat de tijdigheid van een navolgende vordering beoordeeld wordt in het licht van een vorige dagvaarding, welk stuitend karakter per hypothese ontbreekt om reden dat de vordering die deze dagvaarding inleidde, afgewezen werd; dat in casu geen defintief geworden beslissing bestond, op het ogenblik van de tweede dagvaarding, die de eis ingeleid bij de eerste dagvaarding had afgewezen; dat het Burgerlijk Wetboek kennelijk ook met de navolgende vordering een andere vordering bedoelt, terwijl ter zake de tweede dagvaarding dezelfde vordering als de eerste dagvaarding inleidt; dat het precies ingevolge de mogelijke nietigheid van de eerste dagvaarding is dat de tweede dagvaarding in dit geding betekend werd; dat het Arbeidshof geen nietigheid wegens vormgebrek van de eerste dagvaarding aanneemt, dat er geen afwijzing ten gronde is; dat er ook geen afwijzing is wegens vormgebrek of wegens een middel van niet-ontvanke-lijkheid, zodat er wel degelijk een stuiting heeft plaatsgehad;

...

NOOT – Bovenstaand arrest vernietigt Arbrb. Brussel, 29 februari 1988, *R.W.*, 1990-91, 130.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

1e KAMER – 7 DECEMBER 1988

Voorzitter: de h. Vandorpe

Advocaten: mrs. Legein, Traen en Sabbe

1. Onrechtmatige overheidsdaad – Verkeer op de openbare wegen – Veiligheidsverplichting van de gemeente – Inspanningsverbintenis – 2. Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Gebrek in de zaak – Openbare weg – Ijzelplek

1. De door de decreten van 1789 en 1790 aan de gemeente opgelegde verplichting te zorgen voor de verkeersveiligheid op de gedeelten van de wegen die over haar grondgebied lopen, staat los van de aansprakelijkheid van de Staat als bewaarder van een eventueel gebrekkige weg, en brengt voor de gemeente een inspanningsverbintenis mee. De gemeente moet dus door gepaste maatregelen ieder abnormaal gevaar voorkomen, tenzij een vreemde oorzaak, die haar niet kan worden aangerekend, haar belet de op haar rustende beveiligingsplicht na te komen.

Van een gemeente kan in redelijkheid niet worden verwacht dat zij dagelijks alle wegen van haar grondgebied laat controleren om na te gaan of ze nog aan alle veiligheidsvoorwaarden voldoen, en kan evenmin worden verwacht dat zij permanent een observatienet tot stand brengt om na te gaan of er zich ook maar ergens ijzelvorming voordoet.

2. Een plotselinge, tijdelijke en plaatselijke ijzelplek maakt een openbare weg niet gebrekkig in de zin van art. 1384, eerste lid, B.W. Het gaat immers om een uitwendige gevaarsoorzaak die niet inherent is aan de conceptie of aanleg van de weg.

L. t/ Gemeente Wingene en Belgische Staat

1. Over de omstandigheden van het tragisch ongeval te Wingene op 22 december 1982 bestaat tussen partijen geen betwisting. De dertigjarige echtgenoot van eiseres kwam om het leven toen hij werd aangereden door het slippend voertuig van M.D., kort nadat hij zijn voertuig had verlaten om een helpende hand te reiken aan een door de gladheid van het wegdek eveneens verraste fietser. Ook laatstgenoemde verloor bij de voormelde aanrijding het leven.

Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep werd M.D. vrijgesproken van onopzettelijke doding. De eerste rechter stelde o.m. dat de ijzelvlek (die aanleiding gaf tot het ongeval) de enige plek was in de hele omgeving van Sint-Joris-ten-Distel/Beernem-Wingene, m.a.w. dat enkel op de plaats van het ongeval het wegdek spiegelglad was. Deze ijzelplek was volgens de strafrechter niet voorzienbaar, aangezien uit een onderzoek bij het K.M.I. was gebleken dat de wegenbulletins in de morgen van 22 december 1982 de toestand in Laagen Midden-België als normaal beschreven en dat plaatselijk kans op ijzelplekken alleen voorzien was in de Ardennen en Hoog-België. Deze motivering werd door het hof van beroep overgenomen. Een en ander impliceert dat deze vaststelling,

nl. dat de plaatselijke ijzervorming onvoorzienbaar was, gezag van gewijsde heeft verkregen en bindend is voor de burgerlijke rechter.

2. De revolutionaire decreten van 1789 en 1790 verplichten verweerster te zorgen voor de verkeersveiligheid op de gedeelten van de wegen die over haar grondgebied lopen, onverschillig wie daarvan de eigenaar is.

Deze politionele bevoegdheid, die los staat van de aansprakelijkheid van verweerder als bewaarder van een eventueel gebrekkige weg, brengt voor verweerster een inspanningsverbintenis mee. Verweerster moest dus door gepaste maatregelen ieder abnormaal gevaar voorkomen, tenzij een vreemde oorzaak, die haar niet kan worden aangerekend, haar belet de op haar rustende beveiligingsplicht na te komen (Vandenbergh, H., e.a., «Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad», *T.P.R.*, 1987, 1277 en 1386).

