

HET VIJANDIGE OVERNAMEBOD

De wenselijkheid en bruikbaarheid van een controversiële acquisitietechniek herdacht *

«Je schärfer und unerbittlicher wir eine These fordern,
desto unwiderstehlicher ruft sie nach der Antithese.»
Herman Hesse, *Das Glasperlenspiel*

I. PROBLEEMSTELLING EN METHODOLOGISCHE VERANTWOORDING

1. Het beantwoorden van de vraag of het vijandige overnamebod een wenselijke en bruikbare techniek ter verwerving van de controle over een beursgenoteerde vennootschap¹ oplevert, vergt een multidisciplinaire aanpak. Wie de vraag op een wetenschappelijk verantwoorde manier wil beantwoorden en derhalve niet enkel steun zoekt in gevoelen/of gezagsargumenten, ziet zich dan ook genoodzaakt om, naast juridische geschriften, ook de economische commentaren te raadplegen.

2. De centrale vraag omtrent de wenselijkheid van de techniek van het vijandige overnamebod is in wezen een economische vraag. De jurist die in dezen stelling wil nemen, kan vanuit een louter rechtswetenschappelijke invalshoek niet overtuigen. Alleen de economische wetenschap beschikt immers over het vereiste instrumentarium om de vraag op een theoretisch verantwoorde manier te behandelen. Het is dan ook nodig het beantwoorden van de vraag of vijandige overnamebiedingen een wenselijke acquisitietechniek opleveren, te laten voorafgaan door een economische literatuurstudie.

De jurist die het onderwerp aldus benadert, moet er zich evenwel rekenschap van geven dat de conclusies waartoe een dergelijk beschouwend onderzoek kan leiden, binnen zijn discipline geen doel *an sich* kunnen uitmaken. De verklaringen waartoe de economische theorievorming leidt, verschaffen de jurist hoogstens een leidraad aan de hand waarvan hij de verschillende reglementaire voorschriften die het vijandige overnamegebeuren normeren, kan beoordelen. Dit vergt op zijn beurt een onderzoek van wetgeving,

rechtspraak en rechtsleer, dat alleen een juridisch geschoold auteur op een zinvolle manier kan verrichten.

De jurist die zo te werk gaat, moet zich hiertoe een methodologie eigen maken die in belangrijke mate afwijkt van de klassieke benadering van een juridisch probleem. Hij is meer in het bijzonder aangewezen op de zogeheten *law and economics*-methodologie. Het betreft een vooralsnog alleen in de Anglo-Amerikaanse rechtswetenschap ingeburgerde en ten volle geaccepteerde onderzoeksmethode, die tot doel heeft juridische vraagstukken vanuit een economische invalshoek te benaderen, en voor juridische problemen oplossingen aan te brengen die vanuit economisch oogpunt het meest aangewezen zijn². De methodologie is in continentaal Europa weinig ingeburgerd.

3. Het gebruik van die methodologie heeft als voordeel dat het steunen op gezagsargumenten niet langer nodig is. Ten aanzien van de materie van het vijandige overnamebod heeft deze vaststelling verregaande consequenties. Een overmatig gebruik van gezagsargumenten heeft er in het verleden immers toe geleid dat het debat omtrent de wenselijkheid van vijandige overnames in een impasse geraakt is. Vooral de Nederlandse doctrine heeft zich hierbij bijzonder ijverig getoond in de ontwikkeling van een gezagsargumentatie *contra* het gebruik van de techniek van het vijandige overnamebod³.

Op het vlak van de Europese Gemeenschappen heeft dat goochelen met argumenten *ex autoritate* tot gevolg gehad dat de harmonisatiewerkzaamheden van de E.G.-Commissie zijn stilgevallen⁴. Ook deze vaststelling biedt een bijkomend

² Omtrent de methodologie, zie vooral COOTER, R. en ULEN, T., *Law and Economics*, Glenview, Illinois, Scott, Foresman and Co., 1983.

³ Wie er een willekeurig nummer van de jaargangen 1988-1991 van de tijdschriften *NV* en *TVVS* op naslaat, treft wellicht een artikel aan dat hetzij vijandige overnames om niet nader vermelde redenen als nefast beschouwt, hetzij een vurig – daarom niet altijd even overtuigend – pleidooi houdt *pro* de rechtsgeldigheid van beschermingsconstructies.

⁴ De actie van de E.G.-Commissie tot harmonisatie van de juridische voorschriften die het vijandige overnamegebeuren normeren, doet zich voor op een dubbel vlak. Enerzijds ijvert zij voor een harmonisatie van de eigenlijke overnamereglementeringen van de diverse Lid-Staten. Anderzijds heeft zij zich voorgenomen om een aantal obstakels tegen vijandige overnames – in het bijzonder de zogeheten «beschermingsconstructies» – uit de weg te ruimen.

De plannen tot harmonisatie van de overnamereglementering dateren reeds van 1973, toen de E.G.-Commissie de Engelse hoogleraar PENNINGTON belaste met de redactie van een ontwerptekst van voorstel van dertiende vennootschapsrichtlijn. De inspanningen resulteerden evenwel niet in een formeel voorstel. (Men raadplege vooral SCHOLTEN, Y., «Fusies binnen de E.E.G. De ontwerpen van de Commissie, gezien in het bijzonder vanuit het vennootschapsrecht, trends en poging tot synthese», *S.E.W.*, 1974, 661-705, in het bijzonder 691-694; BRADLEY, C., «Harmonising Take-over and Merger Regulations within the ECC», *7 Comp Law.*, 1986, 131-138, in het bijzonder 135; WITTERWULGHE, R., «Vers une harmonisation des

* De hierna weergegeven tekst vormt de schriftelijke neerslag van de mondelinge uiteenzetting door de auteur gehouden naar aanleiding van de verdediging van zijn doctoraal proefschrift op 28 september 1992.

¹ Hierna wordt telkens de term «beursgenoteerde vennootschap» gehanteerd, hoewel een ruimere begripsomschrijving – «publieke vennootschap» – wellicht meer op zijn plaats zou zijn. De techniek van het vijandige overnamebod is immers ook bruikbaar ter verwerving van de controle over een vennootschap waarvan de aandelen om een andere reden dan een beursnotering bij een groot publiek verspreid zijn. Ook de reglementaire voorschriften die het vijandige overnamegebeuren normeren, kennen een dergelijk ruim toepassingsgebied. (Zie voor België art. 1, § 2, K.B. van 8 november 1989 op de openbare overname-aanbiedingen en de wijzigingen in de controle op de vennootschappen, *B.S.*, 11 november 1989). Evenwel is de term «publieke vennootschap» niet ingeburgerd in de Belgische doctrine, en werkt hij daarenboven verwarrend. Om die reden is in het onderhavige artikel geopteerd voor het gebruik van de term «beursgenoteerde vennootschap».

argument om de materie van het vijandige overnamebod vanuit de geschetste multidisciplinaire invalshoek te behandelen.

Het gebruik van de methodologie houdt evenwel gevarieerd in. Het grootste gevaar is wellicht dat het de jurist die van

réglementations des offres publiques d'acquisition au sein de la communauté européenne», *Cah.Dr.eur.*, 1975, 592-605).

De gebeurtenissen rond het vijandige overnamebod van Cerus op de Generale Maatschappij van België, brachten de E.G. Commissie ertoe om haar harmonisatieplannen te hervatten. De actie van de Commissie leidde dit keer wel tot een formeel voorstel. (Zie Voorstel voor een dertiende richtlijn van de Raad inzake het vennootschapsrecht betreffende het openbare aanbod tot aankoop of ruil, door de Commissie ingediend op 19 januari 1989, PB nr. C 64 van 14 maart 1989, gewijzigd door Gewijzigd voorstel voor een dertiende richtlijn van de Raad inzake het vennootschapsrecht betreffende het openbare aanbod tot verwerving, door de Commissie ingediend op 14 september 1990, PB nr. C 240 van 26 september 1990. Van de veelheid aan rechtsgeleerde commentaren met betrekking tot de voorstellen, raadplege men vooral WYMEERSCH, E., «Première analyse des règles relatives aux offres publiques d'acquisition selon la proposition de directive européenne», in *Les prises de participation : l'exemple des offres publiques d'achats*, étude Suisse de Droit Européen, Payot Lausanne, 1990, 250-279; VAN HULLE, K., «De voorstellen van Europese richtlijnen inzake openbaar bod en beschermingsconstructies», in Jan Ronse Instituut, *Openbaar bod en beschermingsconstructies*, in *Reeks Rechtspersonen en vennootschapsrecht*, deel I, Kalmthout, Biblo, 1990, 179-203; WOUTERS, J., «Harmonisering van de regels betreffende openbare biedingen in de Europese Gemeenschap. Een transatlantisch perspectief op het voorstel voor een dertiende richtlijn», *TRV*, 1991, 3-21 en 59-81). Een aantal Lid-Statens – waaronder vooral Nederland en Duitsland – heeft zich tegen de harmonisatieplannen van de Commissie fel afgezet. Vooral het Verenigd Koninkrijk toont zich voorstander van de harmonisatieplannen. (Zie bijvoorbeeld BURNSIDE, A., «The European Company Re-proposed», *12 Comp.Law.*, 1991, 216-220, in het bijzonder 219; RÜMKER, D., «Übernahmeangebote – Verhaltenspflichten des Vorstandes der Zielgesellschaft und Abwehrmöglichkeiten», in KÜBLER, F., MERTENS, H.-J. en WERNER, W., *Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991*, Berlin en New York, Walter de Gruyter, 1991, 683-704, in het bijzonder 684-685).

In tweede instantie heeft de E.G.-Commissie zich tot doel gesteld de voorschriften van toepassing op beschermingsconstructies (cf. *infra*, nrs. 31-33) te harmoniseren. (Zie vooral Voorstel voor een vijfde richtlijn van de Raad gebaseerd op artikel 54 van het EEG-Verdrag met betrekking tot de structuur van de naamloze vennootschap alsmede de bevoegdheden en verplichtingen van haar organen, P.B. nr. C.240, van 9 september 1983; 2; P.B. nr. C.7 van 11 januari 1991, 7 en P.B. nr. C.321, van 12 januari 1991, 9. Omtrent de doelstelling de barrières tegen overnamebiedingen af te schaffen, zie verder X., «Marché intérieur : La commission européenne pourrait proposer, avant le mois de mars 1990, des mesures visant à éliminer les entraves aux offres publiques d'achat ou d'échange», *Europe*, 27-28 november 1989, nr. 5140, 9 en X., «Droit des sociétés : le vice-président Bangemann présentera au conseil 'marché inférieur' du 14 mai une communication de la Commission sur les entraves aux offres publiques d'achat ou d'échange», *Europe*, 3 mei 1990, nr. 5250). Aangezien de betreffende voorstellen in verregaande mate ingrijpen in de opvattingen die in de verschillende Lid-Statens heersen omtrent de werking en het bestuur van de kapitaalvennootschap, stuiten ze op heftige weerstand van die Lid-Statens waarvan de vennootschappen het meest gebruik maken van beschermingsconstructies, met name Duitsland en Nederland. Nederland bekritiseert voornamelijk het feit dat de harmonisatieplannen in hoofdzaak de in Nederland

de methodologie gebruik maakt, veelal ontbreekt aan de nodige deskundigheid om de in de door hem geraadpleegde economische studies gehanteerde onderzoeksmethodes op hun wetenschappelijke kwaliteit te beoordelen. De jurist moet zijn vertrouwen stellen in de expertise en de wetenschappelijke ernst van de auteurs van de geraadpleegde studies, en zich in hoofdzaak baseren op de conclusies waartoe hun onderzoek leidt.

II. DE WENSELIJKHEID VAN VIJANDIGE OVERNAMEBIEDINGEN

4. De vraag naar de wenselijkheid van het vijandige overnamebod als techniek van controleverwerving over een beursgenoteerde vennootschap, is zoals hierboven gesteld in wezen een economische vraag.

5. Alvorens over te gaan tot een weergave van de conclusies waartoe dit economische onderzoek leidt, is het nodig de lezer erop te wijzen dat het tot dusver gevoerde economische onderzoek dat de materie van het vijandige overnamebod heeft behandeld, in hoofdzaak betrekking heeft op de situatie in de Angelsaksische landen, waar de vijandige overnametechniek overigens het best ingeburgerd is. Met betrekking tot continentaal Europa is praktisch geen vernieuwend economisch onderzoek verricht ⁵.

Het bedoelde onderzoek is van tweeërlei aard : het betreft enerzijds empirische studies en anderzijds economische theorievorming.

A. Empirisch onderzoek

6. Het empirische onderzoek dat de vraag naar de wenselijkheid van vijandige overnames heeft onderzocht, neemt veelal de vorm aan van zogeheten «effectstudies» (*event studies*).

Het betreft een onderzoeksmethode die het mogelijk maakt het effect na te gaan van een bepaalde soort gebeurtenis op de beurskoersen van de vennootschap waarop de gebeurtenis betrekking heeft ⁶. Toegepast op vijandige over-

gangbare technische beschermingsconstructies zullen raken, terwijl ze de in Duitsland en Frankrijk gebruikelijke structurele barrières ongemoeid laten. (Zie Kellaway, L., «EC toes liberal UK takeover line», *Financial Times*, 10 mei 1990, 3). Het Verenigd Koninkrijk, waar praktisch geen beschermingsconstructies gelden, heeft ook deze harmonisatievoorstellen van de E.G.-Commissie toegejuicht. (zie DICKSON, T., «Brussels plan for shareholders' rights», *Financial Times*, 8 mei 1990, 4; KELLAWAY, L., «EC toes liberal UK takeover line», *Financial Times*, 10 mei 1990, 3).

⁵ De beschikbare literatuur beperkt zich tot een weergave van de bevindingen van de Amerikaanse en Engelse studies (zie bijvoorbeeld RIETKERK, G., «Bestuursonvriendelijke overname: countervailing power. Een economische analyse», *N.V.*, 1988, 45-54), of beoogt de in deze studies gehanteerde onderzoeksmethodes toe te passen op de in het eigen land gangbare situatie. (Zie vooral de studies van C. VAN HULLE, gewoon hoogleraar aan de K.U.Leuven.)

⁶ Omtrent dit soort studies en de methodologie die ze hanteren, zie vooral BROWN, S. en WARNER, J., «Using daily stock returns. The case of event studies», *14 Journal of Financial Economics*, 1985, 3-31; BROWN, S. en WEINSTEIN, M., «Derived factors in event studies», *14 Journal of Financial Economics*, 1985, 491-495.

Voor een fundamentele kritiek op de onderzoeksmethode, zie HERMAN, E. en LOWENSTEIN, L., «The efficiency effects of hostile take-

namebiedingen, zal de onderzoeker bijvoorbeeld nagaan wat het effect is van de afkondiging van een vijandig overnamebod op de beurskoersen van de over te nemen vennootschap en de overnemende vennootschap.

De besluiten van de meeste studies waarin dit effect is onderzocht, zijn vrij gelijklopend: de afkondiging van een overnamebod brengt voor de effecten van de over te nemen vennootschap een koersstijgend effect teweeg. Ten aanzien van de effecten van de overnemende vennootschap treedt geen of een lichtjes koersdalend effect op ⁷.

De voorzichtige conclusie waartoe het empirische onderzoek zich derhalve leent, is dat een vijandige overname voor de overgenomen vennootschap — of op zijn minst voor haar effectenhouders — leidt tot de creatie van een nieuwe economische waarde.

B. Economische theorievorming

7. De vraag waaraan de in de empirische studies vastgestelde waardecreatie te wijten is, heeft onder de economische theoretici tot een controversale geleid. Hierbij vallen drie strekkingen te onderscheiden. De eerste strekking — die de grootste bijval heeft — stelt dat de waarde origineel is, en meer bepaald het rechtstreekse gevolg is van de vijandige overname zelf (de zogeheten efficiëntie- of *efficiency*-theorieën). De tweede strekking stelt dat de waarde afkomstig is van de «beroving» van andere entiteiten in het economische verkeer (de zogeheten berovings- of *expropriation*-theorieën). De derde strekking beschouwt het vijandige overnamebod zonder meer als een inefficiënt overname-instrument.

1° De efficiëntie-theorieën

a) De verbeterd-managementhypothese

8. De strekking die beweert dat vijandige overnamebiedingen waardescheppend zijn, wijt dit vooral aan het feit dat de techniek van het vijandige overnamebod het mogelijk maakt een inefficiënt geleide vennootschap te identificeren, tegen de zin van hun zittend management in over te nemen en het beleid ervan te heroriënteren.

9. De theorie valt terug op de inzichten in de werking van de kapitaalvennootschap en meer bepaald op de stelling dat de kapitaalvennootschap steunt op een functiesplitsing tussen eigendom en beheer. Hierbij zorgt een groot aantal aandeelhouders voor de mobilisatie van het werkingskapitaal, en krijgt het in ruil de aanspraken op de winst die de vennootschap genereert. Het beleid van de vennootschap ligt in handen van de managers, die voor hun inspanning een vaste

vergoeding krijgen ⁸. Op dit vlak ligt overigens een van de wezenlijke verschilpunten tussen de kapitaalvennootschap en de personenvennootschap. Terwijl in laatstgenoemde vennootschapsvorm de vennoten zelf de leiding van de activiteiten op zich kunnen nemen, zijn de vennoten in een kapitaalvennootschap ertoe verplicht een beroep te doen op derden, de managers.

10. Een van de centrale problemen waartoe die functiesplitsing leidt, is dat ze tot op zekere hoogte afbreuk doet aan het vrije-marktgedachtengoed, en in het bijzonder aan de stelling die ervan uitgaat dat het individuele winststreven van de in het economische verkeer agerende entiteiten, resulteert in de grootst mogelijke welvaart. Binnen de kapitaalvennootschap wordt hieraan afbreuk gedaan. De managers van een kapitaalvennootschap ijveren immers niet voor hun eigen winststreven, maar voor dat van de aandeelhouders. Als gevolg hiervan zullen zij zich niet ten volle inzetten. Het wezen van de kapitaalvennootschap zou in die optiek inherent het gevaar inhouden dat de managers de belangen ervan veronachtzamen ⁹. De literatuur hanteert voor dit verschijnsel de term «bestuurskosten» (*agency costs*).

De aandeelhouders — die het risicokapitaal hebben bijeengebracht en op wie derhalve het ondernemingsrisico weegt — hebben er dan ook alle belang bij een zekere mate van toezicht op de prestaties van de managers die zij hebben aangesteld uit te oefenen. Uit de praktijk blijkt evenwel dat binnen de kapitaalvennootschap die beantwoordt aan het geschatte model, de aandeelhouders niet bij machte zijn om

⁸ Aan de basis van de theorie die stelt dat de werking van de kapitaalvennootschap steunt op een functiesplitsing tussen aandeelhouders en managers, ligt een baanbrekende publikatie van twee Amerikaanse juristen, BERLE en MEANS, waarin zij de gedachte voor het eerst uitten en aan de hand van een indrukwekkende reeks voorbeelden en cijfergegevens nader illustreerden (zie BERLE, A. en MEANS, G., *The modern corporation and private property*, New York, The MacMillan Company, 1933, heruitgegeven door Buffalo, New York, William S. Hein & Co., Inc., 1982). Latere doctrine heeft de bevindingen van beide auteurs geactualiseerd en nader uitgewerkt. (Zie bijvoorbeeld WILDSMITH, J., *Managerial theories of the firm*, Londen, Martin Robertson and Company Ltd., 1973; STIGLER, G. en FRIEDLAND, C., «The literature of economics; the case of Berle and Means», 26 *J. Law & Econ.*, 1983, 237-268; LEECH, D., «Corporate Ownership and Control: a new look at the evidence of Berle and Means», 39 *Oxf.Econ.P.*, 1987, 534-551; CUBBIN, J. en LEECH, D., «The effect of shareholding dispersion on the degree of control in British companies: theory and measurement», 93 *the Economic Journal*, 1983, 351-369; DABIN, L., «Rapport de synthèse», *RDAI*, 1989, 715-734, in het bijzonder 723; LEE, F., «The Modern Corporation and Gardiner Mean's Critique of Neoclassical Economics», *Journal of Economic Issues*, 1990, 679-693).

⁹ Reeds ADAM SMITH kwam tot die conclusie: «The directors of such companies, however, being the managers rather of other people's money than of their own, it cannot well be expected, that they should watch over it with the same anxious vigilance with which the partners in a private copartnery frequently watch over their own. Like the stewards of a rich man, they are apt to consider attention to small matters as not for their master's honour, and very easily give themselves a dispensation from having it. Negligence and profusion, therefore, must always prevail, more or less, in the management of the affairs of such a company.» (Zie SMITH, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* in CAMPBELL, R., SKINNER, A. en TODD, W. (red.), Vol. 2, Oxford, Clarendon Press, 1976, 741, nr. 18.)

overs», in COFFEE, J., JR., LOWENSTEIN, L. en ROSE-ACKERMAN, S. (red.), *Knights, Raiders & Targets*, New York, Oxford University Press, 1988, 211-240, in het bijzonder 217.

⁷ Een opsomming van de veelheid aan effectstudies die de impact van vijandige overnames hebben onderzocht, is in het kader van deze publikatie niet op haar plaats. De geïnteresseerde lezer raadplege daarover het toonaangevende overzichtsartikel van JENSEN en RUBACK, twee van de meest vooraanstaande economen die met betrekking tot de materie hebben gepubliceerd. (Zie JENSEN, M. en RUBACK, R., «The Market for Corporate Control. The Scientific Evidence», 11 *J.F.E.*, 1983, 5-50).

zelf een dergelijke toezichthoudende taak op zich te nemen. Hun aantal is in de regel te groot om een gezamenlijk optreden mogelijk te maken. Bovendien heeft het optreden door één enkele aandeelhouder als nadeel dat hij er niet zelf het voordeel van draagt: dit komt in beginsel toe aan de vennootschap¹⁰.

Alternatieve toezichtsmechanismen — zoals de «winstdelende beloningstechnieken», waarbij de bestuurders een vergoeding ontvangen volgens de rendabiliteit van de vennootschap, en «hiërarchische structuren», waarbij de bestuurders en managers zelf een toezicht op elkaars prestaties uitoefenen¹¹, blijken evenmin bij machte om voor het probleem van de bestuurskosten een bevredigende oplossing te bieden.

11. De economische literatuur stelt dat, in dit opzicht, van de vijandige overnamemarkt wel een zeker toezicht kan uitgaan. Steunende op de hypothese dat de kapitaalmarkten efficiënt werken¹², leert de theorie dat de mate van niet-efficiëntie van een zittend management-team zal blijken uit de beurskoersen van de effecten die de vennootschap, waarover het management in kwestie de leiding voert, heeft uitgegeven. Een hoge graad van inefficiëntie resulteert in die benadering in lage beurskoersen. Op die manier gaat de kapitaalmarkt fungeren als een barometer van de efficiëntie van de leiding van de beursgenoteerde vennootschappen. Concurrerende management-teams kunnen als gevolg hier-

van overgaan tot de identificatie van een inefficiënt geleide vennootschap. Wanneer zij van oordeel zijn de oorzaken van deze inefficiëntie te kunnen wegnemen, kunnen zij door middel van de techniek van het vijandige onvernembod de vennootschap overnemen, tegen de zin van het zittende management-team in¹³.

In deze benadering leidt de vijandige overnamemarkt niet alleen tot een optimale allocatie van de produktiefactoren waarvan de vennootschappen eigenaar zijn, bovendien biedt ze een disciplinair instrument ten aanzien van lakse managers: de vrees dat de door hen geleide vennootschap het voorwerp zou komen uit te maken van een vijandig overnembod, zal hen ertoe aanzetten om zo goed mogelijk te presteren.

b) Kritieken op het efficiëntie-verklaringsmodel

12. De efficiëntie-theorie stuit op twee belangrijke kritieken. Een eerste kritiek treft in hoofdzaak de zogeheten «afbouw-overnames», waarbij de overnemer na de controleverwerving over een (*holding*)vennootschap overgaat tot de verkoop van een groot deel van de activiteiten ervan. Een tweede kritiek stelt dat de dreiging die uitgaat van de vijandige overnamemarkt, in belangrijke mate het lange-termijnbeleid van vijandig overneembare vennootschappen in het gedrang brengt, veeleer dan de managers ervan aan te zetten tot betere prestaties.

(i) Vijandige overnames als middel tot afbouw van het industriële apparaat

13. De eerste kritiek houdt in dat de efficiëntie-theorie de motiveringen van de overnemers te optimistisch inschat, en geen verklaring biedt voor de overnamepraktijken die zich vooral in de tweede helft van het voorbije decennium hebben gemanifesteerd.

Meer in het bijzonder heeft zich tijdens die periode het fenomeen van de zogeheten «afbouw-overnames» (*bust up take-overs*) voorgedaan. Hierbij verwerft de overnemende vennootschap een meerderheidsbelang in de overgenomen vennootschap, niet om zelf het beleid ervan in handen te nemen, maar om de vennootschap op te splitsen, en de aldus opgesplitste delen verder door te verkopen. De financiering van dit soort overnames geschiedt in de regel met bij kredietinstellingen¹⁴ of op de effectenmarkt geleende middelen¹⁵. De betaling van de interesten op deze leningen ge-

¹⁰ Formeel-juridisch blijkt dit duidelijk uit de kenmerken van de zogeheten «derivatieve» vordering. Het betreft een vorderingsmogelijkheid waarbij een aandeelhouder op grond van de (fiduciaire) verplichtingen waartoe de bestuurders ten aanzien van de vennootschap gehouden zijn, een schadevergoeding wegens wanprestatie kan eisen, die echter niet aan hemzelf toekomt, maar wel aan de vennootschap (vandaar ook de naam «derivatieve» of «afgeleide» vordering).

De economische literatuur suggereert dat als gevolg van het feit dat het optreden door één aandeelhouder de vennootschap als collectiviteit ten goede komt (het zogeheten *free riding*), voor deze aandeelhouder geen motivering ligt om het optreden van de bestuurders ter discussie te stellen. Veeleer zal een aandeelhouder die niet akkoord gaat met het beleid van het zittende bestuur zijn aandelen verkopen, een fenomeen dat ook wel bekend staat als de *Wall Street rule*. (Zie reeds BERLE, A. en MEANS, G., o.c., 3 en 89).

¹¹ De gedachte dat een dergelijk hiërarchisch toezicht voor de problematiek van de bestuurskosten een oplossing kan bieden, vindt een positiefrechtelijke neerslag in de zogeheten tweeledig gestructureerde bestuursorganen (*two tier-boards*), waarbij naast interne bestuurders die tevens een leidinggevende functie binnen de onderneming die de vennootschap voert waarnemen, ook externe bestuurders zitten die als dusdanig niet betrokken zijn bij de leiding over de vennootschap, maar enkel tot taak hebben toezicht uit te oefenen op de interne bestuurders. Evenwel blijkt ook dit model geen bevredigende oplossing voor de problematiek van de bestuurskosten te bieden. (Hierover bijvoorbeeld EASTERBROOK, F. en FISCHER, D., «The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer», 94 *Harv.L.Rev.*, 1981, 1161-1204, in het bijzonder 1172-1173; GILSON, R., «A Structural Approach to Corporations: The Case Against Defensive Tactics in Tender Offers», 33 *Stanford L.Rev.*, 1981, 819-891, in het bijzonder 835. Zie ook DICKSON, M., «Revolution behind closed doors», *Financial Times*, 13 april 1992, 10).

¹² De zogeheten *efficient capital markets*-hypothese. (Hierover vooral BREALEY, R. en MYERS, S., *Principles of Corporate Finance*, New York, McGraw-Hill Book Company, 1988, 281-282, nr. 13-2).

¹³ MANNE was de eerste om deze functie aan het vijandige overnembod toe te schrijven. (Zie MANNE, H., «Mergers and the Market for Corporate Control», 73 *Journal of Political Economy*, 1965, 110-120). De theorie — die deel uitmaakt van het neo-klassieke gedachtengoed — heeft vooral als gevolg van de overnamegolf in de jaren tachtig een enorme bijval gehad. Momenteel valt de meerderheid van de economische theoretici haar bij.

¹⁴ Men raadplege bijvoorbeeld WILLIS, J. en CLARK, D., «An introduction to mezzanine finance and private equity», 2 *Journal of Applied Corporate Finance*, zomer 1989, 77-86; COURET, A., «Les financements 'mezzanine'», *J.C.P.*, éd. E., 1990, 15713, 143; FAUGÉROLAS, L., «La subordination des créances», *J.C.P.*, éd. E., 1991, 84.

¹⁵ In het tweede geval gebeurt dit *in concreto* aan de hand van de uitgifte van zogeheten *junk bonds*. (Zie vooral YAGO, G., *Junk bonds. How high yield securities restructured corporate America*, New York en Oxford, Oxford University Press, 1991).

beurt aan de hand van de winst die de overnemer uit de wederverkoop van deelactiviteiten van de overgenomen vennootschap put.

Het verschijnsel is vooral in de Verenigde Staten van Amerika sterk bekritiseerd, en wel vanuit een dubbele invalshoek. Een eerste kritiek beweert dat de vijandige overnametechniek speculanten in staat stelt om het economische apparaat af te bouwen, veel meer dan heroriëntaties van het beleid van de betrokken vennootschap te realiseren. Een tweede kritiek betreft in hoofdzaak de hoge schuldenlast waartoe de gehanteerde financieringsmethodes hebben geleid.

14. Een historische duiding van de problematiek maakt het mogelijk het eerste aspect van de kritiek te weerleggen. Bedoelde afbouw-overnames hebben immers in de regel betrekking op zogeheten «conglomeraten», groepen van vennootschappen waarvan de diverse dochtervennootschappen er veelal erg disparate activiteiten op nahouden.

Het ontstaan van deze conglomeraten ligt in belangrijke mate in de jaren zeventig, toen de opvatting heerste dat een bekwaam management-team in staat is om de meest uiteenlopende economische activiteiten op zich te nemen¹⁶. Uit recent onderzoek is evenwel het utopisch karakter van die opvatting gebleken: conglomeraatvorming gaf in de regel aanleiding tot verregaande inefficiënties. Vandaar dat in de loop van de jaren tachtig tal van conglomeraten op vrijwillige basis zijn overgegaan tot desinvesteringen. In het kader hiervan bevinden zich overigens de zogeheten «Management buyouts», transacties waarbij de management-teams van een deelactiviteit van een onderneming, de eigendom hierover verwerven, teneinde een zelfstandige koers te kunnen voeren¹⁷.

In die benadering functioneert het management-team dat nalaat vrijwillig dergelijke desinvesteringsactiviteiten uit te voeren inefficiënt, en het stelt zich bijgevolg bloot aan de disciplinaire werking van de overnamemarkt. Vijandige overnamebiedingen maken bijgevolg de weg vrij om herstructureringen uit te voeren wanneer het zittende manage-

ment-team van de over te nemen vennootschap in gebreke zou blijven om hiertoe zelf over te gaan¹⁸.

15. Ook het tweede aspect van de kritiek — dat stelt dat de verhoogde schuldenlast waartoe schuldgefinancierde afbouw-overnames hebben geleid, nadelige repercussies heeft op de (Amerikaanse) industrie — is in de economische literatuur weerlegd. Vooraanstaande auteurs argumenteren dat de vrees voor een hogere schuldenlast overdreven is¹⁹, te meer daar de Amerikaanse industriële ondernemingen in het verleden slechts in beperkte mate een beroep hebben gedaan op schuldfinanciering. In die zin zou de toenemende schuldenlast gelden als een inhaalbeweging. Bovendien zou een verhoogde schuldenlast het zittende management ertoe aanzetten om zo optimaal mogelijk te presteren, en gepaard gaan met een zekere mate van toezicht door de kredietverstrekende instanties²⁰.

(ii) Management-bijziendheid

16. De tweede kritiek op het efficiëntie-verklaringsmodel is fundamenteeler en betreft meer in het bijzonder de theoretische grondslag waarop de efficiëntietheorieën steunen. Zo hebben sommige auteurs opgeworpen dat de werking van de kapitaalmarkten, eerder dan bij te dragen tot de efficiënte werking van de beursgenoteerde vennootschappen, leidt tot een te kortzichtig beleid ervan. De managers van dit soort vennootschappen zouden vooral ijveren voor de werkstelling van zo hoog mogelijke beurskoersen, dit om te vermijden dat de door hen geleide vennootschap ooit het voorwerp zou komen uit te maken van een vijandige overname. Hiertoe zouden de managers de liquiditeitsoverschotten die de vennootschap genereert, volledig uitkeren in de vorm van hoge dividenden, in plaats van althans een deel ervan te reserveren en/of te benutten voor vernieuwende onderzoeks- en ontwikkelingsprojecten. Dit zou de slagvaardigheid van de onderneming die de vennootschap drijft, op lange termijn ondermijnen. In die benadering zou van de vijandige overnamemarkt geen disciplinerende werking uitgaan, maar zou ze veel meer aanzetten tot een kortzichtig beleid. De economische literatuur heeft dit verschijnsel omschreven als management-bijziendheid (*managerial myopia*)²¹.

¹⁶ Zie vooral BROZEN, Y., *Concentration, Mergers and Public Policy*, New York, MacMillan Publishing Co., Inc., 1982, 352 e.v.; WESTON, F., «Divestitures: mistakes or learning», 2 *Journal of Applied Corporate Finance*, zomer 1989, 68-76, in het bijzonder 69; CAPON, N., HULBERT, J., FARLEY, J. en MARTIN, E., «Corporate diversity and economic performance: the impact of market specialization», 9 *Strategic Management Journal*, 1988, 61-74. Voor een bespreking van de groei van ITT, en de herstructureringen die later werden doorgevoerd, zie ARASKOG, R., *De strijd om ITT. Een verslag uit de directiekamer*, Utrecht, Antwerpen, Veen uitgevers, 1990.

¹⁷ Omtrent deze *management buy-outs*, zie bijvoorbeeld AMIHUD, Y., «Leveraged buyouts and shareholders' wealth» in AMIHUD, Y., *Leveraged management buyouts Causes and consequences*, Homewood, Illinois, Dow Jones-Irwin, 1989, 3-34; THOMPSON, S., WRIGHT, M. en ROBBIE, K., «Management buy-outs, debt, and efficiency: some evidence from the U.K.», 2 *Journal of Applied Corporate Finance*, 1989, 76-86; EBKE, W., «Management Buy-Outs», *ZHR*, 1991, 132-162; TILQUIN, T. en PRIoux, R., «Management buyouts et leveraged management buyouts: considérations de droit des sociétés et de droit fiscal», *Bank Fin.*, 1989, 195-206 en 251-263, in het bijzonder 196; QUÉRÉ, M., «L'acquisition des entreprises en France», *RDAl*, 1989, 523-614, in het bijzonder 597.

¹⁸ Voor een grondige uiteenzetting van deze efficiëntie-verklaring van afbouw-overnames, zie vooral GILSON, R., «The Political Ecology of Takeovers: Thoughts on Harmonizing the European Corporate Governance Environment», *Discussie-paper, colloquium 31 mei-1 juni 1991*.

¹⁹ Zie EASTERBROOK, F., «High-yield debt as an incentive device», *International Review of Law and Economics*, 1991, 183-201, in het bijzonder 192.

²⁰ Zie vooral de diverse bijdragen van M. Jensen in het op dat punt gevoerde debat, met name JENSEN, M., «Active Investors, LBO's and the Privatization of Bankruptcy», 2 *Journal of Applied Corporate Finance*, 1989, 35-44; «Agency costs of free cash flow, corporate finance, and takeovers», 76 *American Economic Review*, mei 1986, 323-329; «Eclipse of the Public Corporation», *Harvard Business Review*, september-oktober 1989, 61-74; «Takeovers: Their Causes and Consequences», 2 *the Journal of Economic Perspectives*, 1988, 21-48; «Takeovers: folklore and science», *Harvard Business Review*, november-december 1984, 109-121.

²¹ Zie vooral STEIN, J., «Takeover Threats and Managerial Myopia», 96 *Journal of Political Economy*, 1988, 61-80, in het bijzonder 62-63.

De kritiek is door andere auteurs weerlegd. Allereerst zou de kritiek de efficiënte-kapitaalmarktenhypothese miskenen: ondernemingen die een kortzichtig beleid voeren, zouden aan aantrekkingskracht bij het beleggerspubliek inboeten, wat leidt tot een lage appreciatie op de kapitaalmarkt²². Anderzijds wijst empirisch onderzoek uit dat een grote overname-activiteit gepaard gaat met hoge investeringen in onderzoek en ontwikkeling²³.

2° De berovings- of expropriation-theorieën

17. Naast de efficiëntie-theorieën ter verklaring van het vijandige overnamebod, bestaat ook een tweede strekking in de economische literatuur die stelt dat de meerwaarden waartoe een vijandige overname in de regel leidt voor de overgenomen vennootschap, het gevolg is van vermogensverschuivingen, waaronder andere entiteiten in het economische verkeer te lijden hebben. Hierna volgt een summier bespreking van een aantal van deze theorieën²⁴.

18. Zo stelt de *imperium*-theorie dat vijandige overnamebiedingen hun oorzaak vinden in het machtsstreven van de managers van de overnemende vennootschappen. In plaats van de liquiditeitsoverschotten die hun vennootschap genereert, uit te keren aan hun aandeelhouders, zouden ze deze spenderen aan ambitieuze overnameprojecten. In die zin zijn de meerwaarden die de aandeelhouders van de overgenomen vennootschappen ontvangen, het gevolg van een vermogensverschuiving ten nadele van de aandeelhouders van de overnemende vennootschappen²⁵.

De *monopolie*-theorie stelt dat de meerwaarden die optreden als gevolg van vijandige overnames, toe te schrijven zijn aan de uitschakeling van de vrije concurrentie. In die zin treedt een vermogensverschuiving op, waarvan uiteindelijk de consumenten de dupe zijn²⁶. De theorie doet enigszins simplistisch aan, te meer daar in de meeste kapitalis-

tische landen waar vijandige overnames zich manifesteren, uitgebalanceerde systemen van kartelrecht en concentratiecontrole bestaan, die tot doel hebben de vrije concurrentie te waarborgen, en in die zin concentraties tussen rechtstreekse concurrenten, zo niet te verbieden, dan in elk geval aan stringente voorwaarden te onderwerpen²⁷.

19. Een deel van de economische literatuur stelt dat de waardevermeerdering waartoe een vijandige overname leidt – en die de bieder voor een groot deel uitbetaalt aan de aandeelhouders van de overgenomen vennootschap – het gevolg is van een beroving van de werknemers van deze laatste. Het blijkt inderdaad dat de herstructureringen die een vijandige overnemer na een overname uitvoert, gepaard gaan met voor de werknemers nadelige verschijnselen, zoals omscholingen, tewerkstelling op andere plaatsen en massale ontslagen²⁸.

Evenwel is uit empirisch onderzoek gebleken dat de kosten die een overname teweegbrengt voor de werknemers, niet de belangrijkste bron zijn van de meerwaarde die de vijandige overnemer aan de overgenomen vennootschap toevoegt. Er moet bovendien rekening gehouden worden met het feit dat het zittende management dat zijn onafhankelijkheid zou weten te bewaren, vroeg of laat de herstructureringen die de vijandige overnemer van zins was uit te voeren, zelf zal moeten bewerkstelligen en in het kader hiervan voor de werknemers even onpopulaire maatregelen zal moeten nemen²⁹. Indien het hierbij in gebreke zou blijven,

²⁷ In dezelfde zin BHAGAT, S., SCHLEIFER, A. en VISHNY, R., «Hostile takeovers in the 1980's: the return to corporate specialization», *Brooking Papers on Economic Activity*, 1990, 1-84, in het bijzonder 4-5.

²⁸ Zie bijvoorbeeld ROSETT, J., «Do union wealth concessions explain takeover premiums? The evidence on contract wages», *Journal of Financial Economics*, 1990, 263-282.

²⁹ In dit opzicht is het interessant te verwijzen naar een arrest van 18 maart 1982, waarin het Franse Hof van Cassatie heeft beslist dat de herstructureringen die een overnemer uitvoert na de controleverwerving over een vennootschap, een legitieme grond voor het ontslag van haar werknemers kan opleveren. (Zie Cass.fr., 18 maart 1982, *D.*, 1983, IR 168-169, noot PÉLISSIER, J.)

Uit de praktijk blijkt dat het bestuursorgaan van een over te nemen vennootschap zich vaak beroept op de belangen van de werknemers – begrepen in een ruimer concept «vennootschapsbelang» – om zich tegen een vijandige overnamepoging te verweren. Een dergelijke houding is ongerechtvaardigd en niet van enige hypocrisie gespeend. De bestuurders en kapitaalverschaffers enerzijds, en de werknemers anderzijds, zijn immers binnen de onderneming zoals die door een kapitaalvennootschap wordt gedreven, tot op zekere hoogte werkzaam als antagonisten. Beide groepen hebben weliswaar gelijklopende belangen in die zin dat een goed functioneren van de onderneming voor de aandeelhouders/bestuurders leidt tot hogere winsten en voor de werknemers garanties biedt tot behoud van hun betrekking. In bepaalde situaties zullen hun belangen evenwel tegengesteld zijn, bijvoorbeeld in geval van herstructureringen. Wanneer het bestuursorgaan op vrijwillige basis overgaat tot dergelijke herstructureringen, zal het zonder schroom de nodige bij de werknemers onpopulaire maatregelen nemen. Ingeval een vijandige overnemer dergelijke herstructureringen aankondigt, zou het dan ook niet consequent zijn wanneer het bestuursorgaan zich zou kunnen beroepen op de positie van de werknemers om de vijandige overname te frustreren. Bestuurders vormen bijgevolg niet de aangewezen instantie om te beslissen over wat de belangen van de werknemers ten goede komt. Veeleer is er de behoefte aan gepaste

²² JENSEN, M., «The Takeover Controversy: Analysis and Evidence», in COFFEE, J., JR., LOWENSTEIN, L. en ROSE-ACKERMAN, S. (red.), *o.c.*, 314-354, in het bijzonder 319.

²³ HALL, B., «The Effect of Takeover Activity on Corporate Research and Development», in AUERBACH, A., (red.), *Corporate Takeovers: Causes and Consequences*, Chicago en Londen, The University of Chicago Press, 1988, 69-96, in het bijzonder 93. Zie ook BHIDE, A., «The causes and consequences of hostile takeovers», 2 *JACF*, 1989, 36-59, in het bijzonder 39 en 49; JENSEN, M., «Active Investors, LBO's and the Privatization of Bankruptcy», *l.c.*, 41; KOHLBERG KRAVIS ROBERTS & CO., «Leveraged Buy-outs», 2 *JACF*, 1989, 64-70; ALDRICH, H. en SPOULE, C., «The impact of corporate mergers on industrial and labor relations», in GOLDBERG, W., *Mergers. Motives, modes, methodes*, Hampshire, Gower Publishing Company Ltd., 1986, 293-308, in het bijzonder 304-307.

²⁴ Voor een omstandiger bespreking van deze en een aantal andere theorieën die vijandige overnamebiedingen als niet-efficiëntieverhogend beschouwen, verwijst de auteur naar zijn thesis.

²⁵ Zie bijvoorbeeld ROLL, R., «Empirical Evidence on Takeover Activity and Shareholder Wealth», in COFFEE, J., JR., LOWENSTEIN, L., en ROSE-ACKERMAN, S. (red.), *o.c.*, 241-252, in het bijzonder 248-249.

²⁶ Zie bijvoorbeeld RAVENSCHRAFT, D. en SCHERER, F., «The long-run performance of mergers and takeovers», in WEIDENBAUM, M. en CHILTON, K. (red.), *Public policy toward corporate takeovers*, New Brunswick en Londen, Transaction publishers, 1990, 34-45, in het bijzonder 35.

kan dit de concurrentiële slagvaardigheid van het bedrijf dat de vennootschap voert ernstig in het gedrang brengen. In het slechtste geval volgt er een faillissement, wat voor alle werknemers die de vennootschap tewerkstelt heilloos is ³⁰.

3° Inefficiëntie-theorieën

20. Een derde reeks theorieën die een verklaring beogen te bieden voor het vijandige overnamefenomeen, stelt dat vijandige overnames toe te schrijven zijn aan inefficiënties op de kapitaalmarkten waarbinnen de vijandige overnames zich manifesteren, dan wel aan inefficiënties bij het management-team van de overnemende vennootschap.

De *onderwaardering*-theorie wijt het verschijnsel van het vijandige overnamebod aan het falen van de kapitaalmarkten om de werkelijke waarde van de beursgenoteerde vennootschappen tot uiting te brengen. Als gevolg hiervan zouden op de kapitaalmarkten ondergewaardeerde vennootschappen voorkomen. De koersstijgingen waartoe het uitbrengen van een vijandig bod leidt, zouden aldus te beschouwen zijn als koerscorrecties, die het peil van de koersen doen beantwoorden aan de werkelijke waarde van de vennootschap die het voorwerp komt uit te maken van een vijandig overnamebod ³¹.

De *hubris*-theorie ten slotte stelt dat het management van de overnemende vennootschap lijdt aan hoogmoed, en er in de meeste gevallen niet in slaagt de verhoopde meerwaarde – die ze in de regel op voorhand, dit is vóór de heroriëntatie van het beleid van de overgenomen vennootschap, heeft uitbetaald aan de aandeelhouders – te realiseren ³².

Conclusie

21. De efficiëntie-theorieën ter verklaring van vijandige overnamebiedingen genieten in de economische literatuur de grootste bijval. Als besluit geldt derhalve dat de originele verdienste van de techniek van het vijandige overnamebod hierin gelegen is, dat ze een disciplinerend instrument verschaft tegen lakse management-teams ³³. In die zin is het vijandige overnamebod een economisch wenselijke acquisitietechniek.

structuren, in het kader waarvan de werknemers zelf kunnen meebeslissen over alle herstructureringen die hun positie raken, ook die welke op eigen initiatief van het zittende bestuur worden bewerkstelligd. Concreet ten aanzien van de Belgische situatie, kan gedacht worden aan een wetgevend optreden dat de werknemers inspraak zou verlenen in geval van herstructureringen (waaronder fusies en overnames). Het Nederlandse model kan hierbij als inspiratiebron dienen. (De geïnteresseerde lezer raadplege bijvoorbeeld de hoofdstukken 4 en 5 van RAAIJMAKERS, M., DE SAVORNIN LOHMAN, O., TIMMERMAN, L. EN UNIKEN VENEMA, C., *De toekomst van de fusiegedragsregels*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, 101-191).

³⁰ BHAGAT, S., SCHLEIFER, A. en VISHNY, R., «Hostile takeovers in the 1980's: the return to corporate specialization», *l.c.*, 7.

³¹ Zie bijvoorbeeld SCHARFSTEIN, D., «The Disciplinary Role of Takeovers», *55 Review of Economic Studies*, 1988, 185-199.

³² Zie vooral ROLL, R., «The Hubris Hypothesis of Corporate Takeovers», *59 Journal of Business*, 1986, 197-216.

³³ Dit impliceert vanzelfsprekend niet dat elk vijandig overnamebod dat wordt uitgebracht, ingegeven is door motieven van efficiëntieverhoging van de over te nemen vennootschap.

III. VOORWAARDEN VOOR BRUIKBAARHEID VAN DE VIJANDIGE OVERNAMETECHNIEK

22. Het vijandige overnamebod is conform de geschetste efficiëntie-theorieën een economisch wenselijke overname-techniek. Of het daarenboven een bruikbare techniek oplevert, hangt af van een veelheid aan juridische en structurele factoren. Hierna volgt een schematische bespreking van de voornaamste factoren die de bruikbaarheid van de vijandige overnametechniek in de weg staan.

A. Structurele barrières

23. De geschetste efficiëntie-verklaringsmodellen betreffen in hoofdzaak de situatie in de Anglo-Amerikaanse landen ³⁴. Vooral in die landen komen kapitaalvennootschappen voor waarvan het aandeelhouderschap een dermate ruime publieke verspreiding kent, dat het probleem van de bestuurskosten zich in zijn volheid kan voordoen.

In de continentaal-Europese landen vertoont de situatie een aantal belangrijke structurele verschillen. In deze landen bevinden zich in de regel grote pakketten aandelen in beursgenoteerde vennootschappen in vaste handen. Dit heeft twee belangrijke gevolgen. Allereerst gaat de aanwezigheid van een groot-aandeelhouderschap in vele gevallen gepaard met een zekere vorm van toezicht op de prestaties van het zittende management. In tweede instantie is het groot-aandeelhouderschap in de regel dermate geaffilieerd met het zittende management – vaak bekleden de groot-aandeelhouders zelf management- en/of bestuursfuncties – dat het niet geneigd zal zijn een vijandige toenadering van een derde instantie te accepteren.

24. De groot-aandeelhouders waarvan sprake zijn van diverse aard. Het betreft meer in het bijzonder aandeelhouders in een familiebedrijf, houdstermaatschappijen en institutionele beleggers, waaronder banken en beleggings- en soortgelijke fondsen ³⁵.

De sterke aanwezigheid van aandeelhouders in een familiebedrijf binnen industriële kapitaalvennootschappen manifesteert zich in hoofdzaak op het Europese continent. Deze situatie is historisch gegroeid en hangt nauw samen met het beleid van de continentale beurzen waar de aandelen van de betreffende vennootschappen zijn geïntroduceerd. Veel minder dan het geval is met de Anglo-Amerikaanse beurzen, zijn de continentale beurzen begaan met de liquiditeit van de op hun markten verhandelde effecten. Europese vennootschappen kunnen bijgevolg een notering krijgen en behouden, niettegenstaande hun aandelen slechts

³⁴ Meer in het bijzonder het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten van Amerika en Australië. In Canada komen vijandige overnames slechts sporadisch voor.

³⁵ Voor precieze cijfergegevens verwijst de auteur naar zijn proefschrift. Wie zich een algemeen beeld wil vormen van de samenstelling van het aandeelhouderschap van de beursgenoteerde Europese vennootschappen, raadplege alvast VINCENT, A. en MARTENS, J., *L'Europe des groupes*, Brussel, Editions du Centre de recherche et d'information socio-politiques (CRISP), 1991, en BERGLÖF, E., «Capital Structure as a Mechanism of Control: a comparison of financial systems», in AOKI, M., GUSTAFSSON, B. en WILLIAMSON, O. (red.), *The Firm as a nexus of treaties*, Londen, Newbury Park, New Dehli, Sage Publications, 1990, 237-262.

een geringe mate van publieke verspreiding kennen. In die zin vormen de continentale beurzen niet de voornaamste financieringsbron voor de betreffende vennootschappen, maar bieden ze slechts een additionele financieringsmethode.

Naast de families nemen ook de zogeten *holdings* of portefeuillemaatschappijen een belangrijk deel van het aandeelhouderschap van de beursgenoteerde vennootschappen voor hun rekening. Hiermee samenhangend is ook het frequente voorkomen van kruisparticipaties en circulaire participaties zodanig dat het aantal aandelen dat zich in publieke handen bevindt, gevoelig beperkt wordt. De aanwezigheid van deze *holdings* en kruisparticipaties neemt in landen als Frankrijk en België zelfs dermate grote proporties aan dat het vermoeden rijst dat de constructies speciaal zijn opgezet om de controleposities in vaste handen te consolideren. De doctrine verschaft op dat punt een aantal indicaties ³⁶.

25. Binnen de kapitaalvennootschappen waarvan substantiële aandelenpakketten zich in vaste handen bevinden, dient het probleem van de bestuurskosten zich niet in dezelfde mate aan als het geval is in de Anglo-Amerikaanse landen. Veeleer kristalliseert het conflict zich in de verhouding tussen de minderheidsaandeelhouders en de meerderheidsaandeelhouders. Hiervoor biedt de techniek van het vijandige overnamebod geen uitkomst: de techniek veronderstelt immers dat de als gevolg van het inefficiënte beleid dat de managers hebben gevoerd misnoegde aandeelhouders het overnamebod zullen accepteren. Wanneer de controle-aandeelhouder evenwel mede verantwoordelijk is voor dit beleid – zoals dit in de continentale stelsels veelal het geval is – valt niet te verwachten dat hij bereid zal zijn met de vijandige overnamepoging in te stemmen ³⁷. Alleen als de controle-aandeelhouder niet beschikt over de absolute

meerderheid van de stemrechten verbonden aandelen, kan een vijandige overname zich voordoen.