Het staat rechtens vast dat de lokale ijzervlek niet voorzienbaar was.

Van verweerster kan in redelijkheid niet worden verwacht dat zij dagelijks alle wegen van haar grondgebied laat controleren om na te gaan of zij nog aan alle veiligheidsvoorwaarden voldoen. Evenmin kan van verweerster worden verwacht dat zij permanent een observatienet zou tot stand brengen om na te gaan of er zich ook maar ergens ijzervorming voordoet (vgl. Brussel, 25 januari 1975, *R.G.A.R.*, nr. 9.263);

Aan verweerster kan derhalve niet ten laste worden gelegd dat zij die bewuste morgen geen bestrooiing heeft laten uitvoeren aangezien niets erop wees dat er ijzervorming zou optreden.

Evenmin bewijst eiseres, of doet zij enig bewijsaanbod, dat zich op de plaats van het ongeval voordien geregeld dergelijke schadegevallen hadden voorgedaan. Verweerster kan derhalve niet worden aangewreven aldaar geen signalering m.b.t. slipgevaar te hebben laten aanbrengen.

In de gegeven omstandigheden kan verweerster niet aansprakelijk worden gesteld voor de gevolgen van het ongeval.

3. Het ongeval deed zich voor op een rijksweg zodat, op grond van artikel 1384, eerste lid B.W., verweerder aansprakelijk kan worden gesteld voor zover vaststaat dat de weg met een «gebrek» was behept. Een plotselinge, tijdelijke en plaatselijke ijzervlek maakt evenwel een weg niet gebrekkig. Het gaat immers om een uitwendige gevaarsoorzaak die niet inherent is aan de conceptie of aanleg van de weg (Vandenbergh, H., e.a., «Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad», *T.P.R.*, 1980, 1238).

Zoals door de verbalisanten werd vastgesteld, bestond de rijbaan uit asfalt in goede staat van onderhoud.

Derhalve mist ook de tussenvordering van eiseres elke grond.

Uit de omstandigheid dat de individuele controlebriefjes van een prikklok pas na een paar dagen ter beschikking zijn van de werkgever, kan worden besloten dat laatstbedoelde pas op dat tijdstip kennis kreeg van het feit van het andermaal te laat komen van een zijner werknemers.

P. t/ N.V. N.

Overwegende dat eiser, die op 1 juni 1983 als bediende in dienst was getreden van verweerster en op 23 september 1986 door deze laatste zonder opzegging noch vergoeding werd ontslagen, aanvoerend dat zijn ontslag niet door een dringende reden was gerechtvaardigd, wegens dit ontslag van verweerster een verbrekingsvergoeding vordert overeenstemmend met drie maanden bezoldiging, d.i. 164.676 fr.;

Dat verweerster de vordering van eiser betwist stellende dat zij gerechtigd was hem op 23 september 1986 op staande voet te ontslaan wegens herhaald te laat komen op het werk, ondanks meerdere vermaningen;

Dat eiser evenwel doet gelden dat de tegen hem als dringende redenen ter rechtvaardiging van zijn ontslag ingeroepen redenen sedert meer dan drie dagen ter kennis waren van verweerster, terwijl het laatste ingeroepen feit van te laat komen dagteekent van 17 september 1986, zodat die feiten op 23 september 1986 niet meer als dringende redenen konden gelden, en dat diezelfde feiten niet voldoende zwaar waren om een ontslag zonder opzegging of vergoeding te rechtvaardigen;

Overwegende dat eiser niet betwist dat hij tijdens het eerste jaar van zijn tewerkstelling als stagiair nooit te laat op het werk is verschenen;

Dat eiser, nadat hij voor onbepaalde tijd in dienst was genomen regelmatig begon te laat te komen;

Dat hij een eerste waarschuwing in verband met zijn te laat op het werk verschijnen ontving bij een schrijven van 15 januari 1985, en zulks voor te laat komen op 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 26 en 27 december 1985 en op 3 januari 1986;

Dat een tweede waarschuwing volgde bij schrijven van 29 januari 1986 voor een te laat komen op 21 januari 1986;

Dat eiser bij schrijven van 27 februari 1986 een derde waarschuwing kreeg voor te laat komen op 28 januari 1986 en 10 en 17 februari 1986, met de mededeling dat in geval van herhaling uiterst ernstige beslissingen te zijnen opzichte zouden worden genomen;

Dat eiser bij brief van 18 augustus 1986 een laatste waarschuwing kreeg voor te laat komen op 24 maart, 3 en 28 april, 7, 15, 21, 26, 28 en 30 mei, 25 juni, 2, 8, 9, 10, 15, 16, 17, 18, 23, 28, 29 en 31 juli 1986 met de mededeling dat het om een laatste waarschuwing ging en dat bij een volgend te laat op het werk verschijnen, hij wegens dringende redenen en zonder enige vergoeding zou worden ontslagen;

Dat eiser op 17 september 1986 andermaal te laat op het werk verscheen;