26. Naast de aanwezigheid van de families en de *holdings*, speelt ook die van de institutionele beleggers een doorslaggevende rol. Het betreft hierbij enerzijds de banken, en anderzijds de pensioen- en beleggingsfondsen ³⁸.

Zo blijkt uit onderzoek dat betrekking heeft op de rol die de Duitse *Universalbanken* in de industriële vennootschappen spelen, dat een sterke betrokkenheid van banken gepaard gaat met een verregaand toezicht op de prestaties van de zittende managers ³⁹. Onderzoek gevoerd met betrekking tot de Japanse *Keiretsu's* leidt tot soortgelijke conclusies ⁴⁰. In die zin zou een grote aanwezigheid van kredietinstellingen een alternatief bieden voor de disciplinaire werking die van de overnamemarkt kan uitgaan.

27. De betekenis van de overige institutionele beleggers – waaronder verzekeraars, pensioen- en beleggingsfondsen – is moeilijker in te schatten. Vooral het laatste decennium zijn de kapitaalmarkten van de meeste westerse landen getuige geweest van de opkomst van dit soort beleggers ⁴¹. Momenteel vormen ze in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten de belangrijkste categorie aandeelhouders. Hun numeriek belang heeft zich evenwel nog niet geuit in een evenredige bereidheid om een actieve rol in zaken van vennootschapsbeleid te spelen. Ze blijven zich daarentegen onderwerpen aan de *Wall Street Rule*. Wanneer de zaken binnen een bepaalde vennootschap slecht gaan, nemen ze zelf geen initiatieven om dat te verhelpen, maar gaan ze in de regel over tot de verkoop van hun aandelenparticipatie. Hoewel deze houding te begrijpen valt – institutionele beleggers blijven immers beleggers en zijn geen ondernemers – valt het onverantwoordelijke karakter ervan te betreuren.

B. Juridische hinderpalen

28. Naast voormelde structurele factoren, staat ook een aantal juridische factoren de bruikbaarheid van de vijandige overnametechniek in de weg. Het betreft enerzijds overheidsreglementering, en anderzijds de zogeheten beschermingsconstructies.

1° Reglementaire voorschriften

29. De reglementaire voorschriften die de vijandige overneembaarheid van de vennootschap beperken, zijn van

³⁶ In die context moet worden gewezen op de recente wetgeven- de initiatieven die aan de praktijk van de kruisparticipaties paal en perk willen stellen. Voor Frankrijk, zie art. 358, lid 1, Loi 24 juillet 1966, waarover vooral POITRINAL, F.-D., «Autocontrôle: les nouvelles règles du jeu», *La revue Banque*, 1990, 908-911 en 1041-1048. Voor België, zie art. 52quinquies Venn.W. *Ratio legis* van de beperkingen is hierbij niet zozeer geweest het stimuleren van de overnamemarkt, maar wel het tegengaan van een fictieve kapitaalvorming. Zie bijvoorbeeld MARQUARDT, A., «Tender offers in France: the new rules», *Int'l Fin.L.Rev.*, 1990, 35-38, in het bijzonder 36; GRAHAM, G., «French Senate votes to prevent cross-shareholding defenses», *Financial Times*, 13 juni 1989, 25.

³⁷ De verwerving van de controle over dergelijke vennootschappen moet per hypothese op een vriendschappelijke manier geschieden. Veelal heeft dergelijke controleverwerving plaats door middel van de private overdracht van een controlepakket. Om te vermijden dat de minderheidsaandeelhouders in het kader van dit soort transacties bloot zouden staan aan een ongelijke behandeling, heeft een aantal regelgevers de verwervers van een controleparticipatie verplicht om een openbaar overnamebod uit te brengen op alle aandelen in de overgenomen vennootschap. Recente doctrine heeft zich evenwel kritisch uitgelaten over de mate waarin een dergelijke verplichte bodsregel daadwerkelijk de belangen van de minderheidsaandeelhouders in geval van een controle-overdracht waarborgt. (Zie vooral WYMEERSCH, E., «L'offre publique d'achat obligatoire», *RDAL*, 1991, 625-643, en «Verplicht overnamebod – Een kritische ontleding», *Bank Fin.*, 1992, 85-98.)

³⁸ Men raadplege vooral COFFEE, J., «Liquidity versus control: the institutional investor as corporate monitor», *91 Columbia L.Rev.*, 1991, 1277-1368; ROE, M., «A political theory of American corporate finance», *91 Columbia Law Review*, 1991, 10-67, en «Political and legal restraints on ownership and control of public companies», *27 Journal of Financial Economics*, 1990, 7-41.

³⁹ Zie bijvoorbeeld HOPT, K., «Legal Elements and Policy Decisions in Regulating Groups of Companies», in SCHMITTHOFF, C. en WOOLDRIDGE, F. (red.), *Groups of Companies*, Londen, Sweet & Maxwell, 1991, 81-110, in het bijzonder 100; BUXBAUM, R., «Institutional owners and corporate managers: a comparative perspective», *School of Law (Boalt Hall)*, University of California at Berkeley, preliminary draft, in het bijzonder 39 e.v.

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld HELOU, A., «The Nature and Competitiveness of Japan's *Keiretsu*», *14 J.World T.*, 1991, 99-129.

⁴¹ Zie de verwijzingen in voetnoot 38.

tweeërlei aard. Het betreft allereerst algemeen concentratieremmende reglementering en in tweede instantie specifieke overnamereglementering.

Allereerst zijn er de algemene concentratieremmende voorschriften. Ingegeven vanuit diverse invalshoeken, waaronder het behoud van de nationale eigenheid van de lokale industrie ⁴², de handhaving van de vrije concurrentie ⁴³ en de jurisprudentiële controle binnen zekere gevoelige sectoren van het economische verkeer ⁴⁴ — zijn tal van voorschriften zo dat ze de vijandige overname van een vennootschap bemoeilijken. De mooiste illustratie van de remmende werking die van dit soort voorschriften kan uitgaan, vormt ongetwijfeld de mislukking van de overnamepoging van Hoyalake op BAT, die faalde als gevolg van het ingrijpen van de Amerikaanse verzekeringsautoriteiten ⁴⁵.

Naast die algemene concentratieremmende voorschriften, bestaat in de meeste landen ook specifieke overnamereglementering, die in het bijzonder vijandige overnamebiedingen binnen goede banen beoogt te doen verlopen ⁴⁶. Op

⁴² België voert een liberaal vreemd investeringenbeleid. Er geldt weliswaar een administratieve goedkeuringsprocedure, die evenwel geen toepassing vindt op vreemde investeringen door E.G.-onderhorigen. (Zie art. 4, § 1, 2°, Wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten, *B.S.*, 22 december 1990, err. *B.S.*, 1 januari 1991.) Daarnaast geldt voor bepaalde soorten investeringen een administratieve aanmeldingsplicht. (Zie art. 36, Wet van 30 december 1970 betreffende de economische expansie, *B.S.*, 1 januari 1971.)

⁴³ Het betreft in het bijzonder de voorschriften van concentratiecontrole. Van toepassing in België zijn de voorschriften van E.G.-concentratierecht (zie Verordening van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *P.B. Nr. L 395*, van 30 december 1989, 1-12. Zie ook Verordening (EEG) Nr. 2367/90 van de Commissie van 25 juli 1990 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden, overeenkomstig Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *P.B. Nr. L 219* van 14 augustus 1990, 5-25) en de relevante Belgische wetgeving (zie Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.*, 11 oktober 1991, becommentarieerd door Waelbroeck en Bouckaert, J., «La loi sur la protection de la concurrence économique», *J.T.*, 1992, 281-297).

⁴⁴ Wat België betreft, zijn overnamebeperkende procedures van kracht in bijvoorbeeld de bank- en verzekeringssector. (Zie respectievelijk art. 4 Bankbesluit en art. 23bis, Wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, *B.S.*, 29 juli 1975, ingevoerd door art. 15, Wet 19 juli 1991, *B.S.*, 9 augustus 1991.)

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld Herzel, L. en Shepro, R., *Bidders and Targets. Mergers and Acquisitions in the U.S.*, Basil Blackwell, Cambridge Massachusetts, 1990, 173.

⁴⁶ Voor België, zie Wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnamebiedingen, *B.S.*, 24 mei 1989, uitgevoerd door K.B. van 10 mei 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen, *B.S.*, 24 mei 1989, en door K.B. van 8 november 1989 op de openbare overnameaanbiedingen en de wijzigingen in de controle op vennootschappen, *B.S.*, 11 november 1989. Zie ook Wet van 18 juli 1991 tot wijziging van de wetten betreffende de handelsvennootschappen gecoördineerd op 30 november 1935 in het kader van een doorzichtige organisatie van de markt van de ondernemingen en van de openbare overnameaanbiedingen, *B.S.*, 26 juli 1991.

het eerste gezicht ingegeven vanuit een geest van neutraliteit in de verhouding tussen de bieder en het management van de over te nemen vennootschap, en met als doel de belegger te beschermen tegen bepaalde laakbare biedpraktijken, blijkt een belangrijk deel van deze reglementering geconcentreerd om vijandige overnames te ontmoedigen ⁴⁷. Schoolvoorbeelden van dergelijke voorschriften zijn de regel die stelt dat een bod betrekking moet hebben op alle effecten van de over te nemen vennootschap ⁴⁸, en de transparantievoorschriften die een bieder verplichten om op het moment van de verwerving van een bepaalde participatie, de marktautoriteiten en het bestuursorgaan van de over te nemen vennootschap hiervan op de hoogte te brengen ⁴⁹. Ook de procedurevoorschriften kunnen de vijandige overname van een vennootschap bemoeilijken ⁵⁰.

30. Ook reglementering die op het eerste gezicht totaal andere doelstellingen nastreeft dan de normering van concentratie-operaties, kan een remmende werking op vijandige overnamebiedingen uitoefenen. Een mooi voorbeeld van een dergelijke reglementering vormen de voorschriften die grote ondernemingen verplichten om een zogeheten medezeggenschapsregeling in te voeren. Een dergelijke reglementering bestaat bijvoorbeeld in Nederland en Duitsland.

Zoals bekend zijn grote ondernemingen in beide landen onderworpen aan wettelijke bepalingen, die hen verplichten om de werknemers die zij tewerkstellen aan bod te laten komen in het beleid erover ⁵¹. In beide landen geldt onder andere de verplichting om een toezichtsorgaan in te stellen, dat paritair is samengesteld uit vertegenwoordigers van de werknemers en de aandeelhouders en dat als voornaamste taak heeft toezicht uit te oefenen op de prestaties van het bestuursorgaan. In de literatuur is dan ook gesuggereerd dat deze vorm van toezicht een volwaardig alternatief oplevert

⁴⁷ Omtrent de remmende werking van de overnamereglementering, zie in het algemeen De Mott, D., «Current Issues in Tender Offer Regulation: Lessons from the British», 58 *N.Y. Univ. Rev.*, 1989, 945-1029, in het bijzonder 994 e.v.; Hirschleifer, D., «Facilitation of Competing Bids and the Price of a Takeover Target», 2 *The Review of Financial Studies*, 1990, 587-606, in het bijzonder 588; Johnson, L. en Millon, D., «Misreading the Williams Act», 87 *Yale Law J.*, 1989, 1862-1923, in het bijzonder 1875; Grundfest, J., Jarrell, G., Salop, S. en White, L., «Panel discussion: corporate takeovers and public policy», in Auerbach, A. (red.), *Corporate Takeovers: Causes and Consequences*, Chicago en Londen, The University of Chicago Press, 1988, 311-332, in het bijzonder 311; Booth, R., «The Promise of State Takeover Statutes», *Mich. L. Rev.*, 1988, 1635-1702, in het bijzonder 1669 e.v.

⁴⁸ Voor België, zie art. 3, eerste lid, 1°, K.B. 8 november 1989.

⁴⁹ Cf. de verwijzingen in voetnoot 46.

⁵⁰ Men denke hierbij vooral aan de perikelen die zich hebben voorgedaan naar aanleiding van het vijandige overnamebod van Cerus op de Generale Maatschappij van België. Een van de hoofdoorzaken van het mislukken van dit vijandig overnamebod was het langdurige aanslepen van de *nihil obstat*-procedure voor de toenmalige Bankcommissie. (Voor een weergave van de chronologie van de gebeurtenissen, zie Benoit-Moury, A., «Cerus-de Benedetti contre la Société Générale de Belgique. Les étapes juridiques d'une saga financière», *J.T.*, 1988, 217).

⁵¹ Voor Duitsland, zie Gesetz vom 4. Mai 1976 über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz — MitbestG), *BGBI. IS.* 1153; voor Nederland, zie artt. 2:132 en 2:142 NBW.

voor de disciplinaire werking die van een vijandige overnamemarkt kan uitgaan.

2° Beschermingsconstructies

31. Naast die reglementaire voorschriften, kunnen ook de zogeheten «beschermingsconstructies» de ontwikkeling van een disciplinaire overnamemarkt belemmeren. Het betreft zowel in de statuten van de vennootschappen als in aandeelhoudersovereenkomsten voorkomende clausules, die de niet door het zittende management gewenste overdracht van de controle beogen te bemoeilijken of zelfs te verhinderen⁵². Veelal doen de constructies afbreuk aan de juridische basisbeginselen die de werking van de kapitaalvennootschap beheersen, en is het gebruik ervan reeds om die reden bekritiseerbaar.

Ruwweg geschetst – en op gevaar voor een te verregaande vergemening – vallen drie categorieën beschermingsconstructies te onderscheiden:

1) constructies die de overdraagbaarheid van de aandelen die de vennootschap heeft uitgegeven aan banden leggen;

2) constructies die door middel van de beïnvloeding van de zeggenschapsverhoudingen binnen de vennootschap beogen te verhinderen dat een vijandige overnemer een overnamepoging begint;

3) constructies die tot doel hebben de participatie van een vijandige bidder te dilueren.

32. Constructies die de overdraagbaarheid van de aandelen beogen te beperken, zijn ten aanzien van kapitaalvennootschappen slechts in beperkte mate mogelijk. Het vennootschapsrecht van de meeste landen onderwerpt de rechtsgeldigheid ervan aan stringente voorwaarden⁵³. Daarenboven laten de beursautoriteiten van de meeste landen de notering van aandelen waarvan de verhandelbaarheid beperkt is, niet zonder meer toe⁵⁴. Wat de Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen betreft, moet bovendien rekening gehouden worden met de bepalingen van het Verdrag van Rome van 1957 die voor rechtssubjecten uit de Lid-Staten ook in vennootschapsaangelegenheden het vrije vestigingsrecht garanderen⁵⁵.

Constructies die de zeggenschapsverhoudingen binnen de vennootschap beogen te omlijnen, leveren wel meer mogelijkheden om een vijandige overname te bemoeilijken. Meer in het bijzonder verhinderen de constructies dat een poten-

tiële overnemer de zeggenschap binnen de twee *fora* die de machtsverhoudingen binnen de kapitaalvennootschap kanaliseren – namelijk het bestuursorgaan en de algemene vergadering van aandeelhouders – volledig naar zich toe zou trekken. De constructies die de zeggenschap op de algemene vergadering van aandeelhouders betreffen, doen in de regel afbreuk aan het «één aandeel, één stem»-principe. Het betreft onder andere de uitgifte van stemrechtloze aandelen⁵⁶, clausules die bepaalde beslissingen aan bijzondere quoruma- en/of meerderheidsvereisten onderwerpen⁵⁷, stemrechtbeperkingen⁵⁸ en constructies die een fiduciaire eigendomsverhouding in het leven roepen⁵⁹. Constructies die de werking van de bestuursorganen betreffen, beogen voor zover mogelijk de bestuurders te beschermen tegen de gevolgen van een *ad nutum*-ontslag door een overnemer⁶⁰. Van deze laatste constructies spreken vooral de zogeheten «gouden parachutes» (*golden parachutes*) tot de verbeelding.

Tot slot zijn er de constructies die in het bijzonder de dilutie van de participatie van een vijandige overnemer tot

⁵⁶ Genormeerd door art. 48 Venn.W.

⁵⁷ In principe zijn dergelijke clausules wat België betreft rechtsgeldig. De clausules mogen evenwel geen afbreuk doen aan de bevoegdheid van de algemene vergadering om de bestuurders *ad nutum* en bij eenvoudige meerderheid te ontslaan. Volgens het Hof van Cassatie raakt deze bevoegdheid van de algemene vergadering de openbare orde, en zijn afwijkende clausules bijgevolg absoluut nietig. (Zie Cass., 22 januari 1981, *Pas.*, 1981, I, 543; *Arr. Cass.*, 1980-81, 559; *R.C.J.B.*, 1981 495, noot S.J. NUDELHOLE, *J.T.*, 1981, 342 en *T.B.H.*, 1981, 338.) Clausules van evenredige vertegenwoordiging, waarbij de relatieve omvang van de participaties van de individuele aandeelhouders weerspiegeld worden op bestuursniveau, zijn daarentegen wel rechtsgeldig. (Hierover ROOSE, P. en MAYENS, L., «La représentation proportionnelle pour la nomination des administrateurs ou gérants», *R.P.S.*, 1963, nr. 5130; VAN GERVEN, D., «De evenredige en onevenredige vertegenwoordiging van aandeelhouders in de raad van bestuur van een N.V.», *T.B.H.*, 1991, 850-874.)

⁵⁸ Genormeerd door art. 76 Venn.W.

⁵⁹ Vooral in Nederland komt dit soort constructies voor, met name in de vorm van certificering van aandelen, waarbij de aandelen geplaatst worden in handen van een administratiekantoor en de belegger royeerbare, beperkt royeerbare of niet-royeerbare certificaten in handen heeft, die hem geen stemrecht verlenen, maar – afhankelijk van de inhoud van de bepalingen van de overeenkomst met het Administratiekantoor – wel de inhoud van de bepalingen van de overeenkomst met het Administratiekantoor – wel een instuurierecht kunnen verschaffen hoe het Administratiekantoor met de aandelen zal moeten stemmen. (Hierover bijvoorbeeld HELLEMA, H., «Rechten en plichten van het Administratiekantoor», *N.V.*, 1973, 27-29. Zie ook VOOGD, R., *Statutaire beschermingsmiddelen bij beursvennootschappen*, in VAN DER HEIJDEN-INSTITUUT (red.), *Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden-Instituut*, deel 32, Deventer, Kluwer, 1989, 22.) In het nabije verleden heeft ook een aantal Belgische vennootschappen van de mogelijkheid gebruik gemaakt om in Nederland te certificeren. (Hierover PEETERS, B., «Het Nederlands Stichting-administratiekantoor, een stichtend voorbeeld», *A.F.T.*, 1988, 165-180; HAELTERMAN, A., «Le bureau d'administration belge», *R.G.F.*, 1991, 115-123; DE BROE, L., «Fiscale aspecten van het certificeren van Belgische aandelen middels een Nederlands administratiekantoor», Leuven, *Discussie paper*, Seminariecyclus 1990-1991, «De juridische dienstverlening in Europa 1992», K.U.Leuven, woensdag 13 maart 1991; BOUCKAERT, F., «Nederlandse administratiekantoren en Belgisch internationaal privaatrecht», *T.R.V.*, 1989, 182-185.)

⁶⁰ Zie voetnoot 57.

⁵² Voor een technische uiteenzetting van de in België gangbare beschermingsconstructies, zie vooral GEENS, K., «De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder: een toepassing op door de meerderheid opgezette beschermingsconstructies», *T.R.V.*, bijzonder nummer 1988, II, en *T.P.R.*, 1989, 33-95. Evenwel moet rekening gehouden worden met de sedertdien door de wet van 18 juli 1991 (*supra*, voetnoot 46) en de rechtspraak aangebrachte wijzigingen.

⁵³ Voor België, zie art. 41, § 2 Venn.W.

⁵⁴ M.b.t. de E.G., zie Schema A.II.2 van de bijlage bij de Richtlijn van de Raad van 5 maart 1979 tot coördinatie van de voorwaarden voor de toelating van effecten tot de officiële notering aan een effectenbeurs, *P.B. Nr. L66*, 16 maart 1979, 21-32. Voor België in het bijzonder, zie art. 23, eerste lid, 3°, en artikel 24, 5°, K.B. 18 september 1990 betreffende de Noteringscomités bij de Effectenbeurzen van het Rijk en betreffende de toelating van de effecten tot de notering, *B.S.*, 22 september 1990.

⁵⁵ Meer in het bijzonder de artt. 52-58 EEG.

doel hebben. Deze soort constructies ontstaan in de Verenigde Staten, waar ze bekend staan onder de naam gifpillen (*poison pills*)⁶¹. Binnen de Europese rechtsstelsels biedt het positieve recht slechts weinig mogelijkheden om van die soort constructies gebruik te maken. Dit is in belangrijke mate te wijten aan de garanties die de tweede Vennootschapsrichtlijn⁶² in dezen biedt. Vooral het feit dat de aandeelhouders in de regel over een (wettelijk) voorkeurrecht beschikken levert een belangrijke rem op de ontwikkeling van die soort diluerende constructies⁶³. De continentaal-Europese literatuur onderscheidt dan ook slechts twee constructies waarvan een zekere mate van bescherming kan uitgaan. Het betreft meer in het bijzonder enerzijds de warrants en conversierechten⁶⁴, en anderzijds de statutaire clausules die het bestuursorgaan van een vennootschap machtigen om als antwoord op een vijandig bod een kapitaalverhoging uit te voeren⁶⁵.

33. Gelet op het belang van de ontwikkeling van een disciplinaire overnamemarkt, valt het grote gebruik dat vooral de continentaal-Europese vennootschappen van de constructies maken, te betreuren. Een grotere terughoudendheid in dezen is aangewezen. Overigens dienen de in deze context door het E.G.-Commissielid Bangemann geformuleerde voorstellen tot harmonisatie van de overnamevoorschriften, en de bepalingen van het vennootschapsrecht die betrekking hebben op beschermingsconstructies⁶⁶ te worden toegejuicht.

3° Verweermaatregelen

34. Een laatste juridische factor die de bruikbaarheid van het vijandige overnamebod als acquisitietechniek determineert, betreft de mate waarin het positieve recht het gebruik van zogeheten «verweermaatregelen» gedooft.

Conceptueel lijkt de meest verantwoorde stellingname te zijn die welke de beslissing omtrent een vijandig overnamevoorstel overlaat aan de aandeelhouders van de over te nemen vennootschap. Deze stellingname beantwoordt het best aan het economische verklaringsmodel dat aan vijandige

overnamebiedingen een disciplinaire werking toeschrijft⁶⁷. Deze meest wenselijke houding vindt men ook weerspiegeld in de positiefrechtelijke oplossing in het Verenigd Koninkrijk, waar zowel de voorschriften van de *City Code*⁶⁸ als de *Common law*⁶⁹ bestuurders verbieden een vijandig overnamebod te frustreren door middel van verweermaatregelen.

In de Verenigde Staten geldt in de vennootschapswetgeving van de meeste deelstaten een meer genuanceerde oplossing⁷⁰. Model voor de andere deelstaten staat de rechtspraak van het Opperste Gerechtshof van Delaware. Het gebruik van verweermaatregelen is er toegestaan, mits voldaan is aan een aantal vereisten. Als belangrijk vereiste geldt de proportionaliteitsvoorwaarde: verweermaatregelen zijn mogelijk mits ze een aan de dreiging die van het bod uitgaat evenredig antwoord bieden. Bovendien mogen ze de aandeelhouders het beslissingsrecht omtrent de uitkomst van het bod niet volledig uit handen nemen⁷¹.

In de continentaal-Europese landen zijn er geen dermate eenduidige formules. Traditioneel geschiedt de beoordeling van verweermaatregelen er aan de hand van het moeilijk te omlijnen begrip «vennootschapsbelang». Gelet op het feit dat het bestuursorgaan eigenmachtig tot de invulling van dit begrip kan overgaan en de rechtspraak niet geneigd is om deze invul oefening aan een grondige toetsing te onderwerpen, leidt de klassieke benadering in de regel tot een validatie van de gehanteerde verweermaatregelen⁷². Vandaar

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld BRADLEY, C., «Corporate Control: Market and Rules», *Mod.L.Rev.*, 1990, 170-186, in het bijzonder 173; ASSMANN, H. en BOZENHARDT, F., «Übernahmeangebote als Regelungsproblem zwischen gesellschaftsrechtlichen Normen und zivilrechtlich begründeten Verhaltensgeboten», *ZGR, Sonderheft 9*, 1989, 1-156, in het bijzonder 18.

⁶⁸ General principle 7 en rule 21 City Code. Zie ook WEINBERG, M. en BLANK, M., «Take-overs and Mergers», Londen, Sweet & Maxwell, 1989, losbladig, 3284-3285, nr. 3-776, en 3312-3313, nr. 3-815.

⁶⁹ Bestuurders die de hun door het vennootschapsrecht toegekende bevoegdheden zouden willen aanwenden om een vijandig overnamebod te doen mislukken, stuiten op de beperkingen die de zogeheten juiste doel-doctrine (*proper purpose-doctrine*) in dezen stelt. Conform de juiste-doeldoctrine bezitten de bestuurders hun bevoegdheden immers in het belang van de vennootschap, en mogen ze deze niet aanwenden voor andere doeleinden, zoals bijvoorbeeld de versteviging van de eigen controlepositie of van deze van bevriende aandeelhouders (Zie bijvoorbeeld *Piercy v. S. Mills & Co.Ltd.* (1920), 1 CH. 77, Zie ook FARRAR, J.H., FUREY, N.E., HANNIGAN, B.M. en WYLIE, Ph., *Farrar's Company Law*, Londen en Edinburgh, Butterworths, 1988, 332; BIRDS, J., «Proper purposes as a head of directors' duties», *Mod.L.Rev.*, 1974, 580-586).

⁷⁰ Een vrij volledig overzicht van de voorschriften van toepassing op verweermaatregelen, treft men aan in het werk van LIPTON en STEINBERGER. (Zie LIPTON, M. en STEINBERGER, E., *Takeovers & Freeze-outs*, New York, Law Journal Seminars Press, losbladig.)

⁷¹ Leidende zaak is *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A 2d 946 (Del. 1985). Andere toonaangevende zaken zijn *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A 2d 173 (Del. 1986) en *In re Time Incorporated Shareholder Litigation*; *Paramount Communications, Inc., et al. v. Time, Inc., et al.*, 571 A 2d 1140 (Del. 1989), CCH Fed. Sec. L. Rep., 1989-1990, 94,938.

⁷² Zie in het algemeen GEENS, K., De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder: een toepassing op door de meerderheid opgezette beschermingsconstructies, *l.c.*, 59, nr. 35. De bestaande rechtspraak geeft weliswaar uitdrukking aan een aan-

⁶¹ Zie bijvoorbeeld DAWSON, S., PENCE, R. en STONE, D., «Poison Pill Defensive Measures», 42 *Bus Law*, 1987, 423-439, in het bijzonder 423; BOOMENTHAL, H., «Introduction: Tender Offer Defenses – Poison Pill or Placebo?», in RICHTER, P. en CHARES, E., *Corporate anti-takeover Defenses: The Poison Pill Device*, New York, Clark Boardman CO., 1988, 1-82.

⁶² Tweede richtlijn van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, *P.B. nr. L. 26*, van 31 januari 1977, 1-13, hierna Tweede vennootschapsrichtlijn.

⁶³ Art. 29 Tweede vennootschapsrichtlijn.

⁶⁴ In België genormeerd door de artt. 101bis-octies Venn.W.

⁶⁵ In België genormeerd door art. 33bis, §§ 3-4, Venn.W., ingevoerd door de wet van 18 juli 1991, die het gelijkkluidende art. 8 van het K.B. van 8 november 1989 heeft geïncorporeerd in de vennootschapswet, teneinde de twijfels omtrent de legaliteit van de bepaling uit de wereld te helpen.

⁶⁶ Cf. supra, voetnoot 4.

dat de in de voorbije jaren ingevoerde overnamereglementeringen zijn afgeweken van deze traditionele benaderingswijze, en aan de hand van formele criteria het gebruik van verweermaatregelen aan banden hebben gelegd ⁷³.

Slotconclusies

35. De conclusies waartoe een multidisciplinair onderzoek naar de functie van de vijandige overnametechniek leidt, zijn als volgt samen te vatten.

Allereerst is er de vaststelling dat de werking van de kapitaalvennootschap leidt tot belangenconflicten. Dit geldt zowel voor de kapitaalvennootschap naar Anglo-Amerikaans model, waar de dichotomie aandeelhouders/managers leidt tot een risico van benadeling van de aandeelhouders in het algemeen, als voor de continentaal-Europese kapitaalvennootschap, waar het conflict zich voordoet in de verhouding tussen de meerderheidsaandeelhouders/minderheidsaandeelhouders.

In tweede instantie blijkt dat het juridische apparaat niet bij machte is om de conflicten die zich binnen de kapitaalvennootschap voordoen op een bevredigende manier op te lossen. Vandaar de behoefte aan bepaalde toezichtsmechanismen: de dreiging die van de vijandige overnamemarkt uitgaat, verschaft een dergelijk toezichtsmechanisme.

Weliswaar zijn ook alternatieve toezichtsmechanismen voorhanden: zo bijvoorbeeld het systeem van de Duitse *Universalbanken*, van de Japanse *Keiretsu's*, en van de in Duitsland en Nederland gangbare medezeggenschapsregeling ⁷⁴. Wellicht is ook voor beleggings- en soortgelijke fondsen een vergelijkbare toezichthoudende taak weggelegd. Welke techniek de voorkeur wegdraagt is vooralsnog bij ontstentenis van diepgaand vergelijkend economisch onderzoek niet uit te maken. De vijandige overnametechniek heeft als

nadeel dat ze duur uitvalt en het gebruik ervan de mobilisatie van zeer grote kapitalen vergt. Bovendien is ze in belangrijke mate slechts bruikbaar voor de kapitaalvennootschap naar Anglo-Amerikaans model. Het gebruik ervan in continentaal Europa veronderstelt een herdenken van een aantal structurele factoren, wat niet evident is. De techniek heeft evenwel als voordeel dat ze bijdraagt tot de realisatie van het vrije markt-model. Ze maakt meer in het bijzonder de vrije concurrentie tussen management-teams mogelijk, en draagt in die zin bij tot de realisatie van het vrije-markt-model. Dit is in mindere mate het geval met de alternatieve toezichtsmodellen: deze leiden in belangrijke mate tot het ontstaan van grote machtsconcentraties in handen van een beperkt aantal instellingen, en ondergraven in die zin de vrije concurrentie. Tekenend is het feit dat in Duitsland drie kredietinstellingen (de *Deutsche Bank*, de *Dresdner Bank* en de *Commerzbank*) ⁷⁵ en in Japan zes *Keiretsu's* ⁷⁶ de nationale economie beheersen. In Duitsland heeft deze toestand reeds de bezorgdheid van de kartelautoriteiten gewekt. Evenwel is hun initiatief om dat te verhelpen door een politieke tussenkomst een stille dood gestorven. In die zin is de vrees dat een te groot overwicht van krediet- of soortgelijke instellingen leidt tot het ontstaan van een semi-officieel machtsblok niet denkbeeldig.

Aan de merites van de vijandige overnametechniek valt bijgevolg niet voorbij te gaan. Een gebruik ervan in de continentaal-Europese landen – in het bijzonder in België – vergt evenwel een aanpassing zowel van het beleid van de beursautoriteiten, als van de reglementaire bepalingen die het vijandige overnamegebeuren normeren. Bovendien is het ook wenselijk dat een aantal structurele factoren ter discussie gesteld worden.

Dr. Koen BYTTEBIER
U.Gent

tal algemene beginselen zoals het verbod van bevoegdheidsafwending en misbruik van meerderheid en minderheid, of – positief geformuleerd – de verplichting tot uitoefening van bestuursbevoegdheden en het stemrecht verbonden aan aandelen in het belang van de vennootschap of met naleving van de vereisten van goede trouw, doch is niet geneigd om aan deze beginselen een concrete inhoud te geven.

⁷³ Zie bijvoorbeeld art. 8 Ontwerp dertiende richtlijn. Zie ook art. 33bis, §§ 3-4, Venn.W.

⁷⁴ Cf. supra, nr. 30.

⁷⁵ Zie vooral CABLE, J., «Capital Market Information and Industrial Performance: the Role of West German Banks», *the Economic Journal*, 1985, 118-132.

⁷⁶ Met name Mitsubishi, Mitsui, Sumitomo, Fuyo, Dai-ichi Kangyo en Sanwa. (Hierover HOSHI, T., KASHYAP, A. en SCHARFSTEIN, D., «The role of Banks in reducing the costs of financial distress in Japan», 27 *J.F.E.*, 1990, 67-88, in het bijzonder 70-71; NESTER, W., *The foundation of Japanese power: continuities, changes, challenges*, Houndmills, the MacMillan Press Ltd, 1990, 180 e.v.)

DE GEVOLGEN VAN DE VERLAGING VAN DE BURGERLIJKE MEERDERJARIGHEID VOOR DE JEUGDBESCHERMINGSMAATREGELEN T.A.V. DELINQUENTE JONGEREN

EEN MINI-HERVORMING VAN DE WET OP DE JEUGDBESCHERMING

Situering

De wet van 19 januari 1990 tot verlaging van de leeftijd van burgerlijke meerderjarigheid ¹ is overeenkomstig art. 55 in werking getreden de eerste dag van de vierde maand volgend op die tijdens welke zij in het Staatsblad bekendgemaakt is, dus op 1 mei 1990.

Vanaf 1 mei 1990 is de leeftijd van burgerlijke meerderjarigheid van 21 jaar op 18 jaar gebracht.

De verlaging van de leeftijd van burgerlijke meerderjarigheid heeft tot gevolg dat alle regels waarvoor de meerderjarigheid resp. de minderjarigheid een criterium is, sinds 1 mei 1990 gelezen moeten worden in hun nieuwe inhoud.

De jeugdbescherming is een van de materies waarin de verlaging van de leeftijd van burgerlijke meerderjarigheid de meest verregaande consequenties heeft gehad. Er werd dan ook tijdens de voorbereidende werkzaamheden van de wet van 19 januari 1990 veel aandacht aan besteed door de federale wetgever.

Indien men geen rekening zou houden met de bijzondere bepalingen die genomen zijn ten gevolge van de verlaging van de leeftijd van burgerlijke meerderjarigheid, zou deze verlaging de volgende consequenties hebben ingehouden:

1) dat geen buitengerechterlijke jeugdbescherming («bijzondere jeugdbijstand») meer verleend kan worden door het comité voor bijzondere jeugdzorg en de bemiddelingscommissie voor bijzondere jeugdbijstand ten aanzien van 18-21-jarigen. In de gecoördineerde decreten inzake bijzondere jeugdbijstand wordt immers uitdrukkelijk de taak en de bevoegdheid van de instanties die belast zijn met buitengerechterlijke jeugdbescherming, beperkt tot (burgerlijk) minderjarigen.

2) dat gerechtelijke jeugdbeschermingsmaatregelen ten aanzien van minderjarigen zelf, die voorheen op grond van art. 36, 2°, van de wet op de jeugdbescherming (WJb.) (minderjarigen in gevaar) genomen konden worden tot 21 jaar, voortaan nog slechts genomen kunnen worden ten aanzien van min 18-jarigen.

M.b.t. de jeugdbeschermingsmaatregelen t.a.v. de ouders moet al onmiddellijk worden opgemerkt dat, wat betreft de ontzetting van het ouderlijk gezag, het uitspreken van deze maatregel *niet* beperkt is tot de periode van de minderjarigheid. Aangezien de ontzetting ook het verlies kan meebrengen van andere rechten dan prerogatieven van het ouderlijk gezag, en aangezien ze ook het verlies kan meebrengen van rechten ten aanzien van de afstammelingen van het betrok-

ken kind, wordt algemeen aanvaard dat die maatregel ook nog kan worden uitgesproken na de meerderjarigheid van het betrokken kind ². Derhalve kan zowel voor als na 1 mei 1990 de ontzetting van het ouderlijk gezag worden uitgesproken in gevallen waarin het kind meer dan 18 jaar en zelfs meer dan 21 jaar is.

De feiten waarop overeenkomstig art. 32 de ontzetting gebaseerd is, moeten vanzelfsprekend steeds dateren van vóór de meerderjarigheid van het kind. In die zin heeft de verlaging van de leeftijd van meerderjarigheid toch wél een weerslag op de ontzetting van het ouderlijk gezag.

3) dat de uitgesproken jeugdbeschermingsmaatregelen t.a.v. minderjarigen zelf ophouden uitwerking te hebben op de achttiende verjaardag van de jongere.

De nefaste gevolgen van een ongeclausuleerde toepassing van de verlaging van de burgerlijke meerderjarigheid op de jeugdbeschermingsmaatregelen hebben er de federale wetgever toe gebracht een aangepaste regeling uit te werken die deze gevolgen zou moeten opvangen.

Hierbij werden alleen de jeugdbeschermingsmaatregelen genomen t.a.v. delinquente minderjarigen beoogd, daar alleen dat nationale materie gebleven is; de jeugdbeschermingsmaatregelen getroffen m.b.t. jongeren op andere rechtsgronden worden beoogd door de regels van de gecoördineerde decreten van de Vlaamse Raad.

Die regeling was oorspronkelijk vervat in art. 45 van de wet van 19 januari 1990, dat in de wet op de jeugdbescherming een nieuw art. 37bis had ingevoegd.

Op verzoek van de Vlaamse Executieve werd dit artikel evenwel *nietig verklaard* door het Arbitragehof bij arrest van 15 januari 1992 ³.

Het Arbitragehof oordeelde dat de federale wetgever wel degelijk bevoegd was om die bepaling aan te nemen: dit is volop nationale materie en geen materie van de Gemeenschappen.

Het Arbitragehof stelde evenwel vast dat over die bepaling een voorafgaand overleg had moeten plaatsvinden tussen de federale regering en de Executieven van de Gemeenschappen, overeenkomstig art. 6, 3bis, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Nu dit overleg *niet* had plaatsgevonden, werd art. 37bis WJb. toch vernietigd.

Om evenwel het juridische vacuüm op te vullen dat door die nietigverklaring dreigde te worden veroorzaakt, bepaalde het Arbitragehof dat tot 31 december 1992:

¹ Staatsblad, 30 januari 1990, p. 1239.

² Cass., 6 mei 1987, T.B.B.R., 1988, 318, noot Sosson.

³ Staatsblad, 28 februari 1992, p. 4220.

– art. 37bis, § 1, van toepassing bleef op elk verzoekschrift dat vóór 31 december 1992 werd ingediend;

– art. 37bis, § 2, nog door de jeugdrechtbank kon worden toegepast tot 31 december 1992, en de beslissing van de jeugdrechtbank dan ook na die datum uitgevoerd zal kunnen worden;

– art. 37bis, §§ 3 en 4, van kracht bleef tot die datum.

Dat kwam er op neer dat de federale wetgever diende te voorzien in een nieuwe regeling die in de plaats zou komen van art. 37bis Wet Jeugdbescherming vóór 1 januari 1993.

Daartoe heeft de minister van Justitie op 18 juni 1992 bij de Kamer een wetsontwerp ingediend «tot wijziging van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming»⁴. Buiten de hier aangesneden problematiek beoogt dit «klein» wetsontwerp ook (in afwachting van een meer algemene hervorming van de wet op de jeugdbescherming) de wet op de jeugdbescherming in overeenstemming te brengen met het E.V.R.M. ingevolge het arrest-Bouamar van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, alsook de rechtspleging voor de jeugdrechtbank aan te passen in verband met de decreten van de Vlaamse Raad en van de Raad van de Franse Gemeenschap.

Door de parlementaire werkzaamheden was het niet mogelijk dit «kleine» wetsontwerp vóór 31 december 1992 wet te doen worden, zodat tijdens de besprekingen in de kamercommissie voor de Justitie besloten werd de hervorming van art. 37bis WJb. uit het ontwerp te lichten en het te verwerken in het wetsvoorstel-Merckx-Van Goey «tot invoeging van een artikel 37bis in de WJb»⁵.

Dit resulteerde in de wet van 24 december 1992 «tot wijziging van de artikelen 36, 4°, en 37 WJb. en tot opheffing van art. 37bis WJb. en tot invoeging van een artikel 43bis in dezelfde wet»⁶. Aan de andere kant is het de verwachting dat het «kleine» wetsontwerp op de jeugdbescherming wet wordt vóór de zomer 1993.

Inhoud van de wet van 24 december 1992

1. Bevoegdheid van de jeugdrechtbank naar leeftijd

Een grote innovatie van de wet van 24 december 1992 is dat voortaan de jeugdbeschermingsmaatregelen t.a.v. *delinquente jongeren* ook genomen kunnen worden t.a.v. personen die op het ogenblik van het opleggen van de maatregelen meerderjarig (= meer dan achttien jaar oud) zijn (nieuwe versie van art. 36, 4°, WJb.). Voorheen konden ook op deze grond jeugdbeschermingsmaatregelen slechts voor de eerste maal worden opgelegd zolang de betrokkene nog geen achttien jaar was, behoudens de maatregel van de berisping (en de uithandengeving).

Thans wordt op uitdrukkelijke wijze het ogenblik waarop het als misdrijf omschreven feit wordt gepleegd, als criterium vooropgesteld voor de bevoegdheid van de jeugdrechtbank (en dus voor de mogelijkheid om jeugdbeschermingsmaatregelen op te leggen):

– is de betrokkene nog niet ten volle achttien jaar op het ogenblik van de feiten, dan kan het O.M. jeugdbescher-

mingsmaatregelen vorderen en de jeugdrechtbank jeugdbeschermingsmaatregelen opleggen, ook al is hij intussen meer dan achttien jaar;

– is de betrokkene reeds ten volle achttien jaar op het ogenblik van de feiten, dan kan het O.M. geen jeugdbeschermingsmaatregelen vorderen, maar kan het alleen een strafvordering instellen.

2. Inhoud van de gewone jeugdbeschermingsmaatregelen

Art. 37 WJb., dat de «gewone» jeugdbeschermingsmaatregelen bepaalt die de jeugdrechtbank kan opleggen, is door de wet van 24 december 1992 op enkele punten aangepast.

Aangezien art. 36, 4°, WJb. thans bepaalt dat op die rechtsgrond ook meerderjarigen voor de jeugdrechtbank kunnen worden gebracht, is ook in art. 37 WJb. de verwijzing naar «minderjarigen» consequent vervangen.

Inhoudelijk zijn de gewone jeugdbeschermingsmaatregelen *niet* gewijzigd. Wel wordt thans m.b.t. de maatregel van het toevertrouwen «aan de groep Rijksgestichten voor observatie en opvoeding onder toezicht» (in de Vlaamse Gemeenschap de «Gemeenschapsinstellingen voor Bijzondere Jeugdbijstand» genoemd) bepaald dat, wanneer die maatregel genomen wordt op grond van art. 36, 4°, WJb. (= jeugddelinquentie), de jeugdrechter moet bepalen wat de duur van de opnemings is, alsook of het eventueel om opnemings in een *gesloten* opvoedingsafdeling gaat (als georganiseerd door de Gemeenschappen).

3. Duur van de gewone jeugdbeschermingsmaatregelen

A. Beginsel

In art. 37, derde lid, WJb. wordt de bestaande regel bevestigd dat in beginsel de gewone jeugdbeschermingsmaatregelen – met uitzondering uiteraard van de berisping – een einde nemen op het ogenblik dat de jongere de volle leeftijd van achttien jaar bereikt.

Alleen wanneer de jeugdbeschermingsmaatregelen genomen worden op grond van art. 36, 4°, WJb. (= jeugddelinquentie) kan daarvan worden afgeweken. De jeugdbeschermingsmaatregelen genomen op grond van art. 36, 1° tot en met 3°, WJb. en op grond van de Wet 15 juli 1960 tot zedelijke bescherming van de jeugd, komen dus *automatisch* en zonder enige uitzondering ten einde op de achttiende verjaardag van de jongere.

B. Uitzondering in geval van jeugddelinquentie

Geval 1: verlenging van een bestaande jeugdbeschermingsmaatregel

Een eerste geval van voortduren van de uitwerking van een jeugdbeschermingsmaatregel na de leeftijd van achttien jaar is dat waarin tijdens de minderjarigheid reeds een jeugdbeschermingsmaatregel is opgelegd op grond van art. 36, 4°, WJb., en deze maatregel verlengd wordt.

De bestaande jeugdbeschermingsmaatregel kan worden verlengd tot een tijdstip na de leeftijd van achttien jaar:

⁴ *Gedr.St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 532/1.

⁵ *Gedr.St., Kamer*, 1992-93, nr. 699/1 van 27 oktober 1992.

⁶ *Staatsblad*, 31 december 1992, p. 27575.

– ofwel op verzoek van de jongere zelf (deze mogelijkheid is tijdens de bespreking in de kamercommissie voor de Justitie ingevoerd op suggestie van een commissielid)⁷;

– ofwel op vordering van het O.M.

Het verzoek van de jongere of de vordering van het O.M. moet bij de jeugdrechtbank worden ingeleid ten vroegste op het ogenblik dat de jongere zeventien jaar en negen maanden is geworden, en uiterlijk de dag vóór zijn achttiende verjaardag.

De jeugdrechtbank kan de verlenging slechts toestaan voor zover de jongere blijkt geeft van *aanhoudend wangedrag of zich gevaarlijk gedraagt*. De aanwending van dit criterium (dat niet bestond in de wet 19 januari 1990) is wel merkwaardig in het geval dat de jongere zelf om de verlenging heeft verzocht⁸! Deze uiteindelijke regeling gaat bovendien in tegen de bedoelingen van het oorspronkelijke wetsvoorstel van Merckx-Van Goey om aan de jongere de mogelijkheid te bieden om verder een onontbeerlijke bijstand te kunnen genieten wat de opvoeding, studie of beroepsopleiding betreft⁹, zonder dat daar tijdens de voorbereidende werkzaamheden enige verklaring voor werd gegeven.

De jeugdrechtbank kan alleen de voorheen opgelegde jeugdbeschermingsmaatregel verlengen na achttien jaar; ze kan hem niet vervangen door een andere. Ook dat gaat in tegen de bedoelingen van het oorspronkelijke wetsvoorstel¹⁰, wederom zonder dat daar enige verklaring voor werd gegeven. Bovendien wijkt het af van de regeling onder de wet 19 januari 1990 in het geval dat de jeugdrechtbank ambtshalve heeft beslist ook na achttien jaar nog een maatregel op te leggen (art. 37bis, § 2, WJb., thans vernietigd).

In geval de jeugdrechtbank beslist tot verlenging tot een tijdstip na achttien jaar, moet zij de duur van de verlengde jeugdbeschermingsmaatregel bepalen. Die duur mag de twintigste verjaardag van de jongere niet overschrijden. Uiteraard mag de jeugdrechtbank wel een kortere duur bepalen, maar in dat geval is nadien geen tweede verlenging meer mogelijk, ook al zou de betrokkene alsdan nog steeds blijken geven van aanhoudend wangedrag en/of zich nog steeds gevaarlijk gedragen.

Rechtspleging. – In tegenstelling tot de vroegere regeling dient het vonnis van de jeugdrechtbank houdende verlenging van de jeugdbeschermingsmaatregel niet meer te worden uitgesproken vooraleer de betrokkene meerderjarig is. Maar ingeval het vonnis pas na de meerderjarigheid wordt uitgesproken, zal intussen de voorheen bevolen jeugdbeschermingsmaatregel vervallen zijn overeenkomstig art. 37, derde lid, WJb. Teneinde dit mogelijke hiaat te vermijden ware het beter geweest te bepalen dat, ingeval een verzoek c.q. vordering tot verlenging bij de jeugdrechtbank aanhangig wordt gemaakt vóór de achttiende verjaardag, dan de jeugdbeschermingsmaatregel automatisch verlengd wordt tot de dag van de uitspraak van de jeugdrechtbank hierover.

Met de nieuwe wettekst zal het zaak zijn voor het parket om ten spoedigste nadat de jongere zeventien jaar en negen maanden is geworden, de vordering tot verlenging in te stellen, zodat de jeugdrechtbank bij machte is om nog vóór de achttiende verjaardag uitspraak te doen.

Er zijn geen bijzondere regels ingevoerd m.b.t. de rechtsmiddelen. Derhalve is het vonnis van de jeugdrechtbank vatbaar voor verzet en voor hoger beroep (voor het O.M. alleen vatbaar voor hoger beroep) (art. 58, eerste lid, WJb.). Verzet en hoger beroep hebben schorsende werking, tenzij de jeugdrechtbank de voorlopige tenuitvoerlegging van haar beslissing bevolen heeft (art. 58, vierde lid, WJb.)¹¹.

Geval 2: onmiddellijk opleggen van een jeugdbeschermingsmaatregel (ook) na de leeftijd van achttien jaar

Een tweede geval waarin jeugdbeschermingsmaatregelen uitwerking kunnen hebben na de leeftijd van achttien jaar is dat waarin de jeugdrechtbank onmiddellijk een jeugdbeschermingsmaatregel oplegt waarvan de uitwerking de meerderjarigheid van de jongere overschrijdt.

Dat kan uitsluitend voor zover het als misdrijf omschreven feit gepleegd is tussen de leeftijd van zeventien en achttien jaar.

Tijdens de voorbereidende werkzaamheden werd ervoor gepleit die mogelijkheid te beperken tot de gevallen waarin de feiten gepleegd worden na de leeftijd van zeventien jaar en zes maanden, teneinde te vermijden dat voor een klein vergrijp gepleegd door een jongere van juist zeventien jaar, een maatregel wordt opgelegd waarvan de duur niet in verhouding zou staan tot de zwaarte van het feit¹². Deze visie werd uiteindelijk niet gevolgd.

Twee mogelijkheden kunnen zich voordoen:

a) ofwel wordt het vonnis van de jeugdrechtbank gewezen vóór de achttiende verjaardag, en dan kan de jeugdrechtbank meteen bepalen dat de bevolen jeugdbeschermingsmaatregel ook na de meerderjarigheid verder uitwerking zal hebben;

b) ofwel wordt het vonnis van de jeugdrechtbank pas gewezen nadat de jongere reeds meerderjarig geworden is – een innovatie van de wet van 24 december 1992 (zie boven) –, en dan zal sowieso de opgelegde jeugdbeschermingsmaatregel uitwerking hebben na de meerderjarigheid.

In dit geval stelt de wet geen bijkomend criterium voorop waarop de jeugdrechtbank zich zou moeten baseren, in tegenstelling tot het eerste geval.

Ook in dit tweede geval moet de jeugdrechtbank de duur van de jeugdbeschermingsmaatregel bepalen, en mag deze duur de twintigste verjaardag van de jongere niet overschrijden. Ook wanneer een kortere duur wordt opgelegd, biedt de wet hier geen mogelijkheid om hem nadien te verlengen tot de twintigste verjaardag.

Zoals het vernietigde art. 37bis WJb. beoogt de nieuwe regeling te vermijden dat minderjarigen die een als misdrijf

⁷ *Gedr.St., Kamer*, 1992-93, nr. 699/4, p. 5.

⁸ Het gaat hier blijkbaar om een vergissing van de wetgever die men zal trachten recht te zetten in het kader van het algemene wetsontwerp-Wathelet; zie *Gedr.St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 532/7, amendement nr. 69 van Merckx-Van Goey c.s. van 23 december 1992.

⁹ *Gedr.St., Kamer*, 1992-93, nr. 699/1, p. 4.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ In het kader van het algemene wetsontwerp-Wathelet wordt voorgesteld hier het verzet uit te schakelen en van rechtswege aan het hoger beroep zijn schorsende werking te ontnemen; zie *Gedr.St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 532/7, amendement nr. 69 van Merckx-Van Goey c.s. van 23 december 1992.