Dat, wegens die herhaalde afwezigheden, eiser op 23 september 1986 op staande voet werd ontslagen;

Overwegende dat de bedienden van verweerster bij het binnenkomen op het bedrijf dienen te prikken en dat daarbij het uur van aankomst op het werk op een computertape wordt geregistreerd, terwijl de controleprikken door de computer per week worden verzameld, en vervolgens, per personeelslid, op individuele briefjes worden uitgedrukt

ARBEIDSRECHTBANK TE ANTWERPEN

3e KAMER – 25 MEI 1988

Voorzitter : de h. Van Meel

Rechters in sociale zaken : de hh. Govaert en De Neubourg
Advocaten : mrs. Lenaerts en Janssens loco Van den Heuvel

Arbeidsovereenkomst – Dringende reden – Kennis van feit – Termijn – Begrip

welke de maandagnamiddag ter beschikking van verweerster zijn;

Dat in die omstandigheden verweerster eerst op maandag 22 september 1986 in de namiddag kennis kreeg van het feit dat eiser op woensdag 17 september 1986 andermaal te laat op het werk was verschenen;

Dat verweerster derhalve op 23 september 1986 niet sedert meer dan drie dagen kennis had van de afwezigheid op 17 september 1986 van eiser;

...

NOOT – Het vonnis is in hoger beroep bekrachtigd bij arrest van het Arbeidshof te Antwerpen van 4 oktober 1990.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 14 september 1990

Inkomstenbelastingen – Personenbelasting – Vrijstelling – Lid van het Internationaal Secretariaat van de Noord-Atlantische Vergadering – Rijksinwoner

Het eerste middel van eisers cassatieberoep tegen het bestreden arrest (Hof Brussel, 13 december 1988) wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat, ingevolge artikel 22.1, tweede lid, van de wet van 14 augustus 1974 betreffende het statuut in België van de Noord-Atlantische Vergadering, de in het eerste lid bepaalde vrijstelling van belasting op het inkomen voor de leden van het Internationaal Secretariaat, wat betreft wedden, bezoldigingen en bijdragen voor het verzorgingsfonds, niet van toepassing is op de personen die Belgische onderdanen zijn of die in het Rijk woonden alvorens in dienst te treden bij de zetel van de Vergadering in België;

«Dat, blijkens de wetsgeschiedenis, onder 'personen die in het Rijk woonden' moeten worden verstaan de personen die met een hoge graad van continuïteit hun werkelijke woonplaats in België hadden;

«Overwegende dat het arrest vaststelt: dat eiser zich vanaf midden 1976 in Leuven is komen vestigen, er tot 31 december 1977 een dienstbetrekking had en er daarna, tot 22 oktober 1978, stempelgeld genoot; dat hij nog steeds in Leuven woonde toen hij op 1 september 1978 een dienstbetrekking kreeg bij de Noord-Atlantische Vergadering in België;

«Overwegende dat het arrest artikel 22.1, tweede lid, van de wet van 14 augustus 1974 niet schendt door het begrip 'in het Rijk wonen' te interpreteren op grond van het criterium dat de feitelijke omstandigheden aantonen dat de betrokkene, gedurende een voldoende lange termijn, in België een effectief en onafgebroken verblijf had.»

(Voorzitter: de h. Caenepeel – Rapporteur: de h. Rauws – Openbaar ministerie: de h. Declercq – Advocaten: mrs. Claes, Vanheeswijck en Claeys Bouuaert – In de zaak: L. t/ Belgische Staat)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 12 november 1990

Architect – Tucht – Bureau van de provinciale raad – 1. Taak – Verwijzing zonder klacht – Wettig – 2. Mensenrechten – Onpartijdige rechter – Beginsel niet toepasselijk op het bureau

Tegen de bestreden beslissing (Raad van Beroep van de Orde van Architecten, 20 december 1989) werpt eiser als tweede middel op dat in zijn zaak ambtshalve, zonder enige klacht, een onderzoek is ingesteld door het bureau en dat dit in strijd is met art. 23 van de wet van 26 juni 1963.

«Overwegende dat artikel 23 van de wet van 26 juni 1963 bepaalt: 'Het bureau van de raad onderzoekt de klachten ingediend tegen de personen die onder hem ressorteren en verwijst, zo nodig, het geval naar de raad';

«Dat dit artikel de aanhangigmaking van de tuchtzaken bij de provinciale raad van de Orde, na onderzoek door het bureau, regelt; dat het artikel, gelet op de opdracht van de raden van de Orde, bepaald in de artikelen 2 en 19 van de wet, er niet aan in de weg staat dat het bureau ook ambtshalve disciplinaire onderzoeken instelt en de zaak naar de raad verwijst.»

In het derde middel voert eiser een schending van art. 6, lid 1, E.V.R.M. aan in verband met de samenstelling van het bureau.