¹² *Gedr.St., Kamer*, 1992-93, nr. 699/4, p. 5.

omschreven feit plegen kort voor ze meerderjarig worden, ofwel zo goed als «ongestraft» blijven, ofwel stelselmatig naar de strafrechtbanken worden verwezen d.m.v. de uithandengeving (art. 38 WJb.)¹³.

In tegenstelling tot de oude regeling moet de jongere thans geen tweemaal voor de jeugdrechtsbank verschijnen, een eerste maal om een jeugdbeschermingsmaatregel te horen opleggen tot zijn achttiende jaar, een tweede maal om uitspraak te horen doen over de verlenging van de jeugdbeschermingsmaatregel na zijn achttiende jaar (oud art. 37bis, § 2, WJb.).

Daarentegen kan met de nieuwe regel ook een minderjarige die een als *overtreding* omschreven feit heeft begaan, het voorwerp uitmaken van een jeugdbeschermingsmaatregel na zijn achttiende verjaardag, terwijl dit onder de oude regel alleen gold voor de vorderingen op grond van art. 36, 4°, WJb. wegens een als misdad of een als wanbedrijf omschreven feit (oud art. 37bis, § 2, WJb.).

Evenwel blijken ook in de nieuwe regeling nog een aantal ernstige lacunes te bestaan.

Ingeval een jongere (net) vóór zijn zeventiende verjaardag een ernstig feit heeft gepleegd (bv. een als moord of doodslag omschreven feit) en dit feit of zijn daderschap wordt pas ontdekt nadat hij reeds achttien jaar geworden is, dan biedt het nieuwe art. 37, vierde lid, WJb. geen enkele mogelijkheid om nog een jeugdbeschermingsmaatregel op te leggen. In dat geval zal alleen nog een uithandengeving overeenkomstig art. 38 WJb. mogelijk zijn. De rechtspraak neemt in overwegende mate, en terecht, aan dat niets belet dat de uithandengeving gebeurt na de meerderjarigheid¹⁴.

Aan de andere kant laat de nieuwe regeling slechts toe dat de jeugdrechtsbank bij vonnis een jeugdbeschermingsmaatregel oplegt na de meerderjarigheid, en niet dat ze reeds bij wijze van *voorlopige maatregel* t.a.v. een meerderjarige een ondertoezichtstelling of een plaatsing beveelt. Een dergelijke uitbreiding werd tijdens de besprekingen in de kamercommissie uitdrukkelijk verworpen wegens het ontbreken, *de lege lata*, van voldoende procedurele waarborgen tijdens de fase van de voorlopige maatregelen¹⁵. Een amendement om art. 52 WJb. inzake de voorlopige maatregelen in die zin aan te vullen¹⁶, werd verworpen¹⁷.

Rechtspleging. — Ook hier heeft de wetgever geen specifieke procedureregels bepaald, zodat ook hier de bestaande regels van rechtspleging inzake jeugdbeschermingsmaatregelen toepassing vinden.

Voor de gevallen waarin de jongeren reeds meerderjarig geworden zijn, moeten zij voor de toepassing van de procedureregels logischerwijze gelijkgesteld worden met minderjarigen, ook al wordt dit niet uitdrukkelijk bepaald¹⁸. Daar-

entegen kunnen de artikelen 78 en 80, tweede lid, (met de strafbepaling uit het derde lid) WJb., bij gebreke van uitdrukkelijke wettekst, alleen toegepast worden op minderjarigen en niet tevens op jongeren die reeds meerderjarig zijn¹⁹.

Overzicht. — Tot slot geven we hierbij een overzicht van de mogelijkheden voor het ingrijpen van de jeugdrechtsbank op grond van art. 36, 4°, WJb. sinds de wet van 24 december 1992.

- *Feit gepleegd vóór zestiende verjaardag:*

- 1) jeugdbeschermingsmaatregelen kunnen worden opgelegd zolang hij geen achttien jaar is, en die hebben uitwerking tot maximaal de achttiende verjaardag;
- 2) verlenging daarvan is mogelijk overeenkomstig art. 37, vierde lid, 1°;
- 3) uithandengeving is niet mogelijk (art. 38).

- *Feit gepleegd vanaf zestiende verjaardag maar vóór zeventiende verjaardag:*

- 1) jeugdbeschermingsmaatregelen kunnen worden opgelegd zolang hij geen achttien jaar is, en die hebben uitwerking tot maximaal de achttiende verjaardag, behalve voor de feiten opgesomd in art. 36bis (wegverkeer), die voor de strafrechtbanken worden vervolgd;
- 2) verlenging van de jeugdbeschermingsmaatregelen is mogelijk overeenkomstig art. 37, vierde lid, 1°;
- 3) uithandengeving is mogelijk (art. 38).

- *Feit gepleegd vanaf zeventiende verjaardag maar vóór de achttiende verjaardag:*

- 1) jeugdbeschermingsmaatregelen kunnen worden opgelegd, eventueel zelfs na de leeftijd van achttien jaar en eventueel voor een duur die de leeftijd van achttien jaar overschrijdt, overeenkomstig art. 37, vierde lid, 2°, behalve voor de feiten opgesomd in art. 36bis;
- 2) als de jeugdbeschermingsmaatregel is opgelegd tot aan de meerderjarigheid: verlenging is mogelijk overeenkomstig art. 37, vierde lid, 1°;
- 3) uithandengeving is mogelijk (art. 38).

- *Feit gepleegd vanaf achttiende verjaardag:*

jeugdbeschermingsmaatregelen zijn niet meer mogelijk.

4. Opheffing van art. 37bis WJb.

Door art. 3 van de wet van 24 december 1992 wordt art. 37bis WJb., ingevoegd door de wet van 19 januari 1990, opgeheven. Dit gebeurde ingevolge een amendement van de h. Mayeur²⁰. Het is wel zeer merkwaardig dat de wetgever

¹³ Zie onder meer de verklaring van de minister van Justitie, *Gedr.St., Kamer*, 1992-93, nr. 699/4, p. 6.

¹⁴ Cass., 10 juni 1992, *J.L.M.B.*, 1992, 985 en *J.Dr.Jeun.*, 1992, afl. 118, 35, noot L. BIHAIN; Luik (Jk.), 11 februari 1991, *J.Dr.Jeun.*, 1991, afl. 107, 84; Brussel (Jk.), 24 juni 1991, *J.T.*, 1991, 697.

¹⁵ *Gedr.St., Kamer*, 1992-93, nr. 699/4, p. 5.

¹⁶ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 573/3, amendement-ARTS van 18 december 1992.

¹⁷ *Beknopt Verslag, Senaat*, 23 december 1992, p. 362.

¹⁸ In het kader van het algemene ontwerp-Wathelet wordt die gelijkstelling wél uitdrukkelijk bepaald; zie *Gedr.St., Kamer*, B.Z.

1991-92, nr. 532/7, amendement nr. 69 van Merckx-Van Goeij c.s. van 23 december 1992.

¹⁹ In het kader van het algemene ontwerp-Wathelet wordt ook in die gelijkstelling voorzien; zie *Gedr.St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 532/7, amendement nr. 69 van Merckx-Van Goeij c.s. van 23 december 1992.

²⁰ *Gedr.St., Kamer*, 1992-93, nr. 699/2, amendement nr. 3.

een wetsbepaling opheft die door het Arbitragehof is vernietigd en dus niet bestaat ²¹.

5. Overgangsrecht

Er wordt in de wet op de jeugdbescherming een nieuw art. 43bis ingevoegd dat een aantal overgangsbepalingen bevat.

a) De op 10 januari 1993 in uitvoering zijnde jeugdbeschermingsmaatregelen blijven gehandhaafd tot de duur ervan verstreken is, onverminderd de bevoegdheid van de jeugdrechtbank om ambtshalve of op vordering van het openbaar ministerie of op verzoek van de jongere die maatregelen in te trekken of te vervangen door een andere gewone jeugdbeschermingsmaatregel bepaald in een vorig punt van art. 37, tweede lid, WJb. (bv. vervanging van een plaatsing door een ondertoezichtstelling, maar niet omgekeerd).

Volgens de tekst zelf van het nieuwe artikel 43bis, § 1, WJb. zou het slaan op alle gewone jeugdbeschermingsmaatregelen (behalve de berisping) ongeacht de grond waarop ze genomen zijn. De bedoeling van de wetgever was nochtans duidelijk dat deze bepaling alleen maar zou slaan op de jeugdbeschermingsmaatregelen genomen op grond van art. 36, 4°, WJb. (jeugddelinquentie), te meer daar alleen voor deze categorie de federale wetgever bevoegd is om de jeugdbeschermingsmaatregelen te bepalen.

b) Ingeval vóór 10 januari 1993 (feitelijk uiterlijk op 31 december 1992) door de minderjarige een verzoek aanhangig is gemaakt tot verlenging van de te zijnen opzichte bevolen jeugdbeschermingsmaatregel, als bedoeld in het oude art. 37bis, § 1, WJb., waarover nog geen uitspraak is gedaan, kan de jeugdrechtbank nog een van de gewone jeugdbeschermingsmaatregelen bepaald in art. 37, tweede lid, 2° tot 4°, WJb. bevelen.

c) Ingeval de jeugdrechtbank vóór 10 januari 1993 (feitelijk uiterlijk op 31 december 1992) met toepassing van het oude art. 37bis, § 2 WJb. heeft beslist dat de zaak haar opnieuw dient te worden voorgelegd, kan zij alsnog ten aanzien van de jongere een van de gewone jeugdbeschermingsmaatregelen bepaald in art. 37, tweede lid, 2° tot 4°, WJb. bevelen.

6. Inwerkingtreding

De wet van 24 december 1992 is gepubliceerd in het Staatsblad van 31 december 1992. Overeenkomstig art. 4, tweede lid, van de wet van 31 mei 1961 is ze in werking ge-

treden de tiende dag na die van haar bekendmaking, dus op 10 januari 1993, nu de wet van 24 december 1992 geen andere termijn heeft bepaald.

Aangezien het Arbitragehof bij zijn nietigverklaring van art. 37bis WJb. beslist had dat de bepalingen ervan nog konden worden toegepast resp. van kracht bleven tot uiterlijk 31 december 1992 (zie boven), is door de laattijdige inwerkingtreding van de nieuwe wet gedurende een periode van negen dagen een juridisch vacuüm ontstaan. In de periode van 1 januari tot en met 9 januari 1993, bestond er geen enkele rechtsgrond om t.a.v. een delinquentie jongere enigerlei maatregel te nemen die zou gelden na diens meerderjarigheid. Deze onvolkomenheid van de nieuwe wet wat haar inwerkingtreding betreft, werd tijdens de besprekingen in de Senaat opgemerkt en zelfs door de minister van Justitie erkend ²², maar de tijd ontbrak toen om die vergissing nog te herstellen ²³.

7. Slotbeschouwing

Tijdens de parlementaire werkzaamheden van de wet van 19 januari 1990 werd m.b.t. het toen ingevoerde art. 37bis WJb. verklaard dat van de mogelijkheid om de tekst van het wetsontwerp bij te schaven geen gebruik was gemaakt o.m. omdat «de ambitie om perfecte wetteksten te produceren moet worden ingetoomd...» ²⁴. Tijdens de besprekingen in de Senaat n.a.v. wat de wet van 24 december 1992 geworden is, werd gezegd dat «zoals reeds het geval was met de wet op de verlaging van de burgerlijke meerderjarigheid, (...) we wegens tijdsgebrek een onvolmaakte wet zullen goedkeuren» ²⁵. De minister van Justitie voegde daaraan toe dat «daar de Kamer overhaast tewerk diende te gaan, (...) het ontwerp van wet onvolkomenheden vertoont» ²⁶. Indien het niet om een zo ernstige aangelegenheid als de gerechtelijke aanpak van de jeugddelinquentie zou gaan, zou men geneigd zijn te zeggen: derde keer, goede keer...

Patrick SENAËVE
Instituut voor Familierecht
K.U.Leuven

²² Verklaring vice-premier Wathélet, *Beknopt Verslag*, Senaat, 21 december 1992, p. 309.

²³ Senator Arts heeft in die zin een amendement ingediend: *Gedr.St.*, Senaat, 1992-93, nr. 573/3 van 18 december 1992; het werd tijdens de bespreking in de Senaat ingetrokken: *Beknopt Verslag*, Senaat, 21 december 1992, p. 310 en 23 december 1992, p. 362.

²⁴ Verklaring senator Pataer, *Parl.Hand.*, Senaat, 9 januari 1990, p. 1285.

²⁵ Verklaring senator Erdman, *Beknopt Verslag*, Senaat, 21 december 1992, p. 309.

²⁶ *Beknopt Verslag*, Senaat, 21 december 1992, p. 309.

²¹ Cf. verklaring senator Arts, *Beknopt Verslag*, 21 december 1992, p. 309.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

27 JANUARI 1993

Voorzitter: de h. André

Rapporteurs: de hh. François en Suetens

Advocaten: mrs. Verdussen loco Lambert en Georges

Gemeenschap en gewest – Handelsreclame voor tabak – Decreet van de Franse Gemeenschap van 2 december 1982 – Persoonsgebonden aangelegenheden

Maatregelen van preventieve gezondheidszorg of informatie-campagnes betreffende het verbruik van tabak behoren tot de persoonsgebonden aangelegenheden die zijn opgesomd in art. 5, § 1, I, 2° van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt evenwel dat de bijzondere wetgever onder meer de «levensmiddelenwetgeving» heeft uitgesloten van de bevoegdheid van de gemeenschappen inzake gezondheidsbeleid. Aangezien ten tijde van de totstandkoming van de bijzondere wet de reglementering van de reclame voor tabak en aanverwante produkten deel uitmaakte van de «levensmiddelenwet» van 1977, moet worden aangenomen dat de nationale wetgever bevoegd is gebleven om de reclame voor tabaksprodukten te regelen.

Ministerraad

I. Onderwerp van de vordering

Bij verzoekschrift van 4 augustus 1992, aan het Hof toegezonden bij op dezelfde dag ter post aangetekende brief en ter griffie ontvangen op 5 augustus 1992, vordert de Ministerraad, vertegenwoordigd door de Eerste Minister, wiens kantoren gevestigd zijn te 1000 Brussel, Wetstraat 16, de vernietiging van artikel 13 en, bij wijze van gevolgtrekking, van artikel 12 van het decreet van de Franse Gemeenschap van 2 december 1982 «relatif à la lutte contre le tabagisme» (betreffende de strijd tegen nicotinevergiftiging), bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 14 januari 1983.

...

Ten aanzien van de ontvankelijkheid

B.1. Artikel 4 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof luidt als volgt:

«Voor de Ministerraad of voor de Executieve van een Gemeenschap of van een Gewest staat een nieuwe termijn van zes maanden open voor het instellen van een beroep tot vernietiging tegen een wet, een decreet of een in artikel 26bis van de Grondwet bedoelde regel wanneer:

1° (...)

2° het Hof, uitspraak doende op een prejudiciële vraag, verklaard heeft dat die wet, dat decreet of die in artikel 26bis van de Grondwet bedoelde regel een van de in artikel 1 bedoelde regels of artikelen van de Grondwet schendt. De termijn gaat in op de datum van de kennisgeving van het door

het Hof gewezen arrest aan, al naar het geval, de Eerste Minister en aan de voorzitters van de Executieven;

3° (...)

Van het arrest nr. 6/92 is aan de Eerste Minister kennisgegeven op 6 februari 1992. Het beroep tot vernietiging, ingesteld op 4 augustus 1992, is ontvankelijk in zoverre het artikel 13 van het voormelde decreet van 2 december 1982 beoogt.

...

Ten gronde

...

Ten aanzien van de persoonsgebonden aangelegenheden

B.4.1. Naar luid van artikel 29bis, § 2bis, van de Grondwet regelen de Gemeenschapsraden, ieder wat hem betreft, bij decreet de persoonsgebonden aangelegenheden.

Volgens artikel 5, § 1, I, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen omvatten de in artikel 59bis, § 2bis, van de Grondwet bedoelde persoonsgebonden aangelegenheden onder meer, wat het gezondheidsbeleid betreft, «de gezondheidsopvoeding alsook de activiteiten en diensten op het vlak van de preventieve gezondheidszorg, met uitzondering van de nationale maatregelen inzake profylaxies».

De bevoegdheid om de reclame voor tabak te regelen is in die opsomming niet uitdrukkelijk aan de Gemeenschappen toegewezen.

B.4.2. In het decreet van de Franse Gemeenschap van 2 december 1982 behelst de strijd tegen het tabaksgebruik drie aspecten: een rookverbod in sommige ruimten, informatieverstrekking en een reclameregeling voor tabaksprodukten.

Uit de parlementaire voorbereiding van het decreet blijkt dat de reclameregeling daarbij, in dezelfde mate als de andere bepalingen van het decreet, is ingegeven door de zorg voor de bescherming van de volksgezondheid.

De regeling leunt aan bij de bevoegdheid van de Gemeenschappen inzake het gezondheidsbeleid, zoals omschreven in artikel 5, § 1, I, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Blijkens de parlementaire voorbereiding van de bijzondere wet omvat de gemeenschapsbevoegdheid immers onder meer de gezondheidsopvoeding en -voorlichting, de vrijwaring van de volksgezondheid, met name door het voorkomen van kanker en de verbetering van de gezondheidstoestand van de bevolking, hetzij in het kader van de gezondheidsopvoeding hetzij door andere passende middelen (*Gedr. St., Senaat*, 1979-80, nr. 434/2, 124-125; *Kamer*, 1979-80, nr. 627/10, 52).

Evenwel, uit dezelfde parlementaire voorbereiding blijkt eveneens dat de bijzondere wetgever onder meer de «levensmiddelenwetgeving» heeft uitgesloten van de bevoegdheid van de Gemeenschappen inzake gezondheidsbeleid. Aangezien ten tijde van de totstandkoming van de bijzondere wet de reglementering van de reclame voor tabak en aanverwante produkten deel uitmaakte van de reglementering vervat in de wet van 24 januari 1977 betreffende de bescherming van de gezondheid van de verbruiker op het stuk van de voe-

dingsmiddelen en andere produkten, in de parlementaire voorbereiding «levensmiddelenwetgeving» genoemd, moet worden aangenomen dat de nationale wetgever bevoegd is gebleven om de reclame voor tabaksprodukten te regelen.

B.4.3. Ongetwijfeld zouden maatregelen van preventieve gezondheidszorg of informatiecampaagnes betreffende het verbruik van tabak behoren tot de persoonsgebonden aangelegenheden die zijn opgesomd in artikel 5, § 1, I, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Zulks is echter niet het geval voor een reglementering of een verbod dat uitsluitend bestemd is voor degenen die handelsreclame maken voor tabak.

B.5. Daaruit volgt dat de aangelegenheid tot de bevoegdheid van de nationale wetgever is blijven behoren en dat de Franse Gemeenschap haar bevoegdheden heeft overschreden door artikel 13 van het decreet van 2 december 1982 aan te nemen.

...

NOOT – Wie voert de strijd tegen het tabaksverbruik?

1. De «strijd» tegen tabaksverbruik wordt op verschillende niveaus en op verschillende manieren gevoerd. Een van die maatregelen bestaat in een beperking van of zelfs een verbod op tabaksreclame.

Op nationaal niveau geeft artikel 7, § 2, van de «levensmiddelenwet» (Wet 27 januari 1977, *B.S.*, 8 april 1977, gewijzigd bij wet 22 maart 1989, *B.S.*, 26 oktober 1989) de Koning de bevoegdheid om de reclame betreffende tabaksprodukten te regelen en te verbieden. Ter uitvoering daarvan geldt op dit ogenblik het K.B. van 20 december 1982 (*B.S.*, 31 december 1982, gewijzigd bij K.B. 10 april 1988, *B.S.*, 13 juni 1990). Tot vóór het geannoteerde arrest van het Arbitragehof werd echter ook op communautair niveau in een dergelijke regeling voorzien door artikel 13 van het Franse Gemeenschapsdecreet van 2 december 1982 (*décret relatif à la lutte contre le tabagisme*, *B.S.*, 14 januari 1983).

In zijn prejudicieel arrest van 5 februari 1992 (nr. 6/92, *B.S.*, 12 maart 1992), gevolgd door het vernietigingsarrest van 27 januari 1993, heeft het Arbitragehof dit bevoegdheidsconflict opgelost in het voordeel van de nationale overheid. De redenering die het hiervoor erop nahoudt, roept enkele bedenkingen op.

2. Het Arbitragehof heeft het probleem benaderd vanuit het oogpunt van de persoonsgebonden aangelegenheden. Artikel 5 Bijz. Wet bepaalt welke persoonsgebonden aangelegenheden, bedoeld in artikel 59bis Gw., aan de gemeenschappen worden overgedragen. Artikel 5, § 1, I, 2°, noemt hierbij, onder gezondheidsbeleid, de gezondheidsopvoeding alsook de activiteiten en diensten op het vlak van de preventieve gezondheidszorg. De wet sluit nergens uitdrukkelijk de levensmiddelenwetgeving in het algemeen, of de reglementering van tabaksreclame in het bijzonder, van de gemeenschapsbevoegdheid uit.

3. Het Arbitragehof leest echter, steunend op de parlementaire voorbereiding, een uitsluiting in artikel 5 Bijz. W. Uit deze voorbereiding blijkt dat men de levensmiddelenwetgeving nationaal wilde houden (*Hand.*, *Senaat*, 20 juli 1980, 2319; *Gedr.St.*, *Kamer*, 1979-80, nr. 627/10, 52). Er blijkt nochtans niet duidelijk uit dat men hiermee ook de reclameregeling voor tabaksprodukten bedoelde. De opsomming «regeling van de uitoefening van de geneeskunde en

de paramedische beroepen» en «reglementering inzake geneesmiddelen, levensmiddelen en aanverwante activiteiten» doet immers niet noodzakelijk vermoeden dat onder levensmiddelen ook de door de wet van 1977 genoemde «andere produkten» vallen – tabak, maar ook bv. detergents en cosmetica. De wetgever wilde overigens een duidelijk onderscheid maken tussen «levensmiddelen» en «andere produkten» (*Gedr.St.*, *Kamer*, 1974-75, nr. 563/1, *Gedr.St.*, *Senaat*, 1985-86, nr. 363/1).

Het Arbitragehof heeft echter gebruik gemaakt van een interpretatietechniek waarbij voor de omschrijving van een bevoegdheid wordt verwezen naar bestaande normencomplexen (hierover: Peeters, P., *Problemen van bevoegdheidsverdeling en bevoegdheidsuitlegging na de tweede Belgische staatshervorming*, doctoraal proefschrift, U.I.A., Antwerpen, 1988, 371 e.v.). De wetgever heeft in de parlementaire voorbereiding van de Bijzondere Wet veelvuldig verwezen naar bestaande regelingen, om een bevoegdheidspakket te omschrijven. Zo leerde bv. de wet van 29 maart 1962 wat onder het gewestelijk bevoegdheidspakket «ruimtelijke ordening en stedenbouw» dient te worden begrepen. De Raad van State heeft op die methode kritiek uitgeoefend (*Gedr.St.*, *Senaat*, B.Z. 1979, nr. 261/1, bijlage II, 4-5 en 30-31), maar dit heeft hem er niet van weerhouden meermaals een bevoegdheidsrechtelijke kwalificatie hierop te baseren (zie Peeters, P., o.c., en de referenties op pp. 379-380). Op die wijze heeft nu het Arbitragehof uitgelegd wat *niet* onder gezondheidsbeleid moet worden begrepen. Het normencomplex van de «levensmiddelenwetgeving» omschrijft in dit geval niet een bevoegdheidspakket van een deelgebied, maar omschrijft de draagwijdte van wat daar niet onder valt.

4. Het Arbitragehof interpreteert de toegewezen bevoegdheden van de gemeenschappen en gewesten gewoonlijk ruim, zodat alle aspecten van een bepaalde aangelegenheid mee worden overgeheveld, behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen (Rimanque, K., *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 88, en de daar geciteerde rechtspraak). In dit geval lijkt het Arbitragehof daarvan af te wijken. Immers, artikel 5, § 1, I, 2°, Bijz. W. duidt de preventieve gezondheidszorg aan als gemeenschapsbevoegdheid. De enige wettelijke uitzondering hierop betreft de «nationale maatregelen inzake profylaxies». Toch lijkt het Arbitragehof nog een uitzondering te vinden via een verwijzing in de parlementaire voorbereiding naar de wet van 1977.

5. Die redenering gaat echter uit van de door de Franse Gemeenschapsexecutieve verdedigde opvatting, dat de reclameregeling inzake tabak een aangelegenheid van preventieve gezondheidszorg zou zijn. Dat wordt echter door het Arbitragehof ontkend. Het zegt immers duidelijk: «Ongetwijfeld zouden maatregelen van preventieve gezondheidszorg of informatiecampaagnes betreffende het verbruik van tabak behoren tot de persoonsgebonden aangelegenheden die zijn opgesomd in artikel 5, § 1, I, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980» (B.4.3). Uit de parlementaire voorbereiding en via de genoemde techniek leidt het echter af, *niet* dat de reclameregeling voor tabaksprodukten een uitzondering vormt op de gemeenschapsbevoegdheid inzake preventief gezondheidsbeleid, maar *wel* dat de reclameregeling geen aangelegenheid van preventieve gezondheidszorg is. Aangezien «de reclameregeling voor tabaksprodukten» ook verder niet door artikel 5 daadwerkelijk wordt overge-

heeft na te gaan of de besluiten, reglementen en verordeningen, waarvan de toepassing in het geding is, met de wetten overeenstemmen; dat de door dit artikel aan de hoven en rechtbanken toegekende bevoegdheid de controle van zowel de interne als externe wettigheid van de administratieve akten betreft;

Dat de appelrechters door hun controlebevoegdheid te beperken in de uit hun motivering blijkende zin, artikel 107 van de Grondwet schenden;

...

NOOT – Zie Cass., 19 oktober 1989, *R.W.*, 1989-90, 1185; Cass., 27 september 1990, *R.W.*, 1990-91, 852.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 13 NOVEMBER 1992

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinen

Rapporteur: de h. Forrier

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse

Verzekering – Motorrijtuigen – Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds – Toevallig feit – Omgewaaide boom

Het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds is niet verplicht de benadeelde te vergoeden als het ongeval is veroorzaakt door een omgevallen boom en niet door een bestuurder, zij het de benadeelde zelf of een andere, die vrijuit gaat wegens een toevallig feit.

H. t/ Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds

Gelet op het bestreden arrest, op 21 februari 1991 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 50, § 1, eerste lid, 2°, en derde lid, van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, 14, 17, § 1, 1°, en § 2, en 19, § 1, van het koninklijk besluit van 16 december 1981 houdende inwerkingstelling en uitvoering van de artikelen 49 en 50 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen,

doordat het hof van beroep het beroepen vonnis tenietdoet en eisers vordering ongegrond verklaart, na te hebben vastgesteld dat eisers vordering ertoe strekt herstel te krijgen van de materiële schade door hem geleden op 19 januari 1986 omstreeks 21u30 te Eupen ten gevolge van het omvallen van een boom door een hevige stormwind en dat eiser deze boom niet meer kon vermijden, op grond: «dat (eiser) van (verweerder) vergoeding vordert op grond van artikel 17, tweede lid, van het koninklijk besluit van 16 december 1981 dat luidt: ‘Niettemin is het Fonds tot vergoeding gehouden tegenover de personen bedoeld in § 1, 1°, 2° en 3°, wanneer geen enkele verzekeringsonderneming verplicht is tot vergoeding om reden van een toevallig feit waardoor de bestuurder van het voertuig dat het ongeval heeft veroorzaakt, vrijuit gaat’; dat de bepalingen van dit koninklijk besluit de tussenkomst veronderstelt van een bestuurder wiens voertuig de schade heeft veroorzaakt; dat, in casu, het ongeval niet veroorzaakt werd door een bestuurder die vrijuit

gaat wegens een toevallig feit, maar door een omgevallen boom; dat deze beoordeling steun vindt in een arrest van het Hof van Cassatie van 2 mei 1989 (*R.W.*, 1989-90, 122), dat stelt dat het ‘toevallig feit’ beoordeeld moet worden aan de zijde van de bestuurder van het voertuig dat het ongeval heeft veroorzaakt; dat de ingeroepen reglementsbeeping derhalve ten deze geen toepassing vindt»;

terwijl krachtens de bepalingen van artikel 17, § 1, 1° en § 2, van het koninklijk besluit van 16 december 1981 houdende inwerkingstelling en uitvoering van de artikelen 49 en 50 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, verweerder weliswaar, in beginsel, niet tot vergoeding is gehouden tegenover de eigenaar, houder of bestuurder van het motorrijtuig dat de schade heeft veroorzaakt, doch – mede op grond van de in hun onderlinge samenhang gelezen bepalingen van de artikelen 50, § 1, eerste lid, 2°, en derde lid, van voormelde wet van 9 juli 1975, 14 en 19, § 1, van voormeld koninklijk besluit van 16 december 1981 – niettemin verplicht is deze eigenaar schadeloos te stellen «wanneer geen enkele toegelaten verzekeringsonderneming tot die vergoeding verplicht is om reden van een toevallig feit waardoor de bestuurder van het voertuig dat het ongeval heeft veroorzaakt, vrijuit gaat»; in dit geval, krachtens dezelfde wetsbepalingen, die eigenaar, houder of bestuurder van verweerder vergoeding kan vorderen van de door dat ongeval aan zijn voertuig veroorzaakte stoffelijke schade, voor zover hij, als «bestuurder van het voertuig dat het ongeval heeft veroorzaakt», vrijuit gaat «om reden van een toevallig feit», d.w.z. een omstandigheid of gebeurtenis die voor deze bestuurder, overmacht uitmaakt en hem dus niet kan worden toegerekend; het plotseling omvallen van een boom op de rijbaan, ten gevolge van een hevige stormwind, derwijze dat eiser «hem niet meer kon vermijden», een feit is dat voor eiser overmacht heeft uitgemaakt in voormelde zin, beoordeeld «aan de zijde van de bestuurder van het voertuig dat het ongeval heeft veroorzaakt», zonder dat artikel 17, § 1, 1°, en § 2, van het koninklijk besluit van 16 december 1981 het recht op vergoeding van eiser, als eigenaar en bestuurder van dit voertuig, doet afhangen van de voorwaarde dat zijn schade door een ander motorrijtuig is veroorzaakt, zodat het hof van beroep, dat eisers vordering afwijst tot vergoeding van de door hem geleden stoffelijke schade ten gevolge van het omvallen van een boom, door een hevige stormwind, die eiser «niet meer kon vermijden», op grond dat het ongeval «niet veroorzaakt werd door een bestuurder die vrijuit gaat wegens een toevallig feit», dat moet worden beoordeeld «aan de zijde van de bestuurder van het voertuig dat het ongeval heeft veroorzaakt», zijn beslissing niet naar recht verantwoordt (schending van alle in het middel aangeduide wetsbepalingen):

Overwegende dat, voor de verplichting van verweerder om de benadeelde te vergoeden, te dezen van belang is de bepaling van artikel 50, § 1, 2°, van de wet van 9 juli 1975, volgens welke het moet gaan om een «toevallig feit waardoor de bestuurder van het voertuig dat het ongeval heeft veroorzaakt, vrijuit gaat»;

Dat voor de toepassing van deze bepaling niet voldoende is dat het om een «toevallig feit» gaat, maar tevens vereist is dat het ongeval is veroorzaakt door een voertuig waarvan de bestuurder door een toevallig feit vrijuit gaat;

Overwegende dat het arrest, na erop te hebben gewezen «dat de bepalingen van (artikel 17, § 2, van het koninklijk besluit van 16 december 1981) de tussenkomst veronderstelt van een bestuurder wiens voertuig de schade heeft veroorzaakt», vaststelt «dat, in casu, het ongeval niet veroorzaakt werd door een bestuurder die vrijuit gaat wegens een toevallig feit, maar door een omgevallen boom»;

Overwegende dat de appelrechter die aldus op onaantastbare wijze in feite heeft geoordeeld dat het ongeval is veroorzaakt door een omgevallen boom en niet door een bestuurder, zij het eiser zelf of een andere, die vrij uitgaat wegens een toevallig feit, zijn beslissing naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 16 NOVEMBER 1992

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaten: mrs. De Gryse en Bützler

**Arbeidsovereenkomst – Uitvoering niet begonnen –
Beëindiging door werkgever – Opzeggingsvergoeding –
Ontstaan van het recht – Tijdstip – Bedrag – Loon –
Tijdstip**

Het recht van de ontslagen werknemer op opzeggingsvergoeding ontstaat zodra het ontslag wordt gegeven zonder opzegging of dringende reden. Het bedrag van de opzeggingsvergoeding wordt berekend met inachtneming van het loon waarop aanspraak bestaat op grond van de arbeidsovereenkomst waaraan de werknemer gebonden is op de dag van het ontslag. Niet vereist is dat de uitvoering van die overeenkomst reeds begonnen is.

B. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 11 juni 1991 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Over het eerste en het tweede onderdeel van het eerste middel: schending van de artikelen 1319, 1320, 1322, 1134, 1185 en voor zoveel nodig 1186 en 1187 van het Burgerlijk Wetboek, van artikel 39, § 1, van de wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten en voor als nodig van artikel 2 meer bepaald 1° van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers; en van artikel 101 als vervangen bij artikel 3 van het koninklijk besluit nr. 424 van 1 augustus 1986, van de Herstelwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen,

doordat het arrest, de beslissing van de eerste rechter wijzigend, enerzijds de middelen van eiseres m.b.t. de berekening van de opzeggingsvergoeding verwerpt o.m. op grond: dat de eerste rechter ten onrechte stelt dat de opzeggingsvergoeding berekend dient te worden op de deeltijdse overeenkomst; dat de eerste rechter hierbij volkomen uit het oog verliest dat voormelde deeltijdse overeenkomst nooit in werking is getreden: uit de tekst zelf blijkt dat zij pas ingang had vanaf 11 september 1988; dat evenwel vaststaat dat

(verweerster) zich op 11 september 1988 op het werk heeft aangemeld en dat zij moest vaststellen dat haar het werk werd geweigerd, zodat zij onverrichter zake terug naar huis moest; dat de ontslagbrief welke haar werd betekend dateert van 12 september 1988 en derhalve niet meer relevant is, daar de contractbreuk door (eiseres) plaatshad op 11 september 1988; dat de A.O.W. bepaalt dat de opzeggingsvergoeding berekend dient te worden, rekening houdend met de voorheen (dit wil zeggen: voorafgaand aan het ontslag) genoten wedde, het aantal jaren anciënniteit, enz.; dat het derhalve duidelijk is dat de opzeggingsvergoeding berekend dient te worden op basis van het full-time dienstcontract waardoor (verweerster) was verbonden tot en met 10 september 1988; dat zulks werd bevestigd door het feit dat (verweerster) in loopbaanonderbreking was in het kader van de full-time dienstbetrekking, zoals uit de stukken blijkt, en dat de werkgever (= eiseres) hieraan nooit enige wijziging heeft aangebracht, ook niet na het ondertekenen van de nieuwe deeltijdse arbeidsovereenkomst»;

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest met de termen «het full-time dienstcontract waardoor (verweerster) was verbonden tot en met 10 september 1988» aanneemt dat de overeenkomsten tussen partijen gesloten en door verweerster op 25 april 1988 ondertekend, meebrengen dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van verweerster met B.C.A. en door eiseres overgenomen, bij overeenkomst tussen partijen werd beëindigd op 10 september 1988 om op 11 september 1988 te worden vervangen door een deeltijdse arbeidsovereenkomst;

Overwegende dat de appelrechters vaststellen dat aan verweerster door B.C.A. «met ingang van 11 september 1987 tot en met 10 september 1988 een loopbaanonderbreking was toegestaan; dat zij het werk diende te hervatten op 11 september 1988» en «dat (verweerster) zich op 11 september 1988 op het werk heeft aangemeld en dat zij moest vaststellen dat haar het werk werd geweigerd; dat de ontslagbrief welke haar werd betekend dateert van 12 september 1988 en derhalve niet meer relevant is, daar de contractbreuk door (eiseres) plaatshad op 11 september 1988»;

Overwegende dat, als de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten is, de partij die de overeenkomst beëindigt zonder dringende reden of zonder inachtneming van de opzeggingstermijn, krachtens artikel 39, § 1, van de Arbeidsovereenkomstenwet, gehouden is de andere partij een vergoeding te betalen die gelijk is aan het lopend loon dat overeenstemt, hetzij met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het resterende gedeelte van die termijn;

Overwegende dat uit die wetsbepaling blijkt dat het recht van de ontslagen werknemer op de opzeggingsvergoeding ontstaat zodra het ontslag wordt gegeven zonder opzegging en zonder dringende reden, en dat het bedrag van die vergoeding wordt berekend met inachtneming van het loon waarop de werknemer aanspraak heeft op grond van de arbeidsovereenkomst waardoor hij is gebonden op de dag van het ontslag; dat deze wetsbepaling niet als voorwaarde stelt dat de uitvoering van de overeenkomst op het ogenblik van de beëindiging reeds was begonnen;

Overwegende dat het arrest, na te hebben vastgesteld dat «de contractbreuk door (eiseres) plaatshad op 11 september 1988», oordeelt dat «de opzeggingsvergoeding dient te wor-

den berekend op basis van het full-time dienstcontract waardoor (verweerster) verbonden was tot en met 10 september 1988»; dat het arrest aldus voormeld artikel 39, § 1, van de Arbeidsovereenkomstenwet schendt;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

...

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

20e KAMER – 12 OKTOBER 1992

Voorzitter: de h. Vanderwegen

Advocaten: mrs. De Gryse, Somers loco Derveaux en Van Laethem

Factuur – Endossement – Mededeling van excepties aan de geëndosseerde – Tijdstip – Beoordeling

De vraag of de schuldenaar die niet binnen een redelijke termijn na de kennisgeving van het endossement het bestaan van excepties meedeelt aan de geëndosseerde, zich op deze excepties niet meer kan beroepen, moet beoordeeld worden in het licht van de buitencontractuele aansprakelijkheid. Het enkele feit niet te hebben geantwoord op de kennisgeving van het endossement, gevolgd door een prompt antwoord na de eerste herinneringsbrief, kan niet als een fout worden beschouwd.

N.V. H. t/ Vlaamse Gemeenschap e.a.

I. Over de feiten

Overwegende dat blijkt uit de overgelegde stukken dat de appellante op 19 september 1974 aan de N.V. H. een krediet heeft toegestaan in de vorm van een voorschot in rekening-courant, gewaarborgd door de afgifte van geëndosseerde facturen;

dat de Vlaamse Gemeenschap en het Nederlandse Waterschap De Drie Ambachten op 23 januari 1984 met de N.V. H. een overeenkomst hebben gesloten betreffende werken voor de waterbeheersing in het stroomgebied van het Leopoldkanaal en het Isabellarigool en met name omtrent de oprichting van een gemaal op het Leopoldkanaal aan de Isabellasluizen te Assenede;

Overwegende dat de N.V. H. op maandag 20 januari 1986 de twee genoemde facturen heeft opgesteld met vermelding erop van het endossement aan de appellante;

dat de Vlaamse Gemeenschap dezelfde dag aan de N.V. H. een proces-verbaal deed geworden van vaststelling der werkelijk verschuldigde bedragen;

Overwegende dat de N.V. H. de facturen van 20 januari 1986 eerst op woensdag 22 januari 1986 heeft doorgezonden aan de Vlaamse Gemeenschap en tevens heeft laten weten dat zij een andere afrekening voorstelde dan die welke door de Vlaamse Gemeenschap op 20 januari 1986 werd opgezonden en die dus duidelijk op 22 januari 1986 door de N.V. H. reeds was ontvangen;

Overwegende dat 's anderendaags, op donderdag 23 januari 1986, de appellante, met toepassing van art. 16 van de wet van 25 oktober 1919, de twee facturen van 20 januari 1986 aangetekend toestuurde aan de Vlaamse Gemeenschap, welke aangetekende brief volgens de voorgelegde

stukken evenwel pas verzonden werd op vrijdag 24 januari 1986;

dat het dan ook normaal is dat de Vlaamse Gemeenschap op 9 juni 1986 zal beweren dat zij deze aangetekende brief pas op maandag 27 januari 1986 heeft ontvangen;

Overwegende dat de Vlaamse Gemeenschap op maandag 27 januari 1986 – dit is op de dag dat zij kennis kreeg van het endossement der facturen aan de appellante – aan de N.V. H. heeft geschreven, aansluitend op haar afrekening van 20 januari 1986, dat overeenkomstig artikel 15, § 1, 1°, van het bijzonder bestek, bepaalde toestellen, die in de vorderingsstaten van de N.V. H. voorkwamen, hierin niet opgenomen konden worden, omdat deze toestellen nog niet op het werk waren aangevoerd, tenzij afstand van eigendom zou worden gedaan van deze toestellen ten bate van de Vlaamse Gemeenschap;

Overwegende dat de P.V.B.A. S. die de leverancier was van deze niet aangevoerde toestellen, op 21 maart 1986 de gevraagde afstand van eigendom heeft doen geworden aan de Vlaamse Gemeenschap;

Overwegende dat het Belgisch Staatsblad van 19 april 1986 het faillissement heeft gepubliceerd van de N.V. H., uitgesproken bij vonnis van 11 april 1986;

dat dit faillissement aanleiding was tot de overname in mei 1986 van de overeenkomst omtrent de waterbeheersingswerken door de N.V. S. (de overeenkomst tussen de N.V. S. en de Vlaamse Gemeenschap werd ondertekend op 12 mei 1986, die tussen de N.V. S. en de N.V. H., vertegenwoordigd door de curator, op 23 mei 1986);

Overwegende dat de curator van het faillissement op 26 mei 1986 een herinneringsbrief stuurde aan De Drie Ambachten, o.m. over het nog verschuldigde bedrag van 986.151 fr.;

dat er blijkbaar ook een dergelijke brief werd gericht aan de Vlaamse Gemeenschap, daar deze laatste op 2 juni 1986 aan de curator schreef: – zoals blijkt uit de brieven van 20 en 27 januari 1986 kan de factuur van 20 januari 1986 maar aanvaard worden «bij de levering der vizels, krooshekkens, enz. Deze levering is nooit gebeurd»; – in mei 1986 werden de werken toegewezen aan de N.V. S.: «De betaling van het geheel der werken zal dus uiteraard aan deze vennootschap gebeuren»;

Overwegende dat ook de appellante na het faillissement van de N.V. H. begon met het schrijven van herinneringsbrieven: op 6, 13 en 27 juni 1986:

dat de Vlaamse Gemeenschap hierop antwoordde:

– op 9 juni 1986: bepaalde toestellen zijn niet op het werk aangevoerd en konden bijgevolg niet op de vorderingsstaten voorkomen: «Bij wijze van goede wil werd voorgesteld afstand van eigendom van de leveringen van de Vlaamse Gemeenschap te doen. Deze afstand van eigendom werd mij eerst op 4 maart 1986 toegestuurd; de reden van deze vertraging is voor mij onbegrijpelijk. De facturen nrs. 4 en 5 zijn dus op geen enkel ogenblik aanvaard»;

– op 20 juni 1986: de appellante had moeten rekening houden met de betalingsvoorwaarden van art. 15, M.B. 10 augustus 1977 en de hierin bepaalde termijnen alvorens de facturen te betalen aan de N.V. H.;

Overwegende dat de N.V. S. op 4 februari 1987 nog heeft bevestigd aan De Drie Ambachten dat, ingevolge de overeenkomst van 12 mei 1986: «... dienen alle werken en leveringen voorzien door dit contract aan ons te worden uitbe-

taald. Anderzijds, kunnen wij u nog bevestigen dat met de curator eveneens een akkoord werd bereikt waarbij onze vennootschap volledig in de rechten en verplichtingen trad van de N.V. H. i.v.m. de toewijzing van diezelfde werken aan deze laatste. Ten gevolge van deze operatie heeft onze vennootschap alle facturen welke zij i.v.m. de zelfde werken aan de N.V. H. had gezonden, gecrediteerd»;

II. Over «het endossement der factuur» (art. 16, W. 25 oktober 1919, gew. W. 31 maart 1958)

Overwegende dat de overdracht en de in pandgeving van de schuldvordering, «ontstaan uit een beroeps-, handels- of burgerlijke bedrijvigheid en die gewoonlijk door een factuur wordt vastgesteld» (art. 13, W. 25 oktober 1919), aan derden kunnen worden tegengeworpen door het enkele feit van het endossement van de factuur (art. 16, derde lid, W. 25 oktober 1919);

Overwegende dat de gecedeerde schuldenaar een derde is omtrent de overdracht van schuldvordering die gesloten werd tussen de schuldeiser-cedent en de kredietinstelling-cessionaris (lees hier Cass., 13 mei 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, met de conclusie van procureur-generaal Krings);

dat die derde, gecedeerde schuldenaar, vanzelfsprekend – wil hij rekening houden met de overdracht – deze overdracht moet kunnen kennen;

dat aan deze kennisgeving is voldaan nu op de facturen in kwestie melding was gemaakt van het endossement en nu de overdracht vervolgens nog eens bij aangetekende zending, maar zonder ontvangstbewijs, door de appellante ter kennis werd gebracht van de schuldenaars;

dat deze laatsten bovendien op 9 juni 1986 hebben erkend dat zij deze kennisgeving op 27 januari 1986 hebben ontvangen;

Overwegende dat het probleem dat te dezen rijst niet bestaat uit een betaling in andere handen dan die van de geëndosseerde – geval dat bedoeld wordt in art. 16, tweede lid, van de wet van 25 oktober 1919 – maar in het feit dat de schuldenaars, die op 27 januari 1986 kennis hadden van de overdracht, gewacht hebben tot na de eerste ingebrekestelling op 2 juni 1986 om aan de cessionaris de excepties mee te delen die zij omtrent de hoofdbetaling meenden te kunnen opwerpen (over deze «verwijzing» leze men de recente geschriften van prof. Merchiers, nl. «Les effets de la cession de créance vis-à-vis du débiteur cédé», noot onder Cass., 27 september 1984, *R.C.J.B.*, 1987, 537, nrs. 30 e.v.; «Het stilzwijgen van de schuldenaar bij de overdracht van een factuur», noot onder Antwerpen, 18 januari 1988, *T.B.B.R.*, 1989, 218; «Factoring en aanverwante rechtsfiguren», in *De overeenkomst vandaag en morgen*, XVIe postuniversitaire cyclus W. Delva 1989-1990, Kluwer, 1990, 1-39; «De tegenwerpelijkheid van de overdracht van de factuur bij factoring», in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Story-Scientia, 1991, 235 e.v.; zie ook het arrest van dit hof van 18 september 1991, *R.W.*, 1991-92, 677);

III. Over het lange stilzwijgen van de schuldenaars

Overwegende dat de overdracht door de schuldeiser van zijn schuldvordering aan een derde, zij het door endossement van een factuur, geen nadeel mag berokkenen aan de schuldenaar;

dat de overdracht door endossement van de factuur, zodra de schuldenaar er kennis van heeft kunnen nemen (cf. hier-

boven sub II), anderzijds onmiddellijk tegenwerpbaar is aan de schuldenaar zoals ook de externe gevolgen van een overeenkomst bepaalde verplichtingen meebrengen voor derden (cf. art. 1165 B.W. – E. Krings, conclusie voor Cass., 13 mei 1988, *o.c.*, p. 1192);

Overwegende dat de Vlaamse Gemeenschap, en met haar het Waterschap dat door haar vertegenwoordigd werd, ondanks het feit dat zij vanaf 27 januari 1986 kennis had van de overdracht van schuldvordering, de excepties die zij meende te moeten invoeren tegen de schuldvordering zelf, alleen maar ter kennis heeft gebracht van de cederende schuldeiser en niet van de cessionaris, de appellante, totdat deze laatste, na het faillissement van de cederende schuldeiser in april 1986, op 6 juni 1986 een eerste herinneringsbrief zond;

dat uit het aldus vastgestelde loutere feit niet te hebben geantwoord op de kennisgeving van het endossement, gevolgd door een prompt antwoord op de eerste herinneringsbrief, nog geen fout van de Vlaamse Gemeenschap kan worden afgeleid;

IV. Over de ingeroepen exceptie

Overwegende dat de exceptie die door de Vlaamse Gemeenschap wordt ingeroepen inhoudt dat er op het ogenblik van het endossement nog geen schuldvordering bestond;

Overwegende dat art. 15 van het bestek bepaalt dat de betaling van de werken gebeurt binnen zestig kalenderdagen te rekenen vanaf de dag waarop het bestuur de verklaring van schuldvordering van de aannemer heeft ontvangen;

dat het opstellen zelf van een vorderingsstaat door de aannemer nog gevolgd wordt door het opmaken van een proces-verbaal, met vermelding van de werkelijk verschuldigde som, door het bestuur, en door een factuur «voor hetzelfde bedrag, verhoogd met de belasting over de toegevoegde waarden» door de aannemer;

Overwegende dat het «proces-verbaal van vaststelling der werkelijk verschuldigde bedragen bij de achtste vorderingsstaat», dat door het bestuur werd opgesteld op 20 januari 1986 de volgende werken ter betaling aanneemt:

– voor de Vlaamse Gemeenschap: te betalen aan de P.V.B.A. S. ingevolge pandgeving van schuldvordering: 7.585.773 fr. - 21.600 fr. boete = 7.564.173 fr.; te betalen aan de N.V. H.: de B.T.W. op 7.585.773 fr., te weten 1.289.581 fr.; het proces-verbaal maakte ook pro memorie nog melding van een in de toekomst af te houden boete van 21.600 fr.; deze boete werd nochtans reeds afgehouden van het bedrag dat moest worden betaald aan de P.V.B.A. S.;

– voor het Waterschap: 983.751 fr.

Overwegende dat de door de N.V. H. voor de vorderingsstaat nr. 8 opgestelde facturen van 20 januari 1986 bijgevolg conform zijn aan het proces-verbaal van vaststelling der werkelijk verschuldigde bedragen, wat betreft de som van 983.751 fr. verschuldigd door het Waterschap (factuur nr. 4);

dat ook de factuur nr. 5, betreffende de bedragen die verschuldigd zijn door de Vlaamse Gemeenschap, uitgaat van dezelfde cijfers als het proces-verbaal van vaststelling der werkelijk verschuldigde bedragen: 90% van 8.428.637 fr. werken = 7.585.773 fr., te vermeerderen met 1.289.581 fr. B.T.W.;

dat het uiteindelijke verschil tussen de factuur nr. 5 en het genoemde proces-verbaal zit in de wijze waarop de in pand

gegeven schuldvordering van de P.V.B.A. S. wordt verrekend;

Overwegende dat een factuur de schriftelijke bevestiging is, niet van toekomstige vorderingen ook al zijn ze bepaald of bepaalbaar (vergelijk hier met het arrest van dit hof van 13 april 1989, *R.W.*, 1989-90, 195), maar wel van het bestaan van een schuldvordering in geld die voortvloeit uit een overeenkomst tot levering van goederen en diensten, en die de schuldeiser, krachtens wet of gebruik verplicht is aan zijn medecontractant uit te reiken (Van Gerven, Cousy en Stuyck, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, XIII, *Handels- en economisch recht*, Deel 1, *Ondernemingsrecht*, Vol. A, Story-Scintia, 1989, 178-179, nr. 144);

dat de schuldvordering, die in de vorm van een geëndosseerde factuur kon worden overgedragen aan de appellante, bijgevolg bestond uit de door het bestuur in haar proces-verbaal van 20 januari 1986 ter betaling aangenomen bedragen, nl. 983.751 fr. en 1.289.581 fr.;

Overwegende dat de op 27 januari 1986 aangevoerde exceptie dat de vijzels en krooshekkens, waarvan gezegd werd dat zij «wel technisch gekeurd zijn», niet op het werk werden aangevoerd, teniet werd gedaan door de betekening op 21 maart 1986 van de eveneens op 27 januari 1986 aangeboden afstand van eigendom;

dat het bestuur bijgevolg op 9 juni 1986 niet rechtmatig kon beweren dat de facturen nrs. 4 en 5 «op geen ogenblik aanvaard (zijn) geweest»;

dat de op 2 juni 1986 aan de curator van het faillissement H. nieuw bekendgemaakte grief, nl. dat het geheel der werken aan de N.V. S. werd overgedragen en dat «de betaling van het geheel der werken dus uiteraard aan deze vennootschap zal gebeuren», thans niet meer wordt ingeroepen (grief die er misschien toe had kunnen leiden dat werd gebaseerd op de betaling in handen van een andere dan de geëndosseerde; cf. art. 16, tweede lid, W., 25 oktober 1919);

dat de termijn van zestig kalenderdagen, bedoeld in art. 15 van het toepasselijke bijzonder bestek, op 6 juni 1986 al lang was verstreken (vergelijk hier met de brief van het bestuur van 20 juni 1986);

Overwegende dat uit dit alles afgeleid moet worden dat het bestuur op 9 juni 1986 en ook nadien, in zekere mate onrechtmatig heeft gehandeld toen het weigerde de facturen van 20 januari 1986 te betalen;

dat deze weigering nl. onrechtmatig is in de mate waarin deze facturen werken betreffen die in het proces-verbaal van vaststelling der werkelijk verschuldigde bedragen ter betaling werden aanvaard voor 983.751 fr. en 1.289.581 fr.;

dat het dan ook in die zin is dat de vordering gegrond is;

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER – 8 OKTOBER 1992

Voorzitter: de h. Duys

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Magerman en Bemong

Advocaten: mrs. Arien loco Adriaensen en Van den Eynde

Arbeidsovereenkomst – Bediende – Overeenkomst voor onbepaalde tijd – Proefbeding – Maximumduur – Jaarloon – Berekening – Dubbel vakantiegeld – Jaareindegratificatie

Het jaarloon dat in aanmerking komt ter bepaling van de maximumduur van het proefbeding ingeschreven in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur van een bediende, omvat niet alleen het dubbele vakantiegeld maar ook de jaareindegratificatie waarvan het recht virtueel verkregen was bij het aangaan van de overeenkomst en het bedrag bepaalbaar was.