«Overwegende dat het middel een schending van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en een miskenning van de algemene rechtsbeginselen inzake de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter en het recht van verdediging afleidt uit omstandigheden waaruit, volgens eiser, de vooringenomenheid en de partijdigheid van de voorzitter van het bureau van de raad van de Orde zouden blijken;

«Overwegende dat, in tuchtzaken, artikel 6, lid 1, van voormeld verdrag en het beginsel inzake de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter, als zodanig enkel toepasselijk zijn op de rechtscollages die uitspraak doen over tuchtmaatregelen en op de leden ervan;

«Overwegende dat het bureau van de raad, wanneer het onderzoeken inzake het deontologisch gedrag van leden van de Orde instelt, niet als rechtscollage handelt en zijn leden alsdan geen rechtersfunctie vervullen;

«Dat het middel niet aanvoert dat een of meer leden van de Raad van Beroep die de bestreden beslissing hebben gegeven, niet als onafhankelijke en onpartijdige rechters hebben gehandeld;

«Overwegende dat het middel de miskenning van eisers recht van verdediging uitsluitend baseert op een beweerde miskenning van het beginsel betreffende de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter;

«Dat uit de vorenstaande motieven volgt dat de grief geen grondslag heeft;

«Dat het middel niet kan worden aangenomen.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Rauws – Openbaar ministerie: de h. Lenaerts – Advocaten: mrs. De Gryse en Bützler – In de zaak: D. t/ Orde van Architecten)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 16 november 1990

Faillissement – Faillietverklaring binnen zes maanden na stopzetting van handel – Tijdstip waarop aan de vereisten voor faillietverklaring voldaan moet zijn

Het bestreden arrest (Hof Brussel, 11 oktober 1989) wordt op de volgende gronden vernietigd:

«Overwegende dat artikel 437, eerste lid, van de Faillissementswet bepaalt dat de koopman die heeft opgehouden te betalen en wiens krediet geschokt is, zich in staat van faillissement bevindt; dat het tweede lid daaraan toevoegt dat degene die geen handel meer drijft, failliet kan worden verklaard, indien hij heeft opgehouden te betalen toen hij nog koopman was;

«Dat, ingevolge artikel 442, derde lid, van dezelfde wet, behoudens de uitzondering van artikel 613, het tijdstip waarop de schuldenaar heeft opgehouden te betalen, niet meer dan zes maanden vóór het vonnis van faillietverklaring mag worden gesteld;

«Overwegende dat daaruit volgt dat een schuldenaar nog binnen zes maanden na stopzetting van zijn handel failliet kan worden verklaard, maar dat daartoe aan de vereisten tot faillietverklaring van een koopman op het tijdstip van de stopzetting van zijn handel voldaan moet zijn;

«Overwegende dat het arrest verklaart dat het hof van beroep dient na te gaan of op de datum dat het faillissement werd geopend, de voorwaarden hiertoe vervuld waren; dat het arrest vaststelt dat eiseres haar inschrijving in het handelsregister liet schrappen op 6 juli 1987 en dat zij failliet verklaard werd op 22 december 1987; dat het arrest oordeelt: 'dat, nu deze schrapping heeft plaatsgevonden minder dan zes maanden vóór het vonnis waarbij het faillissement werd uitgesproken, (eiseres), nog failliet kan worden verklaard overeenkomstig artikel 437 van de Faillissementswet'; dat het arrest daardoor te kennen geeft dat eiseres haar handel vóór het vonnis had stopgezet, zodat de faillietverklaring nog overeenkomstig het tweede lid van artikel 437 kon worden uitgesproken;

«Dat het arrest beslist 'dat de staking van betaling en het daaruit voortvloeiende wankelen van het krediet in hoofde van (eiseres) op 22 december 1987 vaststaat' en het op grond daarvan de faillietverklaring bevestigt;

«Overwegende dat het arrest aldus, om de staat van faillissement van eiseres vast te stellen, haar toestand niet beoordeelt naar een tijdstip waarop zij nog de hoedanigheid van koopman had;

«Dat het arrest zodoende artikel 437 van de Faillissementswet schendt.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Caenepeel – Openbaar ministerie: de h. D'Hoore – Advocaten: mrs. Bützler en Geinger – In de zaak: De C. t/ H. e.a.)

getuigenbewijs tegen geschriften uitsluit, is voor eerst sinds ruim veertig jaar aangepast. Door de wet van 10 december 1990 (*Belgisch Staatsblad*, 22 december 1990) werd deze drempel verhoogd van 3.000 fr. naar 15.000 fr.

Voor die versoepeling werd in de rechtsleer herhaald gepleit (o.m. M. Fontaine, «La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles», in *La preuve*, 1987, 3). Tevens kon de wetgever steun vinden in onze buurlanden. Zo werd in Frankrijk de drempel van art. 1341 C.civ. reeds in 1980 op 5.000 fr. gebracht (loi n° 80-525, 12 juli 1980).

2. De wet wijzigt in gelijke zin de volgende bepalingen: de artt. 1342, 1343, 1344, 1345, 1834 (vennootschap), 1923 (bewaargeving), 1924, 1950 (bewaargeving uit noodzaak) en 2074, tweede lid (pand).

3. Tijdens de parlementaire voorbereiding kwam vooral de problematiek aan de orde van de werking in de tijd van de nieuwe wet (cf. verslag Verhaegen, *Parl. St., Senaat*, 1988, nr. 210/2). Hierover werden ook in de rechtsleer verschillende theorieën ontwikkeld. Zo wordt de stelling verdedigd dat een wet die het bewijs regelt, van toepassing is op alle hangende rechtsgedingen, ook al betreffen ze vorderingen ontstaan onder de oude wet (o.m. De Page, *Traité*, I, 344, nr. 232). Anderen maken daarentegen het onderscheid naargelang de nieuwe wet de bestaande bewijsmiddelen verruimt of beperkt. In het eerste geval zou dan aan de nieuwe wet terugwerkende kracht moeten worden verleend. Een dergelijke wet die het bewijsrecht versoepelt zou uitwerking moeten krijgen op anterieure rechtshandelingen (o.m. Capitant, D., 1930, 1, 130: de wederpartij «n'a pas un droit acquis à un mode de preuve plus difficile»).

De meerderheidsopvatting maakt m.b.t. bewijsregelen het volgende onderscheid. De regels die de bewijsvoering in rechte betreffen, gelden voor alle hangende gedingen, ongeacht of deze betrekking hebben op anterieure feiten. Anders is het voor die m.b.t. de zgn. «pregeconstitueerde» bewijzen, dit zijn de bewijsregels die in acht moeten worden genomen buiten ieder geding. Deze voorschriften, die de activiteit van de contractspartijen betreffen, blijven beheerst door de wet die van kracht was op het ogenblik van de contractsluiting (Van Gerven, *Algemeen deel*, 68, nr. 23; zie hierover uitgebreid: Roubier, *Le droit transitoire*, Parijs, 1960, 229, nr. 52 e.v.). In die zin bepaalt ook art. 3 van de wet dat de nieuwe drempel slechts van toepassing is op de overeenkomsten die onder de nieuwe wet zijn gesloten. Het bewijs van de dagtekening van de overeenkomst – waarvan bij hypothese geen geschrift is opgemaakt – mag tussen partijen geleverd worden door alle middelen rechtens.

Eric Dirix

BOEKEN

A. CARLIER, *Bijdragen aan de sociale zekerheid*, in De Bedrijfsbibliotheek, nr. 10, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, 181 pp.

Advocaat Carlier heeft een boek geschreven dat een overzicht biedt, niet alleen inzake de bijdrageplicht voor werknemers, maar ook voor zelfstandigen. Over het algemeen is het boek betrouwbaar en degelijk. Het mist de diepgang van een handboek, wat, gelet op

WETGEVING

Aanpassing bewijsrecht in burgerlijke zaken

1. Artikel 1341, eerste lid, B.W. dat in burgerlijke zaken boven een bepaald bedrag het geschriftvereiste oplegt en het

het karakter van de reeks en de inleiding van de auteur, ook een bewuste keuze is geweest.

Uitzonderlijk past een woord van kritiek. Aldus schrijft Carlier met de enkele verwijzing naar Cass., 11 september 1978, dat de rechtspraak in zekere mate rekening houdt met de kwalificatie van de overeenkomst. Op zich onbetwistbaar een juiste vaststelling, maar het vermelde cassatiearrest biedt geen steun voor het bedoelde standpunt in de rechtspraak (zie terecht Engels, C., *Het ondergeschikt verband naar het Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1990, 137).

Een centraal punt in de sociale-zekerheidsbijdragen vormt onmiskenbaar het begrip loon. Misschien had de auteur enkele aspecten, bv. de toekenning van aandelen, winstbewijzen en dividenden aan werknemers, toch wat diepgaander kunnen behandelen aan de hand van de reeds bestaande doctrine (bv. Geubel en Willems, *Soc. Kron.*, 1985, 232 e.v.; Haelterman, *Jura Falc.*, 1987-88, nr. 3, 403 e.v.).

Bijzonder te appreciëren wegens de duidelijkheid zijn de hoofdstukken II en III van het eerste deel inzake de bijzondere bijdragen en de verminderde bijdragen, waarin onderwerpen worden toegelicht die menig practicus in verlegenheid brengen.

In het tweede deel komen de bijdragen van de zelfstandigen aan bod, waarbij o.m. terecht belang wordt gehecht aan het aspect van de «regelmaticheid» van de beroepsactiviteit (vgl. Van Regenmortel, *R.W.*, 1989-90, 381-383).

Ook hier wordt afzonderlijk ingegaan op bijzondere bijdragen ten laste van de zelfstandigen, zoals de bijzondere bijdrage ten laste van de alleenstaande en van de gezinnen zonder kinderen, en de matigingsbijdragen. Ook hier biedt het werk van Carlier de oplossing voor de courante problemen. Voor sommige problemen i.v.m. het K.B. nr. 218 van 7 november 1983 zal de lezer nog wel zijn toevlucht moeten nemen tot andere bronnen.

W. Rauws

M. BOSSUYT e.a., *La Reconnaissance de la Qualité de Réfugié et l'Octroi de l'Asile*, Brussel, Bruylant/ULB, 1990, 256 pp., 1400 fr.