B.V.B.A. V. t/ S.

Feiten

Geïntimeerde kwam als bediende in dienst op 1 oktober 1986 met een schriftelijke arbeidsovereenkomst, waarin een proefbeding van twaalf maanden. Tijdens de loop van het proefbeding werd hij ontslagen met een opzeggingsvergoeding overeenstemmend met zeven dagen loon.

...

Geldigheid van het proefbeding

Overwegende dat de eerste rechter het proefbeding, op grond van artikel 67 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, als gewijzigd bij artikel 2 van het K.B. van 14 december 1984 (*B.S.*, 28 december 1984) en bij artikel 62 van de wet van 22 januari 1985 (*B.S.*, 24 januari 1985), nietig verklaarde omdat het jaarloon (1986) beneden 811.000 fr. lag en de proeftijd derhalve niet langer dan zes maanden mocht bedragen;

Overwegende dat appellante terecht aanvoert dat de eerste rechter geen rekening hield met de jaareindepremie vastgesteld bij C.A.O., die virtueel verworven was;

Overwegende dat de arbeidsovereenkomst werd afgesloten voor onbepaalde duur en het feit dat ze een proefbeding inhield daaraan geen afbreuk doet;

dat een proefbeding slechts een tijdelijke modaliteit is van een dergelijke arbeidsovereenkomst maar niet kan worden gelijkgesteld met een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd;

dat de door geïntimeerde aanvaarde rechtspraak niet relevant is, daar het daarin ging om een overeenkomst voor een bepaalde tijd, waarbij op voorhand uitgemaakt was dat geen jaareindepremie behaald kon worden, zodat er ook geen virtueel recht was ontstaan, aangezien de werknemer in geen geval aan de gestelde voorwaarden kon voldoen om gerechtigd te zijn op een jaareindepremie;

Overwegende dat het loon 61.200 fr. per maand bedroeg;

dat bij de berekening van de jaarbezoldiging van een overeenkomst zoals *in casu*, rekening dient te worden gehouden met alle verkregen voordelen;

Overwegende dat het dubbele vakantiegeld, ongeacht de omstandigheid dat het pas verworven wordt na verstrijken van het dienstjaar, daarin begrepen dient te worden (Cass., 17 februari 1992, *J.T.T.*, 1992, 221).

Overwegende dat, wat de jaareindepremie betreft, de C.A.O. bepaalt dat de bediende:

– verbonden moet zijn door een arbeidsovereenkomst op het ogenblik van de betaling; een anciënniteit moet hebben van ten minste zes maanden op het ogenblik van de betaling van de premie; in de onderneming in dienst getreden moeten zijn ten laatste de eerste dag van het beschouwde werkjaar, met mogelijkheid een prorata van die premie te behalen wanneer men slechts effectief gepresteerd heeft gedurende ten minste zes maanden (artikel 8 C.A.O. dd. 19

maart 1979, algemeen verbindend verklaard bij K.B. dd. 26 juni 1979, *B.S.*, 22 november 1979);

Overwegende derhalve dat reeds op 1 oktober 1986 het recht op een jaareindepremie virtueel verworven was in het kader van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die geenszins liet voorzien dat de werknemer op voorhand en onder alle omstandigheden uitgesloten was van enig recht op de jaareindepremie zoals deze bij C.A.O. was bepaald;

Overwegende dat derhalve het virtueel recht zowel op het dubbele vakantiegeld als op de jaareindepremie reeds was vastgesteld bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst en het bedrag ervan bepaalbaar was;

Overwegende dat appellante in haar berekening van het te behalen loon rekening houdt met een jaareindepremie of het prorata ervan;

dat overigens de berekening van het brutomaandloon, zoals gedaan door de eerste rechter bij toekenning van de opzeggingsvergoeding, wel correct is namelijk: $(61.200 \text{ fr.} \times 13,85) : 12 = 70.635 \text{ fr.}$;

dat over een jaar dit virtueel te behalen loon $70.635 \text{ fr.} \times 12 = 847.620 \text{ fr.}$ bedroeg, zegge meer dan 811.000 fr. (art. 67 A.O.W. *illo tempore*);

Overwegende dat de eerste rechter dan ook door het proefbeding nietig te verklaren op grond van artikel 67 van de Arbeidsovereenkomstenwet, deze wetsbepaling schond en het proefbeding geldig is, de opzegging rechtsgeldig is en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd tot geen hogere opzeggingsvergoeding aanleiding kon geven;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

37e KAMER – 13 MEI 1991

Beslagrechter: de h. Carette

Advocaten: mrs. Van Den Bosch, Theunissen en Thiers

Beslag en executie – Beslag onder derden – Verklaring van derde-beslagene – Sanctie – Matigingsbevoegdheid van de rechter.

Bij het opleggen van de sanctie uit artikel 1456 Ger.W. beschikt de beslagrechter over een ruime beoordelingsbevoegdheid. Het niet afleggen van de verklaring en het niet reageren op een aanmaning van de gerechtsdeurwaarder ontwrichten op ernstige wijze een beslag onder derden zodat de sanctie zich opdringt.

B.V.B.A. F. t/ B.V.B.A. H.

Overwegende dat in principe geen onderscheid dient gemaakt te worden bij het toepassen van de sanctie van het «schuldenaar verklaren van de derde-beslagene» volgens artikel 1456 van het Gerechtelijk Wetboek (bewarend beslag) en volgens artikel 1542 van het Gerechtelijk Wetboek (uivoerend beslag);

dat in beide gevallen de sanctie immers tot doel heeft de economie van het derdenbeslag te vrijwaren;

Overwegende dat volgens een klassieke rechtsleer (vgl. o.a. De Leval G., *La saisie-arrêt*, Luik, Fac.dr. 1976, blz. 292,

nr. 187, met verwijzing naar blz. 232, nr. 155; Stranart A.M., «La Saisie-Arrêt», in *Les voies conservatoires et d'exécution*, Brussel, Jeune Barreau, 1982, blz. 101) in beide gevallen de sanctie «moet» worden toegepast wanneer de derde-beslagene door bedrog, kwader trouw of schuldig verzuim, de goederen van de schuldenaar aan zijn schuldeisers tracht te onttrekken;

dat de rechtspraak zich ook in die zin heeft uitgesproken (o.a. Cass., 16 februari 1984, *Arr.Cass.*, 1983-84, 750);

dat deze zienswijze onder meer teruggaat tot de parlementaire voorbereiding van het Gerechtelijk Wetboek, waarin gezegd wordt: «De beoordelingsmacht van de beslagrechter stelt hem ertoe in staat een sanctie te stellen op het vrijwillig in gebreke blijven, het stilzwijgen en de oneerlijkheid van de derde-beslagene» (Verslag Van Reepinghen, deel I, Belgisch Staatsblad, Brussel, 1964, blz. 564);

dat daarbij echter tevens algemeen wordt aangenomen dat geen enkele wettelijke bepaling de beslagrechter oplegt zich tot bovengenoemde gevallen te beperken om de sanctie uit te spreken (o.a. Stranart A.M., *o.c.*, blz. 102; Ledoux J.L., «Les Saisies 1983-1988», *J.T.*, 1989, 638, nr. 90) en dat hij op aantastbare wijze de feiten apprecieert (o.a. behoudens de voorgaande citatie Chabot-Leonard D., *Saisies conservatoires et saisies-exécutions*, Brussel, Bruylant, 1979, blz. 275; De Leval G., *o.c.*, blz. 233, en Cass., 21 februari 1969, *Pas.*, 1969, I, 559);

dat aldus niet uitsluitend uitgegaan mag worden van het al dan niet aanwezig zijn van bedrog, kwade trouw of schuldig verzuim – met beperking van de discussie in rechte daaromtrent – om de sanctie te «kunnen» uitspreken;

dat zelfs kan gesteld worden dat, wanneer bewezen wordt door de beslaglegger dat de verklaring laattijdig of onnauwkeurig is, de sanctie «kan» worden toegepast en dat enkel het terecht invoeren van verschoningsgronden door de derde-beslagene de beslagrechter «mag» weerhouden de sanctie uit te spreken (vgl. E. Dirix, «De aard van de verklaring tot schuldenaar», *R.W.*, 1989-90, 1021; zie ook Brussel, 24 juni 1980, *J.T.*, 1980, 692);

dat deze zienswijze eveneens teruggaat tot de parlementaire voorbereiding van het Gerechtelijk Wetboek, waar gesteld wordt dat de beslagrechter slechts «uitzonderlijk» de mogelijkheid geboden wordt «de sanctie te matigen» (dus ook eventueel niet toe te passen) «naar gelang van de omstandigheden waarover hij oordeelt» (Verslag Van Reepinghen, *o.c.*, blz. 544);

dat de reden tot «strengheid» – niet alleen tot die vervat in de tekst van artikel 1456 van het Gerechtelijk Wetboek (en artikel 1542 van het Gerechtelijk Wetboek) op zichzelf, maar ook tot die bij het toepassen ervan – gezocht moet worden in het feit dat «het in gebreke blijven van de derde-beslagene» de economie van het derdenbeslag zelf tenietdoet (vgl. idem);

dat daarbij de vraag of de lichtste fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek reeds volstaat om de sanctie toe te passen, niet hoeft gesteld te worden daar het traditionele begrip «fout» buiten de filosofie staat die te vinden is achter een «burgerlijke sanctie» (Linsmeau J., noot onder Beslagrechter Antwerpen, 26 september 1974, *Rechtspr. Antwerpen*, 1987, 101);

Overwegende dat de beslagrechter aldus eerst zal dienen te appreciëren volgens de omstandigheden of de sanctie moet worden toegepast en zo ja, verder zal dienen te appreciëren

ciëren volgens dezelfde omstandigheden in welke mate de sanctie zal worden uitgesproken (Ledoux J.L., *o.c.*, 648, nr. 146);

dat de eerste appreciatie (zie boven) — behoudens het eventueel vaststellen van bedrog, kwade trouw of schuldig verzuim, waarbij de sanctie normaal *moet* worden uitgesproken — voornamelijk een onderzoek dient in te houden naar de aannemelijkheid van de verschoningsgronden ingeroepen door de derde-beslagene;

dat de tweede appreciatie — in voorkomend geval — de ernst van de tekortkoming van de derde-beslagene zal betreffen, onder meer rekening houdend met eventuele «schade» geleden door de beslaglegger (zonder een rechtstreeks verband tussen de hoegrootheid van deze schade en de hoegrootheid van de sanctie te leggen — Ledoux J.L., *idem*);

dat de afwezigheid van «schade», nl. het in elk geval zonder gevolg blijven van het derdenbeslag, evenwel niet moet betekenen dat de sanctie zonder gevolg moet blijven;

dat er namelijk in de eerste plaats altijd een zekere morele «schade» ontstaat bij de beslaglegger, door de «frustratie» laattijdig, geen of slechts een onnauwkeurige verklaring te ontvangen, met onzekerheid tot gevolg;

dat vervolgens wettelijk ook geen «schade» van de beslaglegger vereist is en dat strikt genomen de «schade» ook niet bij de filosofie achter het opleggen van een burgerlijke sanctie te zoeken is (Linsmeau J., *o.c.*);

dat verder immers ook aan de concrete omstandigheden van het geval genoeg recht gedaan kan worden bij de uitoefening van de matigingbevoegdheid (Dirix E., *o.c.*);

dat echter steeds voor ogen gehouden dient te worden dat «die sanctie *in de regel* steeds moet toegepast worden, tot het beloop van de schuld waarvoor de derde-beslagene gehouden was ten aanzien van de beslagen schuldenaar, zijn schuldeiser» (Verslag Van Reepinghen, *o.c.*, 544);

Overwegende dat in casu met de stelling in rechte van de eisende partij aldus kan worden ingestemd en dat de «beperkte» toepassing van de sanctie als beweerd door de verwerende partij en de vrijwillig tussenkomende partij niet gevolgd kan worden;

Overwegende dat de feiten in casu geen onnauwkeurige, noch een laattijdige, doch een niet afgelegde verklaring betreffen;

dat immers noch door de verwerende partij, noch door de andere partijen, een verklaring wordt neergelegd als stuk of over een afgelegde verklaring wordt gesproken;

dat tevens blijkt dat de verwerende partij reeds op 22 juni 1990 door de voor de eisende partij optredende gerechtsdeurwaarder werd aangemaand binnen acht dagen alsnog een verklaring af te leggen;

Overwegende dat verder de verschoningsgronden ingeroepen door de verwerende partij niet aanvaard kunnen worden;

dat namelijk het feit dat de beslagen schuldenaar na het derdenbeslag onwettig afwezig is gebleven op zijn werk en nadien zelfs een onregelmatige opzegging heeft gedaan, de verwerende partij niet van de verplichting heeft ontlast om de beslagleggende partij mee te delen wat haar schuld tegenover deze beslagen schuldenaar was;

dat bovendien de verwerende partij zelf haar verantwoordelijkheid heeft behouden en zij in elk geval niet kan volstaan met te verwijzen naar haar sociaal secretariaat;

Overwegende dat in casu de sanctie dan ook toegepast moet worden;

Overwegende dat gelet op het niet reageren na het beslag en zelfs niet na de brief van 22 juni 1990 van de gerechtsdeurwaarder, de verwerende partij op een vrij ernstige wijze het derdenbeslag in casu heeft ontwricht;

dat rekening houdend enerzijds met de periode waarin de eisende partij in het ongewisse werd gelaten over de uitwerking die het beslag zou krijgen en anderzijds met de gelden die de eisende partij toegekomen zouden zijn bij een tijdige reactie op het beslagexploot door de verwerende partij (d.w.z. volgens de voorhanden zijnde gegevens verstrekt door de vrijwillig tussenkomende partij, nihil gelet op de bepalingen van artikel 1409 van het Gerechtelijk Wetboek), het dan ook gepast voorkomt de sanctie toe te passen ten belope van een som van 75.000 fr. als «oorzaken» van het beslag evenals voor de kosten ervan;

...

NOOT — Dit vonnis is in hoger beroep bevestigd door Hof Antwerpen, (derde kamer), 21 oktober 1992, onuitgegeven.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

H.v.J. (6e Kamer), 12 november 1992

Verzekering — Motorrijtuigen — Grondgebied waarop het voertuig gewoonlijk gestald is — Gestolen auto met valse kentekenplaat

Een geding tussen het Bureau central français en het Nederlandse bureau en het Duitse HUK-Verband betrof de kwestie wie uiteindelijk de schade moet vergoeden van slachtoffers bij een verkeersongeluk dat in Frankrijk is veroorzaakt door een particulier voertuig dat naar behoren in Duitsland was geregistreerd, maar naderhand werd gestolen en voorzien van een valse Nederlandse kentekenplaat die in feite was afgegeven voor een ander, aan een Nederlander toebehorend voertuig. Daarover heeft het TGI Toulon bij vonnis van 26 september 1988 een prejudiciële vraag gesteld. Het Hof verklaart voor recht:

«Artikel 1, lid 4, van richtlijn 72/166/EEG van de Raad van 24 april 1972 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en de controle op de verzekering tegen deze aansprakelijkheid, moet aldus worden uitgelegd dat een voertuig dat bij de overschrijding van de grens een kentekenplaat draagt die door de autoriteiten van een Lid-Staat is afgegeven, doch vals is, in dier voege dat het in feite om de voor een ander voertuig afgegeven kentekenplaat gaat, moet worden geacht gewoonlijk te zijn gestald op het grondgebied van de staat die de betrokken plaat heeft afgegeven.»

(Zaak C-73/89: F. c.s. t/ Van W., Bureau central français e.a. — Bron: Weekoverzicht van het Hof van Justitie)

H.v.J. (4e Kamer), 12 november 1992

Vonnissen en arresten – Tenuitvoerlegging – Art. 27, sub 2, E.E.X. – Erkenning van een beslissing tegen een verweerder tegen wie verstek is verleend

Brandeis wil een in Engeland verkregen verstekvonnis waarbij Minalmet is veroordeeld hem een geldsom te betalen, in Duitsland ten uitvoer leggen. Minalmet deed verzet tegen die tenuitvoerlegging op grond dat het inleidende verzoekschrift hem niet in de in het Duitse recht voorgeschreven vorm is betekend. Op een vraag van 4 april 1991 van het Bundesgerichtshof verklaart het Hof van Justitie voor recht :

«Artikel 27, sub 2, Executieverdrag moet aldus worden uitgelegd, dat het zich verzet tegen de erkenning van een in een verdragsluitende staat gewezen verstekvonnis in een andere verdragsluitende staat, wanneer het stuk dat het geding inleidt niet regelmatig aan de verweerder, tegen wie verstek werd verleend, is betekend, zelfs indien hij later van de gegeven beslissing kennis heeft gekregen en daartegen geen door het procesrecht van de staat van herkomst geboden rechtsmiddel heeft aangewend.»

(Zaak C-123/91: Minalmet GmbH t/ Brandeis Ltd – Bron : Weekoverzicht van het Hof van Justitie)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 6 november 1992

Tuchtrecht – Geneeskunde – Twee tekortkomingen die zwaar zijn en de uiting zijn van een zelfde opzet – Eén straf – Cassatiemiddel dat alleen betrekking heeft op één tekortkoming – Niet ontvankelijk

Eisers middelen tegen de bestreden beslissing (Raad van Beroep van de Orde der Geneesheren, 3 december 1990) worden om de volgende redenen verworpen :

«Overwegende dat de raad van beroep eiser schuldig verklaart aan de telastleggingen : 1) deontologisch onverantwoord voorschrijfgedrag ten aanzien van de patiënten I.R. en P.A.; 2) misleiding van de Provinciale Raad van Limburg omtrent het beweerd gewijzigd voorschrijfgedrag; dat de raad oordeelt dat beide bewezen bevonden telastleggingen zwaar zijn, de uiting zijn van een zelfde opzet en eiser een enkele tuchtschorsing van zes maanden schorsing in het recht de geneeskunde uit te oefenen, oplegt ;

«Overwegende dat de in de middelen aangevoerde grieven niet de telastlegging sub 1 betreffen ; dat, ook al waren die grieven gegrond, de straf naar recht verantwoord blijft door de schuldigverklaring van eiser aan die telastlegging ; dat de middelen dientengevolge niet tot cassatie kunnen leiden en derhalve niet ontvankelijk zijn.»

(Voorzitter : mevr. Baeté-Swinen – Rapporteur : de h. Boes – Openbaar ministerie : de h. D'Hoore – Advocaten : mrs. Nelissen Grade en Bützler – In de zaak : V. t/ Orde der Geneesheren)

BOEKEN

M. ADAMS, **Ziekenfonds over de Grens**, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1992, 55 pp. (verschenen in de reeks Gezondheidszorgverzekering en Europa, PIETERS, D. (red.))

Dit boekje verscheen als eerste deel in de reeks «Gezondheidszorgverzekering en Europa». Doel van deze reeks is via een aantal studies de gehele gezondheidsverzekering te belichten vanuit Europeesrechtelijk oogpunt.

Het eerste boekje is hier alvast in geslaagd. Het belicht de institutionele zijde van de gezondheidszorgverzekering : de rol van de ziekenfondsen. Met de eenmaking van de verzekeringsmarkt wordt de vraag gesteld naar de toepasselijkheid van het vrije vestigingsrecht en het vrij verkeer van diensten op de sociale ziektekostenverzekering.

Na in een tweetal inleidende hoofdstukken enige algemene opmerkingen te hebben gemaakt over de verhouding tussen de sociale en particuliere verzekering en de Europese dimensie van de verzekeringssector, bespreekt de auteur in het derde hoofdstuk gedetailleerd de rol van de ziekenfondsen in de ziektekostenverzekering, in het bijzonder toegespitst op België, Duitsland en Nederland.

Hoofdstuk vier vormt echter de ware kern van het onderzoek : daarin wordt namelijk de toepasselijkheid nagegaan van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, naast de verzekeringsrichtlijnen van 1973 en 1988 op de ziekenfondsen.

Hoewel de ziekenfondsen in principe aanspraak kunnen maken op de fundamentele vrijheden van vestiging en dienstverlening zoals geregeld in het EEG-Verdrag, worden ze hiervan uitgesloten door de verzekeringsrichtlijnen. Zo worden in artikel 2, lid 1, d, de wetelijke stelsels van sociale zekerheid uitdrukkelijk van het toepassingsgebied van de richtlijnen uitgesloten, maar ook wat hun activiteiten als aanvullende verzekeraar betreft, worden de ziekenfondsen van het toepassingsgebied van de richtlijnen uitgesloten.

Handelt men hiermee niet in strijd met de fundamentele vrijheden van vestiging en dienstverlening zoals bedoeld in het EEG-Verdrag ? Dat is niet het geval omdat het Hof van Justitie in een aantal beroemde arresten (zie de zaken nr. 23/74 (Van Binsbergen), nr. 39/75 Coenen, nrs. 110 en 111/78 (Van Wesemael) en nr. 279/80 (Webb)) aanvaardde dat, onder strikt beperkte voorwaarden, kon worden afgeweken van de vrijheid van dienstverlening. Beperkingen zijn immers mogelijk indien aan de volgende vier voorwaarden cumulatief is voldaan : de vrijheid van dienstverlening kan slechts worden beperkt door reglementering die gerechtvaardigd is door het algemeen belang, de voorschriften moeten objectief noodzakelijk zijn om deze regels van algemeen belang te laten respecteren (voorwaarde van proportionaliteit), de dienstverlener mag niet in de Lid-Staat waar hij gevestigd is, reeds onderworpen zijn aan soortgelijke voorwaarden (voorwaarde van noodzakelijkheid) en de beperkingen moeten zonder onderscheid van toepassing zijn op iedereen die in de betrokken Lid-Staat een activiteit uitoefent (de voorwaarde van non-discriminatie).

De verzekeringssector is aldus een domein waarin reglementering kan worden gerechtvaardigd door het algemeen belang, met het oog op de bescherming van de verzekerde.

Gelet op die uitzonderingen, kunnen ziekenfondsen daardoor geen beroep doen op het EEG-Verdrag alsmede op de verzekeringsrichtlijnen van 1973 en 1988. Mobiele kaderleden van internationale ondernemingen zullen daardoor geneigd zijn zich (aanvullend) tegen ziekte te verzekeren bij particuliere verzekeraars.

Willen ziekenfondsen ook activiteiten ontplooiën in een andere Lid-Staat, dan zijn zij hiervoor afhankelijk van het nationaal wetelijk kader in iedere afzonderlijke Lid-Staat.

In een laatste hoofdstuk haalt de auteur drie mogelijke oplossingen aan om te ontsnappen aan die uitsluiting van de ziekenfondsen. De eerste bestaat erin de verzekeringsrichtlijnen aan te passen aan de ziekenfondsen (wat om tal van redenen problematisch is) en een tweede mogelijkheid zou erin bestaan een eigen richtlijn voor de ziekenfondsen op te stellen (men zou hierbij kunnen denken aan het voorstel voor een Europese vennootschap maar een aantal praktische en juridische belemmeringen verhinderen de inschakeling van ziekenfondsen in dit stelsel). De derde mogelijkheid – en hier gaat de voorkeur van de AIM (Association Internationale de la Mutualité) naar uit – is het instellen van een Europees Ziekenfonds,

naar analogie van de Europese NV, maar wel aangepast aan de specifieke kenmerken van de ziekenfondsen. Dit statuut zou aan de ziekenfondsen de mogelijkheid kunnen bieden internationale activiteiten te ontwikkelen.

Yves Jorens

M. VERBEKEN, **Gemeentelijke Comptabiliteit**, Brugge, Die Keure, 1992, 192 pp.

Onmiddellijk na de bekendmaking van het koninklijk besluit van 2 augustus 1990 houdende het algemeen reglement op de gemeentelijke comptabiliteit (B.S., 3 oktober 1990) verscheen bij Die Keure al een tekstuitgave van de verschillende nieuwe wets- en reglementaire bepalingen die uiterlijk met ingang van 1 januari 1995 het boekhoudkundig beheer van de Belgische gemeenten zullen regelen en waarbij alle economische concepten en stromen in aanmerking zullen worden genomen (Dujardin, J., en Vande Lanotte, J., *De nieuwe gemeentelijke comptabiliteit*, Brugge, Die Keure, 1990, III + 201 pp.). Deze publikatie blijft het basiswerk bij uitstek voor alle lokale ambtenaren en verantwoordelijkheidsdragers die de omschakeling van de gemeentelijke comptabiliteit op het terrein dienen te helpen tot stand brengen.