Het besproken boek bevat de referaten en het verslag van een op 21 april 1989 over de vluchtelingenproblematiek door de centra staatsrecht en internationaal recht van de ULB (Université Libre de Bruxelles) georganiseerde studiedag.

Structureel zit het boek goed in elkaar. In een eerste reeks bijdragen wordt de vluchtelingenproblematiek benaderd in een internationaal perspectief.

Michel Moussali, voormalig afgevaardigde van het VN Hoog Commissariaat voor de Vluchtelingen in België, Luxemburg en de Europese Gemeenschap, hangt een beeld op van de huidige, wereldwijde vluchtelingenstromen. Hij tilt zwaar aan de crisis van het vluchtelingenbeleid in vele Europese landen; die crisis heeft consequenties buiten het continent omdat de idee van de humanitaire hulpverlening precies in Europa haar bakermat heeft, maar nu veel glans heeft verloren: de nadruk ligt er vandaag veeleer op het stremmen van de stroom van asielzoekers.

In een omvangrijke bijdrage gaat Gilbert Jaeger in op de rol van de Verenigde Naties met betrekking tot vluchtelingen. In feite vangt zijn grotendeels chronologisch opgevatte overzicht al met de periode van de Volkenbond aan. Thematisch besteedt hij vooral aandacht aan ontwikkelingen rond de definitie van het begrip «vluchteling» en rond de internationale eisen gesteld aan erkenningsprocedures. Het belang van de bijdrage lijkt vooral documentair: ze biedt een op het eerste gezicht volledige lijst van vluchtelingenverdragen die aan het huidige Verdrag van Genève voorafgingen. Bij de bespreking van de hedendaagse periode wordt ook aandacht besteed aan de preventieve methode, gericht op het voorkomen van vluchtelingenstromen. Zo behandelt Jaeger de werkzaamheden van de Speciale Rapporteur van de VN-Commissie voor de Rechten van de Mens belast met het bestuderen van het verband tussen het respect voor mensenrechten en massale uitwijkingen, en van een Werkgroep van Regeringsexperts aangesteld door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties en belast met het bestuderen van internationale samenwerking met het oog op het vermijden van nieuwe vluchtelingenstromen.

Onder de kop «Raad van Europa en vluchtelingen» beperkt Rusen Ergec zich tot een bespreking van de rechtspraak van het Europees Hof en de Commissie voor de Rechten van de Mens. Over de door de Raad van Europa aangenomen meer specifieke verdragen en aanbevelingen wordt ondanks de door de titel van de bijdrage verwakte verwachtingen niet gerept. De aandacht van Ergec gaat vooral uit naar de artikelen 3 (folterverbod) en 8 (recht op eerbiediging van het familieleven) van het Europees Verdrag ter Bescherming voor de Rechten van de Mens.

André Nayer gaat vervolgens in op de rol van de Europese Gemeenschap en vangt zijn bijdrage aan met de slogan: «15 minutes pour parler de la Communauté européenne et des réfugiés, c'est 14 minutes de trop». Niettemin bevat de bijdrage boeiende informatie over de wirwar van commissies die zich in en rondom de Europese Gemeenschap enige bevoegdheid met betrekking tot de vluchtelingenproblematiek hebben toegeëigend. De bijdrage van Nayer biedt een sleutel tot het ontsluiten van dit labirynth.

In een tweede reeks bijdragen komt de Belgische vluchtelingenwet van 14 juli 1987 aan bod. Zo bespreekt Jean-Yves Carlier de erkenningsprocedure, en L.P. Suetens de beroepsmogelijkheden die een asielzoeker in het kader van de wet kan aanwenden. Aan de hand van door het Commissariaat-Generaal van de Vluchtelingen verzamelde statistische gegevens bespreekt Marc Bossuyt de toepassing van de wet in de praktijk.

In wat door de opbouw van het boek enkel het «koninginnestuk» van de bundel kan worden genoemd, toetst Philippe De Bruycker ten slotte de Belgische wetgeving aan het Internationaal recht. Opnieuw blijkt de titel ambitieuzer dan de bijdrage. In feite bespreekt De Bruycker enkel de verenigbaarheid van de Belgische wetgeving met het Verdrag van Genève. Op de relevantie van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens wordt slechts, en zeer terloops, ingegaan in de weergave van de tijdens de studiedag gevoerde debatten aan het eind van het boek. Centraal in het stuk van De Bruycker staan de artikelen 31 tot 33 van het Verdrag van Genève. De auteur geeft de controverse weer die over deze artikelen in de internationale rechtsleer bestaat, en kiest vervolgens, voorzichtig, stelling. Naar zijn mening kan uit artikel 31 een voorlopig verblijfsrecht voor de asielzoeker worden afgeleid voor de duur van de periode noodzakelijk om over zijn hoedanigheid als vluchteling te oordelen. Artikel 33 staat toe een vreemdeling terug te leiden (en hem ook de toegang tot het grondgebied te ontzeggen), zolang het directe of indirecte gevolg niet is dat hij zich zal bevinden in een Staat waar hij dreigt vervolgd te worden. Onder een dergelijke Staat dient ook een Staat te worden verstaan die hem naar een derde Staat waar dat gevaar dreigt, zou terugleiden. De confrontatie met de Belgische wet leidt, volgens De Bruycker, tot de onverenigbaarheid van artikel 52, § 1, van de Belgische Vluchtelingenwet met artikel 31 van het Verdrag van Genève, en van artikel 52, §§ 3 en 4, met artikel 32 van het Verdrag van Genève. Verder maakt de auteur zich zorgen over de talrijke onontvankelijkheidscriteria van proceduriële aard die in de nieuwe Belgische wet zijn opgenomen, en de verplichting van België als verdragspartij bij het Verdrag van Genève om de asielaanvraag daadwerkelijk te onderzoeken.

Tot slot nog dit. Lezers van het Belgisch Tijdschrift voor Internationaal Recht zullen zich deze bundel niet wensen aan te schaffen. De inhoud ervan stemt volledig overeen met het nummer 1989/1 van het eerder genoemde tijdschrift.

Koen De Feyter
Assistent internationaal recht ULA

J. STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 824 p.

Op verzoek van stafhouder W. Hendrickx en de raad van de orde te Antwerpen, heeft mr. J. Stevens een lijvig boek geschreven over de regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen. Reeds bij de aanvang benadrukt de auteur dat het boek meer bevat dan de titel laat vermoeden. Het boek blijft niet beperkt tot een volledig overzicht van de plaatselijke regels en gebruiken. De Antwerpse regels worden voortdurend vergeleken met die van andere balies (vooral van Brussel en Luik), getoetst aan de reglementen van de nationale orde en gesitueerd in de internationale context waarin de advocatuur zich thans ontwikkelt. De advocatuur beperkt zich im-

mers niet langer tot de eigen stad en balie, maar functioneert in ruimere nationale en internationale verbanden. Deze ontwikkeling van de advocatuur verplicht de lokale balies meer belang te hechten aan de taak van de nationale orde op het vlak van de eenmaking van de beroepsregels teneinde de eigen nationale ideeën over de beroepsbeoefening en de deontologie te kunnen confronteren met die van buitenlandse beroepsgenoten.

Eerst wordt stilgestaan bij het wezen van de advocatuur (deel I), waarna een overzicht volgt van de wettelijke instellingen (Orde, Tuchtraad van Beroep, Nationale Orde) en de instellingen die uit de praktijk zijn gegroeid (deel II).

In het derde deel bespreekt de auteur de voorwaarden om advocaat te zijn. De toelatingsvoorwaarden en onverenigbaarheden worden nader toegelicht. Het vierde deel bevat een overzicht van de stagereglementering: aandacht wordt besteed aan de aard en de organisatie van de stage, de modaliteiten, de rechten en verplichtingen van de stagiairs.

Het meest omvattend is het vijfde deel, waarin de uitoefening van het beroep van advocaat in al zijn facetten wordt geanalyseerd en becommentarieerd. De taak van de advocaat, zijn specifieke rechten en verplichtingen worden nader uitgelegd en geïnterpreteerd aan de hand van besprekingen of beslissingen van de raad of van de persoonlijke ervaring van de auteur in de raad. Vooral het recht op honorarium, de plicht tot beroepsgeheim en de plicht tot diligentie en toewijding komen uitvoerig aan bod.

Ten slotte wordt de tuchtprocedure behandeld.

Dat de auteur erin geslaagd is binnen een uiterst kort tijdsbestek van anderhalf jaar dit boek te schrijven, verdient grote waardering. Ondanks de overvloedige bronvermeldingen in de tekst, zou een bibliografisch overzicht de praktische bruikbaarheid van het werk zeker ten goede zijn gekomen, al werd daar bewust van afgezien. De lectuur van het boek noopt ook tot een aantal bedenkingen. Bij wijze van voorbeeld kan verwezen worden naar de stelling van de auteur dat de schending van het recht van verdediging, hoewel van (internationale) openbare orde, niet voor het eerst voor het Hof van Cassatie kan worden ingeroepen. Bedenkingen kunnen ook rijzen inzake het volstreekte meesterschap van de orde over haar tableau: het ontbreken van iedere beroepsmogelijkheid tegen de weigering tot inschrijving op het tableau of de lijst der stagiairs kan in twielf worden getrokken, vooral sedert de inwerkingtreding op 4 januari 1991 van de Europese richtlijn van 21 december 1988. Art. 8, tweede lid, van deze richtlijn voorziet immers in de mogelijkheid van advocaten uit EEG-lidstaten om hoger beroep in te stellen tegen het besluit van de Belgische autoriteiten om de toelating tot de beroepsuitoefening te weigeren, terwijl een dergelijke beroepsmogelijkheid voor de Belgische juristen die op het tableau of de lijst ingeschreven wensen te worden, uitgesloten wordt door art. 432 Ger.W.