Zopas publiceerde dezelfde uitgeverij een artikelsgewijze commentaar van het Algemeen Reglement op de gemeentelijke comptabiliteit van 2 augustus 1990 (intussen gewijzigd bij het K.B. 29 oktober 1990, B.S., 1 januari 1991). Bij elk artikel van het besluit geeft de auteur, die zelf gemeenteontvanger is te Gent, tal van praktische en technische verduidelijkingen. Artikelsgewijze besprekingen hebben het nadeel dat ze fragmentarisch zijn en geen overzichtelijk beeld bieden van de behandelde materie. Dit euvel had de auteur handig kunnen ontwijken door achteraan in een tefwoordenregister te voorzien. Maar dat ontbreekt jammer genoeg.

Wel wijst hij voortdurend op het onderling verband tussen de verschillende artikelen en citeert hij uit andere relevante teksten zoals de nieuwe gemeentewet, de twee ministeriële uitvoeringsbesluiten van 30 oktober 1990, antwoorden op parlementaire vragen, enz. Het lijkt dan ook geen twijfel dat al wie belangstelling heeft voor het financieel en boekhoudkundig beheer van de plaatselijke overheden, in dit boek terecht kan voor veel van zijn vragen en onzekerheden.

A. Coppens

T. VANSWEEVELT, **De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis**, Antwerpen, Maklu, 1992

Dit boek is een bewerking van het proefschrift waarmee de auteur in 1991 tot doctor in de rechten aan de UIA promoveerde. Al in vroegere publikaties (onder meer *Aids en recht*, bij dezelfde uitgever) heeft hij bewezen niet alleen een gedegen juridisch vakman te zijn maar ook oog te hebben voor maatschappelijk relevante ontwikkelingen. De medische en juridische wereld mogen hem dankbaar zijn dat hij zich heeft gewaagd aan het mijnenveld van de medische aansprakelijkheid. De metafoor is m.i. in dit geval niet overdreven. Als een werkelijke mijnenveger, behoedzaam dus en trefzeker tegelijk, stevent Vansweevelt systematisch af op iedere mijn die ronddrijft in de zee van de aansprakelijkheid van de arts, zoals de resultaatsverbintenis, de zorgvuldigheidsmaatstaf, het «informed consent»-vereiste, het verlies van een medische kans (of moeten we van een «mogelijkheid» spreken? Zie blz. 384) enz. Zonder zelf enige averij op te lopen — de toekenning van de prestigieuze F. Colinprijs 1992 aan Vansweevelt voor dit boek is hiervan het bewijs bij uitstek — is hij er als eerste in Vlaanderen — en bij uitbreiding in België — in geslaagd een brug te slaan tussen het juridisch leerstuk van de burgerlijke aansprakelijkheid en de maatschappelijke realiteit waarin arts (of ziekenhuis) en patiënt soms als tegenstanders in plaats van als partners tegenover elkaar staan. Wat de auteur schrijft in zijn inleiding, nl. dat een werkelijk grondige analyse van het Belgische medisch aansprakelijkheidsrecht tot nu toe ontbreekt is (of liever: was) zeer juist. De bestaande publikaties op dit domein leden bovendien meestal aan hetzelfde euvel, nl. dat zij te veel de werkelijkheid buiten beschouwing lieten of, erger nog, die werkelijkheid gewoon ontdeenden van voor de juridische analyse «vervelende details». Dit proefschrift is eens te meer een illustratie van wat

Walter van Gerven in het Woord Vooraf aan «Hulde aan prof. dr. R. Kruijthof» heeft geschreven: «Rob heeft school gemaakt».

Het is letterlijk onbegonnen werk in het kader van deze boekbespreking de juridische en feitelijke rijkdom van het boek van Vansweevelt te belichten. Slechts wie het boek regelmatig consulteert, kan zich voorstellen wat voor een databank hier ter beschikking staat. Het trefwoordenregister is daarbij behulpzaam, maar noch zo'n register, noch de meest uitgebreide boekbespreking zijn een alternatief voor de eigen studie van dit bovendien niet eens dure werk.

In de literatuur over medische aansprakelijkheid kwam het niet zelden voor dat auteurs standpunten innamen en van elkaar overnamen zonder kritische reflectie over hun bronnen. Vansweevelt heeft nogal wat van die «algemeen aanvaarde» opvattingen ontmaskerd. Zo bv. dat de arts vóór 1835 een aansprakelijkheidsimmunititeit zou hebben genoten (blz. 47). Ook de «theorie van de natuurlijke beschermers» — voor zover al van een theorie mag worden gesproken want de juridische grondslag daarvan lijkt niet te bestaan — wordt weerlegd (blz. 220-221). Het ongeoorloofd karakter van het exonatiebeding in de arts/patiëntrelatie blijkt ook op drijfzand te steunen: juridisch zijn dergelijke bedingen in beginsel geldig. De auteur pleit wel voor een herziening van de rechtspraak en een nietigverklaring van dergelijke bedingen wegens strijdigheid met de openbare orde. Als de rechtspraak die stap niet wil zetten, zal de wetgever tussenbeide moeten komen (blz. 770).

Vanzelfsprekend heb ik nu en dan wel eens een passage aangestreept die mij, ook na herlezing, niet helemaal heeft kunnen overtuigen. Ik denk aan de sterilisatie als resultaatsverbintenis (blz. 127). Die opvatting mag dan al verdedigbaar zijn voor de mannelijke sterilisatie (vasectomie), voor de vrouwelijke sterilisatie blijft ze toch betwistbaar. In dit opzicht lijkt het opschrift («controversie 1: de sterilisatie») wat ruim geformuleerd. Moeite had ik ook met de uitdrukking «medische zwijgplicht» op blz. 341. Daarmee wordt niet, zoals toch gebruikelijk is, het medisch beroepsgeheim bedoeld, maar de plicht van de arts zijn patiënt niet te informeren indien deze laatste heeft afgezien van zijn recht op informatie. Deze plicht eveneens aanduiden als medische zwijgplicht werkt verwarrend. De traditionele medische zwijgplicht bestaat tegenover derden; deze zwijgplicht bestaat tegenover de patiënt én derden.

Tot slot wil ik nog wijzen op een «blinde vlek» in de benadering van het medische aansprakelijkheidsrecht die ik meen te kunnen vaststellen. Als instrument om medische letselschade te vergoeden, blijkt dit recht op verschillende punten te falen (zie blz. 821-822). Als alternatief pleit Vansweevelt voor een «no-fault»-vergoedingsstelsel, waardoor het beroep op de rechter om conflicten tussen arts en patiënt te beslechten wel niet geheel zal verdwijnen maar toch aanzienlijk zal verminderen. Echter, het medisch aansprakelijkheidsrecht is meer dan een instrument voor de vergoeding van medische letselschade. Het is tevens «een bron van nieuwe gedragsregels» (blz. 821). Vooral via de concretisering van het foutbegrip wordt de arts/patiëntrelatie verder gejuridiseerd. (In hoeverre de rechter zich daarbij voornamelijk laat inspireren door wat in artsenkringen gebruikelijk is dan wel door eigen opvattingen over wat een arts had moeten doen, laat ik hier verder buiten beschouwing. Het lijkt me trouwens eerder een academische kwestie: de rechter heeft uiteraard het laatste woord maar, zoals Vansweevelt zelf schrijft: «daar de rechter doorgaans onbevoegd is op medisch vlak, zal zijn beslissing meestal gebaseerd zijn op een deskundigenverslag» (blz. 166)). Wat mij als beoefenaar van het medisch recht nog veel meer bezighoudt dan de vergoeding van de medische letselschade, is de vraag welk alternatief er bestaat voor het medisch aansprakelijkheidsrecht als «bron voor nieuwe gedragsregels». De noodzaak van zo'n alternatief lijkt me onbetwistbaar. De bestaande rechtsonzekerheid zou nog veel groter worden indien deze bron (die overigens tot nu toe in België zeker niet rijkelijk heeft gevloeid) bijna volledig zou opdrogen. De ervaring in Zweden lijkt erop te wijzen dat dit alternatief aldaar door de wetgever wordt gevormd. De «Health and Medical Care Act», de «Patient Journal Act», die «Supervision of Health and Medical Personnel Act» bevatten min of meer gedetailleerde voorschriften m.b.t. de verplichtingen van artsen jegens hun patiënten. Ook t.a.v. specifieke medisch (technische) handelingen als medisch begeleide bevruchting en medische experimenten heeft de Zweedse wetgever veel meer ingegrepen dan men zich doorgaans in België kan voorstellen over het «liberale» Zweden (zie L. Westerhall, *International Encyclopedia of medical Law-Swe-*

den, verschijnt binnenkort). Men mag het de auteur niet ten kwade duiden dat hij op deze problematiek niet is ingegaan omdat hij een andere invalshoek voor zijn studie heeft gekozen, nl. de burgerrechtelijke. Vanuit medischrechtelijk oogpunt voel ik dit toch aan als het grootste gemis in dit boek (naast het ontbreken van concrete cijfers over het aantal vorderingen tegen artsen). Iedere alternatieve regeling voor het aansprakelijkheidsrecht moet met beide functies, de schadevergoeding en de bron van nieuwe regels, rekening houden. Ik twijfel er niet aan dat Vansweevelt ook op dit tweede aspect in de nabije toekomst een helder licht zal laten schijnen.

Herman Nys

HERMAN VAN GOETHEM, **De taaltoestanden in het Vlaams-Belgisch gerecht, 1795-1935**, Verhandelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, (Klasse der Letteren, Jaargang 52, nr. 134), Brussel, 1990, 358 pp.

Het is de taak van de historici door nauwgezet en kritisch onderzoek van de bronnen, inzicht te verschaffen in vroegere gebeurtenissen, verklaringen voor feiten en evoluties met redenen te staven, achtergronden te belichten waardoor belangrijke beslissingen begrijpelijker worden.

Dat heeft H.V.G. gedaan voor de taaltoestanden en de wetgeving op rechterlijk gebied tussen 1795 en 1935, d.w.z. vanaf de Franse bezetting en het eind van het Ancien Régime tot de goedkeuring van de eentaligheid op rechtsgebied in Vlaanderen. Zijn materie is ingedeeld in vijf delen: 1) De Franse annexatie; die kan worden getypeerd als het verfransingsmechanisme in actie; 2) Het Koninkrijk der Nederlanden; d.i. de mislukking van de terugschroefpogingen; 3) Belgische taalvrijheid; d.w.z. zo veel mogelijk Frans, tot aan de eerste rem, de wet Coremans betreffende het strafproces (1873); 4) Voltuiging van de taalwetgeving in strafzaken 1873-1914; ontlukkende vernederlandsing van het rechtsleven; 5) De moeizame weg naar volledige vernederlandsing 1914-1935. Bij wijze van algemeen besluit volgen in deel VI een beknopte synthese over ontstaan en geografische spreiding van de Vlaamse Beweging gezien vanuit de gegevens over het taalgebruik in de rechtbanken, en een paar explicaties en evaluaties van problemen die zich over de hele besproken periode hebben voorgedaan (bv. het verzet van de advocaten: de oppositie tussen het gebruik van het Frans in Vlaamse rechtszaken en het verschaffen van recht). Een bibliografie en indexen op plaats- en persoonsnamen sluiten het boek af.

Dit erg summier overzicht doet het werk onrecht aan, want het beperkt zich hoegenaamd niet tot de grote lijnen. Bij elk onderdeel heeft de auteur bijzondere aandacht voor alle auctores (politici, magistraten, advocaten, pressiegroepen) en voor de gewone burgers die met de verschillende geleidingen van het apparaat in aanraking komen; permanent evalueert hij de inhoud van de stapsgewijs opgelegde (afgedwongen) wetgeving en de manier waarop ze wordt toegepast en hij maakt daarbij gebruik van veel statistische tabellen van eigen maaksel. Ik wil hieraan maar twee kleine bedenkingen toevoegen. De eerste, veel meer naar aanleiding van dan over het werk: taalwetgeving is één zaak, rechtstaalbeheersing een andere; zelfs nu zijn de sporen van een decennialange «tweetaligheid» in Vlaanderen nog lang niet uitgewist. Precies daarom mis ik ongaarne in het betoog de korte mededeling dat enkele voortrekkers reeds in 1923 de absolute noodzaak van correcte basisteksten scherp hebben ingezien en de overheid ertoe hebben kunnen brengen een officiële commissie te belasten met de vertaling van de wetboeken.

Het lijdt geen twijfel dat dit rustig en helder geschreven boek een eminent referentiewerk zal blijken te zijn voor al wie zich wil verdiepen in de politieke en parlementaire geschiedenis van de voorbije tweehonderd jaar en in de geschiedenis van het rechtsleven in onze gewesten in het bijzonder.

J. Van Haver

F.F. VOORHELST, K. MAEREVOET en J.V. VAN DEN DRIESSCHE, **Fiscale wenken : leasing en fiscus. Financiële leasing in de praktijk**, Brussel, Ced. Samsom, 1992, 168 pp.

In de reeks Fiscale Wenken van Ced. Samsom is zopas een boekje verschenen over leasing. Het is van de hand van F. Voorhelst, K. Maerevoet en J. Van den Driessche. Het is een degelijk en goed

hanteerbaar praktijkwerkje. De auteurs staan trouwens bekend om hun vertrouwdeheid met leasing. Wetenschappelijke verwijzingen komen er weinig in voor, maar dat is klaarblijkelijk ook niet de bedoeling van de auteurs. Zij willen de lezer eenvoudig praktisch bruikbare informatie bezorgen.

De leasing wordt eerst in een ruimer economisch kader gesitueerd. De lezer verneemt wat de voor- en nadelen van leasing zijn, wat de prijs is, welke soorten van leasing er bestaan, wat het privaatrechtelijk statuut ervan is, enzovoort. Bijzondere aandacht wordt daarbij ook geschonken aan cross-border leasing.

Het grootste gedeelte van het werk handelt over roerende en onroerende financiële leasing. De auteurs gaan in de behandeling van het onderwerp op de klassieke manier te werk: achtereenvolgens worden de algemeen-juridische, de boekhoudkundige en de fiscale aspecten behandeld. De boekhoudkundige aspecten worden uitvoerig toegelicht met cijfermatige voorbeelden van boekingschema's. Het is nuttig erop te wijzen dat het boekje reeds rekening houdt met de nieuwe coördinatie van het W.I.B.: de nieuwe nummers van de artikelen worden telkens tussen haakjes vermeld.

Het boekje wordt afgesloten met een soort checklist, die de voorname relevante elementen in het beslissingsproces weergeeft.

Dit is een zeer behoorlijk werk, al kan men zich afvragen of er wel behoefte aan bestaat. Het boekje voegt op juridisch, boekhoudkundig en fiscaal gebied eigenlijk niets toe aan de bestaande literatuur.

S. Van Crombrugge

J.J. CREMONA, **Selected Papers, 1946-1989**, Marsa (Malta), Publishers Enterprises Group, 1990

In dit boek zijn een dertigtal opstellen verzameld van John Cremona (° 1918), die gedurende vele jaren heeft gedoceerd aan de Royal University of Malta en ook lang werkzaam is geweest in rechterlijke ambten: o.m., in eigen land, als vice-president van het Constitutioneel Gerechtshof en als Chief Justice en, te Straatsburg, als rechter, en gedurende enige tijd vice-president, van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

De meeste van die geschriften hebben betrekking op onderwerpen in verband met de bescherming van de rechten van de mens, het strafrecht en de strafrechtspleging. Enkele andere betreffen de constitutionele geschiedenis van Malta, inzonderheid het ontstaan van zijn eerste grondwet toen het onafhankelijk werd (pp. 76, 270 en 276); als auteur van het ontwerp ervan was Cremona daar, van zeer nabij, bij betrokken.

Bijzondere aandacht verdienen wellicht de stukken betreffende de relatie tussen het E.V.R.M. en nationale rechtssystemen, met name die van Malta (p. 228), van het Verenigd Koninkrijk en van Ierland (p. 252), de openbaarheid van de rechtsbedeling (pp. 206 en 135), de rechtsbescherming in verband met overheidshandelingen (p. 171) en met vrijheidsberovingen (p. 7), de werking in de tijd van strafwetten (p. 144), het uitlokken van diefstal (p. 31), de rol van vervolgingsorganen (p. 65) en de rechtsgevolgen van misdrijven (p. 46), het jurystelsel (p. 86) en de behandeling van jonge delinquenten (p. 17).

Bij de lezing van Cremona's vlot geschreven opstellen, die niet alleen leerrijk maar ook boeiend zijn, smaakt men de helderheid en de vinnigheid van een mediterrane geest, die op een uitstekende wijze zijn uitleg en commentaar, vaak met enige Engelse humor gekruid, ten beste geeft, en wellicht vooral het vermogen van de auteur om, wat elk door hem behandeld onderwerp betreft, steeds duidelijk het wezenlijke in het licht te stellen.

Jan De Meyer

AANGEKONDIGD

J.W. VAN ZUNDERT, *Bestuursschaderecht. Vergoeding van schade door planologisch overheids-handelen* (Monografieën ruimtelijk bestuursrecht, 4), Zwolle, Tjeenk Willink, 106 p., 39,50 fl.

MERIT EN THRUST BELGIUM, *Ondernemersgids voor Oost-Europa*, Diegem, Ced. Samsom, 122 p.

L.K. VAN ZALTBOOMMEL, *De betekenis van het recht als systeem*, Zwolle, Tjeenk Willink, 202 p., 39,50 fl.

P. GORIS, *Swaps - Een rechtsanalyse vanuit de economische realiteit*, Antwerpen, Kluwer, 514 p., 3.325 fr.

M. POLAK, *Grenzeloos procederen. Aspecten van Nederlands internationaal burgerlijk procesrecht* (Serie Ars Aequi cahiers - Privaat-recht nr. 2), Nijmegen, Ars Aequi, 36 p., 12,50 fl.

Th. HOLTERMAN, *Vreemdelingenrecht - Toelating en verblijf van vreemdelingen in Nederland* (derde, geheel herziene druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 246 p., 62,50 fl.

P. LEMMENS en S. RAES, *Arresten en documenten gerechtelijk recht*, Leuven, Acco, 344 p., 1.160 fr.

Fiscaal vermogensbeheer (losbladige uitgave), Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 450 p., 4.875 fr.

C. DEBOYSE, *Tout savoir sur le bail à loyer*, Brussel, Story-Scientia, 106 p., 500 fr.

M.T. MEULDERS-KLEIN (red.), *La convention sur les droits de l'enfant et la Belgique*, Brussel, Story-Scientia, 190 p., 1.150 fr.

G. BAETEMAN (red.), *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken*, Brussel, Story-Scientia, 294 p., 2.545 fr.

J. MALHERBE en J. VAN DROOGHENBROECK (red.), *Mémento des professions liberales. Aspects sociaux et fiscaux* (éd. 1991/1992), Brussel, Story-Scientia, 384 p., 1.300 fr.

J. DERENNE en D. COLLET, *Mémento des subsides* (éd. 1992), Brussel, Story-Scientia, 398 p., 4.985 fr.

F. DOMONT-NAERT, *Consommateurs défavorisés: crédit et endettement* (Collection Droit et consommation 27), Brussel, Story-Scientia, 370 p., 2.600 fr.

L. DILLEN, *Jaarboek personenbelasting 1992*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1.116 p., 7.825 fr.

H. CASMAN, E. DIRIX e.a., *Het zakenrecht absoluut niet een rustig bezit*, (XVIIIe Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1991-1992), Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 576 p., 2.250 fr.

G. BAETEMAN (red.), *De vrederechter en het gerechtelijk recht*, Brussel, Story-Scientia, 308 p., 2.600 fr.

SOCIALE DIENST V.E.V., *Begrotingsmaatregelen 1993*, eigen uitgave, 136 p., 742 fr.

M. FONTAINE en J.M. BINON, *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, 420 p.

S. DECAMP, *Les solutions aux conflits d'intérêts en assurance protection juridique en Belgique*, Louvain-la-Neuve, Academia, 132 p.

H. MOERLAND, C. FIJNAUT, R. FOQUE, E. ROOD-PIJPERS, C. VAN WAMELEN (red.), *De menselijke maat. Opstellen ter gelegenheid van het afscheid van prof. dr. G.P. Hoefnagels van de Erasmus Universiteit Rotterdam*, Arnhem, Gouda Quint, 366 p., 97 fl.

E.P.M.W. DOMSDORF, *Internationaal atoomenergierecht. De betrokkenheid van Nederland bij meer dan honderd verdragen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1.332 p., 250 fl.

P. DEJEMPE, *De gebruikers en het Europa van de financiële diensten*, Brussel, Bruylant / Antwerpen, Maklu, 222 p.

H.W. RICHTERS, *Schikkingen en proceskansen* (Serie Rechtseconomische verkenningen nr. 2), Arnhem, Gouda Quint, 154 p., 37,50 fl.

P. LETTANY, *Het consumentenkrediet. De wet van 12 juni 1991*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 448 p., 4.850 fr.

D. VOORHOOF, *Actuele vraagstukken van mediarecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 912 p., 4.950 fr.

M. DAMBRE, *Consumentenkrediet*, Gent, Mys & Breesch, 142 p., 1.450 fr. (2.150 fr. na 1 mei 1993).

P. DENIS, *Droit de la sécurité sociale*, Tome I, Brussel, Larcier, 350 p., 2.760 fr.

De nieuwe F.B.W. (Editie 1992, eerste druk, twee delen), Deurne, Kluwer, Rechtswetenschappen, 3.462 p., 12.000 fr.

De nieuwe F.B.W. - Actualiteit (veertiendaagse periodiek), 4.000 fr., volledige jaargang.

Annuaire juridique 1992. Législation, jurisprudence et doctrine de l'année 1991, Brussel, Story-Scientia, 1.290 p., 12.950 fr.

V. VAN HERREWEGHE, *Beslagzakboekje*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 200 p., 1.200 fr.

A. MICHIJSENS, *Notarieel zakboekje 1992*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 632 p., 1.540 fr.

A. DE BOUNGNE, *Voorkoop in de notariële praktijk*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 378 p., 3.955 fr.

KONINKLIJKE FEDERATIE VAN BELGISCHE NOTARISSEN (red.), *Kredietverlening en hypotheekleningen. Recyclagedagen 1992 van de Neder-*

landstalige Regionale Raad, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 342 p., 3.250 fr.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Civil jurisdiction and judgments in Europe*, Londen, Butterworths, 402 p., £ 65.

Wetboek van koophandel & Aanvullende wetten (vijfde druk, bewerkt door E. Dirix), Antwerpen, Maklu, 600 p., 795 fr.

M. FAURE, J. FINSINGER, J. SIEGERS en R. VAN DEN BERGH (red.), *Regulation of professions*, Antwerpen, Maklu, 430 p., 2.450 fr.

MEDEDELINGEN

Studiedag «België na de vierde staatshervorming»

De Afdeling Publiek Recht van de K.U.Leuven organiseert een studiedag met als thema «België na de vierde staatshervorming», op 30 april 1993 in het College De Valk, Tiensestraat 41 te Leuven.

Programma:

Voormiddag: voorzitter prof. em. J. De Meyer

9u00 Ontvangst en welkomstwoord door prof. R. Dillemans, rector van de K.U.Leuven

9u35 Algemene inleiding door prof. A. Alen

9u50 De bevoegdheden van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten door prof. P. Peeters

10u25 België en het buitenland door prof. G. Craenen

11u20 De fiscale aspecten van de Staatshervorming door prof. P. Van Orshoven

Namiddag: voorzitter prof. P. Lemmens

14u15 De hervorming van het tweekamerstelsel door prof. L.P. Suetens

14u45 De instellingen van Gemeenschappen en Gewesten door prof. K. Rimanque

15u30 Legislatuurregering en legislatuurparlement door prof. A. Alen

16u30 Brussel, Brabant en de minderheden door prof. P. Van Orshoven

17u00 Slotrede door de heer J.L. Dehaene, eerste-minister.

Inlichtingen: mevr. L. Stroobant, tel. 016/28.52.13; fax: 016/28.54.66.

Colloquium «Le droit dans l'enseignement»

De Faculté de Droit van de Facultés Universitaires de Namur organiseert op 13 en 14 mei 1993, in samenwerking met de Université de Sherbrooke (Quebec), een internationaal colloquium over «Le Droit dans l'enseignement».

Inlichtingen: mevr. N. Somme, Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix, Rempart de la Vierge 5, 5000 Namur (tel. 081/72.47.67; fax: 081/22.88.58).

Studiedag «Vergoedingen aan slachtoffers van verkeersongevallen»

De Vrije Universiteit Brussel organiseert in samenwerking met Uitstraling Permanente Vorming een studiedag op 19 mei 1993 over «Vergoedingen aan slachtoffers van verkeersongevallen».

Programma:

9u30 Onthaal en verwelkoming door prof. M. Stroobant (V.U.B.)

10u15 Vergoeding van lichamelijke schade in het gemeen recht door prof. D. Simoens (K.U.Leuven)

11u00 Procesrechtelijke problemen bij het instellen van diverse vorderingen tot vergoeding van lichamelijke schade door mr. B. De Temmerman

14u00 Samenloop van gemeenrechtelijke en arbeidsongevallenvergoedingen door mr. C. Persyn

14u45 Cumul van ziekte- en invaliditeitsuitkeringen met arbeidsongevallen- en gemeenrechtelijke vergoedingen door prof. A. Van Regenmortel (U.I.A. - V.U.B.)

16u00 Fiscale behandeling van vergoedingen aan slachtoffers van verkeersongevallen door mr. P. Van Velthoven.

Inlichtingen: Secretariaat Uitstraling Permanente Vorming, Pleinlaan 2, 1050 Brussel (tel. 02/641.27.50)