Tot voor kort bestond er vaak onduidelijkheid en onzekerheid omtrent de vraag welke regels of gebruiken in concrete geschillen m.b.t. beroepsuitoefening van advocaten dienen te worden toegepast. Voor de advocaten te Antwerpen is thans echter een praktisch handboek ter beschikking gesteld aan de hand waarvan ongetwijfeld vele concrete vragen sneller kunnen worden beantwoord.

Karen Broeckx
Assistente Universiteit Antwerpen

J.J.M. TROMM, *Introduction to Community Law on Competition and External Trade*, Maklu Publishers, 1989, XII + 283 blz.

Voorliggende publikatie is de neerslag van een referaat dat de auteur (te dien tijde als *senior research officer* verbonden aan het T.M.C. Asser Instituut te Den Haag) hield op het zevende de *Hague-Zagreb-Ghent Colloquium on the Law of International Trade*, georganiseerd te Zadar (Joegoslavië) in mei 1987. Zij wil een (inleidend en algemeen) overzicht bieden van de regels die van belang zijn voor handelstransacties tussen de E.G. en derde landen. Achtereenvolgens komen aan bod: de beginselen van de constitutionele organisatie en van de besluitvorming van de Gemeenschap (deel I), een overzicht van de «Community Competition Law» (deel II, dat niet alleen handelt over de regels van het EEG-Verdrag inzake mededinging en staatssteun, maar o.m. ook handelt over Europese regels op het gebied van het vennootschapsrecht, over het Europeesrechtelijk statuut van kredietinstellingen, over produktregule-

ring op het Europees vlak en over fiscaliteit), en een overzicht van de specifieke regels die toepassing kunnen vinden op handelstransacties met derde landen (deel III). De tekst is informatief, leest vlot en is in zeer behoorlijk Engels opgesteld, maar valt erg kort uit (44 blz.; de rest van de publikatie bestaat uit documentaire bijlagen die meestal maar niet altijd op de tekst aansluiten) en bevat geen verwijzingen naar het *Publikatieblad* en de *Jurisprudentie*, wat de niet-gespecialiseerde lezer die een bepaald punt verder wil uitdiepen voor een bronnenprobleem kan stellen wanneer verwezen wordt naar documenten die niet in de bijlagen voorkomen. Bij het raadplegen van de tekst moet voorts rekening gehouden worden met de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan sinds de publikatie werd opgesteld — men denke bv. aan de nieuwe handelsverdragen die werden gesloten met een aantal landen van het vroegere Oostblok, de tweede bankenrichtlijn en de concentratiecontroleverordening van december 1989, de in 1988 vernieuwde basisverordening inzake anti-dumping en anti-subsidiemaatregelen, enz.

H.G.

MEDEDELINGEN

Studie-avond «Medeëigendom bij appartementsgebouwen»

Het C.B.R. organiseert deze studie-avond op 18 maart 1991 te 20u00 in de Aula van de U.I.A. te Wilrijk.

Sprekers zijn: notaris M. Vileyn uit Nieuwpoort over het medeëigendomsreglement en de beslissingen van de algemene vergadering van eigenaars, prof. mr. J. Laenens over het (dagelijks) beheer van appartementsgebouwen en de respectieve rol van de gemeenschap van eigenaars en van de syndicus en prof. dr. A. Van Oevelen over de problemen in verband met de bijdrage in de gemeenschappelijke lasten en de schade veroorzaakt aan of door de gemeenschappelijke delen.

Inlichtingen: mevr. M. Van Nuland, U.I.A., Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk (tel. 03/820.29.38).

Zomercursus in grensoverschrijdend recht aan de U.L.B.

De Université Libre de Bruxelles organiseert in samenwerking met de Duke University School of Law van 30 juni tot 30 juli 1991 een zomercursus in grensoverschrijdend recht.

De cursus, die in het Engels wordt gegeven, omvat: comparative intellectual law, international criminal law, international environmental law, international taxation, introduction to european community law (for non-Europeans), judicial process and constitutional structure (for non-Americans).

Inlichtingen: mevr. V. Simonart, U.L.B., Faculté de Droit, av. F.D. Roosevelt 50 (C.P. 137), 1050 Brussel, (tel. 02/65.38.77).

Computergesteunde expertise

De Vereniging van Verzekeringsjuristen organiseert op donderdag 21 februari 1991 te 18u30 bij de maatschappij J. Van Breda, Plantin en Moretuslei 295 te Antwerpen-Borgerhout, een lezing met als thema: «Computergesteunde expertise».

Inlichtingen: mevr. Chris Willems, tel. 03/217.54.80.

Vacatures — Faculteit Rechtsgeleerdheid K.U.Leuven

Aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de K.U.Leuven zijn meerdere opdrachten vacant in diverse domeinen van het recht. Een lijst van deze vacatures kan worden aangevraagd op het Academisch Dossier, Naamsestraat 22, 3000 Leuven (tel. 016/28.40.57). De kandidaatstellingen dienen te geschieden voor 8 maart 1991.

Meer informatie kan worden bekomen bij de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Tiensestraat 41, 3000 Leuven (tel. 016/28.51.51).